

## 2.2 Eduardo Cambi

**MPMG JURÍDICO: A judicialização das políticas públicas encontra amparo constitucional?**

**EDUARDO CAMBI:** Primeiro, é preciso esclarecer que não há separação entre questões jurídicas e políticas. Existem questões constitucionais. A Constituição, ao incorporar as lutas sociais pela obtenção de direitos fundamentais sociais, judicializou a política. Direitos Constitucionais são Direitos Políticos. Os direitos fundamentais sociais trazem acoplados, em si mesmos, políticas públicas. Afinal, sem condições materiais mínimas para a sua efetivação, tais direitos fundamentais acabam sendo meras promessas constitucionais não cumpridas.

**MPMG JURÍDICO: Quando é cabível o controle judicial de políticas públicas?**

**EDUARDO CAMBI:** Todos os Poderes estão vinculados à Constituição. Logo, cabe ao Judiciário levar a sério a Constituição, não podendo o juiz constitucional autolimitar-se no exercício dos seus poderes (teoria do *selfrestraint*), sob o pretexto de tratar de “questões políticas”. Verificada a inconstitucionalidade (por ação ou omissão), deve o Judiciário dar efetividade aos direitos fundamentais. Desta forma, o juiz constitucional, ao fazer valer a Constituição, não está usurpando poderes do Legislativo ou do Executivo, porque não está “criando nada de novo”, mas apenas dando efetividade à política pública acoplada ao direito fundamental violado. Com efeito, não se quer transformar o Judiciário no responsável político pelos gastos públicos. Não se pretende criar um “Estado Judicial”. Quer-se apenas que o Judiciário, de modo secundário, exerça a jurisdição tão-somente quando verificada a inconstitucionalidade (por ação ou omissão).

**MPMG JURÍDICO: Qual é a natureza jurídica no plano do provimento jurisdicional da ação civil pública ajuizada para a implementação de políticas públicas?**

**EDUARDO CAMBI:** Geralmente, está-se lidando com obrigações de fazer ou não fazer. Sendo assim, via de regra, o provimento é mandamental. Isso facilita a sua execução, pois prescinde de um processo de execução autônomo, permitindo a utilização da técnica do artigo 461 do CPC, na qual o próprio juiz constitucional pode dar efetividade à sua decisão, escolhendo as medidas mais adequadas (entre o rol exemplificativo do par. 5º deste artigo) para a realização do direito fundamental.

**MPMG JURÍDICO: Quais políticas públicas poderão ser objeto de controle judicial?**

**EDUARDO CAMBI:** Todos os direitos fundamentais – nomeadamente os sociais, econômicos e culturais – por vincula-

rem e exigirem do Estado obrigações de fazer ou não fazer podem ser objeto do controle judicial. Importante consignar que a lesão ao direito não precisa estar consubstanciada para que a tutela jurisdicional seja pleiteada. O artigo 5º, inc. XXXV, da CF, ao assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, permite que o mero risco de lesão seja objeto de tutela inibitória, evitando que direitos fundamentais – como os do consumidor e os referentes ao meio ambiente – sejam protegidos, ainda que haja mero risco de lesão.

**MPMG JURÍDICO: O senhor concorda com a adoção no Brasil da denominada “cláusula da reserva do possível”?**

**EDUARDO CAMBI:** Sim e não. Evidentemente que a realização dos direitos fundamentais tem um custo e que o Estado não tem condições de realizar todos os direitos de uma só vez. Como bem explica Rodolfo Arando, a Constituição não é como uma “lâmpada de Aladin” que permite que todos os nossos desejos sejam transformados, imediatamente, em realidade. Todavia, levar a sério a Constituição significa exigir dos juízes a fundamentação adequada de suas decisões, com base nos princípios jurídicos objetivos que a Lei Fundamental oferece. Em países de modernidade tardia como o Brasil, os direitos fundamentais que se inserem naquilo que se pode compreender como “mínimo existencial” (como os direitos à educação e à saúde) devem ter prioridade na sua realização. Assim, dentro da idéia de garantismo (conceituada por Ferrajoli como a “outra cara do neoconstitucionalismo”), isto é, na perspectiva de que os direitos fundamentais (notadamente, os que podem ser

inseridos no “mínimo existencial”) devem ser garantidos e satisfeitos concretamente, não é exculpável que o Poder Público não assegure as condições materiais mínimas para a realização destes direitos. Essa perspectiva, aliás, não é sequer uma novidade, pois, além de defendida pela doutrina, foi incorporada pela decisão do STF, na ADPC 45-MC/DF (j. 29.04.2004), em que foi relator o Min. Celso de Mello. Portanto, a “cláusula da reserva do possível” não é um limitador absoluto à realização dos direitos fundamentais sociais, permitindo que o Judiciário, a partir de uma ação civil pública, por exemplo, analise como estão sendo executadas as leis orçamentárias. Por outro lado, deve prevalecer a “reserva da consistência”, isto é, o Judiciário somente deve intervir quando houver argumentos razoáveis para a implementação das políticas públicas. O abuso no controle, a despeito da análise orçamentária, contribuiria para o descrédito das decisões judiciais e dos mecanismos (como, por exemplo, a ação civil pública) predispostos a tal controle. A questão, destarte, descola-se para a legitimidade das



decisões judiciais e, portanto, o seu necessário controle.

**MPMG JURÍDICO: A falta de previsão orçamentária deve ser obstáculo ao controle judicial de políticas públicas?**

**EDUARDO CAMBI:** Deve ser destacado, inicialmente, que nem o legislador tampouco o administrador possuem *ampla liberdade para incluir no sistema orçamentário o que bem quiserem*. É indispensável que sejam observadas as limitações formais e materiais, impostas pela Constituição Federal, em relação aos gastos públicos. Primeiro, há que ficar demonstrada a *origem das receitas* e o *destino das despesas e investimentos*, em conformidade com as *três leis orçamentárias* (a Lei do Plano Plurianual, a de Diretrizes Orçamentárias e a Orçamentária Anual). Ainda sobre os aspectos formais, quanto às receitas, o legislador há de respeitar, antes de tirar recursos da sociedade, *princípios como o da reserva legal tributária, da anterioridade e o da irretroatividade*. E, quanto às *despesas*, os gastos públicos estão limitados formalmente pelo princípio da *não-afetação*, tendo a Constituição Federal impedido que o legislador gaste como bem-quiser, estabelecendo *vinculações entre as despesas e as receitas* (v.g., art. 167, inc. IV, CF; limitações com pessoal: art. 169/CF; com educação: art. 212/CF; com saúde: art. 198, par. 2º e 3º, CF). Em síntese, a realização dos direitos fundamentais depende de políticas públicas e o Governo não pode gastar sem respeitar o que estabelece a Constituição. É possível, no entanto, para além de limites formais, traçar limitações materiais, exigindo que o legislador e o administrador utilizem os recursos públicos de modo a realizar o “mínimo existencial”, concretizando os *objetivos traçados no artigo 3º da CF*. Cada uma dessas situações deve ser analisada diante do caso concreto, antes de se aceitar a alegação de falta de previsão orçamentária como óbice para o controle judicial de políticas públicas. Assim, não basta ao Poder Público dizer que não possui recursos, pois, conforme o artigo 333, inciso II, do CPC, quem alega fato impeditivo da existência de um direito deve prová-lo. O Poder Público deve demonstrar, especificamente, que inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais), isto é, para usar uma expressão do Min. Eros Roberto Grau, que há *exaustão orçamentária*. Ademais, a *simples alegação de ausência de previsão orçamentária*, por sua vez, pode implicar o descumprimento dos limites formais previstos na Constituição (v.g., com educação: art. 212/CF; com saúde: art. 198, par. 2º e 3º, CF). Por fim, pode ficar comprovado que, embora os gastos mínimos sejam utilizados, haja *descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram o mínimo existencial*. É conhecido, por exemplo, o caso de determinada Prefeitura em Santa Catarina que, não obstante a ausência de vagas suficientes nas suas creches, preferia gastar o dinheiro público na manutenção de um time de futebol local. Em situações limites como esta, defendo o *afastamento do princípio da legalidade das despesas públicas* que não pode sobrepor ao controle judicial das políticas públicas, já que isto é uma consequência inerente ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário que, por ser um *princípio orgânico da Constituição*, deve ser atribuído um peso maior, salvo se restar demonstrada a *exaustão orçamentária*, como escreveu Eros Grau.

**MPMG JURÍDICO: O senhor publicou, recentemente, pela Editora Revista dos Tribunais, um excelente livro sobre “A**

**Prova Civil”. Quais são as justificativas para o senhor tratar a prova como direito fundamental?**

**EDUARDO CAMBI:** Já na minha primeira obra sobre o assunto (*Direito constitucional à prova no processo civil*), publicado pela Editora RT, em 2001, verifiquei que o fenômeno probatório vem sendo analisado, sobretudo, em seu aspecto *negativo*, do *onus probandi*. Entretanto, a prova não é algo que deve ser tratado pelo juiz como uma situação eminentemente negativa, isto é, o problema da prova não se resume à regra de julgamento, quando não se verifica que os fatos alegados não foram, total ou parcialmente provados. É preciso estudar a prova no contexto de suas funções demonstrativa e argumentativa, conciliando ambas as perspectivas. A prova se destina à reconstrução dos fatos no processo (logo, aqui se coloca o problema da verdade processual), mas, como a verdade absoluta é inatingível por qualquer mecanismo científico, o que se obtém são maiores ou menores graus de probabilidade, o que implica dizer que a prova é, quanto às questões fáticas, o argumento mais importante das partes para buscar o convencimento judicial. Assim sendo, a prova não pode ser tratada como um mero ônus e, sim, como uma garantia fundamental. É um desdobramento das garantias do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório. Portanto, estudar a prova, como um direito fundamental, é contextualizar o fenômeno probatório na dinâmica visão de um processo civil de partes, que deve ser predisposto a oportunizar aos litigantes todas as chances de obter a tutela jurisdicional. Dessa maneira, o direito à prova se desdobra em um direito à proposição, admissão, produção e valoração que precisa ser observado pelo órgão julgador, sob pena de comprometer a dinâmica processual.

**MPMG JURÍDICO: O senhor já escreveu um belo texto sobre neoconstitucionalismo e neoprocessualismo? O que entende por neoprocessualismo e qual a sua relação com o neoconstitucionalismo?**

**EDUARDO CAMBI:** O neoconstitucionalismo procura não só explicar o contrato social, mas também busca a realização dos valores nele emanados. Parte da explicação de que o Estado não é um *fato natural*, mas um fenômeno *artificial* e *convencional*, construído pelas pessoas, para tutelar as suas necessidades e seus direitos. Ferrajoli explica que o contrato social é a *grande metáfora da democracia constitucional*, justamente porque procura conciliar a democracia formal, caracterizada pela legitimidade do Poder Público, calcada no *consenso* dos contratantes (princípio da maioria), com a democracia substancial, na qual tal consenso está condicionado à observância dos direitos fundamentais de todos. O garantismo, ainda na visão do filósofo italiano, é a “outra cara” do neoconstitucionalismo; logo, para que os direitos fundamentais sejam garantidos e satisfeitos concretamente, é indispensável se pensar em um *neoprocessualismo*, vale dizer, na formulação de técnicas idôneas para garantir o *máximo grau de efetividade* dos direitos fundamentais. A leitura constitucional do processo exige, por exemplo, que se considere como legítimo, a partir de uma nova exegese do artigo 461, par. 5º, da CF, o bloqueio de dinheiro público para a efetivação de políticas públicas voltadas à realização do direito fundamental à saúde ou à educação, evitando, portanto, que a execução contra a Fazenda Pública se realize por meio de precatório, o que, na prática, significaria muito pouco ou quase nada na efetivação da Constituição.



Eduardo Cambi