

# DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: “JUSTICIABILIDADE” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

*Leonio José Alves da Silva*

*Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor  
Colaborador de Direito Ambiental do PRODEMA – UFPE.  
Ex-Professor Titular de Direito Civil da UEPB.  
Doutor em Direito pela UFPE.*

Sumário: 1 - Antecedentes da política urbana e exclusão social; 2 - Vinculação administrativa às políticas públicas; 3 - Limitação da discricionariedade administrativa, ruptura dos mitos da “reserva do possível” e do “governo do Judiciário” e o direito à moradia; 4 - Execução forçada do direito fundamental à moradia: a árida resistência ao combate da omissão administrativa; Referências Bibliográficas

**Resumo:** O histórico déficit habitacional brasileiro ilustra o debate ora proposto em torno do controle das políticas públicas voltadas às necessidades básicas do indivíduo, contemplando duas grandes vertentes: a legitimação do controle dos investimentos públicos com destinação social e a ruptura do tradicional conceito da discricionariedade administrativa diante dos direitos fundamentais. Em torno da análise de julgados do STJ e do STF e do apoio de recente doutrina constitucional e processual, objetivamos demonstrar a viabilidade da execução forçada das políticas públicas vinculadas ao direito à moradia.

## 1. ANTECEDENTES DA POLÍTICA URBANA E EXCLUSÃO SOCIAL.

Quais as razões que justificam a conduta omissiva do administrador quanto à oferta de moradia digna, realidade não apenas vislumbrada em nossa capital, mas em outros centros urbanos densamente habitados e que de maneira muito lenta sofre reduções? A atual Constituição Federal consti-

tuiria mecanismo suficiente para o Poder Público Municipal efetivar a política urbanística e o combate à exclusão social, independente dos Planos Diretores municipais e do próprio Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)?

Demonstrar diretamente aos Tribunais locais e nacionais a possibilidade imediata de efetivação dos comandos constitucionais insertos na temática do uso do solo urbano e suscitar o levantamento de uma questão aparentemente acomodada na doutrina e jurisprudência nacionais constitui tarefa inadiável no combate à exclusão social. Por muito tempo, sustentou-se, na doutrina pátria, a impossibilidade de exigência coercitiva das obrigações de fazer (que servem de base para os direitos prestacionais ou direitos de garantia imediata) se não atendido o limite da razoabilidade em função do qual o administrador público teria sua defesa atrelada; ou seja, até quando poderia a Administração afirmar inexistir obrigatoriedade de executar obras públicas destinadas a satisfazer necessidades vitais para os habitantes de uma cidade?

Justamente em torno desta pergunta, surge o debate ora proposto: sendo o direito à moradia garantia fundamental para a dignidade humana, capitulado como direito social pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, qual o exato limite para efetivarmos a Constituição Federal de 1988 e condenarmos a Fazenda Pública<sup>1</sup> a executar programas de moradia popular para as pessoas alijadas de tal garantia?

Adverte a doutrina pátria para a análise da razoabilidade como fator decisivo nas lides onde haja pedido de condenação em obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, mas quais os exatos limites da razoabilidade como princípio na promoção dos direitos sociais<sup>2</sup> (neste caso prestacionais por excelência)?

<sup>1</sup> Sabemos da dificuldade de implementar a mudança de posicionamento na jurisprudência pátria quando o assunto abordado é a execução forçada das garantias mínimas da pessoa, incluindo-se o direito à moradia e outros direitos prestacionais; contudo, discordamos de uma absoluta e hermética divisão entre as atribuições reservadas aos poderes constituídos na República brasileira, uma vez que a omissão do Estado administrador deve ser combatida ou mesmo corrigida: “Cumpra aos Poderes constituídos a tarefa de concretizar, ou seja, desenvolver e efetivar ou tornar realidade, os comandos constitucionais. Inexiste Constituição destituída da pretensão de efetivar-se e, por força do princípio da supremacia da Constituição, os Poderes constituídos encontram-se, desde logo, comprometidos com a concretização das normas constitucionais. ... Os limites do controle judicial dependem em verdade da solução da “questão interpretativa”, o que não se obtém mediante abdicação do controle. “MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível na internet: <http://www.cjf.gov.br>. [22/10/2002].

<sup>2</sup> Coerente é o argumento de que a postulação contra o Estado na efetivação das prestações de caráter social deve ser pautada na razoabilidade e verificar determinados limites; entretanto, quando tratamos de interesses coletivos de natureza mínima, como é o caso do direito social à moradia,

Temos ciência da impossibilidade jurídica do pedido no tocante à exigências sem fundamentos quanto às obrigações sociais devidas pelo Estado e os efeitos negativos de uma decisão judicial não refletida; entretanto, inadmissível a interpretação desprovida de qualquer fim social do direito que não permitisse a condenação estatal em cumprir ou determinar metas imediatas para o adimplemento prático de dever consignado expressamente no texto constitucional e fundamentalmente na realidade jurisprudencial conservadora no Brasil.

Discordamos da impossibilidade jurídica do pedido em determinar ao Estado brasileiro a construção de estabelecimento de ensino ou creche em determinada localidade brasileira completamente desprovida daquele serviço fundamental ao desenvolvimento humano, pois representa verdadeira teratologia jurídica aceitar, com absoluto rigor e sem limitação, a tese do poder discricionário diante dos direitos fundamentais, pois, em sede de direitos fundamentais corporificados como prestações devidas pelo Estado

podemos admitir a aplicação da razoabilidade ou da tese da reserva do possível como barreiras à execução dos direitos mínimo do cidadão? Cediço é o fato de que a jurisprudência alemã, debatendo situação onde era cobrada a prestação social referente à educação aplicou, pela primeira vez, a idéia da razoabilidade daquilo que se postula contra o Estado. No Brasil, muitas vezes esquecemos de ressaltar grande diferença entre a realidade social européia e a nossa, quando são levantadas similitudes para aplicação das mesmas teses constitucionais lá presentes e aqui inaplicáveis em muitos casos. Contudo, não se levou em conta a discrepância entre a realidade nacional e estrangeira no momento de proceder à comparação destes ordenamentos. Ao nosso modo de entender a razoabilidade invocada como precedente na doutrina e jurisprudência alemãs, aplicar-se-ia apenas em situações onde não se estivesse pleiteando garantias fundamentais, ou seja, se é proposta ação coletiva cobrando a execução de programas de moradia popular não tem o Estado brasileiro condições de alegar em sua defesa que a consecução daquele direito prestacional estaria condicionada à existência de recursos próprios naquele momento. A moradia constitui no cenário jurídico nacional um direito subjetivo e como tal pode ser cobrado diretamente ao destinatário da norma, qual seja: o próprio Estado. Com efeito, a tese da razoabilidade admitida na realidade alemã deve ser adaptada com muitas ressalvas para a prática brasileira. Preocupantes, falaciosas e daltônicas as teses que enxergam a atuação do Poder Judiciário, contra a Fazenda Pública, objetivando a concretização de direitos fundamentais, como super-poder. Os autores olvidam da realidade social brasileira, quando a conhecem, e desprezam o dado de ainda estarmos lutando contra um grau de miserabilidade extrema em algumas cidades, contrastando com o luxo desmedido de alguns setores da administração pública, onde cada vez mais é necessária a intervenção no controle dos gastos públicos e na execução forçada dos direitos fundamentais, como a moradia: “A supremacia dos Tribunais Constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php.p.20>. [15/09/2005].

não há como se sustentar a validade da razoabilidade<sup>3</sup> como escusa para o cumprimento do preceito básico condicionado ao talante do poder discricionário do administrador, cabendo à implementação forçada de políticas sociais quando não ofertadas naturalmente pelo administrador e não a apologia de um super-poder como argumenta a doutrina contrária ao ativismo judiciário.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Apenas aceitamos a tese da razoabilidade alemã ou reserva do possível em sede de prestações que não vinculem diretamente o Estado e que escoem para a impossibilidade jurídica do pedido por falta de previsão constitucional o que acarretaria a não omissão do Estado, pois, em caso contrário, sempre haverá comportamento omissivo do administrador ao negar validade a um direito social presente na Constituição; no ordenamento constitucional brasileiro concebemos que a Constituição Federal de 1988 elaborou regras em gradação de efetividade, trabalhando como normas expressas e não expressas quanto à sua aplicabilidade, não se podendo perder de vista que determinados direitos sociais recentemente regulamentados por normas ordinárias (v.g. o direito subjetivo à educação expressado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) e o direito subjetivo à moradia expressado no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), antes mesmo de sua expressa regulamentação, não dependiam da existência de normas de menor expressão do que a própria Constituição Federal para a sua concretização, como admite parte da doutrina brasileira. O condicionamento proposto na mera e acomodada interpretação semântica da Carta Política vigente, responsável pela situação jurídica que denominamos de supervalorização do ordenamento infraconstitucional” em detrimento da própria Constituição. A razoabilidade, relembramos, apenas pode constituir óbice à efetividade de uma prestação não prevista na Constituição Federal, ainda que genericamente: “Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação destes direitos. ... É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.260-261.

<sup>4</sup> A atuação do Poder Judiciário não é concebida, nesta tese, como a autorização implícita de substituição de atribuições entre os poderes constituídos, mas, tão somente, como complemento ou mesmo implemento das tarefas mínimas exigíveis do Poder Público. Neste sentido concebemos a atividade judicante como instrumento de combate à omissão administrativa ou mesmo péssima distribuição dos recursos públicos, e não como um poder exacerbado ou hierarquizado em relação aos demais: “Juridification is an ambiguous concept with regard to both its descriptive and normative content. In descriptive terms some see juridification as the proliferation of law or as the tendency towards an increase in formal (or positive, written) law; others as the monopolization of the legal field by legal professionals, the construction of judicial power, the expansion of judicial power and some quite generally link juridification to the spread of rule guided action or the expectation of lawful conduct, in any setting, private or public. (...) A different conception is that of juridification as the process by which an activity becomes subjected to legal regulation or more detailed legal regulation. We will make a distinction between two aspects of juridification B, law’s horizontal and

## 2. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Defendemos expressamente a vinculação do administrador aos preceitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988; não há direito fundamental que o Estado possa eximir-se da defesa ou fomento, implicando tal relação jurídica restrita obediência ao que nos passamos a designar por “vinculação à prioridade orçamentária” significando nada mais do que a possibilidade de ser cobrado do Estado a adoção de uma política de prioridades para a execução das metas então existentes, pois, ao nosso modo de sentir, a Constituição Federal não criou normas desprovidas de efetividade e não endereçadas a sujeitos determinados, ainda quando das hipóteses de uma vinculação coletiva (*v.g.* art. 225, *caput* da Constituição Federal de 1988).

Não se pode mais aceitar pacificamente a tese de que uma Constituição contemple normas absolutamente vazias e imprestáveis à consolidação das garantias mínimas do ser humano, dentre as quais incluso está o direito à moradia como um dos lastros da qualidade de vida que não se resume tão somente no fato da oferta de moradia, mas no oferecimento de moradia

---

vertical expansion (B1), and law’s horizontal and vertical differentiation (B2). Law’s expansion is the core element in juridification as defined above, when law conquers fertile ground so to speak. (...) Examples of law’s expansion may be cases where law is applied in new areas; family law, labour law, environmental law, laws regulating intimacy, and so on. Law’s expansion should also include instances where an activity that is not legally regulated within a legally regulated area becomes regulated.” MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. What is juridification? Disponível na internet: <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05>. p. 2-14. [16/09/2005].

Ainda se faz necessária a interferência do Poder Judiciário como sistema de frenagem aos desvios de finalidade praticados pelos demais poderes constituídos no sistema republicano brasileiro, incentivando uma postura educativa de acesso à jurisdição e conscientização contínua da necessidade de melhoria dos serviços públicos, inclusive a prestação jurisdicional. O acesso à justiça cada vez mais confirma a necessidade de questionamento das decisões administrativas, permitindo-se ao julgador, olvida a sociedade, representada pelo fiscal da Lei, coercitivamente ser um agente na transformação social: “ Além deste objetivo de fomentar a paz social, outra tarefa em que o exercício da jurisdição deve estar engajado junto à comunidade é a de pedagogia social: educar os membros da sociedade de seus direitos e deveres. Esta luta educativa assume várias feições, desde a necessária informação às camadas menos favorecidas de como postular em juízo na defesa de seus direitos até o fortalecimento da confiança da população na solução judicial dos conflitos, evitando a denominada litigiosidade contida, a negação do Judiciário, através da renúncia quase total ao direito, abstendo-se o indivíduo de litigar por desacreditar na via judicial com instrumento apto a dirimir controvérsias. Destaca Cândido Dinamarco que a educação da sociedade é um objetivo instrumental do processo, desejoso de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo, ou seja, conscientizá-la de seus direitos.” CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. Disponível na internet: [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao006/antonio\\_cabral.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao006/antonio_cabral.htm). p.9. [16/09/2005].

condigna com as necessidades vitais, dado simplesmente desprezado na realidade brasileira em muitas capitais.

A qualidade de vida com o patrocínio do direito à moradia é tarefa inarredável do Poder Público, em virtude de dois preceitos básicos: a) a vinculação do Administrador Público às diretrizes constitucionais, sendo descabida a alegação de dependência absoluta da própria Constituição Federal às normas ordinárias, sob pena de revertermos a axiologia do ordenamento jurídico e b) a imposição dos direitos fundamentais como prestações transindividuais ou metaindividuais por excelência, vinculadas à obrigatoriedade do Estado em administrar corretamente os recursos públicos, diante da inadmissibilidade de ter o cidadão apenas o dever de contribuir com altíssima carga tributária e nada poder exigir do Estado enquanto destinatário maior da norma constitucional.

Destarte, concebemos a efetividade dos direitos prestacionais apenas à correta gestão dos recursos públicos que, uma vez não atendida, deverá ser corrigida pelo Poder Judiciário, pois não mais é sustentável uma tripartição de competências inviabilizando o controle dos atos administrativos pelo Judiciário, inclusive a omissão do Administrador Público.<sup>5</sup>

A omissão estatal deve ser combatida e a sobreposição das normas ordinárias em relação à Constituição Federal é um obstáculo temível para a efetivação das garantias mínimas do indivíduo; assim, algumas prestações sociais em torno da qualidade de vida no Brasil devem ser priorizadas ainda que na esfera das ações coletivas notadamente a Ação Civil Pública em matéria urbanística.

Razoabilidade, ao nosso ver, não pode ser precedente de abuso e tampouco o conceito de discricionariedade pode reforçar desmandos e omissões dentro

<sup>5</sup> Modernamente a qualidade de vida não está mais restrita à satisfação dos interesses individuais previstos em outras épocas; hoje, não se pode falar em satisfação pessoal, mas em atendimento às necessidades coletivas ou transindividuais. O modelo de Estado hodierno passa pelo cumprimento de uma demanda coletiva: “Em primeiro lugar, deve-se ter presente que qualidade de vida, contemporaneamente, não implica o simples afastar os perigos provocados pelo próprio homem/inimigo, pela natureza ou pelos deuses. Em uma visão simplista da vida como rotina, ter qualidade significava apenas estar em condições de desfrutar desta rotina sem percalços. A transformação da sociedade, em especial pela transformação das relações de produção impostas pelo desenvolvimento tecnológico, com a introdução da máquina e de uma nova lógica de organização do tempo, impôs um alargamento deste conceito, incorporando, posteriormente, os benefícios da vida urbana.(...) o conceito de qualidade de vida está aproximado da construção dos interesses transindividuais na medida em que refere um caráter compartilhado dos benefícios e prejuízos, bem como dos compromissos.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.182-185.

da administração brasileira; deve representar, quando muito, a limitação dos pedidos coletivos e concomitantes em desfavor do Estado para a consecução de obras públicas e sua conseqüente resposta em escala de prioridades para tais realizações.

Ao nosso modo de sentir, não fere a razoabilidade, em sede de condenação contra a Fazenda Pública, o fato de ser proposta ação exigindo a construção de escola para o ensino fundamental ou a criação de uma creche em função do ordenamento jurídico nacional afirmar que a educação constitui direito subjetivo, assim como a saúde e outras garantias mínimas. Destarte, não se justificaria a atitude da Administração Pública em alegar que a execução de obras públicas (v.g. programas de moradia popular, construção de hospitais, passarelas para pedestres, obras de saneamento básico, etc.) dependa única e exclusivamente dos juízos de conveniência e oportunidade do administrador local e que tal execução será procedida apenas quando a Administração Pública entender necessário, ainda que se trate de atitude emergencial, pois discricionariedade administrativa não pode ser confundida com omissão.<sup>6</sup>

### **3. LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, RUP- TURA DOS MITOS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E DO “GOVERNO DO JUDICIÁRIO” E O DIREITO À MORADIA.**

Ao admitirmos o império irrestrito da discricionariedade no Poder Público, certamente confirmaremos a possibilidade de negação constante de garantias fundamentais do ser humano, situação que nos leva a elaborar a seguinte indagação:

<sup>6</sup> Ainda lutamos no Brasil para derrubar o mito da discricionariedade administrativa no tocante à execução de políticas públicas e, por tal razão, persistem falaciosos argumentos contrários à efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, lentamente, é construída em nosso País uma doutrina combatendo a omissão administrativa e reduzindo o campo criminoso de atuação da discricionariedade: “ Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Ademais, a Constituição prevê em seu art.5º, XXXV, peremptoriamente que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cômicos de uma impossibilidade a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-72.

a discricionariedade, no âmbito da Administração pública, em suas diferentes esferas, pode impedir a concretização de determinados direitos mínimos

Não olvidemos que, quando o Ministério Público, por exemplo, propõe Ação Civil Pública para cobrar o cumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal de 1988 em benefício de determinada comunidade (v.g. a construção de moradias populares ou mesmo a instalação de uma creche), está respaldado integralmente na possibilidade e razoabilidade conferidas pela própria Carta Política de 1988.

Em algumas cidades brasileiras, onde não é respeitado o comando da vinculação à dotação orçamentária, a despeito da legislação inerente à improbidade administrativa e responsabilidade fiscal, só nos resta recorrer à extrema-tática do seqüestro das receitas públicas para a efetivação da dignidade humana executando obras de saneamento e habitação para população de baixa renda, realidade pouco estudada em nosso País.<sup>7</sup>

A respeito do conteúdo da programaticidade constitucional e da discricionariedade na efetividade dos direitos fundamentais e sociais, na realidade brasileira, trazemos à baila dois exemplos de raciocínio jurisprudencial, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes à LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/1996) e à obrigatoriedade de oferta do direito à moradia, dos quais discordamos completa e veementemente:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

<sup>7</sup> Em entrevista concedida em 30 de julho de 2004 ao jornalista Roberto D'Ávila, o Professor da Universidade de Havard e sociólogo Roberto Mangabeira Unger é incisivo ao defender, com muita acuidade de raciocínio, a tática do seqüestro de receitas, por parte do Poder Judiciário, nas cidades brasileiras onde o Administrador Público não cumpra as finalidades previstas na Constituição Federal, sem o prejuízo das sanções cíveis e criminais existentes em nossa legislação administrativa. Certamente, a promoção do direito social à moradia, na realidade recifense, tem experimentado alguma reação; contudo, não desejamos sua restrição a uma ou outra gestão pública e sim à Administração como um todo, primando pela impessoalidade, transparência e continuidade das políticas urbanas. Assim, instado o Poder Judiciário a defender a implementação de políticas sociais sua ação terá amplo respaldo nos comandos constitucionais como defenderemos adiante.

I – O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do estatuto da criança e do adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II – A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos e para o judiciário atualização constitucional.

Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III – Recurso Especial não conhecido. decisão recorrida mantida. Recurso Especial nº 63.128-GO. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Decisão em 11/03/1996. Publicada no Diário da Justiça de 20/05/1996.

*ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.*

I - O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

II - Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

III – Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos

habitacionais etc). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

IV – As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

V – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

VI – As atividades de realizações dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

VII – Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 169876-SP. RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO. DECISÃO EM 16/06/1998. PUBLICADA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 21/09/1998.

Quanto ao primeiro aresto, debatendo postulação advinda do Estado de Goiás, por iniciativa do Ministério Público Estadual, se antes não tínhamos a tão esperada e despicienda norma ordinária, (LDB) infinitamente inferior à Constituição Federal, atualmente, não mais entendemos qual a limitação que deve perdurar para a condenação específica do administrador brasileiro ao cumprimento das garantias mínimas fundamentais à existência digna do ser humano, inerentes à oferta do direito à educação e suas variáveis contidas na teoria da proteção integral, nos moldes do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei n. 8.069/1990.

Hoje, em virtude da tão exigida e morosa regulamentação do direito social à educação, expressa e inequivocamente concebido como direito subjetivo e passível, portanto, de imediata e objetiva cobrança da coletividade contra o Estado (art. 5º da Lei nº 9.394/1996), não pode o Poder Judiciário nacional encontrar nenhum respaldo para indeferir postulações difusas que objetivem

a concretização de um direito coletivo como este; nada mais razoável<sup>8</sup> a cobrar da Administração Pública do que a oferta de um direito consignado na categoria subjetiva ou personalíssima.

Quanto ao segundo acórdão, destinado a dissolver questionamento gerado no Estado de São Paulo, pertinente à execução de programas de moradia popular, não assiste ao Julgador brasileiro, seja na esfera monocrática ou colegiada, o direito de negar direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa em virtude de uma evasiva infundada barreira de atribuições, na qual as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo seriam absolutamente independentes e estanques; ou seja, pela óptica dos julgados acima citados, se os Administradores Públicos Federais, Estaduais ou municipais jamais decidirem pela construção de um hospital público ou mesmo creche, ou ainda posto de saúde ou escola de ensino fundamental ou médio, alegando sua absoluta e inquestionável discricionariedade e desejar unilateralmente, sem a oitiva da população para que possa manifestar suas necessidades, de modo a facilitar o apontamento de prioridades, investir totalmente os recursos públicos em eventos festivos supérfluos ou mesmo na construção irônica de um monumento à “memória” de determinado membro de sua família, nada poderia ser feito a título de controle judicial dos atos administrativos ou muito menos admitiríamos, se assim pensássemos, a impossibilidade do controle e participação popular nos orçamentos públicos.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Não queremos com o presente artigo afirmar categoricamente que o Poder Judiciário tem a função de esvaziar as atribuições do Legislativo e Executivo; contudo, reversamente, opinamos que o controle das omissões do legislador e do administrador pelo Poder Judiciário constitui tarefa inafastável, em virtude da necessidade de um controle externo e preventivo muitas vezes. As decisões judiciais condenando a Fazenda Pública a realizar determinada obra prevista na legislação de forma expressa ou não consistem meramente no controle externo de prioridades que inexistem no orçamento brasileiro e não poderíamos jamais admitir que com tamanha miséria em nosso País possa o Executivo alocar recursos orçamentários para situações supérfluas em detrimento das emergências. Esta é a nossa tese em torno dos direitos mínimos da personalidade, dentre os quais inserimos o direito à moradia que não pode aguardar os humores semânticos em torno da interpretação constitucional. Não pode perdurar este quadro de inércia do administrador nacional em função de interpretações que jamais atenderam aos fins sociais do direito; atendem, antes de mais nada, à inadmissível idéia de que a discricionariedade governa absoluta em matéria de garantias fundamentais cumpridas pelo Estado. A reserva do possível, como prevista na doutrina européia servindo de limitação estatal, deve ser vista com muita cautela na realidade brasileira, uma vez que não podemos aplicar indistintamente doutrinas muito distantes de nosso cotidiano sem ao menos analisar sua compatibilidade. O Estado brasileiro não possui como defesa contra o cumprimento forçado das necessidades humanas básicas, o argumento da reserva do possível como visto na Alemanha. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.p.42.

<sup>9</sup> Hodiernamente a possibilidade de questionamento dos investimentos públicos é uma conquista

Ora, nada mais falacioso, em matéria de direito, do que o mito da limitação e independência dos poderes constituídos para o efetivo controle; logo, ao Poder Judiciário compete repelir os abusos da Administração Pública tanto nas condutas comissivas quanto nas omissivas, notadamente em defesa do princípio da moralidade administrativa e da consecução das garantias fundamentais, independentemente da limitação impostas por normas ordinárias de redação duvidosa.<sup>10</sup>

gradativa que deve ser aperfeiçoada na realidade brasileira, como instrumento democrático destinado a afastar o velho conceito de administração pública e discricionariedade: “A discricionariedade, entendida como área imune à sindicabilidade judicial, não mais comporta essa concepção, segundo a qual “onde exista poder discricionário, nenhum controle do juiz é possível, ou sequer conceitual.” Esta definição negativa de discricionariedade somente se enquadra no perfil no “direito por regras”, cujo contexto se reduzia ao princípio da legalidade administrativa, entendido como a conformidade dos atos administrativos com as regras de direito, tidas como o único referencial da Administração Pública, absolutamente alheia a quaisquer outros vetores axiológicos. A concepção clássica de discricionariedade – traduzível na impossibilidade de controle judicial, concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade – “direito por regras”, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”, o que implica também a redefinição de categorias afins, como o mérito do ato administrativo.” MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p.35-36.

Cada vez mais frágil resta a idéia de que a fiscalização dos gastos públicos ou mesmo imposição positiva de agir executando determinado serviço ou obra pública, feriria gravemente a harmonia e independência dos poderes constituídos. Não mais se sustenta na realidade nacional tais assertivas, sob pena de conferirmos ao administrador um aval ilimitado para agir sem prestar contas com a moralidade administrativa ou mesmo o interesse social. A participação popular é instrumento indispensável na consolidação democrática, assim como a correção às distorções perpetradas quanto ao orçamento público: “Inútil será a ação governamental, por mais bem intencionadas que seja, se não encontrar resposta positiva por parte dos habitantes da cidade. (...) Apresenta-se, ainda, de suma importância a participação popular nos processos de decisão, mormente no que diz respeito à eleição das prioridades, ao planejamento das políticas públicas e acompanhamento de sua execução. Nos procedimentos autoritários de decisão, verifica-se que nem sempre os investimentos realizados são os desejados pelas comunidades beneficiárias e as soluções caras são as mais eficazes. A primeira condição para o aprimoramento da ação governamental consiste em permeá-la de participação popular, com abertura de espaço para que os cidadãos, diretamente, ou por meio das entidades da sociedade civil organizada, como entidades religiosas, associações comunitárias, representações de bairros, sindicatos, entidades profissionais, etc, como expressão imediata de sua vontade, sem prejuízo da representação política, possam participar do processo de sua construção. Juntamente com a participação popular nos processos de tomada de decisões, deve ser promovida, tanto quanto possível, a desconcentração administrativa, mediante a qual as ações ligadas às necessidades imediatas dos cidadãos tenham sua execução transferida para órgãos menores, como órgãos distritais, regionais ou de bairros, desvinculados das amarras burocráticas do governo central.” OLIVEIRA, Adilson José de. O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades. Interesse público. a.6, n.30, p.214 -215.

<sup>10</sup> Ainda sofre resistência a postura de controle jurisdicional da atividade administrativa no Brasil; provavelmente a falta de debates constantes sobre os contornos da discricionariedade tenha con-

Recentemente, em posicionamentos favoráveis à tese da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal confirmaram a política de prestação de serviços na área da saúde e nos direitos da criança e do adolescente, condenando o Estado em obrigação de fazer (tutela específica) ao reconhecer a omissão do administrador.

Na área do direito fundamental à saúde, colhemos a notícia do STJ:

Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garante condições mínimas de sobrevivência digna, afirmou o ministro João Otávio Noronha, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o mandado de segurança em favor da menor PSLR, da cidade de Juiz de Fora /MG. PS, 5 anos, é portadora de mielomeningocele infantil, doença que causa má formação do tubo neural. PS sofre de paraplegia dos membros inferiores, comprometimento de sensibilidade, bexiga com capacidade diminuída, incontinência fecal, entre outros males. A enfermidade apresentada pela criança exige constante monitoramento, além da utilização de um aparelho chamado RGO – Reciprocrating Gait Orthoosis, produzido com exclusividade pelo Memorial Children's Hospital, localizado em Chicago/EUA. Em 1999, por meio da promoção de campanhas, ajuda humanitária e recursos próprios, PS conseguiu realizar exames no hospital norte-americano, onde um aparelho RGO foi confeccionado especialmente para ela. De lá para cá, a criança cresceu e a órtese do RGO já não está

tribuído para o lento desenvolvimento desta problemática, mas, paulatinamente, tal visão tem sido abrangida e atualizada: “Hoje em dia não mais se discute a possibilidade reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus-administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como aqueles que atribuem discricionariedade. (...) O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle”. MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. p.100-101.

no tamanho adequado, deixando de atender as necessidades de tratamento e reabilitação da paciente. Diante da impossibilidade de custear nova viagem aos EUA, o pai de PS, o técnico em prótese dentária, João Carlos Reis, solicitou ao Ministério da Saúde ajuda e custeio do tratamento, ou seja, do aparelho, uma vez que, de acordo com o desenvolvimento da criança, tem-se que fazer as adaptações necessárias. Todavia, o ministério negou o pedido, informando que a Portaria GM/MS nº 763, de abril de 1994, proíbe que o órgão financie atendimentos médicos fora do País. Um segundo ofício do Ministério da Saúde complementou a resposta, recomendando que a criança fosse atendida pela Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, a fim de verificar a possibilidade de haver um substituto do aparelho no Brasil. A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, após avaliar PS, concluiu que a órtese realmente já estava pequena. Entretanto, informou que a oficina ortopédica do hospital não confeccionava aparelho semelhante. João Reis, representando a filha, recorreu ao STJ. No Mandado de Segurança, argumentou que a Portaria Ministerial vai de encontro ao entendimento da obrigação legal do Ministério da Saúde de, em nome do Estado, oferecer proteção à vida e à saúde do cidadão. Que seja concedida a segurança para o fim de reconhecer a ineficácia da Portaria nº 763 e, em consequência, determinar ao Senhor Ministro de Estado da Saúde que forneça à criança, num prazo de 10 dias, o tratamento de reabilitação que venha a necessitar”.<sup>11</sup>

Também na temática dos direitos da criança e do adolescente, registram-se os seguintes arestos do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. NOVA VISÃO. I – Na atualidade, o império da Lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

<sup>11</sup> Extrato retirado das notícias do STJ. Disponível na internet: <http://www.stj.gov.br>. [11/03/2003].

II – Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

III – A tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

IV – Recurso Especial provido.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 493811/SP. RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON. TURMA: 2ª. DECISÃO: 11/11/2003. DJ: 15/03/2004.

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação Civil Pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista (sic) a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito Constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o

desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” (...) Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do sistema único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”

3. Violação de lei federal.

4. Revela notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob penas de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados, em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o País. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigilo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos

direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um País cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas no mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de Direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso Especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 577836/SC. RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. TURMA: 1ª. DECISÃO: 21/10/2004. DJ: 28/02/2005.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, analisando uma ADPF, assim se pronunciou:

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 ARBITRIO ESTATAL A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONOMICOS E CULTURAIS. CARATER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLAUSULA DA RESERVA DO POSSIVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NUCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MINIMO

EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Decisão: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à (sic) Erradicação da Pobreza.”

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o §2º do art. 59 da Lei n. 10.777/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando

a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.777/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: (...)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou 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. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – atribuição de formular e de im-

plementar políticas públicas (...) pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a

todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha”, p.22-23,2002, Fabris): (...) “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF. N. 45MC/DF. RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO. DJ: 04/05/2004.

A omissão ainda é vasto campo a ensejar reparações mais que muito pouco tem sido debatida em sede da tutela coletiva objetivando compensar o chamado “dano social” ou “dano à coletividade” e o Poder Judiciário assume perfunctoriamente o dever de reprimir os desmandos praticados no Poder Executivo; de idêntica forma conferiu-se, no ordenamento nacional a possibilidade do Judiciário apreciar a omissão legislativa por Parte do Poder Legislativo com a notória impetração do mandado de injunção e outros remédios.

Não há, nesta situação, nenhum tipo de excesso por parte do Poder Judiciário, que não é um juízo neutro, mas permeado de valorações sociais, quando repele atos omissivos do Poder Executivo (em quaisquer de suas esferas alicerçadas no federalismo cooperativo ou de repartições de competências, posto que apenas está buscando coercitivamente um dever positivo da Administração Pública.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Não enxergamos nenhuma justificativa para tanto medo ou mesmo pavor de parte da doutrina nacional e estrangeira quanto à intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas. Nossa democracia participativa ainda é restrita ao momento do voto e, muito lentamente, estamos no Brasil aproximando a população do controle das contas públicas. A tática do orçamento participativo ainda é incipiente e não é suficiente para combater a omissão administrativa quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais. Não olvidemos de que não estamos propondo uma visão de ativismo judiciário desmedida, maniqueísta, ingênua ou irresponsável, mas apenas ressaltando o dever constitucional que o próprio órgão judicante tem em relação à guarda da Constituição e do respeito à dignidade humana, inclusive com a correção dos desmandos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Extremamente frágil e falaciosa é a tese sustentada por teóricos

#### 4. EXECUÇÃO FORÇADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: A ÀRIDA RESISTÊNCIA AO COMBATE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA.

Diante da previsão normativa concreta sobre determinado direito subjetivo ou reconhecimento de certo direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, em qualquer área, e um comando executivo endereçado ao Estado, jamais poderemos defender a idéia de invasão de competências ou excesso de poder judicante, pois toda a omissão dos demais poderes deve ser corrigida judicialmente, ainda que admitamos que tal caminho é próprio das democracias incipientes. Destarte, por mais conservadora que seja a interpretação conferida à Constituição, em sede dos direitos sociais à educação e à moradia (com a revisão do art. 3º da Lei nº 10.257/2001) não há como o Judiciário se furtar de condenar o Administrador em obrigações de fazer constitucionais.<sup>13</sup>

norte-americanos e alemães sobre uma temerária invasão de competências do Poder Judiciário sobre o Executivo, no tocante à efetivação de políticas públicas e totalmente imprestáveis à nossa realidade. Não esqueça o leitor da extrema miserabilidade arrostada por boa parte dos brasileiros que subexistem em “moradias” que não atendem aos mínimos requisitos de habitabilidade, cenário distante da população alemã ou norte-americana. A execução de políticas públicas em nossa realidade administrativa demanda a construção de um raciocínio voltado à realidade nacional, caso contrário nunca cumprimos os desígnios constitucionais mínimos defendendo ilimitadamente um modelo de discricionariedade criminosa por ímproba e omissiva, o que parte da doutrina ainda não compreendeu ou enxergou e que paulatinamente está sendo alterado nos Tribunais pátrios: “Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, poder ter a palavra final nas questões constitucionais. A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do positivismo jurisprudencial) é a substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juizes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? No entanto, com o positivismo jurisprudencial, o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do dever ser, com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Veja Garcia, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.21. Acesso em 15/09/2005.

<sup>13</sup> Inaplicável em nossa realidade social os dogmas teóricos estabelecidos na orientação cultural mitificada da Europa, uma vez que não podemos importar irresponsavelmente o pensamento europeu e considerar tal atitude salutar intelectualmente; precisamos de liberdade de pensamento para construir soluções nossas, propícias a enfrentar nossos problemas e não os de uma realidade amplamente diversa da brasileira. No continente europeu ainda é combatida, por parte da doutrina, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: “ One thing that’s often said is that courts give reasons for their decisions, whereas legislatures do not, and this is a sign that courts, unlike

Infelizmente, perdemos muito com a leitura fria e meramente semântica ofertada à atual Carta Política; de qualquer modo, defendemos a completa razoabilidade dos pedidos que visam reparar eventual dano social (ofensa a determinado direito onde não se pode individualizar a vítima, uma vez que toda a coletividade possui interesse para figurar no pólo ativo da lide, representada pelo Ministério Público ou demais processualmente legitimados de modo plúrimo, na qualidade de fiscais da lei) provocado pela negação do direito social à moradia e resultam na seguinte indagação: os orçamentos brasileiros distorcidos pelo administrador merecem a correção do Poder Judiciário ao desrespeitar a adoção mínima de prioridades fundamentais, ou estas não existem em nossa organização constitucional e constituem meras falácias desprovidas de qualquer executividade reservada ao talante do administrador ou legislador ordinário? <sup>14</sup>Qual o receio para

legislatures, take seriously the issues of rights that they address. With courts, they say, we are never just face with a bare decision about rights, coercively imposed; we have judicial reasoning, which helps bring constitutional rights into focus for us, and it would be a pity to give that up. I'm not convinced. If you read what passes for "reasoning" in Supreme Court decisions, most of it is not about issues of rights at all. It's about legal history, or precedent, or jurisdiction, or theories of interpretation, or other legalisms. Judges know that their role is problematic. Thus they cling to the texts that authorize their interventions and laboriously debate their interpretation with special reference to theories like originalism and constructivism to show that they are entitled to do what they are doing" WALDRON, Jeremy. On judicial review. Disponível na internet: [http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles\\_p1.15/09/2005](http://www.dissentmagazine.org/menutest/articles_p1.15/09/2005)].

O Brasil, diferentemente de outras Repúblicas Federativas, ainda não conquistou sua maturidade democrática e administrativa. O sufrágio universal constituiu uma das etapas de nossa lenta marcha democrática, mas não pode representar a última. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nossa realidade, está longe de constituir o temor de parte da doutrina estrangeira a repelir a invasão de competências ou inversão de papéis dos poderes constituídos: "Por otra parte, es digno de especial consideración el creciente malestar acerca de una excesiva dependencia de la Administración de una desbordante jurisprudencia contencioso-administrativa, como consecuencia de los nuevos márgenes de configuración y valoración de los tribunales. Em ele Derecho Administrativo del medio ambiente y de la planificación, así como em otros campos jurídicos vecinos, andan em búsqueda de la propia posición entre el mandato de tutela y el progreso técnico. Se plantean problemas acerca de la extensión y la densidad de la actividad judicial de control. Se alzan voces que lamentan la fatiga del Estado judicial del Estado de Derecho. En general, se aprecia un desplazamiento demasiado fuerte a los tribunales de tareas de la Administración." HEYDE, Wolfgang. La jurisdicción. In. HESSE, Konrad. Manual de Derecho constitucional. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 820-821.

<sup>14</sup> No atual quadro social brasileiro devemos lembrar ao leitor que o modelo democrático adotado pelo nosso regime federativo carece de uma estrutura construtivista de democracia, passando pela participação popular na discussão dos orçamentos públicos e pela provocação do Poder Judiciário quando necessário, sem que possamos falar de ofensa à deliberação da maioria ou mesmo ditadura judicante: "Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou

a intervenção judicante na execução forçada de direitos fundamentais ou mesmo em propor uma revisão dos atos administrativos em desacordo com os princípios constitucionais por completa omissão aos seus postulados fundamentais?<sup>15</sup>

interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador. Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, é impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação. Claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende de uma fundamentação adequada. (...) A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos). Afirmar, portanto, o caráter contramajoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. (...) Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas. (...) Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas ou de sua falta.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.57-62.

<sup>15</sup> Precisamos urgentemente, sem nenhum adiamento e afastando qualquer traço de resistência acomodada e omissiva, revisar as bases conceituais da discricionariedade administrativa e suas implicações quanto à omissão e responsabilidade civil, a possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Judiciário quando houver desvio de finalidade, omissão pura ou demais atos que implique no descumprimento dos direitos fundamentalmente consagrados no Texto de 1988: “ Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida. Ademais, a Constituição prevê em seu art. 5º, XXXV, peremptoriamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição a melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cômicos de uma impossibilidade de solução a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos. (...) No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas, inicialmente, há de ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações. É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? (...) Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie

Vislumbramos resposta positiva, sendo possível ao Poder Judiciário interferir na condução da Administração Pública, sempre respeitado o princípio processual dispositivo toda vez que o administrador não priorize interesses básicos da coletividade; por conseguinte, não aceitamos a idéia de que o Poder Executivo tenha “carta branca” para gastar a receita pública contra a função social do orçamento público ou mesmo os desideratos constitucionais, em matéria de política mínima existencial.<sup>16</sup>

Se, por hipótese, o Prefeito de uma cidade resolvesse substituir toda a frota de ônibus recém-adquiridos por outros mais novos ainda e houvesse a necessidade de edificar determinada quantidade de moradias populares, com custo muito inferior à medida anteriormente citada, defenderíamos a intervenção do Poder Judiciário para corrigir o ato administrativo praticado.<sup>17</sup>

---

a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-74

<sup>16</sup> A realidade brasileira de investimentos em políticas sociais não poderia ser mais propícia à ingente necessidade de correção de gastos ou adoção de prioridades sociais pelo Poder Judiciário; se continuarmos a defender a anacrônica e absurda tese de separação absoluta dos poderes legalmente constituídos, sem ter em mente as necessidades sociais, estaremos corroborando com a adoção definitiva da discricionariedade absoluta em matéria de dotação de recursos públicos no Brasil. Nada mais dantesco para a promoção dos direitos sociais: “Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como conseqüência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas. Desse modo, quem analisar essas propostas poderá ‘ganhar a impressão de efetiva preocupação do governo como os direitos humanos, mas tal impressão se desfaz quando se verifica quanto foi efetivamente gasto.’ Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular). Na mesma linha, há quem recomende a condenação do Estado omisso a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos de implementação do respectivo serviço público. No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.100

<sup>17</sup> A atuação do Poder Judiciário erigindo comandos diretos na execução das políticas sociais brasileiras não constitui, ao nosso sentir, uma teratologia jurídica mas, ao reverso, uma necessidade indisfarçável inerente à manutenção do Estado democrático de Direito; logo, a tarefa correcional

Acreditamos na possibilidade de receber o administrador comandos judiciais destinados à execução compulsória de programas de moradia popular previstos atualmente no art. 3º da Lei nº 10.257/2001, quebrando o que a doutrina alemã denominou da reserva do possível como defesa contra o cumprimento forçado de tutelas específicas em obrigação de fazer.<sup>18</sup>

dos investimentos longe de configurar uma extrapolação de atividades, consiste uma postura obrigatória de um novo modelo de julgador: o ativista social: “Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.101.

<sup>18</sup> Precisamos urgentemente construir uma nova realidade prática e doutrinária para o Direito nacional, considerando nossa situação social e afastando teses incompatíveis com os anseios brasileiros de desenvolvimento e promoção da dignidade humana. Não queremos afirmar que as idéias formuladas no contexto europeu ou mesmo norte-americano no cumprimento dos mandamentos mínimos inerentes à sobrevivência individual sejam absolutamente inúteis quando de sua elaboração; entretanto, nunca podemos olvidar que nosso cenário social demanda resposta diferenciada dos postulados eurocêtricos que muito atrofiam nossa capacidade de construir soluções calçadas em nossa formação histórico-social. Ora, a tática da “reserva do possível”, glorificada em outras épocas em sociedades puramente liberais, não mais se coaduna com o cumprimento dos direitos fundamentais no Brasil, de modo a necessitarmos de outra resposta do administrador para sua negativa em cumprir os mandamentos constitucionais voltados à execução de políticas públicas: “Justificativas à parte, o fato inexorável é que, cotidianamente, a força normativa da Constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam como alibi o velho e bolorento argumento da não-aplicabilidade imediata da Constituição, como se os direitos dependessem da lei. (...) Ora, a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma. A premissa é irrefutável. Até os autores que criticam a intervenção do Judiciário nessas questões reconhecem o acerto da premissa do raciocínio. (...) Fixados alguns suportes teóricos, devem-se discutir efeitos concretos desse posicionamento. Para isso, interessante seria a análise do problema da EC 26 no Brasil. Essa emenda foi aprovada exclusivamente para incluir no rol dos direitos sociais do art. 6º da CF o direito à moradia. Ora, os autores tradicionais zombam de tal medida, apontando que a Constituição não constrói casas, bem como a reserva do possível impede a efetivação pelo Judiciário do direito materializado na Constituição. Tais argumentos, o primeiro empírico e o segundo, que será analisado com mais vagar no próximo capítulo, são típicos de uma visão conservadora da Constituição, mas que começam a ser refutados.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66-67.

<sup>19</sup> Por muito tempo assistimos atônitos a massificação da omissão administrativa disfarçada nos conceitos da discricionariedade e reserva do possível. Nada mais cômodo ao administrador inerte institutos jurídicos tão vagos emprestados à improbidade administrativa por omissão direta quanto ao cumprimento dos deveres mínimos do Estado brasileiro. Hodiernamente resta imperiosa a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além, obviamente, dos Tribunais de Justiça e órgãos monocráticos, por um processo de reciclagem profissional, quanto à executividade dos direitos fundamentais previstos expressamente na atual Carta Política, para que alteremos progressivamente o quadro de desmedi-

Qual o exato limite da tese da reserva do possível nas sociedades marcadas pela violenta estratificação social como a brasileira? Será tal resposta formulada com o raciocínio pautado na ordem pública do século XIX ou início do século XX, de modo a inviabilizar a efetivação de todos os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988?<sup>19</sup>

dos danos coletivos provocados pelo Administrador, em todas as suas esferas, no trato de políticas públicas essenciais: “ Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente o direito à moradia possui conseqüências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito. (...) Qual direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em mero favor ou uma obrigação moral. Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O art. 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola. É claro que muitas vezes a solução não será diretamente preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento. Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juízes na efetivação da Constituição. Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, a priori, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68-69..

<sup>19</sup> Por muito tempo assistimos atônitos a massificação da omissão administrativa disfarçada nos conceitos da discricionariedade e reserva do possível. Nada mais cômodo ao administrador inerte institutos jurídicos tão vagos emprestados à improbidade administrativa por omissão direta quanto ao cumprimento dos deveres mínimos do Estado brasileiro. Hodiernamente resta imperiosa a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além, obviamente, dos Tribunais de Justiça e órgãos monocráticos, por um processo de reciclagem profissional, quanto à executividade dos direitos fundamentais previstos expressamente na atual Carta Política, para que alteremos progressivamente o quadro de desmedidos danos coletivos provocados pelo Administrador, em todas as suas esferas, no trato de políticas públicas essenciais: “ Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente o direito à moradia possui conseqüências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito. (...) Qual direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em mero favor ou uma obrigação moral. Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O art. 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola. É claro que

A correta aplicação das verbas públicas e o controle da ocupação dos espaços urbanos e a aplicação das sanções do artigo 182, §4º, da atual Carta Política (tardamente regulamentado pelo Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001), tais como a edificação compulsória, a progressividade do Imposto Predial Territorial urbano (IPTU) e o instituto da desapropriação como modalidades gradativas de comportamento coercitivo que deveria ser promovido pelo Poder Público municipal e simplesmente não é levado a cabo na realidade diária, não encontram eco no simples mito da discricionariedade, mas, de maneira aviltante na própria omissão.

A incompatibilidade existente entre as administrações municipais e a garantia individual do direito à habitação apregoado na Constituição Federal e conseqüente marginalização da população em áreas periféricas centralizando um aparente e frágil desenvolvimento em exíguos complexos residenciais, dotados de infra-estrutura desconhecida na maior parte das capitais brasileiras, deve ser combatida com a inversão de prioridades dos orçamentos públicos, observando-se a impessoalidade e continuidade administrativas, dando-se continuidade a singular abertura propiciada com a Carta Magna de 1988.<sup>20</sup>

---

muitas vezes a solução não será diretamente preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento. Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juízes na efetivação da Constituição. Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, a priori, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68-69..

<sup>20</sup> No Recife, em dezembro de 2004, a imprensa noticiou vivamente a realização de um evento cultural que atraiu pessoas de outros estados gerando a discussão sobre o destino dos recursos públicos: a contratação de certa dupla musical e banda orçada em torno de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), conforme divulgação, seria razoável (dentro do conceito da discricionariedade administrativa) em uma cidade que ainda padece de mazelas sociais como: a falta de moradia e adequada rede de esgotamento sanitário, a precária condição de estabelecimentos de ensino, a inexistência de postos de saúde em áreas periféricas, a rarefeita distribuição do transporte público em localidades isoladas, o péssimo estado de conservação das vias públicas, dos logradouros em geral, a falta de equipamentos urbanos voltados para pessoas com necessidades especiais, além de outros itens? Além deste fato, poderíamos registrar muitos outros no cenário local suficientes para colocar em xeque a moralidade de gastos vultuosos sem a menor preocupação de dar conhecimento ao público de sua origem e justificativa, tais como: a edificação do novo fórum do Recife (verbas estaduais) com extrema suntuosidade contrastando diretamente com a pobreza e marginalidade circundante, a inauguração de um conjunto de esculturas nos arrecifes, sem olvidar do luxo não poupado nas atividades do Poder Legislativo (inclusive com a imoral e absurda resistência aos “cargos de confiança” e o pagamento de períodos extraordinários), do Poder Executivo e, infelizmente, do próprio Poder Judiciário. Quem paga a conta de tantas disfunções do orçamento público: Certamente o aviltado povo brasileiro com uma carga tributária sufocante e viciada. Nosso maior desafio não é a falta de

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Disponível em: [15/09/2005].

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos direitos trans-individuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

CABRAL, Antônio do Passo. **O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição.** Disponível na internet: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>. Disponível em: [16/09/2005].

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

---

recursos para as políticas sociais, mas, ao contrário, a transparente e correta aplicação dos mesmos. E certamente pode o leitor indagar: qual a competência para fiscalizar e sugerir a alocação das receitas públicas? A resposta é clara: a população deve ser convidada progressivamente, em homenagem à probidade administrativa, a participar e acompanhar de perto a distribuição dos gastos públicos, uma vez que aos Tribunais de Conta não compete exclusivamente tal tarefa. Necessitamos de uma urgente revisão das prioridades sociais: “O Poder Executivo, por sua vez, não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias políticas (policies) e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente, também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.” KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.99.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HEYDE, Wolfgang. La jurisdicción. in HESSE, Konrad. **Manual de Derecho constitucional**. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. **What is juridification?** Disponível em <http://www.arena.uio.no>. Disponível em: [16/09/2005].

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Disponível em: [22/10/2002].

OLIVEIRA, Adilson José de. **O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades**. Interesse público. a.6, n.30, p.214 -215. [s.d.]

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WALDRON, Jeremy. **On judicial review**. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org>. Disponível em: [15/09/2005].