

ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA JÚRIDICA – UMA CRÍTICA À AUSÊNCIA DA JURISDIÇÃO SÓCIO-POLÍTICA.

Marco Aurélio Romagnoli TAVARES¹

Resumo: O Estado social, na sua forma primitiva de formação encontra-se em crise, em especial quando confrontado com os modelos econômicos mundiais dominantes que influenciam diretamente no cumprimento dos preceitos constitucionais sociais adotados por países pobres. O atendimento dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, nunca foi implementado em sua integralidade, fazendo com que a nação brasileira seja predominantemente uma nação de exclusão e de alta concentração de renda o que, naturalmente, gera conflitos sociais para os quais aparentemente não existe solução. Embora previstos desde a Constituição de 1988, referidos direitos são constantemente relegados a segundo plano sob a alegação, por vezes revestida de interesses particulares do administrador público, de não existirem verbas suficientes para atender à integralidade do previsto pela Carta Constitucional e mais, que esses direitos deveriam ser considerados como meramente objetivos a serem alcançados dentro de um programa de governo e não normas cogentes de aplicação imediata. O Judiciário, dentro de sua missão constitucional, não pode fechar os olhos à realidade social e esconder-se atrás de uma ideologia positivista de atuação, deixando de resgatar a aplicação e implementação desses direitos, seja atribuindo comandos legais regulamentadores ao Legislativo, seja interferindo direta ou indiretamente nos atos do Executivo e, de forma determinante, na elaboração e aplicação

¹ Promotor de Justiça. Aluno do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual do Norte Pioneiro – UNESPAR – campus de Jacarezinho.

do orçamento público. É chegada a hora de se decidir que espécie de sociedade seremos em um futuro próximo, já que a sobrevivência do próprio Estado do bem estar e da Constituição dependem diretamente da atuação daqueles que tem conhecimento, poder e legitimidade para agir.

Palavras-Chave: Cegueira. Fraternidade. Cidadania. Direitos Fundamentais Necessários. Jurisdição. Ativismo Judicial. Orçamento Público. Dignidade Humana.

1. INTRODUÇÃO

Em seu livro de ficção publicado no ano de 1995, o escritor português José Saramago aborda a emergência de uma inédita praga que traz consigo uma repentina cegueira abatendo uma cidade não identificada, inexplicável e incurável.

Tal "cegueira branca" — assim nomeada pois as pessoas infectadas percebem em seus olhos nada mais que uma superfície leitosa — manifesta-se primeiramente em um homem sentado no trânsito e, lentamente, se espalha pelo país. Aos poucos, todos acabam cegos e reduzidos, pela obscuridade, a meros seres lutando por seus instintos.

À medida que os infectados pela epidemia são colocados em quarentena em condições desumanas e os serviços estatais começam a falhar, a trama segue a mulher de um médico, a única pessoa que não é infectada pela doença que cega todos os outros.

O desenrolar do texto nos mostra o desmoronar completo de uma sociedade que, em virtude da cegueira, perde tudo aquilo que considera como civilização e, tal como em *A Peste*, de Albert Camus, mais que comentar as facetas básicas da natureza humana à medida que elas emergem numa crise de epidemia, *Ensaio sobre a cegueira* expõe a profunda humanidade dos que são obrigados a confiar uns nos outros quando os seus sentidos físicos os

deixam. O brilho branco da cegueira ilumina as percepções das personagens principais, e a estória torna-se não só um registro da sobrevivência física das multidões cegas, mas também das suas vidas espirituais e da dignidade que tentam manter. Mais do que olhar, importa reparar no outro. Só dessa forma o homem se humaniza novamente.²

O livro acima mencionado guarda em sua essência a análise de paradigma vital para o estado democrático de direito atual, na medida em que se pode traçar um paralelo com a realidade sócio-jurídica em que vivemos atualmente, na qual a sociedade civil organizada cobra cada vez mais do Poder Judiciário atuações que modifiquem a realidade dos fatos e não que apenas se fundamentem em legislações ilegítimas.

Na prática, contudo, assistimos à predominância de teorias jurídicas e sócio-políticas que ao buscarem fundamentos no neopositivismo, neoliberalismo e nas teorias do constitucionalismo formal visam, sobretudo, manter o *status quo*, não levando em conta o custo social a ser pago pela ausência de mudanças de paradigmas.

As cobranças por um endurecimento legislativo e de uma atuação judiciária mais rígida na esfera penal é apenas uma faceta de algo mais profundo e não discutido que afeta a sociedade contemporânea como um todo, ou seja, do fracasso do *pacto social* idealizado por Rousseau, que leva uma gama de excluídos da prestação de serviços pelo Estado, desrespeitados em seus direitos mais básicos, a cobrar caro por algo de que nunca fizeram parte.

Daí a explicação para casos extremos de banditismo e violência como ocorridos recentemente, para os quais a legislação penal não tem solução já que em sua origem não foi e nunca será formulada para solucionar qualquer problema de origem social, mas apenas lida com as conseqüências da falência do Estado.

Quando se fala em jurisdição ativa, ou seja, na interferência direta do Estado-juiz em outro poder da república, aparecem imediatamente os alarmistas interessados de plantão alegando quebra de separação de

² Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ensaio_sobre_a_Cegueira>. Acesso em

poderes, ingerência, e até a formação de um Estado judicial que levaria à dispensa do administrador de suas funções.

O intuito do presente texto é o de, embora de forma resumida, traçar as primeiras linhas que desconstituem as teses defensoras de uma espécie de Juiz que pela própria natureza do cargo que ocupa deve permanecer isolado em sua área de atuação e cujas decisões restrinjam-se às partes que levam suas querelas até ele, sem interferência alguma na atuação do Executivo e do Legislativo, sob pena de desobedecer ao preceito geral da independência dos poderes e, especificamente, infringir o conceito de ato administrativo discricionário revestido dos critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo, é facilmente verificável para aqueles que reparam, além de enxergar, que esta atuação formalista defendida em nada lembra os preceitos contemplados na Constituição Federal que previu além da operacionalização imediata, os instrumentos jurídicos necessários para justamente obrigar Legislativo e Executivo a cumprirem os seus preceitos.

O conceito de norma constitucional de preceito programático encontra-se superado pelo neoconstitucionalismo³ e pelo neoprocessualismo, os quais buscam em suas essências a efetivação dos direitos sociais neste momento e não em algum ponto futuro no tempo.

De igual forma não resiste mais a argumentação simplista de que o princípio da aplicabilidade imediata restringe-se aos incisos do art. 5º da Constituição Federal, pois assim ressalta Sarlet:

[...] em que pese a circunstância topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o parágrafo segundo do mesmo artigo), o fato é que este argumento

11/08/2008.

³ “o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão da justiça pretendida pela aplicação judicial comporta com a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral.” DUARTE, Écio O. R. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 67.

não corresponde à expressão literal do dispositivo que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignado na epígrafe do Título II de nossa **Lex Suprema** revelando que, mesmo se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução no âmbito da aplicação da norma a qualquer das categorias específicas dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição.⁴

A exclusão social atual é alarmante, não somente a econômica, mas de forma mais grave apresenta-se a exclusão educacional que leva os indivíduos a se bestificarem, não possuindo condições de produzir em favor da sociedade e de si mesmos, encontrando-se alijados de qualquer preceito constitucional garantista, presos em suas bolhas de ignorância, facilmente maleáveis e domináveis, engajados somente no círculo vicioso da sobrevivência a qualquer custo, sem direito à felicidade, passando simplesmente pela existência como números em estatísticas.

A degradação do ser humano que a doença hipotética de Saramago provocou naquela sociedade é a que estamos vivenciando hoje, com os abastados aprisionados em casulos fortificados confundindo segurança com Estado policial, não se importando mais com a desgraça alheia e com o futuro da sociedade em que seus filhos crescerão, vivendo, enfim, a ausência da fraternidade.

É função do Juiz ser sensível às ceulemas sociais e, dentro de uma esfera de poder constitucionalmente embasado e socialmente legitimado, interferir em decisões legislativas e administrativas sempre que necessário para corrigir omissões e distorções.

Em suma, é o que se pretende demonstrar a seguir.

2. A JURISDIÇÃO SÓCIO-POLÍTICA

Ao desenvolver-se o conceito de direitos humanos necessários de implementação imediata é preciso anteriormente deixar claro que não

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 240/241.

busca o presente trabalho justificar a intervenção judicial em todo e qualquer ato administrativo discricionário, pelo contrário, de início reafirma-se o conceito de que não cabe a um Juiz decidir, por exemplo, o sentido de trânsito em vias públicas, quais ruas serão asfaltadas, quais empedradas e quais não receberão asfalto, onde se devem colocar galerias de coleta de águas pluviais, quais professores trabalharão em determinadas escolas, etc.

Deve-se sempre levar-se em conta que a administração pública é um serviço complexo, que necessita de planejamento e decisões diárias que são afeitas exclusivamente ao administrador público e sua equipe de trabalho.

Trata-se aqui, na realidade, da justificação do ativismo jurisdicional, ou seja, da interferência direta do Juiz de Direito em ato do administrador quando, no caso em concreto, identificar-se omissão ou má gestão por parte deste no atendimento aos direitos fundamentais indispensáveis à população e previstos na Constituição Federal.⁵

Não se objetiva, contudo, a afirmação do Juiz como administrador de bens públicos em seu sentido *lato*, mas sim à apelação ao senso sócio-político axiológico do cidadão que ocupa um cargo que lhe confere parte do poder modificador do próprio Estado, previsto na Carta Magna. O Juiz não pode e não deve ser moralmente neutro ao apreciar questões que envolvam direitos fundamentais sociais e sua aplicação e efetivação para o bem comum.

O Juiz estático que assiste passivamente à perpetuação da injustiça social age contra os princípios constitucionais de sua atuação e contra a natureza de seu *munus* que não é o de mero servidor público, mas

⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

sim o de agente político, deixando de exercer assim a essência de seu papel, que é o de mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade, ou seja, implementador de um Poder Judiciário próximo dos anseios populares.

Como anotado por Gilberto Giacóia:

Apresenta-se o Estado moderno não mais como um ente soberano, e assim deve ser. Porém, incapaz de atender aos mais elementares anseios populares, isso já é demais! Permanecer como mero expectador das grandes negociações que se processam entre mega-organizações ou cego às fraudes contábeis que entre elas se generalizam, relegando ao abandono econômico e social uma legião de excluídos e marginalizados, parece inaceitável. A miniaturização dos Estados nacionais é consequência direta da ingerência externa às governabilidades locais. A matriz de comando vem de fora para dentro, abrindo profunda fenda no sentimento de orgulho próprio e jogando por terra os conceitos de soberania, identidade e individualidade. Não é possível aceitar, sem mera consciência de justiça, que apenas três pessoas no mundo detenham patrimônio correspondente à renda de seiscentos milhões de seres humanos que habitam meia centena de países mais pobres, mas que longe estão de constituírem uma nação apenas. Sabe-se que as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na *doutrina dos direitos humanos*, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história como signo da dignidade.⁶

Assim, quando se fala em uma jurisdição ativa, fala-se, na realidade, na necessidade de intervenção do Estado-juiz dotado de consciência social e política para identificar as causas que reivindicam a sua interferência, buscando-se sempre o equilíbrio social das desigualdades e a aproximação dos direitos fundamentais daqueles que somente os conhecem por ouvir dizer.

Resta concluir que a afirmação, por vezes aventada, de que não se poderia judicializar a efetivação dos direitos fundamentais, já que a Constituição entendeu por bem prevê-los como normas diretivas para guiarem futura discussão que se daria na esfera política, através de movimentos sociais populares e representantes da sociedade eleitos (políticos), é inteiramente descabida, justamente porque o debate de intenções já ocorreu

⁶ GIACÓIA, Gilberto. *Justiça e Dignidade*. Revista Jurídica Argumenta, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, Vol. 02, p. 28, 2002.

em sede de elaboração das emendas populares encaminhadas ao Congresso Nacional Constituinte e que resultaram nas previsões de referidos direitos na Constituição de 1988.

Relata Sarlet:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão, oportunizado com a redemocratização do País após mais de 20 anos de ditadura militar. Em que pese todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembléia Nacional Constituinte (ou Congresso Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser conteúdo da Constituição vigente na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores. Ainda que tais números não sejam diretamente aplicáveis ao universo dos direitos fundamentais, é preciso reconhecer – guardadas as devidas proporções – que com relação a estes a situação não foi substancialmente diversa, de modo especial em se considerando a acirrada discussão em torno do reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais.⁷

Como se percebe a vontade popular manifestou-se na Constituinte e foi a de que se iniciasse de imediato o cumprimento pelo Estado dos direitos individuais e sociais fundamentais previstos, não cabendo no presente momento a retomada de qualquer discussão a esse respeito, em qualquer esfera de poder.

Dessa forma, encontra-se a atuação do Juiz com consciência sócio-política, ao interferir no ato administrativo ou legislativo, fundamentada no tripé básico que sustenta o Estado democrático de direito contemporâneo,

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, pág. 65.

qual seja, na Justiça, no Direito e na Lei.⁸

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSÁRIOS

Na realidade, a Carta Magna atribui ao Estado o cumprimento de uma gama de direitos individuais e sociais que, reconhecidamente, necessitarão de tempo, talvez gerações, até que sejam implementados, mas que se constituem em princípios a serem sempre buscados, como por exemplo, a previsão do inc. I, do art. 3º, da CF.⁹

Por esta razão surge a necessidade de escalonamento por ordem de prioridades dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, quais sejam, aqueles que possibilitam a busca e efetivação de qualquer outro direito básico individual ou coletivo. São esses os direitos humanos sociais necessários.

Conforme ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O ponto que nos interessa, porém, concerne ao nível de igualdade, ou, numa visão reversa, o nível de desigualdade existente na sociedade em que atua a democracia. Obviamente, a desigualdade é prejudicial à democracia, e mortal para ela, se excessiva. Assim, embora a eliminação da desigualdade seja utópica (...) é de todo interesse para a democracia a redução das desigualdades. Entre os meios de atenuação das desigualdades, certamente se inscrevem os direitos sociais. O direito ao trabalho, e os direitos do trabalhador, o direito à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social, por exemplo, que enumera o art. 6º, da Constituição brasileira, se concretizados, conferem ao povo mais necessitado um mínimo de bem-estar, não apenas condizente com a eminente dignidade humana, mas também o apego ao regime democrático, no qual foram conquistados. Servem, portanto, de

⁸ “Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação constitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão **se** o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é sua **extensão**.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 546.

⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

sustentação para a democracia.¹⁰

Os direitos humanos sociais necessários abrangem quatro classes que como pedras angulares de um alicerce, se ausentes, impossibilitam a perseguição e realização de qualquer outro direito fundamental, seja ele individual ou coletivo.

São eles: o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia e o direito a alimentos.

Sem a efetivação dos direitos acima relacionados não se pode afirmar a devida existência, busca ou proteção de qualquer outro direito, seja ele o de liberdade, lazer, segurança, propriedade, etc.

Sequer pode se falar em direito à vida, pois constitucionalmente, se prevê o direito a uma vida digna e feliz.

Há que se questionar, se o cidadão não possui saúde, educação, alimentação e onde morar, que bem lhe traz a liberdade? E mais, que espécie de vida leva essa pessoa? Com certeza não uma vida digna e feliz.

Resta desumanizado, não tem consciência de si mesmo, nem dos outros, por isso não obedece regra social alguma, não tem pretensões de futuro, portanto, não se importa em morrer ou passar os restos de seus dias encarcerado, não enxerga o outro como ser humano e por isso não o respeita, enfim, vive em estado cruel, primitivo e infeliz.

Logo, ao se buscar a concretização imediata dos veios anteriormente descritos, pretende-se, na verdade, a efetivação do mínimo social a ser fornecido pelo Estado para o atendimento do bem estar social e a busca da felicidade do cidadão.

Importante ressaltar que os quatro parâmetros citados são formados por direitos complexos e não simples, portanto, compostos de partes menores, ou seja, no direito à saúde encontra-se previsto, além do direito a atendimento médico, o direito ao fornecimento de remédios e realização de exames clínicos (tratamento médico integral para a doença diagnosticada), o tratamento profilático, englobando o direito a saneamento básico (água e

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à*

esgoto tratados) e vacinação.

No direito à moradia inclui-se não só o da residência física em si, mas de todo o complexo necessário que a acompanha, tais como transporte, creches, escolas, etc.

Quando se fala em direito à alimentação não se fala apenas em programas assistenciais do estado, mas também em programas de recuperação familiar (tratamento de toxicômanos e alcoolistas) e direito ao trabalho, inclusive à profissionalização.

Por fim, cumpre ressaltar que entre todos os direitos fundamentais necessários listados sem dúvida alguma, o de uma educação de qualidade, constitui o cerne do desenvolvimento social.

Cabe deixar claro que quando se fala em direito à educação não se está defendendo simplesmente a disponibilização de uma educação formal, tradicional, ensinada em bancos de escolas que não educam, mas simplesmente regurgitam ensinamentos pré-estabelecidos, utilizando-se de vidas como números de frequência para serem apresentados em índices junto a órgãos financeiros internacionais.

Antes, há que se falar em métodos educacionais que possibilitem a transferência de cultura em seu sentido amplo, proveniente de uma vivência social produtiva e enriquecedora, que torne possível ao receptor destes ensinamentos romper com o círculo da pobreza e da exclusão, pois como alerta Warat:

Ao longo da modernidade, os estudantes mais que humanizados, foram escolarizados, conseguindo, assim, confundir o processo com conteúdo, obtenção do diploma com educação, diploma com competência, fluência comunicacional com capacidade de dizer algo novo. A imaginação do estudante é escolarizada de tal maneira que o levam a confundir vida comunitária com assistência social, segurança com proteção policial, trabalho produtivo com competência desleal. A própria academia é confundida com a administração escolar. Ivan Illich chega a sustentar “que a institucionalização de valores leva, inevitavelmente à contaminação física, à polarização social e à impotência psíquica: três dimensões de um processo de degradação global e miséria modernizada (Ivan Illich, *Sociedade sem escola*. Rio de Janeiro: Vozes, 1973). Temos, então, um processo de escolarização que é opressivo, alienante, desumanizante. É preciso atender a formas e fórmulas educativas que não escolarizem, que

nos ajudem a apreender para a autonomia, inserindo os processos de humanização pedagógica em outras instituições que não sejam a escolar, instituições que não escolarizem, que não nos permitam seguir digerindo a falácia de que a escola se identifica com a formação do homem.¹¹

Em outra vertente, especificamente, quando se trata de direitos fundamentais sociais necessários não existe espaço para a aplicação do princípio da reserva do possível, já que por serem estritamente indispensáveis à formação da cidadania como componente de um Estado que deve visar o bem comum, inclusive buscando a efetivação da paz social tão almejada, não se sustenta a alegação pelo administrador de que não existem recursos suficientes para implementação de todos os direitos simultaneamente, sem prejuízo de outros investimentos.

Nos dizeres de Andréas J. Krell:

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma **obrigação** do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros **direitos**.¹²

Deve haver, sempre que inevitável, por parte do administrador a retenção de gastos ou investimentos públicos em qualquer área que não esteja relacionada com o cumprimento dos direitos humanos necessários.

Deixando de lado, por ora, a análise das motivações e critérios adotados por cada administrador para qualificar a destinação de verba do orçamento público como investimento, nada pode suplantiar o interesse popular manifesto juridicamente na Constituição Federal em se ver cumprido

¹¹ WARAT, Luis A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, v. 2, pág. 496.

¹² KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.p. 23. in BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais....* Curitiba: Juruá, 2008.

uma parcela de direitos mínimos garantidores da sobrevivência digna e feliz do cidadão.

Assim, é função essencial do Estado, adotando o princípio da prioridade, através do administrador suprir a qualquer custo essas demandas, ainda que em prejuízo ao atendimento a outros direitos ou, na visão de alguns, de outros benefícios sociais.

Nesse sentido, destaca Bobbio:

Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere ao outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível {para o italiano} de *implementation*. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio, ou pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?¹³

Conforme colocado, *não há como negar o caráter imperativo e vinculante dos direitos sociais de cunho programático, que preordenam os Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, à sua concretização.*¹⁴

A vontade social expressa na Carta Magna constitui-se em obrigação moral e legal para o Estado e cabe ao administrador obedecê-la, atendendo a seus preceitos. Não o fazendo, legitima-se o Estado-juiz a intervir

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pág. 77.

¹⁴ BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.pág.195.

para que o responsável cumpra o comando popular expresso.

4. A CONSTITUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA

As formas principais de controle jurídico dos gastos públicos podem ser explicitadas por duas formas de atuação, a indireta, ou seja, mediante a aplicação ao administrador das medidas preventivas e punitivas previstas na Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a direta, caracterizada pela intervenção do Estado-juiz no ato administrativo para cumprimento dos direitos fundamentais pelo Executivo ou Legislativo.

Uns dos principais pontos argumentativos daqueles que defendem que a interferência judicial para obrigar o Poder Executivo a atender direito fundamental, individual ou coletivo, em casos específicos é indevida é a de que ao se fazer esta prestação em obediência à determinação judicial, não havendo previsão orçamentária de gastos, se estaria gerando desequilíbrio nas contas públicas e prejuízo aos demais destinatários dos benefícios sociais, pois para se atender ao caso pontual haveria que se reduzir a aplicação de recursos naquela área, já que as verbas seriam limitadas e insuficientes para o atendimento de todos os direitos a todas as pessoas.

Já se demonstrou, contudo, pelos argumentos acima despendidos, a inaplicabilidade do raciocínio defendido. Ainda que a tese fosse aceitável, a legitimação da interferência judicial a bem do cumprimento dos direitos fundamentais necessários pelo administrador pode revestir-se, ao invés da determinação indireta, na interferência na elaboração do próprio orçamento público, diante da verificação da desobediência de normas constitucionais garantidoras.

A Constituição da República previu a elaboração de orçamentos públicos pelo administrador não como uma simples peça fiscal reguladora de receitas e gastos, mas sim como forma de programa de atuação, planejamento e direção do Estado no atendimento aos direitos sociais necessários.

Podemos conceituar o orçamento público constitucional da

seguinte forma:

O orçamento anual é o instrumento que sintetiza as políticas públicas e apresenta a escolha dos representantes do povo dentre as diversas possibilidades de investimento da receita pública. É através deste instrumento normativo que a desnutrição, a saúde, a educação e o meio ambiente podem receber verbas imprescindíveis à prevenção e à solução de problemas drasticamente graves à sociedade. É nesta relação ética com o orçamento que se apresenta a problemática das escolhas trágicas, diante da esgotabilidade dos recursos públicos, haja vista a necessidade de se decidir entre soluções possíveis. Fala-se em decisões trágicas porque se tratam de escolhas que envolvem a vida de seres humanos. São escolhas do tipo: que famílias serão beneficiadas com o bolsa-escola?; que famílias receberão casas para morar?; equipamento hospitalar caríssimo para qual hospital?. No Brasil diferentemente de escolhas trágicas, apesar destas existirem, trata-se de escolhas constitucionais, e, quando se depara com opções entre emprestar dinheiro a clubes de futebol, gastos com auxílio-paletó, dentre outros, a ausência de valor à dignidade da vida humana. É irrazoável e inconstitucional gastar dinheiro público com regalias e frivolidades. Esses gastos inconstitucionais desviam-se dos objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal, e fazem o Brasil regredir cada vez mais. O gasto constitucional de recursos públicos geram benefícios incomensuráveis à toda nação, cite-se, como exemplo, a reportagem do jornal Estado de São Paulo que ao descrever os benefícios que o programa renda mínima pode gerar elucidou que a cada ano médio de ensino da população, tem-se um crescimento do PIB de 20%; o gasto com medidas preventivas da violência geram uma economia imediata de U\$ 6,00 ao Estado por pessoa, haja vista investimento de U\$ 1,00 na prevenção e de U\$ 7,00 na repressão. Infelizmente, no País, os orçamentos dos últimos 10, 20 ou 50 anos preteriram a educação primária e saúde pública em prol de uma política desenvolvimentista duvidosa, investimentos fiscais e empresas inidôneas e instituições assistenciais deficientes. Isso tudo acarretou na mais injusta concentração de rendas do ocidente.¹⁵

Portanto, o administrador público deve ter a consciência de que não foi eleito para um cargo diretivo apenas para “manter em ordem” as contas, mas sim para executar um planejamento estratégico de aplicação de verbas públicas, visando sempre o cumprimento dos direitos do cidadão.

A intervenção judicial para corrigir distorções no orçamento de governo não só é legitimada pela Lei maior, como se constitui em verdadeiro dever do Estado-juiz, que estará exercendo o devido controle sobre o ato administrativo, sem ferir a harmonia que deve prevalecer entre os poderes do

¹⁵ MESSALA, Hélio. *Constituição Orçamentária: Instrumento de Mudança Social*. Revista de Direito Social. Porto Alegre: Notadez, 2004, v. 13, pág. 63.

Estado.

5. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O marco histórico na previsão de direitos para o cidadão atingido com a promulgação da constituição de 1988 se deu graças à mudança de ótica propiciada pelos atores sociais organizados há época, os quais influenciaram diretamente na composição de seu texto final e que, no presente momento, após vinte anos de promulgação da Constituição, possibilita a busca à implementação total das garantias previstas, utilizando-se sempre dos instrumentos e preceitos que se encontram no texto constitucional, referendando o espírito de luta e indignação que tomou conta de uma determinada sociedade em uma determinada época da história recente do país.

Nos dizeres de Cláudia Gonçalves:

[...] pode-se dizer que os movimentos populares, à época, além de visarem à liberdade política, cuja ausência era tão explicitamente sentida, davam evidência à luta pelos direitos sociais com os seguintes objetivos: de um lado, como forma de reivindicarem suas necessidades materiais básicas (educação, emprego, saúde, moradia etc.) e, de outro, como mecanismo conducente à democratização das liberdades individuais, haja vista que os referidos movimentos, em suas lutas, rechaçavam também a percepção apolítica e homogênea da sociedade civil, construída pelo liberalismo clássico, e representada no interior das constituições oitocentistas.¹⁶

Os instrumentos jurídicos previstos para efetivação do controle dos atos administrativos e cumprimento dos preceitos fundamentais são, em razão de sua natureza, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a ação civil pública, que sofreu por assim dizer, uma ampliação em sua área de aplicação.

¹⁶ GONÇALVES, Cláudia M. C. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba, Juruá, 2007, pág.163.

Embora haja a previsão constitucional dos dois primeiros instrumentos, tanto em razão da distância do conhecimento e limitação de sua aplicação pelos operadores do direito, já que o Supremo Tribunal Federal ainda se constitui em verdadeira torre de marfim para os excluídos, como pela natureza das causas estarem distante da realidade primária e palpável do cidadão comum, a ação civil pública pela proximidade que seus efeitos podem atingir é a que se constitui na principal forma de controle da administração, inclusive em sua forma pedagógica.

Conforme explica Alessandra Bontempo:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, surgiu no ordenamento jurídico como instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A partir da promulgação da Constituição de 1988, o espectro dos bens passíveis de serem tutelados pela ação civil pública foi redimensionado, passando a englobar – além daqueles contemplados pela Lei 7.347/85 – outros interesses difusos e coletivos.(...) A ação civil pública é, portanto, um instrumento processual idôneo à defesa dos direitos sociais contemplados na Carta de 1988, bem como daqueles decorrentes dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Advoga-se, ainda, que a ação civil pública é o instrumento jurídico hábil ao controle judicial das políticas públicas.¹⁷

Assim a ação civil pública, conjugada com as demais legislações que estatuem direitos e garantias fundamentais, tornou-se o principal instrumento jurídico para obrigar o administrador a agir, não agir ou corrigir desvio de finalidade no cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

6. CONCLUSÃO

Ao se referir a uma cegueira generalizada que atinge a uma

¹⁷ BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.págs.252 e 255.

população determinada, José Saramago nos apresenta uma situação fictícia em que as pessoas, em razão de uma restrição física que as acomete, tornam-se iguais e sofredoras das mesmas espécies de problemas, ou seja, a falência do Estado na capacidade de protegê-las do mal (a doença não possui explicação científica) e de atender a suas necessidades mais básicas.

Isso faz com que se realize um novo pacto entre elas, sob a égide da dependência, em que as pessoas se tornam mais humanas e dispostas a ajudar uns aos outros, ou seja, mais fraternos, o que torna possível o paralelismo com o conceito de *posição original e véu de ignorância* trazidos por John Rawls, em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, pelos quais as pessoas componentes de uma nação ao identificarem a falência do pacto anteriormente realizado se põem em posição de igualdade para negociarem um novo.

Ao se analisar a sociedade atual que apresenta descrença na capacidade de mudança nas práticas de políticas públicas pelo Estado, em especial no atendimento de suas necessidades básicas, o que leva inevitavelmente ao ocaso da civilidade, é imperioso se perguntar que tipo de Estado nós queremos instituir para nossa nação, tanto agora, como num futuro próximo.

A respeito da questão, Dalmo de Abreu Dallari relata que:

Apreciando esses aspectos da realidade contemporânea, De Gaulle assinalou que, a rigor, essa dependência do Estado ao bem estar do povo ocorreu em todos os tempos. A diferença está em que hoje ela é mais acentuada do que nunca, por várias razões que podem ser assim enunciadas: porque todo indivíduo é constantemente impelido pelo desejo de possuir os novos bens criados pela época moderna; porque todos estão conscientes de que, a tal respeito, sua situação depende diretamente da conjuntura global e do que for decidido na cúpula; porque a rapidez e a amplitude de informação possibilitam a cada homem e a cada povo comparar o que têm com aquilo do que dispõem os outros. Dessa forma, conclui De Gaulle, o problema passa ao primeiro plano das preocupações públicas, não havendo governo que consiga manter-se sem cuidar-se seriamente dessas realidades. Como fica evidente trata-se de uma inovação que ocorre, em primeiro lugar, no comportamento dos indivíduos, mas que tem repercussões imediatas e profundas na atuação do Estado. Essa é, portanto, uma tendência relevante, já que está claramente manifestada e em função da qual, além de outras, o Estado deverá orientar suas transformações. Será necessário optar entre os vários caminhos que tornarão possível ao estado atender a essas exigências, interferindo nas atividades de produção e distribuição de bens e, talvez, assumindo também as funções de regulador do

consumo, sem descurar da conciliação de tais desempenhos com as características e as mutações impostas pelas demais tendências.¹⁸

É impossível negar que o Estado tem correntemente falhado na aplicação e implementação dos direitos sociais constitucionais. Inevitavelmente essa ausência traz à tona o que há de pior no ser humano, a sua desumanização, retirando se seu caráter a noção de cuidado com o próximo.

Ao deixar de atender às políticas públicas para atender a seus interesses pessoais ou de grupos, o administrador público relega a segundo plano o indivíduo, retirando sua dignidade, causando uma distorção no sistema conforme preconizado pela Constituição.

Cabe ao Judiciário consciente, ao identificar essas falhas e imperfeições provocadas pela má gestão dos recursos públicos corrigi-las, para que possamos começar a construir um novo pacto, com uma nova forma de Estado do bem, já prevista há vinte anos e até hoje não implementado sob pena de, ao voltarmos a enxergar, não mais reconhecermos a realidade em que nos encontramos.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 174.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Écio O. R. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Profª Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2008.

GIACÓIA, Gilberto. *Justiça e Dignidade*. In Revista Jurídica Argumenta, Jacarezinho-PR, 2002, Vol. 02.

KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MESSALA, Hélio. *Constituição Orçamentária: Instrumento de Mudança Social*. In Revista de Direito Social. Porto Alegre: Notadez, 2004.

GONÇALVES, Cláudia M. C. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba, Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, 1998, Livraria do Advogado.

WARAT, Luis A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 2, 2004.

ANEXO

Diagrama – Aplicação da Jurisdição Sócio-Política

