

Análise Crítica do Cabimento da Intervenção Judicial Diante da Omissão do Dever de Prestação Fática pelo Estado

Alessandra Mendes Spalding*

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos a prestações, e até que ponto seria possível a intervenção do Poder Judiciário para dar efetividade aos preceitos erigidos a direitos fundamentais, previstos na própria Constituição Federal Brasileira, sem que com isso houvesse a interferência nas políticas públicas adotadas pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Abstract: The present study has as a goal to analyse the problematics of the effectiveness of the fundamental rights, as subjective rights to renderings, and to what extent it would be possible the intervention of the Judiciary to give effectiveness to the erected precepts to fundamental rights predicted in the very Brazilian Federal Constitution, with the non interference in public politics adopted by the executive and the legislative in doing so.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da classificação do direito à prestação; 3. Da atuação do Poder Judiciário diante da inobservância de um direito fundamental de prestação; 4. Do cabimento de ação coletiva diante da omissão do dever de prestação fática destinada a proteger direito inviolável; 5. O limite da reserva do possível; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

Summary: 1. Introduction; 2. Of the classification of the right to Rendering; 3. Of the acting of the Judiciary before the non-observance of a fundamental right to rendering; 4. Of the suitability of collective law-suit before the omission of the duty of fatic rendering intended to protect immune right; 5. The limit of the Reserve of the Possible; 6. Conclusion; 7. Bibliography.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Dever de Prestação; Intervenção Judicial; Reserva do Possível; Direito Subjetivo; Ações Coletivas.

Keywords: Fundamental Rights; Duty of Rendering; Judicial Intervention; Reserve of the Possible; Subjective Right; Collective law-suits.

1 Introdução

No passado, os direitos fundamentais destinavam-se apenas a assegurar a esfera de liberdade dos indivíduos frente a intervenções do Poder Público, e por esta razão eram encarados como direitos de defesa do indivíduo.

* Advogada, Mestre em Direito Negocial com área de concentração em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisa Sócio-Econômicas – INBRAPE, Professora de Direito Processual Civil da UNIBRASIL, Curitiba-PR.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

Hodiernamente os direitos fundamentais são considerados como direitos a ações negativas e direitos a ações positivas do Estado, subdividindo-se estes últimos em direitos a ações positivas fáticas e normativas.

O presente estudo tem como objetivo analisar a problemática da eficácia dos direitos a ações positivas, enquanto direitos subjetivos a prestações, e até que ponto é possível a intervenção do Poder Judiciário para exigir que tais direitos fundamentais sejam respeitados.

Como poderemos perceber, o direito pátrio vem sendo compelido a adotar em seu sistema normas e instrumentos capazes de tutelar vigorosas questões relacionadas aos direitos fundamentais que até então eram desprezadas.

Dentre tantas questões que poderiam ser analisadas em se tratando de direitos fundamentais, o presente trabalho elegeu a questão do cabimento da intervenção judicial diante da omissão do dever de prestação fática pelo Estado como tema central, tendo sido de grande relevância o estudo de autores estrangeiros, sem dúvida alguma, fonte de inspiração aos autores brasileiros que se dedicaram ao tema.

2 Da Classificação do Direito à Prestação

ROBERT ALEXY classifica o direito à prestação da seguinte forma:

- a. direitos à proteção, entendidos pelo autor como os direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros;¹
- b. direitos à organização e procedimento, que segundo ALEXY compreendem o direito ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais, bem como o direito a uma determinada interpretação e aplicação concreta de tais normas;²
- c. direito à prestação em sentido estrito (prestação fática), que de acordo com o autor supracitado seria o direito do indivíduo frente ao Estado de algo que, se o indivíduo tivesse meios financeiros e suficientes de encontrá-lo no mercado, poderia obtê-lo também do particular;³

Assim sendo, o leque de ações do Estado que podem ser objeto de direitos à prestação vão desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos, por intermédio da edição de normas de direito penal – concepção clássica, até as normas de organização, procedimento e de prestação de bens e dinheiro.⁴

¹ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 430.

² *Op.cit.*, p. 458.

³ *Op.cit.*, p. 482.

⁴ Nesse sentido ver Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 427.

Outro jurista que se preocupou em classificar o direito à prestação foi INGO SARLET WOLFGANG,⁵ conforme podemos verificar no seguinte esquema por ele formulado:

1. Direitos à prestação em sentido amplo
 - 1.1. Direitos à proteção
 - 1.2. Direitos à participação na organização e procedimento
2. Direitos à prestação em sentido estrito

Segundo INGO SARLET WOLFGANG o direito à prestação em sentido estrito ainda pode ser subdividido em duas classes: direitos originários e direitos derivados à prestação.

Os direitos originários seriam aqueles reconhecidos a partir da própria norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa. Já os direitos derivados, como o próprio nome revela, seriam aqueles já concretizados pelo legislador infraconstitucional.

Apenas à guisa de exemplos, o autor citado⁶ enumera os seguintes dispositivos da Constituição pátria que revelam direitos à prestação: artigos 6º, 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, 194, 196, 205 e 215.

Feita essa concisa, porém, necessária distinção, ressalta-se que o presente estudo se reservará à análise do direito à prestação em sentido estrito, avaliando até que ponto pode-se reconhecer ao particular o direito de exigir judicialmente do Estado determinada prestação material e quais os instrumentos processuais mais adequados para dar cabal cumprimento a esse objetivo.

3 Da Atuação do Poder Judiciário

Diante da Inobservância de um Direito Fundamental de Prestação

A doutrina não é unânime quanto ao cabimento de intervenção do Poder Judiciário quando estamos diante da inobservância de um direito fundamental de prestação.

VIEIRA DE ANDRADE⁷ explica que o entendimento dos direitos sociais à prestação varia consoante ordenamentos jurídicos, pois os mesmos poderão ser encarados como:

- a. princípios políticos;
- b. normas programáticas;
- c. preceitos indicadores de fins dos Estado;
- d. princípios jurídicos;

⁵ WOLFGANG, Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 175.

⁶ WOLFGANG, Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 289.

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 373.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

- e. normas organizatórias;
- f. garantias institucionais; e
- g. direitos subjetivos públicos, esse último, muito raramente.

Segundo o autor, a Constituição portuguesa prevê os direitos sociais à prestação como *normas impositivas de legislação* e, portanto, não confere a seus titulares verdadeiros, via de regra, poderes de exigir diretamente a sua prestação. Esses direitos de prestação, de acordo com a legislação portuguesa, indicariam ou imporiam ao Estado o dever de tomar as medidas para a sua realização concreta.

VIERA DE ANDRADE ainda acrescenta que tais normas não seriam meramente programáticas, pois vinculariam efetivamente o Estado, impondo-lhe o dever de legislar. Desta forma, apenas se tornariam *direitos subjetivos certos* na medida em que houvesse a atuação legislativa definindo o conteúdo concreto de tais prestações por intermédio de opções políticas.

Não obstante VIERA DE ANDRADE entenda que os direitos fundamentais sociais de prestação são *imposições legislativas*, deixa claro que o Estado tem o *dever de legislar!*

E caso o Estado não cumpra com o seu dever de legislar, aduz o autor que o artigo 283 da Constituição Portuguesa estabelece a possibilidade da fiscalização por intermédio da *"inconstitucionalidade por omissão"*. E em seguida explica: *"(...) há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre, ou cumpre insuficientemente, o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas."*⁸

Nesse contexto, poderá existir omissão legislativa todas as vezes que o legislador simplesmente não editar normas (não agir - omissão total) ou quando as normas forem insuficientes ou incompletas (omissão parcial).

A solução dada pelo ordenamento jurídico português é a censura pelo Tribunal Constitucional ao órgão legislador competente, dando-lhe conhecimento da situação de inconstitucionalidade.

Ao se referir à possibilidade de atuação do Poder Judiciário nos casos de omissão do legislador, VIERA DE ANDRADE mais uma vez afirma que: *"no caso de inexistência de legislação sobre a matéria, ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão, em regra, ser atualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui indispensável o juízo autônomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade."*⁹

Mas como toda regra, para que possa ser confirmada, tem sua exceção, VIEIRA DE ANDRADE vislumbra a possibilidade de interferência ao poder do legislador na hipótese em que esteja em jogo um *conteúdo mínimo* dos preceitos constitucionais, ou seja, diante de situações de flagrante necessidade ou injus-

⁸ VIERA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 381.

⁹ VIERA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 384.

tiças extremas, de tal modo que a exceção sirva como *válvula de segurança* à ordem jurídica constitucional.

Assim sendo, o *poder de conformação* do legislador, ou seja, o poder de estabelecer autonomamente a forma, a medida e o grau em que concretizam as imposições constitucionais no caso dos direitos sociais de prestação, não é total.

A hipótese citada por VIEIRA DE ANDRADE para ilustrar a afirmação acima resulta de uma violação ao princípio da igualdade enquanto proibição de arbítrio. Ele cita o caso de uma lei que regule prestações em cumprimento das imposições constitucionais ligadas ou decorrentes da consagração de direitos sociais e, ao fazê-lo, restrinja injustificadamente o âmbito dos beneficiários, em manifesta contradição com os objetivos da norma constitucional, seja por um erro de qualificação, seja por força do hábito ou por uma intenção discriminatória (ex. o caso de direito à pensão por morte do cônjuge em acidente de trabalho, que era reconhecido ao viúvo em termos mais gravosos do que os estabelecidos para a viúva).

Posto isto, diante da ofensa ao princípio da igualdade na hipótese de norma que garanta uma prestação social, haveria a possibilidade de fiscalização do Poder Judiciário.

Outra hipótese ventilada consubstancia-se nos casos em que o Estado não garanta o mínimo necessário para a sobrevivência do cidadão. Ao tratar dessa hipótese VIERA DE ANDRADE¹⁰ faz as seguintes indagações: “*Não deverá defender-se que é constitucionalmente insuportável a situação do cidadão cujas necessidades mínimas em matéria de habitação, de tratamento médico e sanitário, de alimentação, de educação, não são satisfeitas? Não deverá, então, reconhecer-se a todas as pessoas o direito a esse mínimo, independentemente de quaisquer opções legislativas? Não estará aí em causa directamente o valor da dignidade da pessoa humana?*”.

E logo em seguida trata da hipótese de um direito a não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência, demonstrando que, se por vezes não se pode exigir do Estado que lhe assegure *positivamente* o mínimo para sua existência, que ao menos não lhe retire aquilo que ele adquiriu e que será necessário para a sua existência através de uma prestação *negativa*.

Finalmente, para VIEIRA DE ANDRADE a proteção jurídico-constitucional típica dos direitos sociais pode se dar por meio de:

a. **INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO** - tal medida não pode ser acionada pelos titulares do direito, mas somente pode ser proposta pelo Presidente da República ou Provedor de Justiça; o Tribunal Constitucional não tem poderes, senão o de comunicar aos órgãos legislativos competentes sobre a existência de situação de inconstitucionalidade;

b. **AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR AÇÃO OU OMISSÃO** em caso de descumprimento da Constituição;

¹⁰ VIERA DE ANDRADE, *op.cit.*, p. 388.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

- c. AÇÃO DIRETA INDIVIDUAL - somente admissível em casos excepcionais quando houver lesão direta a bens pessoais constitucionalmente protegidos e associados a direitos econômicos, sociais e culturais, para assegurar o cumprimento do conteúdo *mínimo* de existência do indivíduo;
- d. AÇÃO POPULAR nos casos previstos em lei quando estiver em jogo a defesa de bens comunitários.

E conclui o autor aduzindo que os preceitos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais contêm programas de socialização que dependem, para a sua efetivação, da vontade política da comunidade – dos órgãos de direção política, dos partidos e grupos sociais, dos cidadãos – e dispõem igualmente de garantias jurídicas, ainda que com intensidades variáveis, que correspondem à sua qualidade essencial de direitos subjetivos fundamentais.

CANOTILHO,¹¹ ao tratar do controle judicial da realização dos direitos sociais, assim como VIEIRA DE ANDRADE, ressalta o fato de o Tribunal Constitucional já ter entendido, ao se pronunciar a respeito dos direitos sociais, que: “(...) *as normas consagradoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controlo judicial, mas que eles ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exeqüibilidade*”.

Segundo CANOTILHO a realização efetiva dos direitos sociais na prática estariam atreladas à oportunidade técnico-financeira e política.

No entanto, o citado autor não descarta totalmente a intervenção do Poder Judiciário, aceitando o controle sobre a atuação legislativa nas hipóteses em que os direitos a prestações tenham o intuito de defender violação do princípio da igualdade.

Nota-se que o exemplo citado por CANOTILHO é o mesmo trazido anteriormente por VIEIRA DE ANDRADE a cerca da diferenciação de pensões de sobrevivência consoante o cônjuge seja homem ou mulher.

ROBERT ALEXY,¹² por sua vez, ao tratar dos direitos fundamentais sociais deixa clara a sua posição de não admitir a intervenção do Poder Judiciário sob o fundamento de que, de acordo com os princípios da divisão dos Poderes e da democracia, as decisões sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não seriam dos tribunais de justiça, mas sim, do legislador diretamente legitimado pelo povo. Neste

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 505.

¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamenatales*, Madrid, 1997, p. 490: “*Pero, esto significa que, de acuerdo con los principios de la division de poderes y de la democracia, la decision sobre el contenido de los derechos fundametales sociales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino en la del 'legislador directamente legitimado por el pueblo'*. Por lo tanto, los tribunales pueden decidir en el ámbito de los derechos fundamentales socialres solo si el legislador ya há decidido.”

contexto, ressalta que os tribunais somente poderiam decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais quando o legislador já o tivesse feito.

Apesar do rigorismo na defesa da não intervenção judicial em sede de direitos sociais, principalmente levando em conta os efeitos financeiros vinculados ao cumprimento de tais direitos fundamentais, ALEXEY, assim como VIEIRA DE ANDRADE e CANOTILHO, concorda que os tribunais não podem ficar impotentes diante de um legislador inoperante.

Para solucionar as hipóteses de inércia ou falha do legislador, ALEXEY sugere a fixação de um prazo razoável para a edição da norma pelo legislador de acordo com a Constituição ou, na pior das hipóteses, admite a intervenção judicial para o cumprimento do princípio Constitucional.¹³

Nota-se que a doutrina estrangeira vê com cautela a intervenção do Poder Judiciário nos casos em que o objeto seja a garantia de um direito social de prestação, aceitando tal interferência apenas: a) nos casos em que o legislador não tenha exercitado o seu dever de legislar, ou o tenha feito de forma precária (através da inconstitucionalidade por omissão); b) em casos excepcionais quando haja lesão direta a bens pessoais constitucionalmente previstos para assegurar o cumprimento do conteúdo *mínimo* de existência do indivíduo (através da ação direta ou ação popular).

O jurista brasileiro, INGO WOLFGANG SARLET, como já afirmado anteriormente, diferencia as hipóteses acima citadas classificando-as como direitos à prestação originários ou derivados. Seriam direitos de prestação originários se fossem frutos da própria norma constitucional, independentemente de qualquer mediação legislativa; seriam direitos de prestação derivados se fossem posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo Legislador.¹⁴

Com relação à intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses de ofensa a direitos constitucionalmente assegurados em razão da omissão do legislador, seja ela parcial ou total, mister se faz citar alguns instrumentos processuais colocados à disposição do jurisdicionado brasileiro.

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, em caso de omissão do legislador, dois seriam os instrumentos que poderiam ser utilizados: a) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF); b) mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF).

¹³ *Idem. Ibidem*, p. 496, "Como ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución."

¹⁴ SARLET., Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 288.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO¹⁵ assinala algumas diferenças entre essas ações, a saber:

1. a ação direta tem alcance mais amplo, porque cabível quando a omissão impede a efetivação de norma constitucional, qualquer que seja ela; o mandado de injunção somente é cabível quando tal omissão torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
2. na ação direta, o julgamento é de competência exclusiva do STF, enquanto no mandado de injunção a competência é outorgada a Tribunais diversos, dependendo da autoridade que se omitiu;
3. a titularidade da ação direta cabe exclusivamente às pessoas e órgãos indicados no art. 103 da CF; a do mandado de injunção, ao titular do direito que não pode ser exercido por falta de norma regulamentadora.

ALEXANDRE DE MOARES, ao tratar da ação de inconstitucionalidade por omissão, aduz que o objetivo do legislador constituinte de 1988 foi o de conceder eficácia às normas constitucionais, e ensina: *“As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”*¹⁶

O autor supracitado adverte que não há um prazo legal estabelecido para que o Poder Legislativo realize as providências necessárias para solucionar a omissão, não podendo, portanto, ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer o seu *múnus*, sob pena de afronta à separação dos Poderes, constitucionalmente previsto no artigo 2º da CF/88. Todavia, uma vez dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, permitindo-se até mesmo futura responsabilização se da omissão ocorrerem prejuízos.

No que se refere ao mandado de injunção como instrumento processual hábil a sanar a omissão do legislador, ALEXANDRE DE MOARES classifica as posições adotadas pela doutrina em dois grandes grupos: concretistas e não concretistas.¹⁷

Segundo a posição concretista, presentes os requisitos para o cabimento do mandado de injunção, o Poder Judiciário, por intermédio de uma decisão cons-

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 13ª edição, São Paulo, Atlas, 2001, p. 621.

¹⁶ MORAES, Alexandre, *Direito constitucional*, 11ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 631.

¹⁷ *Op.cit.*, p. 185.

titutiva, declara a omissão legislativa e implementa o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que sobrevenha posterior regulamentação pelo poder competente.

Pela segunda posição, a não concretista, o mandado de injunção teria função apenas de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público em dar concreção à norma constitucional, servindo tão-somente para dar ciência ao Poder Legislativo da norma faltante.

Lamentavelmente, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal filia-se à corrente não concretista, não permitindo, portanto, que o Poder Judiciário atue no caso concreto para sanar a omissão do Estado.

Mas, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal já adotou em alguns julgados a posição concretista, como por exemplo, quando decidiu em sede de mandado de injunção em relação à norma prevista no artigo 8º, § 3º do ADCT¹⁸ de 1988, para autorizar os beneficiários dessa norma a competente ação de reparação, em razão da inércia do Poder Legislativo em editar a norma no prazo previsto na Constituição.¹⁹

Outra decisão em que Supremo Tribunal Federal adotou a teoria concretista foi para proteger o direito constitucional previsto no artigo 197, § 7º da CF/88,²⁰ que trata da isenção da contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes que atendam as exigências da lei. No entanto, o Congresso Nacional quedou-se inerte e não estabeleceu tais exigências através de lei, decidindo o Supremo Tribunal Federal que se no prazo de seis meses não fosse sanada a omissão, o autor daquela ação passaria a gozar da imunidade conforme seu requerimento.²¹

Apesar de não ser a posição majoritária na jurisprudência, filiamo-nos à posição concretista, pois não acreditamos que no caso de inércia do Poder Legislativo os indivíduos não tenham instrumentos para fazer valer os seus direitos constitucionalmente assegurados, principalmente aqueles que foram erigidos a direitos fundamentais pelo próprio legislador constituinte.

Finalmente, parece-nos também que a fixação de um prazo razoável para que o Poder Público possa sanar a omissão em seu dever de prestação, seja ele normativo, como nos exemplos acima apontados, ou fático, nos casos em que a legislação já exista, é suficiente para afastar a idéia de afronta à separação dos Poderes.

¹⁸ Art. 8º, § 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GMS, de 19-6-64, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional

e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da constituição. (grifo nosso)

¹⁹ STF - MI nº 439-1/RJ, Rel. Moreira Alves, Diário da Justiça, 19-9-94.

²⁰ Art. 197, § 7º - são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

²¹ STF - Pleno - MI nº 232/RJ - Rel. Moreira Alves, RTJ 137/965.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

4 Cabimento de Ação Coletiva Diante da Omissão do Dever de Prestação Fática Destinada a Proteger Direito Inviolável

Não obstante o ordenamento jurídico estrangeiro, assim como o brasileiro, contenha previsão expressa de instrumentos processuais como a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, por vezes tais instrumentos são insuficientes para conferir ao indivíduo uma tutela jurisdicional adequada.

E justamente para suprir essa deficiência do sistema processual é que as últimas reformas têm introduzido mecanismos que sejam capazes de proteger adequadamente os interesses tutelados, dentre os quais destacamos, no presente trabalho, as ações coletivas.

LUIZ GULHERME MARINONI destaca a relevância do papel das ações coletivas perante um Estado democrático, argumentado no sentido de que: *“A estruturação da ação coletiva está ligada à idéia de Democracia Participativa, que é o resultado de uma visão crítica da Democracia Social a partir da necessidade de participação do cidadão na gestão do bem comum. Se não há qualquer dúvida de que o povo precisa participar das decisões que envolvam o seu destino, para que esta participação possa frutificar é necessário a estruturação de instrumentos de participação enquanto institutos jurídicos.”*²²

Nessa ótica, o cabimento da ação coletiva inibitória diante da omissão do dever de prestação fática parece-nos ser medida que se impõe.

SÉRGIO CRUZ ARENHART, ao tratar da possibilidade da tutela coletiva inibitória na proteção de interesses juridicamente relevantes, dentre os quais podemos incluir os direitos sociais de prestação ora em análise, acena favoravelmente à possibilidade de seu ajuizamento no caso de omissão do dever de prestação pelo Estado.

Aduz o autor que o juiz deixa de ser simples aplicador do direito e passa a interferir diretamente nas políticas públicas. Vejamos o seguinte trecho de sua obra: *“(...) o juiz é levado não apenas a atuar o direito, mas a formular uma opção política, a propósito de qual bem jurídico ou interesse social deve prevalecer na situação concreta – se a preservação de uma usina termelétrica, se a saúde pública ou a evolução tecnológica na pesquisa e teste de um novo medicamento, etc”*.²³

Nesse mesmo sentido, EROS ROBERTO GRAU²⁴ também entende ser possível a realização de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mas segundo o autor, tal possibilidade somente se mostra presente se tal medida for *materialmente* possível.

²² MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

²³ ARENHART, Sérgio Cruz, “Perfis da tutela inibitória Coletiva”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003, p.178.

²⁴ GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 8ª edição, São Paulo, Melhoramentos, 2003, p. 270.

E argumenta: *“Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurado possa ser exequível, deverá o Judiciário, caso a caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito.”*²⁵

Portanto, a legitimidade da interferência do Poder Judiciário estará justamente na ponderação dos valores em jogo no caso concreto. E para que seja possível a definição da prevalência de um interesse sobre o outro, parece-nos imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade desenvolve-se em três sentidos distintos: a) proporcionalidade em sentido estrito; b) adequação; e c) exigibilidade.

Especificamente tratando de uma demanda coletiva, o magistrado jamais poderá esquecer que ao solucionar o caso concreto estará, sem dúvida alguma, exercendo também um papel político e, portanto, deverá ponderar as conseqüências materiais que sua decisão poderá impor ao Estado. Nesse sentido vejamos a seguinte lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART:²⁶

“A ação civil pública, é nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da jurídica. Nesse contexto, não deve o juiz preocupar-se em estar usurpando competência de outros Poderes (em especial do Executivo, em implementar as políticas públicas consideradas mais adequadas ou mais urgentes); desde que pautado por critérios seguros legais e fincado na premissa de que não deve chamar para si opção discricionária pública, poderá sempre o magistrado julgar, sem nenhuma infringência ao princípio da separação dos Poderes.”

Apenas a título de ilustração, vale à pena citar o triste episódio noticiado nos meios de comunicação meses atrás a respeito do esdrúxulo Memorando Circular nº 29/2003 editado pelo INSS para a finalidade de bloquear os pagamentos de pensões e aposentadorias dos cidadãos maiores de 90 anos até que os mesmos fizessem o seu cadastramento junto àquela autarquia previdenciária.

As cenas que foram veiculadas em todo o território nacional mostravam pessoas idosas sendo levadas até os postos de atendimento superlotados do INSS apoiadas em muletas, cadeira de rodas e até mesmo em ambulâncias para que pudessem ser recadastrar e, assim, evitar a cassação de seus benefícios previdenciários. A repercussão da medida governamental foi tão negativa que apenas dois dias após a sua edição acabou sendo revogada pelo Memorando Circular nº 31/2003.²⁷

²⁵ *idem, ibidem*, p. 274.

²⁶ *Op.cit.*, p. 181.

²⁷ Após a revogação da circular que determinava o bloqueio das aposentadorias dos maiores de 90 anos que não tivessem realizado o cadastramento, o site da previdência (www.previdencia.gov.br) veiculou em 06/11/2003 a seguinte nota à imprensa: Berzoini revoga bloqueio de benefícios de segurados de idosos. O Ministro da Previdência Social, Ricardo Berzoini, determinou há pouco a

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

Parece-nos que, caso a medida acima citada continuasse vigorando, estaríamos diante de um flagrante exemplo da possibilidade de ajuizamento de uma ação coletiva inibitória para impedir que tal norma continuasse em vigor.

5 O Limite da Reserva do Possível

Conforme relatado no item acima, acenamos favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública ou mesmo nas atribuições do Poder Legislativo, quando se está diante de uma ofensa aos direitos à prestação.

No entanto, não podemos deixar de observar que em alguns casos o reconhecimento de um direito subjetivo à prestação ocasionará ao Estado um dever de agir que ocasionará dispêndio de verba pública que, via de regra, deveria ter previsão orçamentária específica.

A questão tormentosa é a de saber até que ponto esse postulado da reserva do possível poderia obstruir o reconhecimento de um direito subjetivo, sob o argumento de afronta à competência legislativa e orçamentária.

*Ao tratar do tema LUIZ GUILHERME MARINONI não oculta a sua preocupação aos argumentos contrários à intervenção do Poder Judiciário aduzindo que: "O argumento que poderia ser invocado contra essa sentença seria o de que o Poder Judiciário estaria interferindo nas opções de ordem técnica e política da Administração e colocando em risco, por consequência, o princípio da separação dos poderes"*²⁸

Mas logo em seguida o autor citado afirma que a coletividade tem o dever de defender os seus direitos fundamentais previstos na Constituição e, portanto, não haveria razão para não se admitir a ingerência do Poder Judiciário na obrigar a Administração para obrigá-la a agir.

Sobre o assunto em discussão, o jurista alemão R. BREUER²⁹ sustenta que os direitos subjetivos à prestação devem ser reconhecidos na medida que indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais, pressupondo que o indivíduo não se encontre mais em condições de, sem o auxílio do Estado, exercer autonomamente sua liberdade.

Logo em seguida, aduz o supracitado autor que cabe ao Estado, por intermédio do legislador, garantir um standard mínimo aos cidadãos, sendo certo que em caso de sua omissão nasce ao indivíduo o direito subjetivo à prestação.

revogação do memorando circular nº 29, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que previa o bloqueio dos benefícios pagos aos segurados com mais de 90 anos e que recebem o benefício há mais de 30 anos. A Diretoria de Benefícios do INSS divulgou um novo memorando circular, nº 31, que revoga a medida anterior. Os benefícios dos 105 mil segurados que se encaixam nessas condições estarão liberados a partir da próxima segunda-feira, já que é preciso um prazo mínimo de 24 horas para reverter a determinação de bloqueio dada à rede bancária responsável pelos pagamentos. A decisão de revogar o bloqueio não causará prejuízo ao cadastramento dos segurados do INSS.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 102.

²⁹ *Apud* WOLFGANG, Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 331.

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, citando ALEXY, salienta que:

“Referindo-se ao problema dos direitos à prestação e aos diversos argumentos contrários que podem ser erigidos contra outorga jurisdicional, inclusive quanto ao chamado princípio da reserva e da separação dos poderes, salienta Alexy que a cada um correspondem as posições de prestações jurídicas como direitos fundamentais sociais que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que seu outorgamento ou não-outorgamento não pode cair livre à simples maioria parlamentar.”³⁰

Nota-se que de acordo com as posições acima citadas o princípio da competência orçamentária e da reserva do possível não podem ser considerados princípios absolutos.

É inegável que o país vive uma crise cada vez mais aguda na prestação dos serviços fundamentais à população e que os recursos públicos disponíveis nem sempre são suficientes para disponibilizá-los, mas justamente em razão desse lamentável cenário é que por vezes se fará necessária à intervenção dos órgãos do Poder Judiciário no caso concreto.

No mesmo sentido, INGO SALERT WOLFGANG aduz que:

“Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declarem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social.”³¹

6 Conclusão

Pelo que foi exposto, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário diante da inobservância de um direito fundamental de prestação, seja por intermédio das ações individuais ou por meio de ações coletivas, não tem o objetivo de interferir nas políticas públicas adotadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, mas sim visa dar efetividade aos preceitos erigidos a direitos fundamentais, previstos na própria Constituição Federal Brasileira.

³⁰ GEBRAN NETO, João Pedro, “A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais – a busca de uma exegese emancipatória”, São Paulo, *Revista dos tribunais*, 2002, p. 149. Ressalta-se que não concordamos com autor acima citado.

³¹ *Idem. ibidem*, p. 340.

ANÁLISE CRÍTICA DO CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL DIANTE DA OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAÇÃO FÁTICA PELO ESTADO

Logicamente que a determinação de cumprimento de um direito fundamental à prestação deverá ser pautada pelo bom senso dos magistrados que, ao deferirem tal medida, devem ter consciência das limitações inerentes aos órgãos públicos em face de sua dotação orçamentária, sob pena da inviabilidade de sua execução.

Todavia, o argumento de que a simples decisão, seja ela fruto de ação individual ou coletiva, já estaria por si só violando o princípio da separação dos poderes e a necessidade de dotação orçamentária, não pode prosperar.

Em sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito não afigura razoável que os indivíduos não possam buscar socorro perante o Poder Judiciário diante de flagrante ofensa aos seus direitos subjetivos fundamentais constitucionalmente assegurados.