



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO
FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO SANEAMENTO BÁSICO (MÍNIMO
EXISTENCIAL) À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Pedro Francisco de Mello Amarante

Rio de Janeiro
2020

PEDRO FRANCISCO DE MELLO AMARANTE

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO
FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO SANEAMENTO BÁSICO (MÍNIMO
EXISTENCIAL) À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO SANEAMENTO BÁSICO (MÍNIMO EXISTENCIAL) À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Pedro Francisco de Mello Amarante

Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle. Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – tendo em vista as desigualdades sociais, é imprescindível a atuação do Estado para fins de promover políticas públicas e garantir uma qualidade de vida mínima aos seus cidadãos. No entanto, quando a Administração Pública se omite, o cidadão pode ir a juízo buscar os seus direitos. Nesse contexto, deve haver uma flexibilização da Teoria da Reserva do Possível frente ao mínimo existencial e uma intervenção do Judiciário diante da omissão do Executivo e Legislativo para assegurar a população condições de uma vida digna. Nesse sentido, o saneamento básico está incluído nesse rol na medida em que é um direito fundamental e basilar do cidadão.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Teoria da Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direitos Fundamentais. Saneamento Básico.

Sumário – Introdução. 1. A Teoria da Reserva do Possível e as políticas públicas. 2. O mínimo existencial, o direito ao saneamento básico e a responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito. 3. Possibilidade de Intervenção do Judiciário, a separação dos poderes e a legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a Teoria da Reserva do Possível diante do direito fundamental do cidadão ao saneamento básico (mínimo existencial). Procura-se demonstrar a necessidade de se relativizar a referida teoria quando esta estiver sendo utilizada pelo Ente Público para justificar e legitimar a sua omissão no desenvolvimento de políticas públicas, sendo necessário apreciar as questões jurídicas delicadas que envolvem o tema.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a superação ou não da teoria da reserva do possível em busca da efetivação do direito do cidadão ao saneamento básico.

As limitações no orçamento público podem fazer com que o Ente Público não

tenha receita prevista em seu orçamento para atender todas as necessidades dos seus cidadãos, o que prejudica a elaboração de políticas aptas a atender o mínimo existencial quanto ao saneamento básico em algumas localidades. Diante dessa falha na prestação do serviço público, muitas demandas são ajuizadas requerendo providências para solucionar esses problemas e até pleiteando indenizações.

No entanto, questões delicadas envolvem a temática e favorecem as seguintes reflexões: Em que consiste a Teoria da Reserva do Possível e quais são os norteadores para destinação e aplicação do orçamento público e das políticas públicas? O que se entende por mínimo existencial? O direito ao saneamento básico se enquadra nesse rol? A Administração Pública quando omissa na realização de políticas aptas a concretizar tal direito deverá indenizar o cidadão prejudicado? Como devem ser enfrentadas as questões jurídicas referentes a separação de poderes, a possibilidade de intervenção do judiciário e a legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário na destinação de verbas públicas.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “teoria da reserva do possível”, expor e identificar as questões jurídicas que envolvem o tema e suas complexidades. Pretende-se, ainda, comprovar que os cidadãos possuem legitimidade para ajuizar as ações pertinentes para tutela do seu direito, analisar a possibilidade ou não da relativização da teoria da reserva do possível na medida em que se encontra em conflito com o direito do cidadão ao saneamento básico e analisar a possibilidade de intervenção do judiciário por meio do controle judicial dos atos administrativos nos casos de omissão do Ente Estatal no desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao saneamento básico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Teoria da Reserva do Possível, bem como expondo os limites do orçamento público para atender as necessidades da população e os critérios norteadores para o estabelecimento das políticas públicas.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre o dever da Administração Pública em garantir, ao cidadão, o direito constitucional ao saneamento básico (mínimo existencial), o impacto ambiental da omissão de obras públicas referentes ao saneamento básico, bem como da legitimidade do cidadão para propor uma ação judicial para fazer

valer o seu direito.

No terceiro capítulo, analisa-se a questão da separação dos poderes, da possibilidade de intervenção do judiciário e da aplicação ou relativização da teoria da reserva do possível.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1.A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Este trabalho científico discorre a respeito da Teoria da Reserva do Possível diante do direito fundamental do cidadão ao saneamento básico (mínimo existencial). Busca-se ponderar a referida teoria quando esta estiver sendo utilizada pela Administração pública como meio de excluir sua responsabilidade em desenvolver políticas públicas.

Nesse sentido, faz-se importante uma abordagem a respeito da teoria da reserva do possível, teoria essa que é originária do direito alemão e vem sendo muito utilizada pelas Procuradorias (órgão responsável pela defesa em juízo dos Entes Públicos) para excluir a responsabilidade desses Entes quanto à adoção de direitos sociais e políticas públicas.

Valendo-se dessa teoria, buscam justificar a omissão do Estado (ente público) em virtude da limitação orçamentária deste ou por motivos de contenção de gastos.

Assim, tem-se que o instituto da reserva do possível é pautado pelo postulado da razoabilidade na medida em que os indivíduos titulares dos direitos sociais que necessitam de políticas públicas para sua efetivação deveriam observar, de forma razoável, o que poderiam cobrar da sociedade. Ou seja, a reserva do possível afirma que a satisfação dos direitos fundamentais encontra restrição na capacidade orçamentária do Ente Público. Logo, representa um contraponto aos considerados gastos excessivos do Estado do Bem Estar Social uma vez que expõe a limitação dos recursos disponíveis do Estado para atender as necessidades ilimitadas da população.

Nesta esteira de raciocínio, destacam-se as lições do Ingo Wolfgang Sarlet¹:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Doutrina – TRF4*, 2008.

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão triplíce, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Dessa forma, entende-se que, segundo a reserva do possível, não se poderia impor ao Estado uma obrigação de fazer que fugisse da razoabilidade e das suas possibilidades financeiras. Isso porque a teoria da reserva do possível tem como pressuposto a existência de limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito, sendo tal limite fático a escassez de recursos públicos e a razoabilidade.

Nesse sentido, destaca-se ainda as palavras da Leny Pereira Silva²:

o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Ademais, sabe-se que tal instituto tem origem alemã, sendo introduzido no Brasil como forma de frear a aplicação dos direitos fundamentais pelos tribunais. No entanto, deve-se ter cautela na aplicação do referido instituto no direito pátrio. Afinal, tal teoria não pode ser aplicada nos mesmos moldes do direito alemão, uma vez que as realidades e contextos sociais e políticos dos dois países em questão são bem diferentes.

No Brasil, existe uma grande desigualdade social, cidadãos que são socialmente excluídos, pobreza, vários casos de corrupção e uma enorme carga tributária, realidade completamente distinta da alemã.

Na mesma esteira de raciocínio, as lições do Andreas Krell³:

Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. Devemos nos

² SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 20 abr. 2020.

³ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: S.A. Fabris. 2002, p.107.

lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos [...] Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário.

Certo é que, pelas diferenças sociais gritantes do país originário da teoria para o Brasil, tem-se a necessidade de uma cuidadosa análise, por parte do magistrado, para aplicar tal instituto no caso concreto. Isso porque tal instituto, exceto com um justo motivo objetivamente aferível, não pode ser utilizado como meio para obstaculizar a concretização de políticas públicas definidas na Constituição.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o entendimento do STJ⁴:

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

Observa-se, assim, que a referida teoria não pode ser usada como um meio para o Ente estatal escapar do dever de promover os direitos sociais.

2.O MÍNIMO EXISTENCIAL, O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PRECARIÉDADE DO SERVIÇO E POR SUA OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DE TAL DIREITO

Em contraponto ao que foi exposto no capítulo anterior, faz-se necessário a abordagem e análise do instituto do “mínimo existencial”. Isso porque o referido instituto é o principal instrumento para “quebrar” a teoria da reserva do possível e fundamentar as pretensões que tenham como objetivo obter da Administração Pública a concretização de direitos fundamentais para um vida digna.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1068731*. RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869714355/recurso-especial-resp-1679456-rs-201701439865>> Acesso em: 20 mai.2020.

Afinal, o Estado deve agir para promover a assistência social aos seus cidadãos, provendo condições mínimas para uma vida digna. É essa a principal *ratio* do postulado do mínimo existencial.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵:

A assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e emendar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Ou seja, a Administração Pública, no momento em que o ordenamento pátrio adotou uma postura garantista, deve agir em prol de fornecer e concretizar os direitos fundamentais e, assim, impedir a insuficiência de recursos de natureza essencial.

Portanto, o mínimo existencial não seria apenas garantir as condições mínimas para sobrevivência, mas também garantir o mínimo para uma qualidade de vida.

Nesse sentido, o direito ao saneamento básico também estaria incluído neste rol de direitos que compõe o mínimo existencial. Pois, em consonância com o artigo 23, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶, é “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Na mesma linha de raciocínio, o inciso V do art.30 da Constituição⁷, estabelece que:

Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Além disso, conceitua-se direito ao saneamento básico, de acordo com o art. 3º da lei nº 11445/07⁸, como sendo o:

conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

⁵ SARLET; FIGUEIREDO op.cit.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. Lei nº 11.455, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/at02007-2010/2007/lei/11445.htm>> Acesso em: 02 abr. 2020.

esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas e drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas, conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Destarte, entende-se que o saneamento básico é um direito fundamental social constitucional e uma garantia essencial para prover as condições mínimas de uma vida digna, portanto, integrante do núcleo entendido como “mínimo existencial”.

O desrespeito a esse direito, com a negligência do ente federativo e a prestação de um serviço precário, pode ocasionar danos gravíssimos aos cidadãos, com impacto na saúde, no ecossistema, na acessibilidade e nos imóveis.

Por exemplo, um serviço precário de água tratada, coleta e tratamento de esgotos gera um ambiente propício para proliferação de doenças, conseqüentemente, ataca severamente a população local, colocando em risco a saúde dos moradores, o meio ambiente e inviabilizando a acessibilidade.

Portanto, é indiscutível a importância do direito ao saneamento básico como um mínimo vital para uma vida digna.

Nesse sentido, a Lei nº 11.445/07 prevê o Plano Municipal Básico de Saneamento (PMSB), como exigência obrigatória para o Município garantir a promoção da segurança hídrica, prevenção de doenças, redução das desigualdades sociais, preservação do meio ambiente e o seu desenvolvimento econômico.

No que tange à responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito, tem-se que a Lei nº 11.445/07, em seu art.8º⁹, também prevê a possibilidade do Município delegar a regulação dos serviços de saneamento básico para empresas públicas ou privadas, estas últimas devem participar de licitação e contratar com o Poder Público por concessão ou permissão. É o caso, por exemplo, da CEDAE, da Águas de Niterói, Águas de Juturnaiba, entre outras.

Entende-se como contrato de concessão comum de serviço, conforme lições de Alexandre Santos de Aragão¹⁰:

⁹ Ibid.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. São Paulo: Fórum. 2017, p.321.

A delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.

O importante é que, pelo contrato de concessão comum, há a desoneração da prestação de serviços públicos da titularidade do Poder Público. A razão dessa desoneração é a ausência de condições financeiras ou a conclusão de que não é conveniente que o serviço seja diretamente prestado pelo Estado. Assim, transfere-se a prestação a um agente privado que será remunerado, via de regra, pelas tarifas pagas pelos usuários quando da utilização do serviço.

O Estado, no entanto, manterá a titularidade do serviço concedido, bem como os controles públicos sobre ele. Em outras palavras, os serviços públicos concedidos não perderão a sua natureza pública. Há apenas a delegação do exercício à iniciativa privada, de modo que o serviço permaneça sob a titularidade estatal, nos termos do art. 175¹¹ da CF.

Dessa forma, conforme jurisprudência do STJ¹², em que pese muitos Municípios, quando demandados judicialmente, alegarem ilegitimidade passiva ao afirmarem que a responsabilidade é da concessionária ou permissionária, tem-se que, se tratando de matéria ambiental, a responsabilidade entre concedente e concessionária é solidária se houver omissão na fiscalização por parte do Poder concedente. Ou seja, não pode o ente Municipal se excluir da responsabilidade por ato de concessionário do qual é fiador da regularidade do serviço concedido. Havendo omissão do Ente Federativo quanto ao dever de fiscalizar a boa execução do contrato perante o povo, há solidariedade do poder concedente.

Assim, constata-se que há responsabilidade da Administração Pública pela precariedade do serviço e por sua omissão na concretização de tal direito.

Logo, quanto à responsabilidade civil do Estado, sabe-se que o ordenamento pátrio é orientado pela teoria do risco administrativo, em razão da divisão do ônus na máquina pública por todos e possui caráter objetivo, ou seja, independe de culpa ou

¹¹ BRASIL, op.cit., nota 6.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicospublicos.aspx> Acesso em: 02 abr.2020.

ilicitude, bastando apenas a caracterização do nexa causal entre o fato administrativo e o dano.

Nesse sentido, o art.37 parágrafo 6º da Constituição¹³ assegura que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Nessa esteira de raciocínio, a Administração Pública também responde pela sua omissão, a qual ocorre quando o Estado tem o dever de agir, mas se mantém inerte por dolo, desídia ou negligência. Essa modalidade exige a presença de culpa para o dever de indenizar, conforme entendimento predominante. Podendo a culpa se dar em razão do não funcionamento, da demora na prestação ou da ineficiência de um serviço. Portanto, a omissão ilícita do Estado enseja sua responsabilidade civil.

A título de exemplo, imaginem a seguinte situação: um bairro de um Município em que, mesmo havendo fornecimento de água e coleta de esgoto por uma concessionária (com recebimento de tarifa pelo serviço), existe um constante transbordamento de esgoto, o qual corre a céu aberto, exalando um forte odor e totalmente nocivo à saúde dos moradores. Imaginem também que mesmo após várias solicitações e reclamações junto à Prefeitura e à Concessionária, nenhuma medida fora tomada. E que por tais razões, fora ajuizada uma ação em face do Ente Municipal e da Concessionária. Caberia a responsabilização do Município?

No caso em tela, verifica-se a omissão ilícita do Ente Federativo diante da desídia ou negligência pelo não funcionamento e ineficiência do serviço. Portanto, restam configurados todos os elementos da responsabilidade civil, quais sejam a omissão (fato administrativo), o nexa causal e o dano, logo cabe sim a responsabilização do Município.

Ademais, a mera alegação de ausência de previsão orçamentária pela teoria da reserva do possível não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. Isso porque, a não observância de tal política pública fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. Portanto, deve a tutela do mínimo existencial prevalecer sobre a reserva do possível.

¹³ BRASIL, op cit., nota 6.

3.POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE DO CIDADÃO PARA BUSCAR UMA TUTELA JUDICIAL

Um argumento muito utilizado pelos entes públicos para suas defesas, em juízo, é a alegação de que não cabe ao Judiciário interferir na tomada de decisões públicas, pois se estaria violando a separação dos Poderes. Por tal razão, faz-se importante uma análise sobre o assunto e também sobre a sistemática de freios e contrapesos.

Certo é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º¹⁴, estipula que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ou seja, por tal dispositivo, a Carta Magna se remete a um dos pressupostos básicos de um Estado Democrático de Direito, qual seja, a separação tripartite dos poderes do Estado, há doutrina que defende ainda que o correto seria denominar como separação das funções estatais, ao sustentar que o Estado é uno, indivisível e o que se fraciona são suas funções.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes lições ¹⁵:

Segundo o pensamento de Montesquieu, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos em: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o Sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

Extrai-se, portanto, que há uma divisão em 3 (três) poderes, tendo cada poder sua autonomia e sua função típica e atípica. Além disso, cada poder será autorizado a intervir para evitar abusos do outro e manter, assim, a convivência harmônica.

Nesta esteira de raciocínio, trazendo tais conceitos para os fins deste artigo, pergunta-se: pode o Judiciário intervir na decisão ou tomada de políticas públicas no que se refere ao direito ao saneamento básico?

¹⁴ Ibid.

¹⁵ SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske de A. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos – Checks and Balances System*. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatovich/eltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/sistema-de-freios-e-contrapesos-garante-harmoniaentreopoderes#:~:text=Sistema%20de%20frei>> Acesso em: 02 mai. 2020.

Apesar das críticas de muitos juristas ao ativismo judicial nestes casos sob a alegação de que se estaria distorcendo o planejamento e provocando instabilidade orçamentária, sabe-se que o STF admite o controle jurisdicional de políticas públicas quando omissa a Administração a ponto de praticar lesão ao mínimo existencial de direito fundamental.

Ou seja, no que tange a discussão do caráter excepcional e limites para intervenção do Judiciário na esfera do Poder Executivo, especialmente quanto ao estabelecimento e cumprimento de políticas públicas constitucionais, frisa-se a competência para a efetivação dos direitos individuais e coletivos fundamentais, tendo em vista o estipulado na Constituição. A limitação da atuação administrativa afasta eventual violação do pacto federativo/ separação dos poderes, diante da importância dos valores em conflito. Assim, a omissão do poder público permite, em caráter excepcional, a legitimação da intervenção judicial para fins de garantir e efetivar o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais.

Quanto à legitimidade do cidadão para buscar uma tutela judicial, tendo em vista ser outro ponto que costuma ser alvo de ataques pelas Procuradorias dos Entes Federativos em juízo, tem-se que o cidadão não está incluído no rol dos legitimados elencados no artigo 5º da Lei 7347 de 1985¹⁶:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Observa-se, portanto, que o cidadão não está incluído neste rol. No entanto, cumpre-se dizer que a Ação Civil Pública não é o único instrumento apto a permitir que se ingresse em juízo em face de um Ente Federativo e uma concessionária pública para fins de obter medidas para garantir a eficácia das políticas públicas, no nosso caso, medidas aptas a garantir o funcionamento do sistema de saneamento básico.

Isso porque há também a possibilidade do cidadão ajuizar uma ação popular, da

¹⁶ BRASIL. *Lei n° 7347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 02 mai. 2020.

qual ele é legitimado, de acordo com o art.1º da Lei 4717/65¹⁷, preenchendo tal condição da ação (legitimidade):

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A discussão passa a ser então sobre o cabimento da ação popular contra atos lesivos omissivos, tendo em vista que a precariedade no sistema de saneamento básico se dá por conta de omissão ilícita da Administração Pública.

Portanto, apesar de não constar expressamente no corpo normativo, utilizando-se de uma interpretação constitucional sistemática e finalística, entende-se pela possibilidade de cabimento da ação popular contra ato omissivo. Isso porque as omissões que levam a precariedade extrema dos serviços de saneamento básico são lesivas a direitos fundamentais como atos lesivos à moralidade administrativa, já que constituem ilegalidade em sentido amplo.

Nesse sentido, também, considerando-se o acesso à justiça como um direito fundamental, previsto, expressamente, nas cláusulas de direito de petição e de inafastabilidade da tutela jurisdicional — artigo 5º inciso XXXIV “a” e XXXV¹⁸ —, que obrigam o Estado a realizá-lo da forma mais abrangente, eficiente, célere e segura possível, pode-se afirmar que a ampliação constitucional sobre o objeto da ação popular se coaduna, perfeitamente, com o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que amplia o âmbito de atuação jurisdicional do cidadão, conferindo-lhe legitimidade para buscar a tutela de direitos fundamentais.

Portanto, resta-se vencido mais um obstáculo na busca do cidadão para fins de obter uma tutela jurisdicional apta a conceder e fazer valer o seu direito fundamental ao saneamento básico.

¹⁷ BRASIL. Lei nº4717, de 2 junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: 02 mai. 2020.

¹⁸ BRASIL.op cit., nota 6.

CONCLUSÃO

A Constituição vigente defende claramente o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Dentro desse contexto, é inegável a importância da participação do Estado. Assim, diante da previsão constitucional à tutela do bem jurídico (direito ao saneamento básico), surge uma obrigação de atuar do Estado.

De qualquer forma, dentro da sistemática constitucional, o exercício do mecanismo de freios e contrapesos pelos demais poderes é essencial, o que inclui a importância do controle judicial sobre os demais poderes. Assim, poderá o cidadão pleitear a intervenção estatal, via aparato judicial, para fins de obter uma tutela para seus direitos diante da falha do poder executivo.

Dentro desse quadro, as políticas públicas que visam à efetivação dos direitos mais básicos do povo brasileiro ganham relevância ímpar. Logo, a garantia do direito à vida, à liberdade ou a garantia daqueles direitos como saúde, educação e saneamento básico passam por ações do Estado que viabilizam o acesso a uma rede de serviços para fins de que tais direitos sejam respeitados.

No entanto, para efetivar tais direitos, o Estado deve empenhar seus recursos, reconhecidamente limitados, para atender necessidades ilimitadas dos seus cidadãos. Nesse contexto, os Entes Estatais se apoiam na Teoria da Reserva do Possível para aplicar seu orçamento com maior razoabilidade e eficiência, para fins de, num conflito de interesses, atender, prioritariamente, aquelas necessidades que irão satisfazer o interesse público.

Nada de errado até então, o problema surge quando a referida teoria passa a ser largamente utilizada para legitimar e justificar o não cumprimento das políticas públicas referentes a direitos sociais de natureza essencial. Isso porque, conforme toda a análise realizada no presente trabalho, deve prevalecer o dever do Estado de garantir o mínimo existencial, ou seja, uma vez que a Constituição adotou uma postura assistencialista, é obrigação da Administração Pública prover condições mínimas para uma vida digna aos seus cidadãos, ou seja, prover o básico.

No caso em questão, aborda-se um direito social, uma garantia de acesso a um sistema de saneamento básico para uma determinada comunidade. Trata-se, portanto, de um direito coletivo, uma garantia mínima para uma qualidade de vida digna aos cidadãos daquela área. Não pode, portanto, o Estado alegar insuficiência de recursos ou ilegitimidade, pois esse deve perseguir, ao máximo, prover o mínimo existencial.

Afinal, em que pese a possibilidade de delegar seus serviços por meio de concessões ou permissões, os Entes Federativos não se desobrigam do dever de fiscalizar e atuar para garantir a prestação de um serviço eficaz. Portanto, em caso de precariedade, poderão ser responsabilizados.

Assim, o Estado deve cumprir a sua função constitucional, sempre caminhando na direção da justiça social, assegurando e respeitando os direitos mais básicos por meio de uma intervenção efetiva, eficiente e equilibrada.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. São Paulo: Fórum. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *A responsabilidade do Estado e das concessionárias de serviços públicos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-dasconcessionarias-de-servicos-publicos.aspx> Acesso em: 02 abr.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1068731*. RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 17 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869714355/recurso-especial-resp-1679456-rs2017-0143986-5>> Acesso em: 20 mai.2020.

_____. *Lei nº 11.455*, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm> Acesso em: 02 abr.2020.

_____. *Lei nº 7347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)> Acesso em: 02 mai. 2020.

_____. *Lei nº 4717*, de 2 junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: 02 mai. 2020.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: S.A. Fabris. 2002.

SARACHO, Antonio Benites; BARBOSA, Oriana Piske de A. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos – Checks and Balances System*. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanheplanalto/noticias/2018/10/sistema-de-freios-e-contrapesos-garante-harmonia-entre-opoderes#:~:text=Sistema%20de%20frei.>>> Acesso em: 02 mai. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Doutrina – TRF4*, 2008.

SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

