

Questão Discursiva 00676

P.L. de C. e E.D. das N., moradores em área de invasão urbana e ocupantes de imóvel não legalizado, acionaram o Município de X, via ação pelo rito ordinário de obrigação de fazer, afirmando da ausência de esgotamento sanitário na localidade, que resultava em transbordamento de uma **vala negra** com criação de condições insalubres para o local em geral e os autores em particular. Pretendiam então fosse o Município compelido, judicialmente, a realizar as obras necessárias à solução deste problema sanitário da localidade, ao fundamento de exercício de seus direitos à prestação dos serviços públicos de forma eficiente e adequada bem como de manutenção de sua saúde e segurança da população, na forma do art. 9º, §1º, da CRFB c/c o art. 11, parágrafo único da Lei nº 7.783/89, que o regulamentou.

Em sua defesa, o Município de X sustentou que a decisão de realização, ou não, de obras de saneamento é ato não sindicável pelo Poder Judiciário pena de violação ao comando do art. 2º da CF/88. Disse mais que à época em que a previsão orçamentária para aquele exercício fiscal fora elaborado pelo Executivo Municipal, vindo a ser regularmente aprovado pelo Legislativo local, não constara da mesma previsão ou contabilização de gastos com obras de saneamento na forma da reclamação efetuada pelos autores e que estas seriam de sua competência exclusiva, cf. art. 23, IX da Constituição Federal.

Ouvido o MP, opinou o mesmo pela extinção do feito, sem resolução do mérito, pois que as obras que os autores demandam são eminentemente de utilidade coletiva e afetam a todos os moradores daquela localidade, e, em não tendo os demandantes legitimidade extraordinária para representar aqueles assim como o interesse objeto da presente lide é eminentemente difuso, a via eleita não se mostrava adequada.

Sendo estes os fatos e os posicionamentos dos atores deste processo, como o (a) candidato (a) se posicionaria acerca das questões constitucionais tratadas nesta demanda? Justifique.

Resposta #000665

Por: **SANCHITOS** 5 de Março de 2016 às 08:09

(resposta sem consulta, cuidado com eventuais/prováveis erros)

A separação de poderes estatais foi idealizada como forma de assegurar direitos fundamentais aos cidadãos, seria uma distorção inadmissível usá-la como forma de empecilho à garantia de direitos sociais fundamentais.

Com base em tal introdução podemos afirmar que a pretensão dos autores mostra-se possível e legítima, notadamente por resguardar a saúde e a segurança dos impetrantes, direitos fundamentais (artigos 5º e 6º da CF, entre outros) que devem ser tutelados pelo Estado.

Realmente a implantação de políticas públicas é tarefa precípua do Executivo. Contudo, diante de omissão odiosa e arbitrária do município em efetivar prestações mínimas ao núcleo essencial de direitos sociais fundantes, abre-se espaço para que o poder judiciário aprecie e decida tal lesão (art. 5º, XXXV, CF).

Nesse sentido, STF e STJ admitem a interferência do Judiciário na efetivação de prestações estatais congêntes, notadamente quando há arbitrariedade/omissão por parte do Executivo em assegurar o núcleo essencial de direitos fundamentais. Tal núcleo não pode ficar a mercê da discricionariedade política, sua tutela é obrigatória, não cabe juízo de conveniência e oportunidade nesta seara, sendo que a garantia do bem estar do cidadão (ainda que mínimo) é a própria razão de existência do Estado.

De outra banda, a alegação do município X, no sentido de que não há previsão orçamentária para a realização das obras, não pode servir de obstáculo, cabendo ao executivo a iniciativa de inserir os gastos na previsão do próximo exercício, ou por meio de créditos especiais. No mais, o saneamento básico é competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e municípios (art. 23, IX, CF).

No que tange ao posicionamento dado pelo MP ao caso, no sentido de extinção do feito sem julgamento de mérito, não procede tal entender. A possibilidade de ajuizamento de ação coletiva não impede/prejudica o exercício do direito de ação pelos lesados, legitimados ordinários, visando a tutela de seus direitos individuais.

Assim, os autores estão agindo em nome próprio na defesa de direitos próprios, havendo legitimidade, interesse e possibilidade jurídica em suas pretensões.

Correção #000364

Por: **Guilherme** 6 de Março de 2016 às 16:58

Excelente resposta, Rodrigo. Suas respostas são bem objetivas e claras. Dá pra entender perfeitamente sua linha de raciocínio.

Eu tenho aqui dois gabaritos extraoficiais: duas redações que obtiveram nota máxima, embora tenham caminhado por ideias opostas:

"Inicialmente, cumpre esclarecer que não é possível o Judiciário se imiscuir na atuação estatal para implementação de políticas públicas, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. Observa-se que, no entanto, tem-se admitido que o Poder Judiciário busque efetivar medidas que garantam direitos constitucionalmente previstos, como acesso à escola, saúde, etc., sem que isso afete a separação de poderes. In casu, observa-se não ser possível que o Judiciário defina a realização de obras no Município, mormente em se tratando de saneamento básico, sendo certo que a realização de obras é ato discricionário do Poder Executivo. No entanto, ressalta-se que o tema é bastante controvertido na doutrina e jurisprudência. Ademais, destaca-se que assiste razão ao Ministério Público ao afirmar que os demandantes não tem legitimidade extraordinária para representar os moradores da localidade, não sendo adequada a via eleita, qual seja, a ação de obrigação de fazer.

OUTRA RESPOSTA: Em que pese ser o exercício de políticas públicas uma discricionariedade do Poder Executivo, tal fato não pode ser analisado aos arrepios de direitos constitucionais tão importantes como a vida e a saúde. Assim, em determinados casos, na hipótese em concreto reduz-se essa discricionariedade para quase um dever de agir vinculado. Desta forma, diante da ofensa a princípios constitucionais, é possível uma atuação do Poder Judiciário, para que se determine a realização da obra. Não assiste razão ao Ministério Público, pois em que pese ser um direito de toda a coletividade da área afetada, a ausência de esgoto sanitário atinge direitos dos próprios autores.

OBS: as duas respostas acima receberam a nota máxima, apesar de serem totalmente diferentes".

Sinceramente, achei a sua resposta melhor que as duas. E concordo com sua posição. Eu só acrescentaria a questão da reseva do possível, a que sempre se faz menção nas discussões sobre políticas públicas. Parabéns!

Resposta #000796

Por: IESUS RODRIGUES CABRAL 13 de Março de 2016 às 17:48

As alegações do Município acerca da não sindicabilidade pelo poder judiciário de decisões discricionárias envolvendo políticas públicas e da inexistência de previsão orçamentária não podem ser acolhidas.

Com a Constituição Normativa de 1988, que não apenas prevê os direitos fundamentais, mas obriga o Poder Público a concretizá-los, o princípio da separação dos três poderes ganhou nova roupagem, não mais podendo ser tratado de forma absoluta. Isso porque direitos previstos na Carta Maior, tais como o direito à saúde e ao saneamento básico, art. 6º, CF, no caso concreto, afiguram-se como verdadeiros direitos subjetivos, podendo seus titulares se valer do poder judiciário, 5º, XXXV, CF (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Dessa forma, o STF vem entendendo que, em casos ímpares envolvendo direitos vitais, como é o caso da saúde, o poder judiciário poderia determinar à Administração a efetivar a política pública, sem que isso configure lesão ao princípio da separação dos poderes.

Em relação à inexistência de previsão orçamentária, a Suprema Corte possui jurisprudência firme no sentido de que a reserva do possível, escolha trágica da alocação de verbas públicas, não pode ser obstáculo à garantia dos direitos fundamentais, mormente quando alegado de forma genérica. Assim, a reserva do possível apenas afastaria o dever do Poder Público em cumprir com os seus deveres de concretizar os direitos previstos na Constituição quando ficasse demonstrada a real impossibilidade do ente federado em implementar a política pública sem prejudicar outros programas. No ponto, deve ser resguardado o núcleo mínimo dos direitos tutelados, de forma que se aplica perfeitamente a Teoria da Restrição da Restrição. Ou seja, é natural que os direitos fundamentais não sejam tratados de forma absoluta, podendo ser restringidos. Todavia, esta mesma restrição não pode suprimir o núcleo mínimo do direito em questão.

Dessa forma, a mera alegação de que o Município não previu dotação orçamentária para as obras em questão é insuficiente para obstar o pleito dos autores.

No tocante à alegação do MP, tenho que o direito pleiteado no caso afigura-se como individual. Vale dizer, muito embora a implementação das obras fossem beneficiar todo um grupo de pessoas, os autores intentam a ação com base em direito individual próprio e não com base em direitos transindividuais. Dessa forma, são legitimados ordinários para apresentar o pedido.

Resposta #001898

Por: MAF 8 de Julho de 2016 às 20:48

Com relação aos argumentos do Município, o STF tem entendido que é possível ao Judiciário determinar à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras relacionadas às redes de esgoto.

O direito ao esgotamento sanitário está umbilicalmente ligado ao direito à saúde, uma vez que este contempla políticas sociais e econômicas que devem visar à redução do risco de doença e de outros agravos (artigo 196 da Constituição).

Nesse sentido, o direito à saúde é considerado como direito de segunda geração/dimensão e que se relacionam com liberdades positivas, ou seja, exigem do Estado determinada prestação.

É certo que o dever de formular e implementar as políticas públicas incumbe, primariamente, aos Poderes Executivo e Legislativo.

Entretanto, caso os estes Poderes permaneçam inertes quanto a elaboração e/ou implementação de certas políticas públicas e esta omissão acabe por violar a Constituição, compete ao Poder Judiciário analisar tal questão e determinar a respectiva criação/concretização, sem que se possa falar em violação ao princípio da separação dos poderes.

Entende-se que eventual inércia do Poder Público violadora do direito à saúde se traduz em inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial.

Não se descarta da cláusula da reserva do possível no âmbito da teoria dos custos dos direitos, matéria constantemente arguida pelo Poder Público em sede defensiva.

Trata-se de tese originária da Alemanha e que se refere à possibilidade material da Administração efetivar direitos sociais, impondo, com base no princípio da proporcionalidade, uma limitação válida à concretização total desses direitos.

Não se ignora que a realização de direitos depende de vínculo financeiro que se subordina às possibilidades orçamentárias do Estado.

No entanto, conforme entendimento do STF, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo se demonstrado pelo Poder Público a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível.

O Poder Judiciário não poderá deixar de determinar que o Poder Público concretize o direito social sempre que a conduta negativa deste puder resultar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais considerados como fundamentais, tais como educação e saúde, por exemplo (mínimo existencial).

Quanto à tese hasteada pelo Ministério Público, os direitos fundamentais (e por consequência o direito à saúde) possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva se consubstancia na faculdade de o titular de um direito (no caso específico, saúde) de exigir do Estado (ou até mesmo de um particular, lembrando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais) uma ação ou abstenção com a finalidade de preservar sua posição jurídica.

A dimensão objetiva, por sua vez, impõe a organização de uma atividade que contenha influência coletiva, funcionando como um programa que se dirige para a realização constitucional (no caso da saúde, tem-se que a saúde será garantida por meio de políticas sociais e econômicas).

Como consequência, diante da dimensão subjetiva do direito discutido, o autor tem legitimidade ordinária para a demanda.

Resposta #002179

Por: **Nilsinho Wal Cabral** 10 de Agosto de 2016 às 21:09

O direito pleiteado pelos moradores merece tratamento como direito fundamental, haja vista que a omissão de obras de saneamento, os quais resultam em condições insalubres, ferem a dignidade humana (art.1º da CF), bem como o direito a saúde (art. 6º da CF), de modo que o Estado deve assegurar ao indivíduo instrumentos para efetivar os seus direitos, o que viabiliza o direito de acionar o poder judiciário para tratar sobre o tema.

Ressalta-se o entendimento sufragado pelos Tribunais Superiores de que os direitos sociais, tal como definido na questão, deve ser efetivado, por tratar-se de garantia de mínimo vital ao indivíduo, fato que é reconhecida a atuação do poder judiciário para determinar o cumprimento de políticas públicas, ante a omissão do Estado, não podendo ser considerado como interferência na separação de poderes. I

Nessa esteira, a alegação de que o enfentamento da matéria não é ato sindicável pelo poder judiciário, não se consubstancia com a ordem constitucional atual, a qual privilegia a efetividade da Constituição.

Ademais, não se pode invocar reserva do possível como defesa contra o mínimo existencial, tal como reconhecido o direito a saúde e segurança em questão, conforme entendimento dos Tribunais Superiores.

Por fim, a extinção do feito por ilegitimidade não se justifica, haja vista tratar-se não só de direito reconhecido ao âmbito coletivo, mas também aos indivíduos que se sujeitam a violação de tais direitos fundamentais, portanto, são legitimados ordinários para o pleito em questão.

Resposta #004144

Por: **Carolina** 17 de Maio de 2018 às 18:59

O pedido deve ser julgado procedente. Embora não se negue que a definição das políticas públicas é tarefa precípua do Poder Executivo, não pode o Poder Judiciário quedar-se inerte frente à violação de direitos fundamentais (direito à saúde, à dignidade e ao meio ambiente saudável, no caso em tela), sob pena de ver estes transformados em "promessas inconsequentes", nos dizeres de ministro do STF. Afinal, quando um direito é eleito como prioridade pelo constituinte, deixa ele de integrar o âmbito sobre o qual incide a discricionariedade do administrador.

O argumento da reserva do possível - isto é, a alegação de que o ente federativo não disporia de orçamento para realizar as obras - não socorre o Município. O STF, por ocasião do julgamento da ADPF 45, já teve a oportunidade de reconhecer que a reserva do possível não é oponível ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ademais, ainda que assim não fosse, não haveria óbice a condenar o município a incluir, em sua próxima lei orçamentária anual, os recursos para custeio da obra.

Também não deve ser acolhida a preliminar suscitada pelo Ministério Público. Os demandantes são, inegavelmente, afetados pelo problema por eles noticiado. O fato de haver outros prejudicados e de existir a tuela coletiva não impede o ajuizamento de ação individual, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não há como exigir que os autores, sendo atingidos pelo problema relatado, fiquem aguardando até que o Ministério Público ou outro legitimado coletivo decida, eventualmente, atuar.