

AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA *

RESUMO

A ação civil pública tem por objeto a veiculação de pretensões de natureza transindividual, com a vantagem de garantir a mais adequada resolução de conflitos, seja por ensejar, por meio de uma decisão em processo único, o posicionamento do poder judiciário sobre a questão, seja por atingir um maior número de beneficiários, contribuindo para a implementação da cidadania no âmbito do Estado de Direito. A jurisdição assume, dessa forma, o papel gerador de políticas públicas relevantes, trazendo ao discurso a grave omissão do Estado no cumprimento de suas obrigações quanto à efetivação de direitos sociais. Daí, ser idônea para proceder à análise judicial de políticas públicas para o resguardo do mínimo existencial na área de direitos sociais, na efetivação do princípio da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE HUMANA. DIREITOS COLETIVOS.

INTRODUÇÃO

A tutela coletiva é uma realidade no mundo moderno. Através dela, o direito pode ser consolidado sob o aspecto de seu reconhecimento e clareza, pois diversas questões individuais são postas em discussão e resolvidas de modo uno e global, dissipando quaisquer dúvidas geradas na análise de casos particulares. A sociedade terá maior acesso a uma ordem jurídica justa, sem a multiplicidade de demandas acerca da mesma questão, contribuindo para uma maior consciência social acerca do direito e da justiça. Alcança-se uma legitimação do direito quando da disseminação de seu ideário na população. Setores sociais por vezes despidos do acesso aos seus mais básicos direitos passam a usufruí-los, incentivando uma maior participação e integração na comunidade, assumindo a condições de efetivos colaboradores na realização do conceito de cidadania.

Há diversos meios de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, seja a ação popular, através da Lei 4.717/65, o mandado de segurança coletivo, e outras. Porém, dentre elas, avulta como um de seus mais adequados instrumentos para o acolhimento e veiculação de matérias de natureza transindividual, sem dúvida, a ação civil pública.

O processo civil clássico desde o Código Processo Civil de 1939 até o de 1943 se relacionava à satisfação de interesses privados, adotando conceitos como a vinculação de cada direito a uma ação que o assegurava, a correlação entre a sentença e o pedido que

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará

motivou o processo, a identificação entre a legitimidade processual e o direito material veiculado. Porém, a história está a demonstrar e reclamar um novo processo para o atendimento de reclamos os mais distintos. As relações sociais se adensaram num crescendo de complexidade, surgindo direitos não mais limitados a uma ou outra pessoa, mas pertencentes a todos e a cada um, a exemplo dos direitos difusos, inaugurando-se “ondas de acesso à justiça” (CAPELLETI e GARTH, 1998, p. 31). Não mais se desejava a mera resposta judicial a um pedido, lustrando-se a jurisdição, dentre outros caracteres, de uma finalidade política de pacificação social (DINAMARCO, 2003, p. 193).

De questões atomizadas da sociedade, a discussão chegou a conflitos respeitantes a todo o corpo social: moradia, saúde, educação, segurança, enfim, os reclamos de uma sociedade recém consciente de seus direitos. Bobbio (1992, p. 68) analisa a universalização de direitos em nossa era, debitando-a, dentre outros fatores, ao fato de que o homem não mais é visto como ser genérico, abstratamente, mas na concretude de suas diversas maneiras de ser, criança, velho, doente, etc. O uso de novos direitos ensina o homem a bem exercê-los, como destaca Tocqueville (1998, p. 280): “Os Estados em que os cidadãos gozam há mais tempo de seus direitos são aqueles em que ainda sabem melhor empregá-los.” Torna-se relevante o estudo de como a ação civil pública se demonstra eficaz e idônea para a discussão e implementação desse mínimo existencial através da relevante participação do Poder Judiciário, quando devidamente provocada para a realização das políticas públicas respectivas.

1 UMA NOVA ERA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS

Uma nova era constitucional está a se desenhar e firmar nesse início de século. O Estado clássico visto como provedor das necessidades básicas e cuja conduta se permeava por intangibilidade quanto a suas escolhas discricionárias está a perder sua relevância. Os recursos naturais diuturnamente se revelam limitados e em processo de esgotamento, exigindo uma racionalização quanto ao seu manuseio e melhor aplicação. A difusão do conhecimento e maior transparência no agir da máquina pública trazem ao conhecimento da sociedade a geração diária de levas de pessoas absolutamente alheias aos mais básicos direitos inerentes à sua dignidade. Sem educação, saúde e moradia, são uma grei de desvalidos sem qualquer perspectiva de inclusão social, convertendo suas vidas num alheamento claro ao momento e época históricos vividos. Chegou-se a um grave paradoxo da modernidade: conquistas como o evoluir da física quântica e o resguardo ao patrimônio genético humano contrastam com o crescimento diuturno da fome em escala mundial e chagas como o tráfico de seres humanos ou a desnutrição em países subdesenvolvidos.

Nesse contexto, a instituição do Ministério Público se apresenta como legitimada, material e juridicamente, para a investigação tópica de casos de grave desrespeito aos direitos fundamentais, através de instrumentos como o inquérito civil ou ação civil pública, convidando atores sociais como representantes do Poder Executivo e Legislativo e representantes da sociedade civil, de modo a alcançar o atendimento satisfatório dessa problemática. Pesquisar como essa instituição está a realizar essa tarefa, os meios de que dispõe, as experiências exitosas junto às suas mais diversas áreas e setores, como o Ministério Público do Trabalho, Federal, Estadual e os obstáculos que devem ser mais bem contornados para o adequado atendimento ao interesse público, na construção desse mínimo de direitos à população.

O direito na modernidade traz a lume uma grande tensão: a superação de um Estado clássico gizado por parâmetros de legalidade estrita, ainda sob a influência de uma concepção privatista e silogística de direito, e um Estado constitucional, sob o influxo de valores, num maior diálogo entre os poderes constitucionais para a mais adequada aplicação do direito, deitando novo olhar na Constituição Federal como uma carta aberta de princípios e regras. Isso exige uma reinterpretação de conceitos caros e clássicos ao direito clássico, como a separação de poderes, discricionariedade e mérito administrativo.

No Estado formal de antanho, ao Poder Executivo incumbiria a demasiada prerrogativa de decidir quando e em que medida atenderia à realização de direitos sociais, por meio de políticas públicas de sua iniciativa. Armava-se com o braço cultural da discricionariedade, ao declarar que sua legitimidade popular o habilitava a decidir o que seria mais adequado ao corpo político que o elegera. Era a reiteração histórica do ensinamento de Montesquieu (2003, p. 89): "Igualmente, na Inglaterra os jurados decidem se o acusado é culpado ou não pelo fato que o trouxe perante eles; e, se for culpado, o juiz pronunciará a pena que a lei inflige para esse fato e, para isso, basta que ele tenha olhos."

Porém, a densificação de conflitos e necessidades sociais frustrou essa expectativa, levando o Estado a fixar pautas mínimas de políticas de Estado de modo a cuidar de interesses de vultosa relevância social quanto a grupos como crianças, idosos, trabalhadores, mulheres, impondo em determinados casos a geração de direitos subjetivos públicos à prestações positivas, o que se refletiu no direito brasileiro através do art. 208, §1º da Constituição Federal de 1988. Alcança-se o que Miranda (2005, p. 296), jurista luso, declara:

Não se trata apenas de criar serviços ou concretizar prestações, pecuniárias ou outras; trata-se também, por um lado, de dar lugar e voz aos destinatários e beneficiários segundo a Constituição e a lei e, por outro lado, de admitir formas de complementaridade ou de concorrência entre as intervenções do Estado e das demais entidades públicas e as iniciativas das pessoas e dos grupos existentes na sociedade civil.

Com isso, a discricionariedade não mais se detinha na opção entre fazer ou não fazer, mas na escolha entre as duas melhores opções ofertadas ao órgão da administração. Isso foi reforçado quando da positivação do princípio constitucional da eficiência, sindicável judicialmente quando dentre opções diversas, o poder executivo opte por aquela que gere ônus desproporcionais aos interesses da coletividade. Em outra esfera, o controle externo da administração pública assumiu um caráter valorativo mais acentuado, na linha do art. 70 da Constituição, ao exigir uma análise de legitimidade e economicidade dos gastos públicos pelo gestor. De igual sorte, o mérito administrativo padeceu revisão conceitual, perdendo o véu clássico da intangibilidade. Doravante, consoante Moraes (2004, p. 50), em obra sobre o controle da administração:

O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras, nem por princípios, mas por critérios não positivados. Assim, os conceitos de separação de poderes, discricionariedade e mérito devem submeter-se a uma reavaliação axiológica segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, com uma maior sindicabilidade de seu conteúdo.

Nessa mesma linha, exige-se, ainda, a adequada fundamentação do ato discricionário, superando-se a ortodoxa conceituação do mesmo como espaço livre, margem absoluta de alvedrio do gestor.

3 A IDÉIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial se revela como o resguardo de um mínimo indispensável a uma existência digna numa sociedade organizada. O conceito de dignidade é bem analisado por Mirandola (2007, p. 39), como direito infundido por Deus a moldar sua própria existência. Segundo ele:

“Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse. Os animais, desde o nascer, já trazem em si (como diz

Lucílio) “ no ventre materno” o que possuirão depois. Os espíritos superiores, a partir do início ou logo depois, já eram aquilo que pela eternidade seriam. No homem, todavia, quando este estava por desabrochar, o Pai infundiu todo o tipo de sementes, de tal sorte que tivesse toda e qualquer variedade de vida. As que cada um cultivasse, essas cresceriam e produziriam nele os seus frutos.”

Segundo Sarlet (2007, p. 65), esse princípio se originou na doutrina do pós-guerra e um dos primeiros doutrinadores de renome a enunciá-lo foi Bachoff já no início da década de 50, ao dizer que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a Lei Federal da Alemanha, não reclamava apenas a garantia da liberdade, mas um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. (...) O direito à vida e integridade corporal (art. 2º, II da Lei Federal) não pode ser concebido meramente como destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

Ainda acrescenta: cerca de um ano depois do lançamento dessa teoria, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha já no primeiro ano de sua criação reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente ao auxílio material por parte do Estado. E ainda com base na dignidade da pessoa humana, afirmou um direito geral de liberdade e direito à vida, que impunha a manutenção de sua condição de existência. Alguns anos depois, o legislador regulamentou em nível infraconstitucional um direito à prestação no âmbito da assistência social (art. 4º, I, da Lei Federal sobre Assistência Social). Após cerca de duas décadas da decisão do Tribunal Administrativo, o Tribunal Constitucional Federal consagra o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Após diversas decisões no mesmo sentido, a Corte Alemã findou por reconhecer o status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial, que integra o princípio do Estado Social de Direito.

Em obra sobre os cinquenta anos do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Schwabe (2003, p. 349) enuncia a Sentencia 40, 121, Sentencia de la Sala Primera de 18 de Junio de 1975 (- 1 BvL 4/74):

Es compatible con la Ley Fundamental, el que los subsidios, que se otorgan a quienes no pueden procurarse su propio sustento por padecer una incapacidad física o intelectual tengan carácter permanente, y que las pensiones de orfandad originadas en el seguro que tiene los empleados se otorgen solo hasta que el beneficiario cumpla 25 años de edad” (§44, frase 2 AVG).

De igual forma, o mesmo autor enuncia a Sentencia de la Sala Primera de 13 de enero de 1982, sobre o Estado Social e direitos fundamentais, em que se lê:

Ao principio del Estado Social se le puede atribuir significado para la interpretación de los derechos fundamentales así como para la interpretación y valoración constitucional de – com sujeción a la reserva de ley – las leyes que limitan los derechos fundamentales. Sin embargo, el legislador no puede limitar los derechos fundamentales

sin una concreción posterior, esto ES, directamente. Esto fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo.

Há divergência quanto ao seu conteúdo no âmbito da doutrina constitucional brasileira. Para Barcellos (2008, p. 288), esse princípio envolve quatro elementos, três materiais e um instrumental, isto é, educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados na primeira categoria e por fim acesso à justiça, todos alçados à categoria de direitos públicos subjetivos exigíveis do Poder Judiciário. Canotilho (2001, p. 503) por seu turno, dispõe:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Sobre a matéria, ainda se enuncia o posicionamento de Sarlet (2008, p. 97), para quem deveriam ser resguardados alguns direitos subjetivos a prestações relacionadas a recursos materiais mínimos para a subsistência digna de qualquer pessoa, mas não apenas para garantia da vida – isso seria um mínimo vital – mas uma vida com dignidade, uma vida saudável, ou uma vida boa. Por seu turno, Lobo Torres (2001, p. 266) ao analisar a matéria dispõe que esse mínimo não teria enunciação constitucional própria, devendo ser procurado na idéia de liberdade, princípios constitucionais da igualdade do devido processo legal da livre iniciativa e dignidade da pessoa humana, na declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Há de se citar acima o estudo de Guerra e Emerique (2006, p. 382) sobre a dignidade humana e o mínimo existencial, em que a doutrina brasileira sobre a matéria é objeto de análise.

Conceito a merecer destaque é o formulado por Trisch (1999, p. 1), citado por Leivas (2006, p. 135):

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial, tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala num mínimo existencial cultural.

Em sendo a Constituição obra de um regime democrático, incumbe a aplicação necessária de seus valores e preceitos com vistas a uma efetividade adequada. Analisando o conteúdo da idéia de constituição e sua força vinculante Pérez Royo (2000, p. 113) diz que

A través de estas garantías constitucionales la Constitución ha ido penetrando em el ordenamento jurídico como la norma de cabecera del mismo, em relación co la qual tienen que ser interpretadas todas las demás. Em proceso no há sido lineal ni fácil, pero há avanzado de manera imparable desde el final de la Segunda Guerra Mundial, habiéndose alcanzado y alo que

se podría calificar de punto de no retorno. En el constitucionalismo democrático de nuestros días no se discute ya que la Constitución es norma jurídica inmediatamente aplicable.

Por seu turno, Benda (1996, p. 525 e 533), ao analisar em brilhante artigo o Estado Social de Direito e sua função realizadora de direitos fundamentais, declara:

En cualquier caso, y a fin de que esté garantizada la propia dignidad, todo ciudadano deberá disponer de unos recursos materiales mínimos. Em consequência, quando alguien carezca de los mismos, podrá solicitar asistencia estatal invocando el art. 1.1. GG. De modo semejante a la protección frente a la extrema necesidad está comprendida en la garantía de la dignidad humana.

[...]

Todo ello no impide que se aprecien en la jurisprudência constitucional ciertas cautelas cuando se trata de la aplicación material del postulado del Estado social – em un voto particular se señala certeramente la existencia em el Tribunal Constitucional de *una cierta timidez a la hora de recurrir a tal principio en el juicio de constitucionalidad*.

[...]

Em esta version la cláusula de Estado social ha de ser interpretada como una norma definidora de fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar em términos de configuración social. Su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona. Además, hay que perseguir unas relaciones sociales justas y que definir cada día la relación entre individuos y grupos sociales e intereses de la generalidad, sin que la norma constitucional ofrezca una definición material rígida. De ello se deduce para tribunales y Administración Pública una regla esencial de interpretación en la aplicación del Derecho. Para quienes deciden políticamente, el significado esencial de la cláusula del Estado social reside no en determinaciones materiales, sino em el método: em la medida em que solo queda protegido por la cláusula del Estado social aquello que corresponde a una convicción general y que se confirma com independencia de los cambios, se fomenta el consenso y la capacidad de adaptación. La meta es um orden que pueda ser sentido, em el momento de que se trate, como justo. De esa forma se aspira y fomenta simultaneamente la integración – es decir, la unión de los ciudadanos com su Estado.

Estado social de direito, desde Weimar, é estado vocacionado a discutir e concretizar direitos sociais, como imperativo ideológico, em respeito a uma dignidade mínima de resguardo ao cidadão.

4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A TUTELA COLETIVA

Seja através do resguardo de direitos sociais específicos ou através de entendimento mais amplo, impõe-se o reconhecimento de que a tutela coletiva via ação civil pública é idônea a juridicizar o conflito referente ao mínimo existencial, consoante observação

de Lopes (2002, p. 136), que disserta: “Outro elemento de enorme importância: o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas.” Comparato (2006, p. 676), por seu turno, ao analisar a evolução social do estado contemporâneo diz:

A atuação do Judiciário há de ser substancialmente transformada para acompanhar essa evolução. Hoje, as grandes violações à ordem jurídica já não são de natureza comissiva – a edição de leis inconstitucionais, ou a prática de atos administrativos contrários à Constituição ou às leis. O Estado contemporâneo entra em conflito com a ordem jurídica também por omissão, ao deixar de fazer votar as leis regulamentadoras dos princípios constitucionais, ou ao se abster de realizar as políticas públicas necessárias a satisfação dos direitos econômicos, sociais ou culturais.

O mesmo autor, em texto diverso (1998, p. 46), ensaia a possível análise de constitucionalidade acerca da ausência de políticas públicas adequadas pelo poder estatal, declarando que tal fato deveria ser objeto de análise pelo Poder Judiciário

Em data recente, a questão está a receber análise mais acurada por parte do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, cuja ementa diz:

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstancial do mínimo existencial. viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Ou ainda no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6 São Paulo, Relator Ministro Celso de Mello, em 22 de novembro de 2005, em que se decidiu acerca da obrigação do Município em fornecer adequadamente o serviço de transporte escolar:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Ainda deve se mencionar o Recurso Extraordinário no. 411518/SP, Recurso Extraordinário no. 401673/SP, Agravo de Instrumento no. 475571/SP e Agravo de Instrumento no. 455802/SP, todos do Ministro Marco Aurélio. O eminente Relator analisou a questão

referente ao sempre lembrado argumento de limitação das receitas públicas para a efetivação de direitos sociais redarguindo com a elevada carga tributária que assola o Estado nesse momento:

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado, União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios devem aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga.

O recurso extraordinário não merecia mesmo prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana.

Por vezes ainda, ventila-se a questão referente à utilização da teoria da “reserva do possível” quanto à concretização de direitos sociais. Segundo ela, o Estado teria limites financeiros para a concretização desses direitos sociais. Porém, essa teoria, consoante analisada por Scaff (2005, p. 216) e Krell (2002, p. 108), teve origem na Europa sob conjunturas inteiramente diversas da realidade brasileira atual. Em comentário sobre essa teoria, o autor alemão ora citado é incisivo ao declarar:

Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acharam uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de “assistência social” que recebem, etc..

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

O tema acerca da sindicabilidade do mínimo existencial é de relevância ímpar. Impende que seja analisado com vistas a seu melhor aprofundamento e busca de resultados práticos para o incremento da jurisdição constitucional e respeito à dignidade da pessoa humana. Isso torna o processo um instrumento efetivo de cidadania, como destaca o professor Marques de Lima (2002, p. 96) em sua obra, destacando o respeito devido ao dever constitucional de respeito à norma constitucional. Afinal, o texto constitucional, como destaca Guerra Filho (2002, p. 210) é uma via de acesso a modificações sociais através das instituições

e com o fortalecimento das mesmas, eis que o aparato estatal está armado e a bloquear quaisquer revoltas populares que no passado resgatavam a legitimidade e normatividade do ordenamento jurídico.

A tutela coletiva é jurídica e socialmente adequada para veicular a discussão sobre balizas mínimas e imprescindíveis para a realização a mais satisfatória da cidadania.

5 A SUPERAÇÃO DE OBSTÁCULOS À NOVA ORDEM DE VALORES

A resistência oferecida por determinados setores do Poder Judiciário e Ministério Público a essa nova ordem de idéias deve ser superada através de incentivos por parte dos órgãos hierarquicamente superiores por incremento à pesquisa e aperfeiçoamento nas Escolas da Magistratura e do Ministério Público e de sua efetiva freqüência e aproveitamento às mesmas como mecanismo de aferição por merecimento e progressão funcional, segundo os arts. 93, II, “c” e IV da Constituição Federal de 1988. Em outra seara, impõe-se ainda maior utilização dos mecanismos da tutela coletiva, em sede judicial e extrajudicial, com a discussão de matérias relacionadas e fixação de marcos teóricos e jurisprudenciais e balizar a compreensão mais adequada da matéria, a exemplo da Súmula 643 do Supremo Tribunal Federal, que efetivamente balizou a interpretação judicial pátria em área de direitos coletivos, ao plantar um marco teórico para o seu conhecimento, ao reconhecer a legitimidade ao Ministério Público para ações civis públicas cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares. A “ratio” dessa decisão teve nítido caráter presente e prospectivo, indicando uma nova era coletiva à interpretação de direitos transindividuais pela Suprema Corte. Rigaux (2002, p. 313), emérito escritor francês, ao analisar a interpretação judicial já pontificava:

[...] a interpretação judicial não é puramente receptiva. Não basta que o juiz tenha compreendido a vontade ou as intenções do legislador (se é que essas noções têm um sentido). Ele deve ainda transformá-las em uma decisão que lhe seja própria ao mesmo tempo que aplica a lei. O que, na falta de melhor, é denominado interpretação não tem por objeto um texto isolado mesmo apreendido em seu contexto, outro lugar comum das doutrinas clássicas. O texto não é um quadro datado e assinado, mesmo inserindo-se na galeria de um colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar no interior de um caleidoscópio uma sucessão de operações interpretativas

Ainda sobre a matéria, Cardozo (2004, p. 99), antigo membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, declarou:

O leitor poderá dizer que nada garante que os juízes vão interpretar os usos e costumes de sua época de maneira mais sábia e verdadeira que outros homens. Não estou disposto a negar isso mas, em minha opinião, trata-se de coisa irrelevante. A questão principal é que esse poder de interpretação deve alojar-se em algum lugar, e a prática da Constituição alojou-o nos juízes. Para que eles cumpram sua função de juízes, dificilmente tal poder poderia estar alojado em outro lugar.

Breus (2007, p. 258) indica que devem ser analisadas e superadas internamente as políticas públicas claramente ineficientes para o alcance das finalidades constitucionais. Em situações-limite, o judiciário deveria intervir, não como forma de substituição da política do governante pela do juiz, mas para a eliminação de políticas comprovadamente inidôneas para os fins colimados.

Por seu turno, urge que as universidades ofereçam a cada dia uma maior interdisciplinaridade em seus currículos aos estudantes de direito. Sua formação se dirige, muitas vezes, a um conhecimento técnico e formal do fazer jurídico, como mera aplicação silogística. A decisão judicial é fruto de várias matérias aplicáveis ao caso concreto, a exemplo de economia, sociologia e ciências humanas. O que deve ser ministrados aos futuros operadores do direito. A interpretação e alcance do sentido do direito é plúrima e reclama um diálogo efetivo entre os agentes sociais na construção de um discurso racional e adequado ao atendimento das demandas hodiernas. Häberle (1997, p. 48) destaca:

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com o legislador.

A oferta deficiente de educação contribui de modo decisivo para a ausência de luta pelos direitos por parte da população. De início, pela evidente razão de que não se tem conhecimento dos direitos de que se tem e do modo de exercício dos mesmos. Essa conjuntura revela, em última análise, um próprio déficit da cidadania. Urge que se promova um incentivo à educação e fortalecimento do sistema de proteção à infância e adolescência, seja através de Conselhos Tutelares, Conselhos Municipais de Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, Ministério Público da Infância, na concretização dos direitos sociais inseridos no art. 206 da Constituição Federal, como valorização dos profissionais de ensino através de planos de cargos e carreiras, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas. O direito ao ensino adequado não mais como a mera subscrição de seu patronímico, mas a inserção de conteúdos de participação efetiva na tomada de decisões sobre a configuração do Estado, com ênfase no reconhecimento de seus direitos.

Grande passo há de ser realizado quanto à participação da comunidade na realização do orçamento. Embora não conste expressamente do texto constitucional de 1988, o ordenamento jurídico contempla esse instituto, a exemplo do art. 48, parágrafo único da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) em que se lê: "(...) Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos." Além do art. 4º, §3º e art. 44 da Lei nº

10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em especial esse último artigo que impõe a discussão do orçamento como pressuposto obrigatório para aprovação do projeto pelas câmaras municipais:

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Em artigo sobre a matéria, Assoni Filho (2005, p 5.) diz:

14 - O controle social do orçamento público no âmbito local aproxima as decisões governamentais do genuíno anseio popular, tornando a ação estatal mais efetiva e à medida do cidadão individualmente considerado, se prestando também ao seguinte: a) propicia maior eficiência na alocação de recursos; b) assegura maior efetividade no planejamento econômico; c) enseja a hierarquização de prioridades; d) obsta o arbítrio governamental, mediante um controle da execução orçamentária mais profícuo; e) promove a democratização do poder, conferindo visibilidade ao processo de tomada de decisões políticas; f) favorece a continuidade administrativa; g) educa para a cidadania, contendo um forte caráter pedagógico.”

Através de uma efetiva participação no processo de formação do orçamento municipal, as comunidades podem contribuir para a identificação de suas carências mais imediatas, reclamando um adequado tratamento às mesmas, numa perspectiva de análise global, cotejando o já realizado em nível de direitos sociais mínimos e em que medida os avanços nessa área processar-se-ão, com o respeito ao princípio da vedação ao retrocesso nas conquistas sociais.

Um dos pontos de maior gravidade à tutela coletiva em sede de mínimo existencial é a restrição processual à concessão de liminares em casos de grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, conforme o art. 4º da Lei 4.348/64 e art. 4º da Lei 8.437/92. Há juízes que no âmbito de análise de ações civis públicas concedem liminares ou sentenças que envolvem direitos transindividuais determinado um facere a pessoas jurídicas de direito público. Por exemplo, determinam a construção de uma cadeia para o abrigamento de presos submetidos a condições desumanas, de um matadouro público em municípios onde o abate e comercialização de carnes são realizados de modo artesanal, a implantação de aterros sanitários, contratação de psicólogos e assistentes sociais para subsidiar as atividades de Conselhos Tutelares. Nesses momentos, tais provimentos, ainda que legal e constitucionalmente adequados, são suspensos eis que tais decisões carrearão desordens ao normal curso das finanças públicas, ainda que tais políticas revelem-se constitucionalmente vinculantes ao administrador público.

Urge que o instituto da suspensão de liminar e sentença seja reconstruído teoricamente, de modo a atender o interesse público primário da administração, é dizer, os mandamentos constitucionais impostos ao administrador, assumindo a natureza de Políticas de Estado e não de Políticas de Governo de natureza transitória. E não atender isoladamente o

interesse secundário e patrimonial da administração na manutenção de orçamentos sem uma destinação social e constitucionalmente adequada. Há toda uma gama de valores que deve ser revisitada e contextualizada pelo Poder Judiciário através de uma interpretação tópica. Com isso, mais do que simples aplicador de leis, a autoridade judicial traz a si elemento dos mais nobres à sua função: a voz adequada do Estado Constitucional.

CONCLUSÃO

O mínimo existencial e a busca por sua efetividade é uma realidade inafastável das discussões sobre o moderno constitucionalismo. Suas concepções por vezes divergem, mas, num ponto há unidade de compreensão: a premência de seu resguardo e realização como forma de garantir a realização do postulado da dignidade da pessoa humana. O estado social de direito, em especial a partir da Constituição de Weimar, reclama a sua efetivação, tendo-se em conta um adequado equilíbrio entre o dever jurídico de sua realização e os seus custos.

Em sede processual, a tutela coletiva através da ação civil pública se apresenta como adequada e idônea para a sua realização desse mínimo. Há resistências para a aceitação dessa idéia, o que pode ser encontrado na formação acadêmica dos profissionais do direito, por vezes habituados nos bancos universitários a concepções individualistas e solipsistas de direito, sem maior aproximação e convivência com a comunidade, contribuindo para a formação de um direito hermético e distante de uma sociedade aberta e discursiva tendente à formação de um sentimento constitucional arraigado. Ainda se destaca o instrumento da suspensão de medidas liminares, cuja análise se limita à conveniência da administração em detrimento da realização imediata e impostergável de direitos fundamentais contra o Estado.

A matéria é de ingente atualidade e modernidade. Por meio de seu estudo e realização na práxis social e jurídica, poder-se-á contribuir para a maior realização e respeito aos direitos fundamentais, na construção do respeito à dignidade da pessoa humana.

CIVIL ACTION IN PUBLIC CONSTRUCTION OF MINIMUM EXISTENTIAL

ABSTRACT

The public civil action has for object the propagation of pretensions of transindividual nature, with the advantage to guarantee the most adequate conflict resolution, either for trying, by means of a decision in only process, the positioning of the judiciary power on the question, either for reaching a bigger number of beneficiaries, contributing for the implementation of the

citizenship in the scope of the Rule of law. The jurisdiction assumes, of this form, the generating paper of excellent public politics, bringing to the speech the serious omission of the State in the fulfilment of its obligations how much to the efetivação of social rights. From there, to be idoneous to proceed to the judicial analysis of public politics for the defense of the existencial minimum in the area of social rights, the efetivação of the principle of the dignity human being.

KEYWORDS: PUBLIC CIVIL ACTION. EXISTENCIAL MINIMUM. DIGNITY HUMAN. COLLECTIVE RIGHTS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSONI FILHO, Sérgio. Democracia e controle social do orçamento público. In: **Juris Síntese**, n. 55, set./out. 2005.

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa: Almedina, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed., amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. **Manuel de derecho constitucional**. Edición, prolegomena e traduccción de Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileiro contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2001.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CARDOZO, Benjamim N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In : **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 35, n. 138, abr/jun, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria processual da constituição**. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, dez., 2006.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do judiciário no Estado Social De Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implantação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emérsom. **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2003.

MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2000.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*. Tradução de Edimir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico privadas. In **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, ano 8, v. 29, jan./mar., 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Interesse Público**. Porto Alegre: Nota Dez. Ano 7, n. 32, jul/ago, 2005.

SCHWABE, Jürge. **Cinquenta años de jurisprudência Del tribunal constitucional federal alemã**. Tradución de Marcela Anzola Gil. [S.l.]: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e de certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBO TORRES, Ricardo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TREISCH, Corina. **Existenzminimum und Einkommensbesteuerung**. Aachen: Shaker, 1999.