



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL**

Apelação Cível n.º: **0486035-07.2011.8.19.0001**

Apelante: Ministério Público

Apelado: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro

Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

Apelação Cível. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público com o pedido, dentre outros, de que Estado e Município sejam condenados à confecção de plano de contenção de encosta, em área classificada como de médio risco de desabamento. 1- Os direitos sociais, a par de sua eficácia negativa, consistente em determinar a interpretação das leis integrantes do ordenamento jurídico, contêm ainda, quando suficientemente densos, uma eficácia positiva, vinculante para a Administração. 2- Resulta do dirigismo da Constituição o dever de prioridade para a satisfação dos direitos sociais, a que deve corresponder uma dotação orçamentária adequada. 3- Como muitos dos direitos desta natureza importam em vultosas despesas e transformação material da realidade, sua efetivação deve ser feita de forma progressiva, qual previsto no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 4- Entende-se por progressividade, na forma do Comentário nº 3, do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, a adoção de medidas concretas na direção do objetivo, com o que é incompatível um comportamento inerte ou excessivamente lento. 5- Como fiscal do cumprimento da Constituição e das Leis, compete ao juiz, sem que isto importe em qualquer violação ao Princípio da Separação dos Poderes, determinar à autoridade competente a elaboração de plano capaz de





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

progressivamente mitigar o problema e ao menos alcançar os níveis essenciais de prestação do serviço; julgar a suficiência do plano, comparando a verba dedicada no orçamento com despesas outras desprovidas do caráter de essencialidade, e acompanhar a execução do plano. 6- Sentença que julga extinto o processo, sem análise do mérito, antes mesmo da citação, sem analisar concretamente a suficiência do plano apresentado. 7- Recurso provido para anular a sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 0486035-07.2011.8.19.0001, em que é apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e apelados o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara de Fazenda Pública que houve por bem extinguir, sem análise do mérito, processo iniciado pelo Parquet em face do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro com vistas à realização de obras no Morro da Saudade, tidas como essenciais diante do risco de desmoronamento evidenciado em prévio laudo confeccionado a pedido do próprio município e evidências de que o aquecimento global vem proporcionando eventos climáticos cada vez mais catastróficos, aí incluídas chuvas como aquelas que devastaram a Região Serrana do estado nos últimos anos.





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

Segundo a longa inicial, a Promotoria da Tutela Coletiva, diante das evidências de catástrofes ecológicas e ambientais no Município do Rio de Janeiro, instaurou nos idos de 2010 inquérito civil, em cujo curso procurou-se obter do Executivo local a subscrição de termo de ajustamento prevendo diversos prazos para a realização de tarefas várias consideradas essenciais à solução dos problemas das encostas municipais, particularmente daquelas localizadas nas encostas do Maciço da Tijuca.

Este termo jamais foi assinado muito embora haja o Município do Rio de Janeiro contratado, através da Fundação Geo-Rio, pelo valor de R\$ 1.000.000,00 a empresa Concremat Engenharia, que realizou estudo de mapeamento geológico, classificação e delimitação do grau de risco, envolvendo um total de cento e noventa e seis comunidades, do qual resultou parecer indicando a presença de áreas com alto, médio e baixo risco de escorregamentos geológicos, o que também vale para a comunidade do Morro da Saudade, localizada em Botafogo, nas cercanias do Cemitério São João Batista, que em seu conjunto foi considerada de risco médio, consoante o trecho reproduzido na vestibular e com o seguinte teor: “Toda a comunidade do Morro da Saudade se apresenta como uma área de risco médio, com riscos geológicos associados à possibilidade de deslocamento de blocos, apesar de aparentemente acomodados e possíveis deslizamentos de solo devido à alta declividade (40%-50), atingindo moradias. Cortes e aterros irregulares também devem ser levados em consideração. A região está situada em área de reflorestamento com demarcadores de eco-limite, tendo algumas linhas de drenagem obstruídas por blocos de rocha (figura 8) com algumas moradias do caminho. Estima-se através de contagem das orto-fotos, fotos oblíquas e vistoria local que aproximadamente quinze casas de alvenaria se encontrem nessa região.”

A inércia dos réus, que nada de substancial teriam feito apesar das conclusões do estudo realizado, violaria diversos preceitos da legislação municipal e estadual. Quanto ao Município, destaca-se, em particular, o artigo 30, inciso XIX, f, da Lei Orgânica, segundo o qual compete a este executar, diretamente, com recursos próprios ou em cooperação com o Estado ou a União obras de: “contensão de encostas”.

Do mesmo modo, o artigo 422, da mesma Lei Orgânica preceitua:





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

“A política urbana, formulada e administrada no âmbito do processo de planejamento e em consonância com as demais políticas municipais, implementará o pleno atendimento das funções sociais da cidade.

§1º As funções sociais da cidade compreendem o direito da população à moradia, transporte público, saneamento básico, água potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encosta, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural.”

Posteriormente, a Lei Complementar 111/2011, que institui o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, dispôs em seu artigo 223 que consiste em programa prioritário da política de saneamento ambiental a proteção geotécnica das encostas, o que já fazia o Plano Diretor antecedente sem maiores reações do Poder Público municipal.

Por fim, a Medida Provisória 547 de outubro de 2011 criou o Cadastro Nacional de Municípios que possuam áreas propícias a escorregamento, em cujo artigo 3º, a, também se atribui aos municípios o dever de elaborar plano de implantação de obras e serviços para a redução de riscos.

Agora no que toca ao Estado, sustenta o Ministério Público ser a área de proteção ambiental a determinar a incidência dos artigos 230 e 234 da Constituição do Estado, que atribuem a este último, em conjunto com o Município, a preservação de coberturas florestais, áreas de interesse arqueológico, histórico e científico, causa próxima de sua legitimidade para figurar no polo passivo.

Quanto aos pedidos formulados contra os réus estão o de concessão de tutela para que realizem plano de medidas de engenharia na área classificada como de médio risco e que sejam suficientes para reduzir a classificação deste ao nível baixo, consoante apuração em estudo técnico





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

realizado com a mesma tecnologia empregada pela Concremat, que instalem sistema de alerta e notifiquem pessoalmente todos os moradores da área de risco médio para que saibam do perigo que correm e do funcionamento do sistema de alerta.

No mérito, requer o Parquet a confirmação dos pedidos requeridos em tutela antecipada e a condenação dos réus na obrigação de recuperação da área desmatada e da implantação de rede de saneamento básico na comunidade do Morro da Saudade.

A sentença atacada pelo recurso concluiu nos seguintes termos: “Na hipótese dos autos, verifica-se pelos documentos anexados que inexistente alegada omissão. O que de fato acontece é que para a realização das referidas obras torna-se necessário um estudo aprofundado da região e a delimitação do que deve realmente ser feito, além da avaliação do custo das obras haja vista a limitação orçamentária. Assim, não há como ser deferido o pedido e forma genérica como foi pleiteado e sequer de forma conjunta para todos os morros. Entender de forma diversa geraria a falência da gestão pública e a interferência indevida do Judiciário no Poder Executivo... Desta forma, se a parte ré está adotando as medidas necessárias para a solução dos riscos geológicos inexistente uma das condições da ação, qual seja o interesse processual. Não há utilidade na sentença que vai determinar o que já está sendo feito pelos requeridos.”

Reiterados em apelo os argumentos suscitado pela apelação, seguiram os autos à douta Procuradoria de Justiça que opinou no sentido de se conhecer e prover o recurso.

É o relatório.

VOTO

Como visto do relatório, a lide versa sobre o dever do Município de realizar as obras necessárias à preservação de encostas, em obséquio ao Direito de Moradia daqueles imediatamente afetados e ao Direito à Segurança, este último extensível a todos que, de uma forma ou de outra, podem sofrer as consequências de possíveis deslizamentos de terra. Segundo a sentença, em





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

resumo, não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se na forma e no ritmo escolhidos pelo Poder Executivo para solucionar o problema, pena de usurpar-lhe as funções e afrontar o Princípio da Separação dos Poderes.

Assim postas as coisas, e considerando a frequência e gravidade das ações relacionadas às encostas do Estado, em seguida a várias e reiteradas tragédias que assolaram Petrópolis, Teresópolis, Angra dos Reis, dentre outros Municípios, convém fazer uma breve retrospectiva das origens do direito de que se está a tratar e examinar as soluções alvitradas pelo direito comparado e organismos internacionais para o julgamento de semelhantes pretensões.

Como sabemos, não existe um modelo ideal ou padrão a ser seguido para as constituições. Há aquelas de fisionomia liberal, preocupadas precipuamente com a separação do público e privado, assim como outras, em particular aquelas nascidas em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, comprometidas com a transformação da sociedade, a redução das desigualdades e a elevação do bem estar geral da população.

A Constituição Brasileira de 1988 prende-se a este segundo grupo. Ao lado de incomum lista de direitos liberais, presentes no artigo 5º, contém seu texto um segundo capítulo, dos artigos 6º a 11, disciplinando os chamados direitos sociais, dentre eles os de Moradia e Segurança.

Não fomos a propósito os pioneiros, mesmo restrita a pesquisa ao pós-guerra. A Constituição Indiana de 29 de janeiro de 1950 elenca em seus artigos 32 e seguintes diversos direitos liberais, por muitos chamados de 1º Geração, que são seguidos por um diferente capítulo, exatamente como o Brasil, prevendo direitos sociais que vieram reunidos sob o título de Princípios Diretivos de Política do Estado. Em ordem cronológica, tem-se que a Constituição Portuguesa de 1976 dedicou os direitos liberais à Parte I, Títulos I e II, enquanto os Direitos Sociais foram deixados para o Título III, em que se contam, dentre outros, os Direitos à Saúde (Artigo 64), à Habitação (Artigo 65) e o Direito ao Ambiente e Qualidade de Vida (Artigo 66). Por fim, pela sua juventude, contamos com a novíssima e revolucionária Constituição Sul Africana, a única a reunir em um só capítulo, o segundo, intitulado Bill of Rights, não somente direitos liberais, como também os denominados direitos sociais: igualdade e meio ambiente, propriedade e moradia, todos sob um só teto.





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

Para bem compreender o significado jurídico e político da inclusão no texto das constituições de semelhante rol de direitos convém registrar como muitos deles, se não todos, já se achavam reconhecidos em diplomas muito anteriores. Em outras palavras, as constituições do pós-guerra não figuram como certidões de nascimento desses direitos, traduzindo muito mais, como se verá adiante, uma mudança de status e dignidade, a seu turno decorrência de um compromisso com a transformação do status quo.

Aristóteles, na sua Política, já sustentava que o sistema educacional da cidade-Estado “deve...ser exatamente o mesmo para todos, e a provisão desse sistema deve ser assunto de atividade pública.” Não por outra razão as comunidades judaicas da Idade Média conceberam estruturas de ensino público muito próximas do modelo vigente no mundo contemporâneo. Conforme explica Michael Walzer (Esferas da Justiça, pg. 98), o Sínodo de Valladolid de 1432 já ordenara que toda comunidade de quinze ou mais famílias estava obrigada a manter um professor primário qualificado para ensinar as escrituras aos filhos, escolas que deveriam possuir um nível ainda mais alto quando de comunidade com mais de quarenta famílias se estivesse a cuidar.

Em seminal artigo publicado na Stanford Law Review, (Volume 62, Tomo 6, pg. 1521) Helen Hershkoff salienta que embora a Constituição dos Estados Unidos não contenha nenhuma previsão de direitos sociais, várias constituições dos estados possuem preceitos desta natureza. A Constituição da Pensilvânia de 1776, por exemplo, determinava que o legislador criasse e custeasse escolas públicas para todas as crianças, algo semelhante ao que consta da Constituição de Massachusetts de 1780. Hoje, vinte e três constituições estaduais reconhecem que o Estado deve prover assistência aos economicamente necessitados. E o Estado de Ohio emendou sua Constituição em 1990 para autorizar que o legislador fornecesse moradias subsidiadas para os indivíduos de baixa renda.

No Brasil, apenas para atalhar a exposição, foi a própria Constituição do Império de 25 de março de 1824 a prever em seu artigo 179, inciso XXXII, o direito de todos os cidadãos à instrução primária gratuita.

À toda evidência, portanto, o que há de novo na Constituição de 1988, como naquelas outras a que me referi, não é tanto a previsão de direitos sociais, que já existiam em maior ou menor número no ordenamento jurídico





ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO

como um todo. A novidade está no compromisso de dar-lhes eficácia (aos direitos sociais) e promover a transformação da sociedade através daquilo que Canotilho denominou Constituição Dirigente.

Ao observarmos mais de perto, todavia, a forma pela qual as constituições abordaram a eficácia dos direitos sociais, chega-se à conclusão de que de um modo geral os respectivos constituintes não desejaram equiparar a tutela dos direitos liberais àquela conferida aos de segunda geração. Começando pelo Brasil, sabemos todos que o artigo 5º da Carta de 1988 dispõe, em seu parágrafo 1º, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, dando a entender, pela sua localização no texto, a exclusão dos direitos sociais.

Um tratamento apartado é também o que encontramos na Constituição Indiana. Referindo-se aos Princípios Diretivos de Política do Estado, que como visto abrangem os direitos sociais, seu artigo 37 dispõe que as provisões daquele capítulo não poderiam ser objeto de tutela judicial (The provisions contained in this part shall not be enforceable by any court....).

A Constituição Portuguesa, por outro lado, também pretendeu disciplinar a eficácia imediata de seus preceitos estabelecendo em seu artigo 18 que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” O problema, como já antecipado acima, é que Direitos, Liberdades e Garantias é o nome dado ao Título II da Primeira Parte da Carta, ao passo que os assim chamados Direitos e deveres económicos, além do nome distinto, encontraram guarida no Título III, imediatamente subsequente, tudo a sugerir, como entre nós, o desejo de não lhes deferir idêntica tutela.

Foi somente na Constituição Sul Africana que a plena igualdade entre direitos liberais e sociais foi alcançada, ao menos se considerarmos a topografia das duas classes de direitos no texto da Carta. Como ambos acham-se contemplados no mesmo capítulo, e tendo em vista o dever de obediência a todos imposto pelo artigo 7º, paragrafo 2º, e pelo artigo 8º, parágrafo 1º, a conclusão mais óbvia seria a de vislumbrar uma equivalência de efeitos entre as duas classes de direitos.

Mas esta paridade foi ao menos em parte mitigada pela redação dada a cada um dos direitos sociais. Qual pode ser visto dos artigos





ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO

26 (Housing) e 27 (Health Care, food, water and social security), acha-se em ambos a advertência de que o Estado deve tomar medidas legislativas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a progressiva realização de cada um desses direitos (The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights).

Fora o Judiciário Sul Africano, portanto, os demais tiveram de superar um obstáculo, que era o de estender aos direitos sociais uma auto-aplicabilidade concebida exclusivamente para os direitos liberais. E assim concebida, ressalte-se, pela própria Constituição Alemã de 1949, onde seguramente buscou inspiração o constituinte de todos estes países no que toca à cláusula de eficácia. Foi com efeito em seu artigo 1º, parágrafo terceiro, que se previu a inovadora cláusula segundo a qual os direitos fundamentais valem “als unmittelbar geltendes Recht”, ou seja, produzem efeitos diretamente, independentemente da intermediação do legislador.

A insuficiência do recurso ao Direito Alemão, no ponto, porém, decorre em primeiro lugar da inexistência de direitos sociais na Grundgesetz. Quando se previu, portanto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, cogitava-se daqueles de índole liberal, presentes nos artigos 1º a 17, como os direitos de crença, de igualdade, de escolha da profissão, etc. Ao mesmo tempo, segundo a melhor doutrina alemã, não vem a jurisprudência admitindo a utilização dos direitos fundamentais como fundamento de pretensões prestacionais contra o Estado. Este o ensinamento de Alfred Katz (Staatsrecht, 17º ed, pg 294): “Nach einheilliger Meinung können unmittelbar aus den Grundrechten grundsätzlich keine finanziellen Leistungs- oder Versorgungsansprüche gegen den Staat abgeleitet werden.....Das GG hat eben die Grundrechte nicht als “soziale” Grundrechte, sondern ganz bewusst in erster Linie als Abwehrrechte konzipiert..”

Os direitos fundamentais são essencialmente direitos de defesa segundo esta visão, ou Abwehrrechte. Isto o que se quis dizer com a frase que com algumas adaptações copiou-se nas Constituições do Brasil e de Portugal.

As saídas pelas quais se chegou à eficácia dos direitos sociais – houve mais de uma – passaram ora pelo destaque à chamada indivisibilidade dos direitos humanos, ora pela origem comum de todos eles, sociais e liberais, que seria ao fim e ao cabo o Princípio da Dignidade da





ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO

Pessoa Humana, com o qual se garantem a um só tempo a igualdade e a moradia, a propriedade e o mínimo existencial.

Pouco importa, no caso brasileiro, que a cláusula de eficácia ache-se no artigo 5º, e não no artigo 6º. Afinal eficazes são todos os direitos fundamentais, nome do título II da Constituição e que engloba a um só tempo os direitos individuais, os coletivos e também os sociais.

Até aqui a evolução deu-se sem sobressaltos ou maiores escaramuças. O mesmo não se pode dizer da etapa seguinte. Reconhecida a eficácia dos direitos sociais era então necessário determinar como esta se dá na prática. Será que todos podem pleitear, a partir da Constituição, diretamente, moradia, saúde, segurança?

Vários dos direitos sociais não encontraram resistência, seja por provirem de normas dotadas de suficiente densidade, seja por tratarem de regras já absorvidas pelo ordenamento. Assim, por exemplo, o direito ao FGTS, presente no artigo 6º, inciso II; o direito ao salário mínimo (inc IV) e o décimo terceiro salário (inc VIII). Outros se fizeram condicionar pela edição de lei, como o direito do trabalhador à participação nos lucros da sociedade ou a proteção do trabalho da mulher.

É quando chegamos ao direito à moradia, à saúde, à educação, à assistência dos desamparados que a questão assume contornos dramáticos, com os quais se defrontam também direitos prestacionais vários que, derivados daqueles genericamente previstos na Constituição, materializam ordens ao administrador para providenciar este ou aquele serviço público. A linha de argumentação é quase sempre a mesma. Diz-se que estes novos direitos integram o ordenamento e determinam o modo de interpretação das demais normas. Mas a intervenção do Poder Judiciário para constranger o Poder Executivo a implementá-los estaria obstaculizada pelos custos dos direitos sociais e a vedação, extraída da Separação dos Poderes, de que se interferisse na forma de gestão das receitas públicas, atribuída à classe política pelo jogo eleitoral. Essa, aliás, a linha adotada pela sentença.

A defesa fundada nos custos acha-se irremediavelmente superada. Têm ressaltado, com efeito, a doutrina nacional e estrangeira que os direitos liberais importam a destinação de recursos, frequentemente mais elevados do que os deslocados para os direitos sociais. É o que ensina no





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

Brasil Ingo Sarlet, verbis: “Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional.”

A propósito do mesmo tema Paul O`Connell pondera que a “Primeira resposta a este argumento é que é do conhecimento geral como certos direitos civis e políticos, o direito à assistência jurídica ou de participar em eleições, envolverão custos consideráveis, enquanto o direito sócio-econômico de filiação a sindicatos.....(são) livre de custos....” (Vindicating Socio-Economic Rights, pg. 13).

Quando juízes e outros doutrinadores suscitam o óbice dos custos, sem se dar conta de que custos há para direitos em geral, sua compreensível preocupação diz na verdade com algo mais palpável mas que tem pertinência a uma fase lógica subsequente. Teme-se, juízes incluídos, que uma série desconexa e desordenada de ordens com peso econômico venha a exaurir o Estado, seja porque falta aos tribunais uma visão de conjunto, seja porque carecem de vivência em matéria de orçamento público.

Sem antecipar o modo de atuação dos juízes em casos que tais, basta destacar neste momento que a cautela com a perspectiva econômica do conflito não serve para justificar uma postura inerte do Poder Judiciário diante de pretensões de natureza social. O atalho do *non liquet* tem sabor de negativa de cumprimento à Constituição, ainda quando fundamentado juridicamente. O que é preciso é definir um modo legítimo, equilibrado e sobretudo razoável de fazer cumprir a promessa constitucional.

Não se deve temer tampouco o Egrégio Princípio da Separação dos Poderes. Na medida em que a Constituição cria um dever para o Estado, para o país, para a sociedade enfim, com o correspondente direito de seus cidadãos, é óbvio que a resistência imposta pela Administração Pública, omissiva ou comissivamente, exige a intervenção do Judiciário porque esta é a sua tarefa em um Estado Democrático de Direito. Por definição até, entende-se por estado de direito aquele em que o Poder Público se submete às leis como fazem seus cidadãos. Não há entre eles qualquer hierarquia nesse ponto, como se ao todo fosse dado ignorar as leis que as partes devem cumprir.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Ao mesmo tempo, como pondera Sandra Liebenberg (Socio-Economic Rights, pg 69) as constituições transformativas, como a brasileira e a sul africana, sobre a qual ela escreve, exigem um modelo mais flexível de Separação dos Poderes, traduzido em um contínuo processo de mútua ação e interação em que o contexto desempenha um papel crucial. Enquanto isso, a postura estática funciona como ***“a way of avoiding their (das cortes) constitutional mandate to interpret and enforce constitutionally guaranteed rights.”***

Chegando agora às conclusões desse arrazoado: toda norma constitucional versando direitos fundamentais é dotada de eficácia. Na pior das hipóteses, como destaca Sarlet (A Eficácia dos Direitos Fundamentais), ainda que muitíssimo vaga, a regra servirá como definição daquilo que os alemães chamam de Wertordnung, uma ordem de valor. Muito mais do que um texto concreto, na forma dos Códigos com os quais estamos a trabalhar, com comandos claros e inequívocos, a Constituição dispõe princípios, sobre os quais se ergue a república, e princípios que podem perfeitamente fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem. É possível denominar esta eficácia de eficácia negativa, ou passiva, por assim dizer.

Diversamente, alguns direitos serão concretos o bastante para permitir sua aplicação a partir da Carta, de forma direta. E todos eles são absolutamente vinculantes a partir do momento em que o legislador concretiza o que estava vago até então e ordena à Administração o fornecimento deste ou daquele serviço, frisando-se algo verdadeiramente básico, sem o que não se compreende o que está por vir: quando o legislador concretiza um direito constitucional, nasce para o Administrador um dever de prioridade que traz como consequência a redução de sua margem de manobra.

Mesmo quando eleito com uma plataforma bem clara, falta ao administrador autoridade para escolher entre um novo estádio ou uma nova escola, a reforma de um museu ou o patrocínio à festa de ano novo. Esta falta recorrente de respeito às prioridades constitucionais é que está na raiz dos protestos recentes, reveladores da insatisfação difusa de quem vê estádios brilhando além do orçamento original ao lado de serviços públicos cronicamente insuficientes.





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Chegamos então à reflexão final sobre os direitos prestacionais, que pondera o modo de atuar do Poder Judiciário diante de conflitos desta natureza, partindo da premissa de que não lhe é dado alhear-se do problema e lavar as mãos.

De início deve o juiz ter em mente que os direitos devem ser satisfeitos dentro do limite do razoável. A respeito é novamente Ingo Sarlet a aludir ao caso *numerus clausus*, da jurisprudência alemã, em que se assentou como mesmo dispondo o Estado dos meios necessários, não está ele obrigado a prestar algo que não seja equilibrado (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pg. 306). Este o caminho também trilhado por Canotilho quando mergulha sobre aquilo que a Constituição Italiana intitula *Livelli Essenziali delle Prestazioni*, ou níveis essenciais das prestações. (Estudos Sobre Direitos Fundamentais, pg. 262).

Em outras palavras, o Estado Xangrilá é uma utopia. Mesmo a reunião de todos os recursos públicos é incapaz de cumprir a promessa de uma sociedade em que os principais bens são gozados por todos em seu padrão ótimo, ideal, perfeito. E essa consciência exige do Judiciário uma certa margem de tolerância no trato dos direitos fundamentais, o que mais se acentua quando evidenciado que muitos dos direitos, liberais e sociais, dependem não só de investimentos, como também de tempo para transformar materialmente a realidade.

Ciente de que o paraíso não é deste mundo, precisa o Judiciário abandonar seu antigo modo de julgar, baseado em um sistema que alguns chamam de duplo binário: o autor tem ou não tem razão, o réu está ou não em mora, o direito foi ou não violado. Entra em jogo um conceito com o qual lidamos muito pouco: o da progressividade.

Um dos textos legislativos mais importantes aos quais está o Brasil vinculado é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, de 1966. E neste consta, em seu artigo 2º o seguinte: ***Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos***





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Frisa-se bem a palavra central: progressivamente.

Como se sabe o Pacto não se contentou com palavras vazias e submeteu os países subscritores à supervisão ao Alto Comissariado para os Direitos Humanos, ao qual são apresentados relatórios anuais e do qual emanam os chamados Comentários Gerais. Destes um dos mais importantes é o Comentário nº 3, de 1990, em que se examinou a natureza da obrigação dos estados subscritores.

Porque o Pacto fala em adotar medidas (to take steps em Inglês, ou s'engage à agir em Francês), enfatiza o relatório que “Enquanto a plena realização do direito relevante pode ser alcançada progressivamente, medidas na direção do objetivo devem ser tomadas dentro de um curto espaço de tempo depois que a Convenção entrar em vigor para os países subscritores.”

O Comentário destaca que embora os Estados possam decidir quais meios são apropriados sob as circunstâncias com respeito a cada direito, a adequação do meio escolhido não é auto-evidente. Por isso é importante que os Países indiquem não só a medida escolhida, mas também com que base ela foi considerada a mais adequada.

O fato de que medidas sejam paulatinamente tomadas não significa, porém, esvaziar a obrigação de qualquer conteúdo. A Convenção impõe a obrigação de mover adiante de forma expedita na direção daquele objetivo.

Estas linhas mestras vêm sendo objeto de profunda reflexão da mais moderna doutrina, nacional e estrangeira, em tema de direitos sociais. Sandra Fredman (Human Rights Transformed, pg. 80), comentando o dever de progressiva realização, ensina que “...o Estado está sob uma obrigação imediata de tomar medidas na direção de alcançar o objetivo do modo que as circunstâncias correntes permitam, lutando para garantir o mais amplo gozo possível dos direitos relevantes...”. Isto é também o que sustenta outra Sandra, Sandra Liebenberg (Socio-Economic Rights): “O fato de que o Estado é incapaz de assegurar a plena realização dos direitos no curto prazo não o





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

absolve da obrigação de adotar medidas imediatas para prover alívio para aqueles em necessidade sócio-econômica, evitando que sofram um mal irreparável.”

Voltando ao princípio. Sabemos que a Constituição assegura o direito à moradia. Segundo o Comentário Geral nº4 do Alto Comissariado da Nações Unidas, versando o artigo 11 do Pacto, que cuida do Direito à Moradia, a norma não pode ser interpretada em um sentido estreito, de um teto sobre a cabeça. Antes, ele deve ser visto como o direito de viver em algum lugar, em segurança, paz e dignidade. O lugar de moradia deve ser dotado de habitabilidade, significando a provisão de espaço adequado e protegido do frio, da umidade, calor, chuva, vento e outras ameaças à saúde, ameaças estruturais e vetores de doenças.

Foi nesse contexto que as leis transcritas no relatório impuseram ao Município cuidar das encostas. Cabe ao Judiciário exigir a elaboração de um plano e analisar aqueles eventualmente concebidos para: apurar o total que se planeja investir; compará-lo com outras despesas orçamentárias relacionadas a tarefas eletivas e que não se acham marcadas pelo caráter da essencialidade; determinar com a comparação se o plano atende a ordem de uma efetiva e breve progressividade; fixar em sentença o produto de sua cognição, de forma fundamentada e, finalmente, acompanhar em execução o cumprimento das promessas.

Por respeito ao Poder Executivo, e, diria, consciente de suas limitações, não cabe aos juízes inventar um número, definir os passos, as obras. Isso seria transformá-lo em Secretário de obras. Mas há sim espaço para determinar providências e definir metas, tudo conforme o cuidadoso confronto das necessidades do projeto e as despesas gerais da Administração.

Com todas as reservas e reticências que acompanham o emprego do direito comparado, ao menos um famoso e recente julgamento pode ser tomado emprestado como exemplo da forma de atuação das cortes em casos de mora na atuação do Poder Executivo em tema de direitos sociais. No caso Campaign for Fiscal Equity v State of New York, os autores reclamavam de que o Estado estava falhando em sua obrigação constitucional de prover uma boa educação básica para milhares de estudantes. A corte de apelação daquele Estado reconheceu a insuficiência do orçamento e





**ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO**

determinou que no ano fiscal subsequente fossem alocados recursos suficientes a alcançar os standards que o tribunal definiu como adequados.

Observe-se que o tribunal não disse como os recursos seriam aplicados, se em aumento de salário, novos prédios ou computadores. O que era inquestionável era sua insuficiência e a insuficiência de resultados. Daí porque foi possível investigar os standards reconhecidos pela comunidade científica e determinar a alocação de mais verba para que aqueles níveis fossem alcançados.

Com a devida vênia da sentença, proferida por uma das mais respeitáveis e cultas magistradas de nosso Estado, a solução alvitrada não avançou por esses caminhos. Afirmar a suficiência dos esforços do Município, o que se fez de forma genérica, exigiria ao menos apontar a cifra investida e compará-la com a destinada a outras áreas às quais a Constituição não atribuiu caráter de essencialidade. Mas a sentença não enumerou as áreas, os recursos prometidos, o volume de obras efetivamente realizadas e a suficiência do plano para a solução do problema, ainda que a médio prazo.

Quanto à legitimidade do Estado do Rio de Janeiro, suas atribuições no que toca a preservação das coberturas florestais, a rigor dos artigos 230 e 234 da Constituição Estadual, bastam para que, neste momento, a luz da Teoria da Asserção, se afaste a preliminar, sem prejuízo esta seja reapreciada pelo Juízo *a quo*.

Por isso meu voto é no sentido de se anular a sentença para que, realizada a citação, possa o Judiciário, fundamentadamente, com a devida instrução, julgar a necessidade de um plano ou a suficiência do apresentado, além de fiscalizar detidamente sua execução.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 2013.

EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
Desembargador Relator

