

RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JULIANA NUNES MATOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se

Superior Tribunal de Justiça

encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JULIANA NUNES MATOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado.

A decisão ficou assim ementada:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – INTERESSE DIFUSO E COLETIVO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O Ministério Público é instituição permanente e essencial para a defesa dos interesses sociais, difusos e coletivos; no caso, considerando-se que o pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados é interesse de toda a sociedade douradense, é certo que o Ministério Público possui legitimidade ativa extraordinária ex legis (Constituição Federal) para a promoção da presente Ação Civil Pública.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL (SENTIDO GENÉRICO) – DEVER IMPOSTO PELA NORMA CONTIDA NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA E À SEPARAÇÃO DOS PODERES – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – MÍNIMO EXISTENCIAL.

Superior Tribunal de Justiça

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal); a Administração Pública está submetida ao império da lei quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo; todavia, o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, e pode analisar as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Os Tribunais Superiores têm entendido que, quando a Constituição Federal consagra um direito, e a norma infraconstitucional o torna explícito, o Poder Judiciário deve torná-lo realidade ao cidadão, e coibir a 'Síndrome da Inefetividade (sic) das Normas Constitucionais', mesmo que isso resulte repercussões na esfera orçamentária; a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial; no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul deve providenciar os equipamentos médicos-hospitalares que faltam ao Hospital Universitário de Dourados, especialmente porque esse nosocômio presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende à dignidade daqueles que mais precisam de um serviço adequado e eficiente." (fls. 215)

Aduz o recorrente que o acórdão hostilizado violou os arts. 267, VI, § 3º, do CPC, 2º da Lei n. 8.666/93, 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.080/90, art. 3º da Lei n. 7.347/85.

Sustenta que o Ministério Público é parte ilegítima para obrigar o Estado do Mato Grosso do Sul a cumprir convênios firmados com a Fundação Municipal de Saúde, gestora do Hospital Universitário de Dourados.

Alega também que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatória licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Argumenta que, "*em se tratando de dever do Estado, que deve ser exercitado com base nos recursos previstos em orçamento público, fica ínsito o seu condicionamento às regras de execução deste*" (fls. 236).

Aduz, por fim, que ficou caracterizada a ingerência do Poder Judiciário no critério discricionário do Poder Executivo, o que culminou em patente ofensa ao art. 3º da Lei n. 7.347/85

Superior Tribunal de Justiça

Apresentadas as contrarrazões às fls. 253/269, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 314/315).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 354/369, opinando pelo não-provimento do recurso especial.

É, no essencial, o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7)

EMENTA

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do

Superior Tribunal de Justiça

princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública.

Isto porque, ao analisar a questão, o Tribunal de origem decidiu unicamente sob o prisma constitucional. Vejamos:

"Em contra-razões, o réu argüiu a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, e 3º do Código de Processo Civil.

A Constituição Federal dispõe:

'Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.'

Superior Tribunal de Justiça

Dessa maneira, é certo que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária ex vi legis (Constituição Federal) para defesa dos interesses sociais e para defesa dos interesses difusos e coletivos, como no caso.

Assim, afasta-se o argumento do réu." (fls. 218)

O recurso especial também não merece recepção quanto à alegação de existência de dissídio jurisprudencial, tendo em vista que o recorrente não efetivou o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Com efeito, a simples transcrição do acórdão paradigma não é suficiente para se demonstrar a divergência jurisprudencial com o aresto recorrido, sendo imperiosa a comparação analítica entre as decisões, com a indicação da similitude fática e jurídica.

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NÃO-REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO.

1. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido que são suficientes para mantê-lo enseja o não-conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 283 do STF.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a ausência de demonstração de similitude fática e jurídica entre os casos e a conseqüente não-realização do devido cotejo analítico.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no Ag 1109816/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 4.6.2009, DJe 15.6.2009.)

No mais, ante a presença dos pressupostos recursais, conheço do recurso especial.

DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 8.666/93

Aduz o recorrente que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatória licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Superior Tribunal de Justiça

Não está com a razão, o recorrente.

O acórdão recorrido em nenhum momento determinou que o Estado do Mato Grosso do Sul adquirisse os equipamentos e materiais necessários ao pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados sem o devido processo licitatório.

Pelo contrário, conforme transcrito abaixo, o Tribunal de origem concedeu prazo de 6 (seis) meses para a implementação das obrigações de fazer, justamente para que fosse possível ao recorrente efetivar os procedimentos exigidos por lei. *In verbis*:

"Por isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar ao Estado do Mato Grosso do Sul que entregue os equipamentos e materiais faltantes (indicados pelo Parquet, f. 7 - 10 da inicial, enumerados no Procedimento de Investigação Preliminar, f. 26, f. 82 - 86) ao Hospital Universitário de Dourados, necessários ao seu pleno funcionamento, no prazo razoável de 6 meses, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, revertidos ao Fundo de Interesses Difusos Lesados. Sem custas e honorários na forma dos artigos 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)." (fls. 223)

Com efeito, não se encontra no comando do acórdão recorrido que o Estado do Mato Grosso do Sul estaria desobrigado de efetuar o procedimento licitatório para cumprir a obrigação de fazer que lhe foi determinada, motivo pelo qual, não houve violação do art. 2º da Lei n. 8.666/93.

DA ALEGADA INGERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO

Da leitura da peça recursal, percebe-se que o sustentáculo do argumento de violação dos art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.080/90, e art. 3º da Lei n. 7.347/85, reside no princípio da separação dos poderes, nas limitações orçamentárias e na impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

É amparado nesses fundamentos que o recorrente alega que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir indevidamente em área de atribuição precípua do Poder Executivo.

Com efeito, observa-se que a matéria central do recurso especial aborda questão polêmica a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas,

tema que exige uma análise mais aprofundada a respeito não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais que estão arraigados em nossa cultura jurídica.

DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Início a análise dessas questões partindo de uma nova leitura que faço a respeito do princípio da separação dos poderes.

Entendo que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social.

Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes - inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas - nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Neste sentido, apenas a título de exemplo, pode-se frisar que o velho dogma da separação dos Poderes tem se modernizado e flexibilizado nos mais variados sistemas jurídicos. Exemplos disso são as chamadas "sentenças aditivas", proferidas pelas cortes constitucionais, principalmente na Europa, onde se cria uma forma de legislação judicial, tendente a suprir as lacunas legais que impedem a realização de direitos fundamentais.

Em decisão recente, e que pode ser considerada como um marco para uma nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 que:

Superior Tribunal de Justiça

"É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

(STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.)

Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contrariaria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.

Neste sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.

Fora daí, quando a Administração extrapola os limites da competência

Superior Tribunal de Justiça

que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

O sistema jurídico deve ser analisado sob a premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de se quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Ora, diante de um ordenamento jurídico que consagra o princípio da separação dos Poderes, e que também impõe ao Poder Público a prática de atividades positivas destinadas a efetivar os direitos sociais, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os dois postulados.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

DAS LIMITAÇÕES FINANCEIRAS

Um outro ponto que o recurso especial conclama ao enfrentamento é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao estado.

Trata-se aqui da chamada teoria da reserva do possível, tão bem exemplificada no seguinte trecho do recurso especial:

"Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que esses recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis" (fls. 236)

Com efeito, a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Superior Tribunal de Justiça

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido 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.

Informa a doutrina especializada que, 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 (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. 2000, p. 41).

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade

primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTABELECIMENTO DAS PRIORIDADES ADMINISTRATIVAS

A última questão levantada no recurso especial diz respeito à impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

Segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

Reconheço que em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal, apenas poderia ser identificada na análise do caso concreto.

Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação e a saúde, fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve encarar como prioritárias.

Basta uma leitura do art. 2º da Lei n. 8.080/90 e do art. 196 da Constituição Federal para se concluir que o direito à saúde deve ser uma prioridade do estado; até porque, está intimamente ligado com o direito à vida, fonte de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais. Vejamos:

"Art. 196 da Constituição Federal - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

"Art. 2º da Lei n. 8.080/90 - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à

Superior Tribunal de Justiça

redução do risco de doença e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação."

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando constitucional e legal. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e *"da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente"*. (fls. 218)

Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público.

Deveria o agente político – consciente de sua responsabilidade – determinar a inclusão orçamentária nos exercícios financeiros seguintes, dos valores necessários para suprir a falta de equipamentos hospitalares, a fim de evitar demandas como a presente.

Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.

Neste particular, esclarecedora a doutrina de Lênio Luiz Streck:

"se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados"

(STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44)

Superior Tribunal de Justiça

Esse também é o entendimento que vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "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 essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." (Grifei)

(RE 595595 AgR/SC - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.4.2009, DJe 29.5.2009.)

Também o Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas da primeira seção, já adentrou na análise de tais questões e as enfrentou com a grandeza que se espera desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das

Superior Tribunal de Justiça

expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao

Superior Tribunal de Justiça

determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. 'A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.' Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.' 11. Recurso especial provido."

(REsp 575998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7.10.2004, DJ 16.11.2004.)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido."

(REsp 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.11.2003, DJ 22.3.2004.)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2008/0059830-7

REsp 1041197 / MS

Números Origem: 20070035224 20070035224000100 2050091710

PAUTA: 25/08/2009

JULGADO: 25/08/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JULIANA NUNES MATOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de agosto de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária