



A repercussão do entendimento do STF da doutrina da reserva do possível nos Tribunais de Contas

Fernando Veras Bezerra

Mestrando em Direito - UFC

Professor de Direito Tributário da Universidade de Fortaleza - Unifor

Assessor de Desembargador - TJ/CE

Mirella Alencar de Moraes Seidl

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor

O presente estudo enfoca o desenlace dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin na teoria dos direitos fundamentais, especialmente como fator de transformação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao uso de recursos alocados no orçamentos.

Ricardo Lobo Torres¹ afirma que os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares dos Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da sociedade organizada mediante seus órgãos de participação política. Nesta condição, eles auxiliam o Legislativo no controle externo, fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios sobre as contas dos agentes políticos; auxiliam a Administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando a atuação destes poderes e controlando os responsáveis por bens e valores públicos, *ex vi* dos arts. 70 a 75 da Constituição Federal.

Ademais, o ato (orçamento) que dispõe dos recursos e bens públicos é formalmente legislativo, já o controle de sua execução importa, preliminarmente, um juízo de legalidade, e depois de economicidade, regularidade contábil e compatibilidade com os padrões de gestão financeira geralmente aceitos, *ex vi* do art. 70 da Constituição Federal. Conseqüência desta afirmação é que, sendo a lei financeira do domínio do Congresso, o Tribunal de Contas somente conhece de atos administrativos, sendo-lhe defesa a

declaração de inconstitucionalidade, conquanto nada impeça que as Cortes de Contas, ao fiscalizarem os atos da Administração, vinculados à lei, e as próprias leis, sejam elas do âmbito federal, estadual ou municipal, digam o direito (*jurisdictio*), para autorizar-lhes os efeitos financeiros, ainda que esta atividade de controle não seja de natureza jurisdicional, mas, nem por serem administrativas, as resoluções e decisões dos Tribunais de Contas são menos efetivas, embora sujeitas à revisão pelos órgãos judiciais².

Vê-se, claramente, pelo exposto, que os Tribunais de Contas exercem atividade regulatória por demais importante na devida consecução do orçamento público. O paradigma, antes da adoção dos ensinamentos de Alexy e Dworkin, era que uma vez empregado o mínimo existencial, e aqui se entenda a porcentagem preestabelecida na Constituição Federal, dos recursos disponíveis em um direito fundamental, estavam atendidos todos os requisitos legais. A mudança com relação ao referido posicionamento toma corpo com questões envolvendo o direito à saúde, o qual tomaremos como exemplo para melhor delimitar o presente estudo.

A saúde caracteriza-se como direito fundamental social prestacional subjetivo, devido a todos, em que cabe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas

¹ *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro. Renovar. 2000. p. 358.

² Cf. Célio Borja. *Competência Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. n° 40. abr/jun 1998, p. 29-31.

que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, de forma que a população tenha acesso aos meios indispensáveis a uma vida digna.

Ressalte-se que, embora seja de competência dos Poderes Legislativo e Executivo formular e executar políticas públicas, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação, quando o Poder Público não desempenhar seu papel de garantir o direito constitucional à saúde. Sendo que a simples alegação de escassez de recursos (reserva do possível) não justifica a omissão estatal na área da efetivação dos direitos fundamentais, tendo que se demonstrar de maneira satisfatória, a eficiência da Administração Pública, por meio de uma maximização dos recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-esperdício dos recursos.

Portanto, o argumento da reserva do possível como exigência econômica que condiciona a efetivação deste direito deve ser analisado como exceção, e não como regra. Senão vejamos o posicionamento defendido por Sérgio Fernando Moro:

Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da 'reserva do possível' como faceta especial da reserva de consistência. Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau³.

A Cláusula da Reserva do Possível teve como berço a Alemanha, mas, especificamente, baseada numa decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do célebre caso *numerus clausus* (BverfGE n. 933, S.), em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com base na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão, donde se firmou posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

A adoção de forma automática com a qual o instituto da reserva do possível foi feita pela doutrina brasileira, sem considerar as diferenças entre os sistemas alemão e brasileiro, é alvo de muitas críticas, o que remete à necessidade de adaptá-lo à realidade da conjuntura jurídica, social e econômica brasileira antes de utilizada.

A reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão de um determinado direito fundamental prestacional, no caso em estudo, a saúde, aos recursos existentes. Desta forma, a interferência causada por esta cláusula ao direito à saúde pode ser observada no momento em que o direito em questão só será efetivado quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas.

O direito fundamental social à saúde encontra na reserva do possível um condicionamento à sua eficácia e esta concepção de restrição a direito deve ter sua racionalidade jurídica questionada e avaliada. Desta feita, vale observar a posição defendida por Ingo Wolfgang Sarlet:

O que tem sido de fato falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica par a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a 'reserva do possível' (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes⁴.

A fundamentalidade dos direitos sociais torna os mandamentos constitucionais inadiáveis, o que reclama um tratamento prioritário, uma obrigação primeira, pelo Poder Público, no momento de destinar os recursos financeiros. A reserva do possível não pode ser utilizada com o intuito de exoneração desse compromisso, conforme já se pronunciou o ministro Celso de Mello em um processo que relatou:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de

³ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 357.

exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁵.

Apesar de ser a escassez de recursos fato considerável para a concretização dos direitos sociais, ocorre muitas vezes é que a reserva do possível é alegada como negação da eficácia dos direitos sociais, o que constitui incongruência jurídica.

Validamente, observa-se que deve haver máxima cautela quando o Poder Executivo se vale do argumento da reserva do possível para justificar a sua omissão na área da efetivação dos direitos fundamentais, com uma desculpa genérica para não concretizar um direito social, como o direito à saúde. Sendo assim, deve o Estado demonstrar eficiência na sua administração pública. Neste sentido, merece relevo o que aduz Ingo Wolfgang Sarlet:

Parece-nos oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais [...] que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível [...] Assim, levar a sério a 'reserva do possível' (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes⁶.

Trata-se do dever do Estado de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desses fins. É uma questão de priorizar os investimentos sociais, deixando de lado investimentos secundários, como propaganda governamental, por exemplo. Conforme dita também o art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁷:

Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, 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 no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Ante todo o exposto, verifica-se que a teoria da reserva do possível e a alegação de ausência de recursos orçamentários não constituem obstáculos intransponíveis para a efetivação judicial do direito à saúde, mesmo na falta de lei regulamentadora ou além desta, ou ainda na falta de prestação do serviço, tendo em vista que o juiz também pode fazer a análise da possibilidade de atendimento do direito, com base em dados econômicos, sociais e estruturais, como também a atuação do julgador não pode ficar vinculada exclusivamente à questão orçamentária, muitas vezes mera alegação esvaziada para cercear o direito à jurisdição.

Salientando-se que quanto a este tipo de atuação do Judiciário não haveria de se falar em ferimento à separação dos poderes, pois a própria Constituição dispõe que, quando provocado para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, não pode o Poder Judiciário eximir-se de julgar o feito. Tendo a atuação jurisdicional caráter complementar para a concretização dos direitos sociais, e não de substituição do Legislativo na elaboração da lei orçamentária, mas apenas o controle judicial de sua adequação, quando restarem patentes ilegalidades e arbitrariedades que violem os direitos sociais, sendo certo que a aplicação do direito sempre deve se fazer de forma a ponderar fundamentadamente os bens jurídicos em conflito.

Não se deve olvidar, de toda sorte, que este é um campo em que deve haver uma atuação cuidadosa do julgador, para que sua decisão não resulte dissociada da realidade e fadada ao esvaziamento, ainda que, em muitos, casos venha a refletir na condução posterior das políticas públicas pelo administrador; devendo este recorrer-se ao raciocínio da melhor aplicação possível do direito para o julgamento dos casos concretos, sempre se utilizando o julgador de razões que justifiquem a adequação da tutela a ser protegida.

Voltemos, agora, ao estudo da saúde, que é um direito fundamental social subjetivo que, para ser otimizado, precisa da atuação do Estado para garantir a qualidade de vida da sociedade e respeito à dignidade dos cidadãos.

Desta maneira, por caber ao Poder Público a inicial responsabilidade de executar as políticas públicas de saúde, deve-se priorizar na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 379-380.

⁷ *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, sendo ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, ao qual entrou em vigor em 24.4.1992, além de ter sido promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo>. Acesso em: 01 maio 2007.

Apesar de não ser ordinariamente função institucional do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois tal encargo é dirigido, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, tal incumbência, no entanto, excepcionalmente, poderá ser atribuída ao Judiciário, que pode exercer controle jurisdicional repressivo em torno de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos relativos a eficácia e integridade de direitos fundamentais.

Há, contudo, grande controvérsia na doutrina quanto à efetivação da norma constitucional assecuratória de direito fundamental social, principalmente à saúde, quando há carência de complementação legislativa para a sua real concretização. Em razão da dificuldade da implementação da saúde, por depender da mediação legislativa e recursos orçamentários, surgiram três correntes doutrinárias, com o intuito de solucionar o problema: teoria maximalista, teoria da minimalização ou da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial ou do mínimo social.

A teoria maximalista entende que todos os direitos classificados pela Constituição como fundamentais, incluída neste rol a saúde, são passíveis de tutela judicial imediata, ou seja, defendem a máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem condicioná-las a regulamentação infraconstitucional e previsões orçamentárias, em que poderia ser exigida do Estado qualquer prestação, com base somente na normatividade do artigo 196 da CF/88.

Interessante nessa visão é a posição defendida por Andreas Joachim Krell, que proclama a “falácia da reserva do possível” e assim manifesta-se quanto à questão dos recursos escassos:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?', etc.⁸

Já a teoria da minimalização ampara a sua defesa no reconhecimento da existência de limitações na obrigatoriedade das prestações estatais, imposta pela escassez orçamentária, por isso também é chamada de teoria da reserva do

possível. Sendo assim, esta corrente paralisa a efetivação do direito à saúde condicionado-o somente à ausência de previsões orçamentárias.

Essa posição é defendida por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, ao aduzirem:

Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis⁹.

Por fim encontra-se a teoria do mínimo existencial, ao defender que ao menos o mínimo necessário à vida teria que ser garantido, sendo que, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “por mínimo existencial entende-se o conjunto formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integraram o núcleo da dignidade da pessoa humana”¹⁰.

Corroborando esse pensamento, posiciona-se Robert Alexy:

[...] o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer, no caso concreto, quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, igualmente fundamentais, mas não absolutos¹¹.

Ingo Wolfgang Sarlet posiciona-se claramente no sentido de que, no tocante ao mínimo existencial, tem, sim, o indivíduo um direito subjetivo ante o Estado, sendo perfeitamente possível, neste caso, a propositura de ação judicial e a entrega do bem da vida pelo Magistrado:

[...] o direito à vida e o princípio fundamentalíssimo da dignidade da pessoa humana (ao qual corresponde um direito fundamental à garantia e proteção desta dignidade) constituem-se em fios condutores, em suma, em critérios referenciais, na tarefa de otimizar a eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais, inclusive viabilizando o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, pelo menos na esfera de um padrão mínimo de condições materiais mínimas, não se devendo olvidar, ainda, que a liberdade e igualdade substanciais se constituem em exigências precípuas da dignidade da pessoa humana¹².

⁸ KRELL, Andreas Joachim., apud BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Publicação em 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadouttrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 07 abr. 2007.

⁹ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. apud BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Publicação em 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadouttrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 07 abr. 2007.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

¹¹ ALEXY, Robert apud BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Publicação em 30 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadouttrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 07 abr. 2007.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 294.

A delimitação do mínimo existencial, porém, é tarefa difícil e pontual, sabendo-se que não está adstrita a mera sobrevivência física, devendo ser analisada no caso concreto, em relação ao direito social, levando-se em conta as condições da conjuntura socioeconômica específicas vigentes. Clemerson Mèrlin Clève leciona sobre o assunto, defendendo o seguinte argumento:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia¹³.

Trata-se de prerrogativa dos juizes e tribunais de determinar a entrega da prestação nessa esfera mínima dos direitos sociais, no caso concreto que lhe é trazido, independentemente da concretização infraconstitucional, sem, no entanto, abstrair da devida cautela, para que não haja prejuízo do direito social desejado.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a solução mais equilibrada, em todo caso, realiza-se através da ponderação dos valores em pauta no caso concreto, aliada às condições materiais mínimas para uma existência digna. Assim, afirma que:

Em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo

prima facie, já que - nesta seara - não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada¹⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a íntima vinculação desses direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, que servem como reforço considerável da exigibilidade em juízo deles. Leciona que:

[...] ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida [...], mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência [...] pode significar, em última análise, condena-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc¹⁵.

Segundo o mesmo autor, “o princípio da dignidade humana pode assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que o que se convencionou denominar padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”¹⁶.

Critica-se a teoria do mínimo existencial sob o argumento de que, por não ser possível precisar esse *quantum* prestacional, remete a concretização dos direitos sociais ao voluntarismo político, servindo para uma interpretação restrita desses direitos.

Em todo caso, no entanto, representa um avanço no caminho que vai da ineficácia dos direitos sociais, antes prevalente, até sua efetividade plena. Tal teoria vem sendo acolhida por grande parte da doutrina nacional e internacional e até recentemente foi acolhida pelo ministro Celso de Mello, que já se manifestou favoravelmente ao reconhecimento do “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”, em que “justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico - a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”¹⁷.

O argumento dos custos dos direitos de segunda dimensão, que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentro de uma reserva do

¹³ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica: Revista Latino Americana de Política, Filosofia y Derecho*, v. 3, n. 22, 2003, p. 26.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 374.

¹⁵ *Ibid.*, 2007, p. 373.

¹⁶ *Ibid.*, 2007, p. 374.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ 04.05.2004, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

possível e aponta a sua dependência aos recursos econômicos, deve ser ultrapassado na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados de outras áreas menos essenciais à dignidade do homem no momento.

Sabe-se, também, que a captação de recursos para formar o orçamento é permanente, ou seja, não cessa nunca, de forma que estes não serão completamente exauridos, podendo, inclusive, a despesa que ficou fora da escolha alocativa ser assumida por um orçamento posterior.

Se for verdade que há menos recursos do que o necessário, também é verdade que o Estado não emprega bem os recursos disponíveis. Não há controle eficaz dos gastos públicos, a corrupção impera nos poderes públicos e as decisões não são organizadas sob um critério de justiça distributiva.

Como ilustrado por Ieda Tatiana Cury, ao comentar o vergonhoso recorde brasileiro em 2002, quando a carga tributária do País chegou a 36,4% do PIB, superando a taxa da Suíça:

O que há, portanto, é uma enorme deficiência no aparelho arrecadador, em virtude da má distribuição desses recursos, bem como o desvio dos mesmos, através de práticas de sonegação, corrupção etc., envolvendo políticos e funcionários de vários órgãos dos diferentes Poderes¹⁸.

Verifica-se, também, na introdução da obra de Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, que, apesar da publicação da EC 41/2003 “ter tido como finalidade maior a redução de gastos com a restrição de direitos previdenciários para os servidores públicos”, esta teve seu fim diluído pela promulgação a EC 42/2003 (Reforma Tributária), pois “se o problema é eminentemente fiscal (existência de déficit), não faz sentido, por incoerente, desviar receitas da seguridade social para finalidades distintas das ações previdenciárias, sanitárias e assistenciais”¹⁹, já que no art. 2º desta Emenda Constitucional, alterou a redação do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT - para tentar legalizar a desvinculação de percentual de 20% das receitas das contribuições, por exemplo, destinadas à seguridade social (como melhoria da saúde, assistência social e previdência social), já que prorrogou esta desvinculação para até 2007.

Diante de tal constatação, poder-se-ia afirmar que tal modificação no art. 76 do ADCT não deveria ser considerada constitucional, isto porque, uma vez

que as contribuições devem conter um fim específico a ser alcançado, em que a destinação legal do produto da arrecadação dos tributos, que será tomado como base a ser seguida, deverá possuir relação direta com o setor da economia em que se pretende intervir; contudo, a União vem se utilizando de parte da arrecadação de ditas contribuições para o financiamento de despesas fiscais, estranhas à destinação constitucionalmente posta, como é o caso das contribuições da previdência social, verificadas pelos autores retrocitados no parágrafo anterior.

Outra contribuição que tem sido utilizada indevidamente é a CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. Criada em 1996 no governo de Fernando Henrique Cardoso, foi proposta pelo então ministro da Saúde, Adib Jatene, como alternativa econômica de fonte exclusiva para financiar a saúde. Conforme constatação de Sérgio Mikio Koyama e Márcio I. Nakane, “a contribuição da CPMF na arrecadação tributária do governo federal também não é desprezível, sendo que sua participação na receita tributária foi de 8,3% em 2000.”²⁰ No entanto, como já afirmado, esta contribuição vem sendo mal gerenciada e distribuída, bem como o Estado, aproveitando-se desta nova forma de arrecadação de recursos, diminui o orçamento que deveria ser voltado para a saúde, alocando-a em outro setor. Sendo assim, mais uma vez, configura-se o desvio de receita que deveria ser destinada à saúde. Desta forma, constata-se que o quadro da saúde permanece o mesmo, senão pior do que a época da criação da CPMF, apesar da sua volumosa arrecadação, pois os recursos arrecadados somente deveriam ser aplicados na área da saúde pública, sem haver a redução da verba orçamentária que deveria ser destinada pelo Poder Público à saúde.

Nota-se que, apesar do superavit na arrecadação, o Brasil investe pouco na área de direitos sociais como a saúde pública, que se trata do direito mais intimamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Uma das maiores condicionantes à possibilidade de imposição de condutas comissivas ao Poder Público, porém, no que concerne ao campo administrativo, situa-se justamente na falta de previsão orçamentária apta a atender determinada ordem judicial que obrigue o ente estatal a fazer algo. Malgrado a solução advogada por alguns acerca da possibilidade de se determinar ao administrador público a iniciativa de que faça constar previsão no orçamento do exercício financeiro seguinte,

¹⁸ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.

¹⁹ DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Social do Servidor Público*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 14.

²⁰ KOYAMA, Sérgio Mikio e NAKANE, Márcio I.. *Os Efeitos da CPMF sobre a Intermediação Financeira. Trabalhos para discussão* 23. Julho de 2001. Disponível em: <http://www.xocpmf.com.br/UserFiles/File/Estudo_Banco_Central_Trabalho_para_discussao_23_Os_Efeitos_da_CPMF_sobre_a_Intermediacao_Financeira.pdf>. Acesso em: 12 maio 2007.

previsão esta apta a atender certo comando judicial, releva salientar que, mesmo atendendo o agente público a tal ordem, haveria sempre a possibilidade de que membro do Poder Legislativo, dentro dos limites de sua independência, suprimisse tal rubrica, sem maiores consequências à vista de sua imunidade parlamentar.

Não se pretende a substituição do Executivo pelo Judiciário, mas, tão-somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este último Poder pode agir para compelir aquele primeiro a respeitar a vontade política do Constituinte originário, zelando-se para que a Lei Maior não se transforme em mero “pedaço de papel”, na expressão de Ferdinand Lassale. Para tanto, desempenha função de extrema importância a teoria dos direitos fundamentais.

Enfatize-se o fato de que a dignidade da pessoa humana será denegrida sempre que haja a ausência de políticas públicas como a assistência médica, não distribuição gratuita de medicamentos de moléstia grave, por exemplo, for negada a quem dela precise, mesmo que o prejuízo seja pequeno. Por esta razão, aduz Luiz Cietto que, quando houver irremediável ofensa à dignidade humana, pode-se por meio do Judiciário postular pedido de efetivação imediata do direito à saúde, senão vejamos:

Se o Estado deixar de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, caberá a intervenção do Judiciário para determinar o seu cumprimento. Do contrário, perecerá a força normativa da Carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana²¹.

Em suma, diante das três correntes apresentadas, a que melhor viabiliza a efetivação da saúde, ao considerar a ausência de legislação e recursos orçamentários para sua concretização, é a teoria do mínimo existencial; uma vez que, diante da ponderação dos princípios constitucionais deva haver uma prevalência aos valores e direitos essenciais à vida digna da humanidade e à justiça.

A atuação do Poder Judiciário na implementação do direito à saúde, como um direito prestacional, requer a definição de parâmetros que casem o princípio democrático de direito, o princípios da separação dos poderes, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e os princípios constitucionais orçamentários, devendo o Judiciário respeitar os campos de ação do Legislativo e do Executivo.

O plano de “justiciabilidade” de prestações estatais através da revisão orçamentária já vem sendo utilizado pelos tribunais brasileiros.

Observando sempre que há hipóteses em que o Judiciário pode exercer um controle judicial mais intenso e em outros casos em que deve o Judiciário reconhecer o espaço de discricionariedade do legislador e do administrador.

Desta feita, apresentam-se como importante instrumentos para a revisão judicial das políticas públicas, a análise orçamentária e a execução das prestações através do orçamento, para elucidação das questões referentes à reserva do possível.

Um exemplo de jurisprudência muito importante e esclarecedora, além de pioneira, no tocante à reserva do possível, é o caso da Intervenção Federal nº 2915 / SP - São Paulo:

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido²².

Ao ser indeferida a intervenção do Estado de São Paulo, por meio desta jurisprudência, vislumbrou-se o posicionamento do STF, na hipótese em que o Judiciário deve reconhecer o espaço discricionário do Executivo. Por esta razão, relevante é comentar a decisão, voto a voto de cada ministro.

O ministro Marco Aurélio, relator da ação de intervenção judicial, votou pela procedência da ação, para que fosse decretada a intervenção no Estado de São Paulo. O citado ministro entende que a intervenção visa, acima de tudo, à supremacia da Constituição Federal, argumentando que “o Judiciário não prolata sentenças simplesmente formais. Sentenças que, sob o ângulo do conteúdo, mostram-se inúteis”, bem como afirmou que o exemplo no cumprimento das decisões deve vir de cima. O ministro Marco Aurélio também responsabilizou os governos do Estado de São Paulo pela má-administração dos recursos financeiros, como no caso da desapropriação para se fazer obras, “não se preocupando os governantes com a necessidade de conciliá-las com as dotações orçamentárias e, destarte, com os créditos abertos para tal fim”.

²¹ CIETTO, Luiz. Considerações sobre os princípios e regras constitucionais e o Direito à Saúde. *Revista Jurídica*. Campinas. v. 19, n. 1, 2003, p. 104.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 2951/SP - São Paulo. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ 28 nov. 2003, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 maio 2007.

Gilmar Ferreira Mendes, o segundo ministro a votar, teceu opinião diferente do relator, ao indeferir o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo. Ele sopesou as informações prestadas pelo Estado, levando em conta princípios constitucionais, em especial a regra da proporcionalidade, ao julgar que a limitação econômica alegada não pode ser desconsiderada. Aduziu, ainda, que, “enquanto o estado se mantiver diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos créditos, não estarão presentes os pressupostos necessários à Intervenção”, por conseguinte, que o atraso do Estado no pagamento dos precatórios alimentares não configura dolo. Seu fundamento, também, teve como base o processo de Intervenção Federal nº 20/ MG, julgada em 1954, por meio do voto do então relator ministro Nelson Hungria, na qual a Corte entendeu que, para se justificar uma intervenção, é preciso que haja uma postura de resistência do Estado em não pagar os precatórios, senão vejamos:

EMENTA: Pedido de intervenção federal: seu indeferimento. Art. 7º, V, da Constituição. Para justificar a intervenção, não basta a demora e pagamento, na execução de ordem ou decisão judiciária, por falta de numerário: é necessário o intencional ou arbitrário embaraço ou impedimento oposto a essa execução. (STF, Plenário, 03.5.1954)²³

Acentue-se que, no decorrer do seu voto, Gilmar Ferreira Mendes fez considerações de como ponderou os princípios constitucionais no presente caso, ao afirmar que:

Estão claros, no caso, os princípios constitucionais em situação de confronto. De um lado, em favor da intervenção, a proteção constitucional às decisões judiciais, e de modo indireto, a posição subjetiva de particulares calcada no direito de precedência dos créditos de natureza alimentícia. De outro lado, a posição do Estado, no sentido de ver preservada sua prerrogativa constitucional mais elementar, qual seja a sua autonomia, e, de modo indireto, o interesse, não limitado ao ente federativo, de não se ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como a educação e saúde²⁴.

Já a ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido, por entender que “os princípios constitucionais repousam nos princípios da igualdade democrática, da igualdade de oportunidade no pagamento e no respeito à precedência cronológica de registro destas requisições de pagamento”. A ministra não viu a intervenção federal como solução para o caso dos precatórios. Para ela, “decretar Intervenção em um estado da federação, há menos de dois meses da

realização de eleições, que recolocam à disposição do povo o cargo de governador, vale tão somente para agravar a atual situação de desequilíbrio econômico, financeiro e orçamentário”. Ellen Gracie, ainda, filiou-se à opinião do ministro Gilmar Mendes para que, no caso de haver um eventual interventor, este terá limitações semelhantes às enfrentadas pelo Governo paulista, devido “à efetiva inexistência de recursos financeiros que permitam o atendimento imediato dos Precatórios”.

O ministro Nelson Jobim votou pela improcedência do pedido, questionando como seriam especificadas as condições da intervenção quanto aos valores correspondentes ao total de precatórios alimentares, se seriam retirados da folha de pagamento ou do retorno de 25% do ICMS que deve o Estado de São Paulo atribuir aos seus municípios de que local seriam retirados.

O ministro Maurício Corrêa também comungou da mesma idéia de Gilmar Ferreira Mendes, quanto a indeferir a intervenção, já que em seu voto citou o processo de Intervenção Federal nº 20/MG contra o governo de Minas Gerais, julgado em 1954: “Para justificar uma Intervenção, não basta a demora de pagamento na execução de ordem judicial, por falta de numerário. É necessário o intencional ou arbitrário embaraço, ou impedimento oposto a essa execução”. Além de ter afirmado que essa não é a hipótese disposta no processo, porque “não resultou provado que houve desobediência de cumprimento de decisão judicial pelo governo de São Paulo”.

O ministro Ilmar Galvão, em princípio, foi favorável em parte à Intervenção Federal (IF 2915/SP) requerida contra o Estado de São Paulo, acompanhando o relator, ministro Marco Aurélio, ao aduzir que “se há um orçamento para ser cumprido, esse orçamento não é uma balela. Se há uma verba destinada ao pagamento de Precatórios, tem que ser distribuída”, opinando, assim, que o Supremo ordenasse ao governador do Estado de São Paulo que colocasse à disposição do presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em um prazo razoável, os duodécimos vencidos em 2002; porém, após o voto do ministro Carlos Velloso, pediu vistas dos autos e retificou seu voto, indeferindo a Intervenção estatal.

O ministro Carlos Velloso pediu vistas aos autos para proferir seu voto de indeferimento da intervenção, ao qual também seguiu o voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes; além de afirmar que o pedido de intervenção em questão não é forma de execução de sentença e sim um ato político, além de uma medida excepcional para prover a execução de decisão judicial; além de em seu voto transcrever

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 20/MG. Plenário. Rel. Min. Nelson Hungria. Brasília, DJ 03 maio 1954. Disponível em: <www.stf.gov.br>. 16 maio 2007.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 2951/SP - São Paulo. Rel. Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ 28 nov. 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 15 maio 2007.

passagens da IF 20/MG, na seguinte maneira:

Não padece dúvida que a intervenção autorizada pelo art. 7º, V, da Constituição Federal tem como pressuposto a injustificada oposição, por parte do Governo estadual, de embaraço ou impedimento à execução de ordem ou decisão judiciária.

Não basta a demora, que pode ser justificada, na execução: é necessário que se apresente uma desobediência manifesta, propositada ou por descaso, à ordem ou decisão judicial.

É o que já ensinava Barbalho, comentando o parágrafo 4º do art. 6º da Constituição de 91: - a intervenção em tal caso se deve entender como uma sanção para constringer à obediência os governos dos Estados, 'quando embaracem ou se oponham à execução' das decisões judiciais (Constituição Federal Brasileira, pg. 27).

No mesmo sentido Pontes de Miranda, comentando a atual Constituição: - 'Há intervenção sempre que se impede a eficácia da sentença, decisão ou ordem' (Comentários à Constituição de 1946, ed. 1953, vol. 1º, pg. 486). É preciso que um desarrazoado obstáculo tenha sido oposto pelo Governo estadual à execução da decisão ou ordem.

Ora, no caso vertente, o retardamento na execução não panorama de obstáculo criado pelo Governador mineiro, mas da acidental exaustão atual do erário do Estado.

Plenamente justificada é a mora de pagamento.

Onde não há, até rei perde [...] ²⁵.

Os ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves, últimos a votar, seguiram o voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes, findando, portanto, decidido por maioria, vencido o presidente ministro Marco Aurélio, o indeferimento do pedido de intervenção no Estado de São Paulo.

Após a demonstração voto a voto de cada ministro deste processo de intervenção federal, pode-se abstrair que a revisão das escolhas orçamentárias por meio do próprio orçamento é uma estratégia que traz diversas vantagens na execução judicial de direitos prestacionais, nas quais o Judiciário tem a possibilidade de avaliar as questões de fato ligadas à reserva do possível, bem como extrair soluções que minimizam o impacto sobre os princípios materiais contrapostos e os princípios formais da divisão dos poderes.

A decisão do STF em relação a IF nº 2915/SP, no que concerne à reserva do possível, foi um pontapé para que mais na frente, no âmbito dos direitos sociais, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidissem por unanimidade que a omissão de políticas públicas definidas pela própria Constituição, por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, comprometem a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais

impregnados de estatura constitucional, por meio da RE-AgR 410715/SP:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -

mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina²⁶.

Percebe-se, então, a importância deste julgado para a efetivação dos direitos fundamentais, ao decidir que a simples alegação da teoria da reserva do possível pelo Poder Público, em razão da falta de verba orçamentária, não basta para condicionar a efetivação de um direito social, uma vez que a dignidade da pessoa humana está acima de tudo isso; além do que a inércia do Poder Público, apta a frustrar, injustamente, o integral adimplemento de prestação estatal imposta pelo próprio texto da Carta Magna, não pode se converter numa promessa constitucional inconsequente.

Nesse diapasão, verificamos que, no tocante ao condicionamento que a reserva do possível ocasiona os direitos sociais, tem-se que o simples argumento de ausência orçamentária, ainda que relevante e de observância indispensável para a análise da questão, não basta para limitar o acesso dos cidadãos aos direitos sociais devidos pelo Poder Público, considerando que é dever do Estado garantir ao menos o mínimo para assegurar a implementação assegurada pela Norma constitucional como um direito fundamental.

Nesse sentido, a alegação de reserva do possível, no tocante à omissão do Poder Público efetivar as políticas públicas devidas, cria ao Poder Judiciário o dever de verificar a efetiva impossibilidade de prestação. Tudo isso sem desprezar o princípio da separação dos poderes, pois em tais situações o Judiciário pode intervir para que haja a efetivação do direito social omitido, mas garantido pela Constituição Federal vigente.

É tanto que o Poder Judiciário tem conseguido superar a longa discussão sobre a independência dos poderes para exigir providências concretas do Poder Executivo, a partir de princípios ou normas programáticas, diretrizes e objetivos, por exemplo. Na falta do atendimento minimamente esperado, a presença do binômio melhor aplicabilidade possível da pretensão e disponibilidade financeira tem levado a decisões cada vez mais taxativas, nas quais, por exemplo, são demandadas medidas concretas na área de saúde e direitos sociais como um todo.

Ressalte-se que há ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - tratando justamente deste tipo de participação do Judiciário, em não se abster do gravíssimo encargo

de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam, como direitos de segunda geração, como as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional, sendo esta a decisão ADPF 45/DF:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)²⁷.

Desta maneira, as conclusões do julgado foram no sentido de que a intervenção nas políticas públicas é possível, sempre que a omissão do Poder Público venha a "comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático." Até porque, como mesmo reconheceu a própria decisão, "não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo."²⁸

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 maio 2007.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ 04.05.2004, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

²⁸ Ibid., 2004, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

A reserva do possível reclama, portanto, ao que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Aqui há a necessidade de retornar a questão da dignidade humana, como um mínimo existencial para cada indivíduo. O valor vida, mais uma vez usado no sentido lato, por si só, parece suficiente para medir este mínimo, em especial quando, na questão orçamentária o que realmente pesa são, simplesmente, opções. A submissão a meras formalidades e previsões burocráticas não pode preponderar ante um direito constitucional garantido.

Nesse sentido, acertadamente os tribunais reconhecem a "justiciabilidade" ao direito social, cujos limites orçamentários não inviabilizam as pretensões subjetivas, mas apenas impõem critérios seletivos de atendimento para garantir o acesso universal a todos os cidadãos.

A hipótese em que o Judiciário pode exercer um controle judicial mais intenso, e que já tem destaque, é o caso das várias decisões judiciais tomadas no campo da saúde para o fornecimento de medicamentos para tratamento de doenças graves como a AIDS. Outras ainda obrigam os entes públicos a financiar, das mais variadas formas, ações e serviços em favor da saúde preventiva e curativa, olvidando-se muitas vezes o caráter universal igualitário que as prestações de saúde devem atender.

No âmbito federal, e premido pela imensa mobilização da sociedade em razão do avanço da AIDS no Brasil, os Poderes Executivo e Legislativo promulgaram a lei nº 9.313/1996:

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao seu tratamento.

§ 1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.²⁹

Esta lei, a despeito da falta de precisão sobre os medicamentos disponíveis para cada estágio evolutivo da doença, como sobre a indicação de um ente federativo responsável pela aquisição financeira dos remédios, consubstancia diversas decisões judiciais favoráveis ao pedido de fornecimento de medicamentos, mesmo havendo dúvidas quanto à titularidade do dever.

Sobre o dever do Estado ao fornecimento de medicamentos de AIDS, dentre muitas outras decisões perante o STF, o entendimento é majoritário para sua concessão, valendo destaque o voto da 2ª Turma proferido pelo ministro relator Celso de Mello:

DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER DO PODER PÚBLICO. PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9313.htm>>. Acesso em 17 maio 2007.

inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento Judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à via e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.³⁰

Quanto à distribuição de medicamentos gratuitos para os portadores do HIV e doentes de AIDS, encontra-se pacificada nos tribunais a sua garantia; mas é válido ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do processo REsp 857502, proferido pelo ministro Humberto Martins, pôs em destaque em seu endereço eletrônico esta jurisprudência em que se discutiu a possibilidade de bloqueio de verbas públicas pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a portador de doença grave, senão vejamos:

FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas

exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006). Recurso especial improvido.³¹

A retrocitada jurisprudência que, por unanimidade, negou recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, proferida em 17.10.2006, nos termos do voto do ministro relator Humberto Martins, não é uma decisão qualquer, haja vista encontrar-se aposta na parte de Jurisprudências em Destaque do Superior Tribunal de Justiça. Explique-se que os acórdãos situados nesta seção do sítio eletrônico dessa Corte são decisões inicialmente selecionados pela Secretaria de Jurisprudência, em razão da Portaria 42, que dispõe sobre a criação da página "Jurisprudência em Destaque". Este sítio eletrônico tem por critérios de seleção a riqueza de conteúdo dos julgados e o interesse que despertam para a comunidade jurídica e para a sociedade em geral, com o objetivo de propagar os precedentes de maior relevância ou repercussão no Superior Tribunal de Justiça.

Saliente-se que a lista de acórdãos, elencados na página Jurisprudência em Destaque, é em número máximo de cinco por ministro em atividade, bem como atualizada assim que forem surgindo novas sugestões ou pedidos de substituição das decisões pelos ministros, tal como previsto na Portaria 42, a que são apresentados os destaques da jurisprudência da Corte de Uniformização da Legislação Infraconstitucional.

Com estas decisões, vislumbra-se que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que se assegure o mínimo existencial, somando-se ao fato de que o fornecimento de medicamentos, é de vital importância para assegurar o mínimo de existência, já que não há como conjugar vida digna sem observância ao direito à saúde.

Com efeito, a negação de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRRE 271286, 2ª T., Relator Ministro Celso de Mello, DJU 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 857502-RS 2006/0138024-6. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma, Brasília, DJU 30 out. 2006, p. 284. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 18 maio 2007.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

Nesse sentido, não isentar o poder público da entrega de prestações sociais, sob o simples argumento de condicionante orçamentária, cria-se ao Poder Judiciário o dever de verificar a efetiva impossibilidade de prestação. Tudo isso em total consonância com o princípio da separação dos poderes, pois em tais situações o Judiciário corretamente faz a fiscalização da legalidade dos atos do Poder Executivo.

Nessa esteira de pensamento, acertadamente os tribunais reconhecem “justiciabilidade” ao direito à saúde, cujos limites orçamentários não inviabilizam as pretensões subjetivas, mas apenas impõem critérios seletivos de atendimento para garantir o acesso universal. Corretos, ainda, são os posicionamentos acerca do fornecimento de medicamentos em desacordo com a relação mantida pelo Ministério da Saúde, pois é sabido que eventuais entraves burocráticos (atualização da lista de medicamentos para cada patologia) não podem colocar em risco o direito à vida, bem de maior tutela segundo o Texto Constitucional.

Pode-se, então, inferir do princípio do acesso universal à saúde, que as prestações de saúde devem ser aplicadas sob critérios de melhor aplicação possível, a fim de que o maior número de indivíduos possa usufruir do maior número de prestações condicionadas a reserva orçamentária.

Por meio da análise da jurisprudência brasileira, firmou-se a tendência em dar efetividade às normas de direito fundamental social à saúde, superando-se a omissão do Estado a partir da via judicial; além de facilmente encontrar decisões favoráveis, por exemplo, no tocante à distribuição de medicamentos necessários para uma melhor qualidade de vida e alívio das conseqüências da enfermidade causada aos portadores de AIDS.

Portanto, mesmo sendo a reserva do possível uma condicionante que não pode ser ignorada, especialmente em um país como o Brasil, saliente-se que a falta de verba orçamentária não pode prevalecer em detrimento da prestação das condições mínimas existenciais, devidas constitucionalmente pelo Estado para se viver dignamente. Desta sorte, é o direito à saúde, derivado do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos sociais, devendo estes ser garantidos pelo Poder Público,

fundado em consonância com o princípio democrático, que tem como base a inclusão social e os direitos da cidadania, donde se observa que os Tribunais de Contas devem levar em consideração o posicionamento esposado pelos tribunais superiores.