

EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 1999.04.01.014944–9/RS

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
REL. ACÓRDÃO : Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGADO : FUNDACAO NACIONAL DE SAUDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE.

1. Mesmo que situado, como comando expresse, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico.
2. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.
3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.
4. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.
5. A moderna doutrina, bem como autorizada jurisprudência, retirou força do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, deixando ao Judiciário a faculdade de examinar também a motivação, sob o aspecto da razoabilidade, tomando considerável espaço onde imperava a discricionariedade.
6. Dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, cassando a sentença que havia indeferido a inicial, determinando o retorno dos autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 08 de novembro de 2004.

Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Relator para o acórdão

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº
2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves
Públicas Brasileira – ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON
Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135313533313032
Data e Hora: 20/04/05 5:36:53 PM

EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 1999.04.01.014944-9/RS

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍndIO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da 4ª Turma desta Corte, visando à reforma do julgado com a prevalência do voto vencido do Des. Federal Edgard Lipmann.

A ementa do r. julgado tem o seguinte teor:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A IMPLEMENTAÇÃO, POR PARTE DA FUNAI E FNS, DE PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA AO INDÍGENA. NORMA PURAMENTE PROGRAMÁTICA DO DECRETO N. 1141/94. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL. Não cabe ação civil pública, visando a implementação do Programa de Assistência à Saúde Indígena, previsto de forma apenas programática pelo Decreto n. 1141/94, sem que exista previsão legislativa dos meios e instrumentos materiais necessários a tal fim, principalmente recursos orçamentários".

O Ministério Público pede que seja dado provimento aos embargos a fim de modificar o acórdão, afastando-se a impossibilidade jurídica do pedido e determinando-se o retorno dos autos à inferior instância para que o processo retome seu curso legal em direção ao julgamento do mérito.

Sem contra-razões e admitido o recurso, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

VALDEMAR CAPELETTI
Relator

EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 1999.04.01.014944-9/RS

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI

Inteiro Teor (614953)

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍndIO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes

VOTO

Tratando-se de embargos infringentes, a matéria alvo do recurso está restrita ao objeto de divergência, a teor do que prevê o disposto no art. 530 do CPC.

A hipótese trata de ação civil pública, na qual o Ministério Público Federal objetivava a condenação da FUNAI e do FNS à implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul.

Assim foi resumida a controvérsia pela Procuradoria regional da República da 4ª Região: "Consoante se infere dos autos, inconformado com a situação gerada pelas comunidades indígenas (especial e concretamente nas áreas guaranis neste Estado do Rio Grande do Sul) no que se refere a assistência à saúde, o Ministério Público Federal (PR/Porto Alegre-RS) promoveu Ação Civil Pública com o objetivo de exigir dos réus, enquanto entes personalizadores da prestação de tais serviços em nome do Governo Federal, a realização de diversos atos positivos no sentido de fazer valer o que determinam a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional em benefício das referidas comunidades, devidamente indicadas na inicial (fl. 27)" (fl. 484).

A inicial foi indeferida pelo Juiz de 1º grau, sob o fundamento de que o pedido nela contido implicaria na substituição do Administrador pelo Juiz, o que violaria o princípio da separação dos poderes.

Julgando a apelação ministerial interposta, a 4ª Turma desta Corte manteve a sentença monocrática, considerando, por maioria, a impossibilidade jurídica do pedido. Argumentou-se, em síntese, que o Poder Judiciário não daria atribuição para complementar normas legais (Decreto 1141/94), matéria que seria afeta à função da administração pública (dependente de previsão orçamentária), até porque inviável a tutela judicial para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que seria prerrogativa do STF.

O voto vencido, da lavra do i. Desembargador Federal Edgard Lipmann, foi no sentido de que não lhe parecia razoável o Juiz da Causa poder deixar de julgar determinado pleito pela eventual lacuna ou omissão da lei. Seguindo seu raciocínio, aduziu que se estaria diante de uma opção: ou se adotaria uma interpretação ortodoxa/dogmática/positivista do direito processual, ou se adotaria a tese da efetividade/instrumentalidade do processo, onde se busca extrair do processo o resultado compatível com a pretensão de direito material acaso cumprida espontaneamente a obrigação, afastando-se o rigorismo formal. Assim, entendeu no sentido de que "há que objetar em desfavor à solução dada pelo eminente Juízo Relator, a garantia constitucional do acesso ao Judiciário". À vista de tais considerações, divergiu do Relator para conhecer do recurso no mérito, dando-lhe provimento a fim de que os autos retornassem ao Juízo *a quo*, para normal tramitação.

Nos presentes embargos infringentes, alega-se, em síntese: a possibilidade de satisfação, via jurisdição, de um direito de natureza coletiva, do mesmo modo como seria inegável o tratamento coletivo que a Lei Maior concede aos indígenas; da mesma maneira, sobressairia a natureza social do direito à saúde, o que exige prestações positivas por parte do Estado; igualmente, ressaltou-se a possibilidade de exigência jurisdicional dos direitos sociais, especialmente a prestação de saúde em favor dos povos indígenas.

A razão está com o prolator do voto majoritário.

A solução da controvérsia impõe o exame inicial da finalidade da ação civil pública e da competência jurisdicional para determinar as medidas requeridas pelo Ministério Público.

Como bem ressaltado pelo Relator do acórdão embargado, cabe ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos e, dentre estes, os direitos e interesses da comunidade indígena. Na hipótese, tratar-se-ia de omissão da FUNAI e do FNS na implementação do **plano de saúde dos indígenas**.

De início, observou-se que não cabe a declaração de inconstitucionalidade por omissão, a qual compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

Partindo-se do caso concreto, em relação ao qual haveria omissão danosa aos interesses dos índios, ou seja, do programa de saúde dos índios, sobressai uma norma de **conteúdo programático**, destituída de imperatividade e incapaz de gerar direito subjetivo que possa ser protegido pela ação civil pública. Ressaltou, o Relator, com propriedade, que a eficácia de normas desse tipo é naturalmente limitada, pois só se tornará efetiva depois de uma elaboração legislativa complementar e da criação de normas e de meios de execução.

O Decreto 1141/94, por sua vez, não teria vindo implementar a norma constitucional, pois é limitado a enunciar um programa de saúde da população indígena, **sem nenhum conteúdo normativo**, não possuindo regra cuja aplicação poderia ser exigida judicialmente. **Daí porque não geraria nenhum direito a que corresponda uma ação, incluindo-se, aí, a ação civil.**

Outrossim, o Poder Judiciário não pode se arrogar à função de administrador e passar a executar programas de governo, destituídos de meios materiais de execução. Ou seja, não pode extrapolar sua função jurisdicional, invadindo área executiva reservada a outro Poder.

Desta forma, só restará caracterizada omissão jurídica relevante na implementação de um programa de saúde aos índios, quando o plano deixar de ser puramente ideal e passar a contar com uma **estrutura material**, inclusive com previsão orçamentária, hábil a torná-lo efetivo. Só neste caso, a omissão do Executivo poderá ser suprida pelo Judiciário.

Por outro lado, a omissão que teria relevância jurídica seria aquela que importa recusa ao cumprimento de uma regra jurídica vinculante, razão pela qual o não cumprimento de uma promessa de Governo ou de um programa sem conteúdo normativo, importaria em **omissão quanto a uma decisão de ordem estritamente política, que só politicamente poderá ser resolvida.**

Por tais razões, concluiu com acerto, o Des. Relator, no sentido de que apenas a ação política e, não, a ação judicial, poderia suprir a omissão do Executivo na implantação de um programa de assistência à saúde, não só dos indígenas, mas de toda a população carente do País.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes, mantendo o acórdão atacado.

É como voto.

VALDEMAR CAPELETTI
Relator

EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 1999.04.01.014944–9/RS

RELATOR : Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : FUNDACAO NACIONAL DO INDIO – FUNAI
ADVOGADO : Soraya Freitas Fortes
EMBARGADO : FUNDACAO NACIONAL DE SAUDE – FUNASA
ADVOGADO : Marcilene Gursen de Miranda Arraes

VOTO DIVERGENTE

O Parquet Federal propôs Ação Civil Pública no propósito de ver implementadas as ações previstas no Modelo de Atenção Integral à Saúde do Índio, mediante a observação das especificidades étnico–culturais dos povos indígenas, reconhecimento, respeito, resgate e incentivo às práticas da medicina tradicional indígena, e, ainda, formação de agentes indígenas de saúde, desenvolvimento de programas de educação para saúde das comunidades, fomentando a participação comunitária na tomada de decisões, execução e avaliação do Modelo ou de qualquer outro projeto. Por fim, pretende o MPF obter determinação para que a FUNAI promova a ampliação e recuperação da infra–estrutura física dos serviços de saúde, CONSTRUÍDO, dentro do prazo de um ano, a contar do deferimento da liminar, Postos de Saúde (adequados ao atendimento) nas áreas (terras) indígenas (Unidades Diferenciadas de Atendimento à Saúde do Índio abrigando as equipes de saúde formadas, no mínimo, por um médico, um dentista, um auxiliar de enfermagem e um laboratorista, em condições de albergar pacientes e acompanhantes), ou seja, em Barra do Ouro, Cacique Doble, Carreteiro, Guarita, Inhaçorá, Iraí, Ligeiro, Rio da Várzea, Votouro, Acampamento Caseiros, Acampamento Ventarra e Acampamento Serrinha (fls. 27). O pleito, sob o aspecto jurídico, albergou–se no direito fundamental à saúde, cuja eficácia imediata compele o administrador a concretizar as políticas públicas de saúde, sendo tal prestação direito subjetivo do cidadão e da coletividade.

O R. Juízo **a quo**, à míngua de norma legal ordinária que comenta ao ente estatal o cumprimento da obrigação que se pede na inicial, nem admitindo a existência de calço constitucional que obrigue o administrador de implementar as providências reclamadas, houve por bem indeferir a inicial, forte no art. 295, I, e § único, inciso III, do CPC.

Instada por recurso interposto pelo MPF, a Quarta Turma desta Corte, por maioria, vencido o i. Desembargador Federal Edgard Antonio Lippmann Júnior que votava pela cassação da sentença e retorno dos autos para normal tramitação, deliberou confirmando o julgado monocrático.

Agora, em sede embargos infringentes, o i. Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti alia–se à douta maioria, exaltando que a norma constitucional é de *conteúdo programático, destituída de imperatividade e incapaz de gerar direito subjetivo que possa ser protegido pela ação civil pública* (fls. 507).

Concessa maxima venia, inviável por imperativo jurídico e de justiça comungar do entendimento do i. Relator.

O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico–constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *in verbis*:

Art. 6o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. 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 sua promoção, proteção e recuperação.

Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema:

Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.

(in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa pronta aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará

infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.

Novamente o magistrado gaúcho INGO WOLFGANG SARLET, com sua costumeira precisão, trata da questão:

'Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que os poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativos às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de Garcia de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.' (op. cit. p. 259/260).

(...)

'Levando-se em conta os exemplos referidos, contata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador. Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde. Lembrando-nos de que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), 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 manutenção da sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim ,

há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador." (op. cit. p. 336/337)

Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que *"a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delinação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.*

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais:

"Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra 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 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 fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245–246, 2002, Renovar):

'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.' (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, 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.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ('Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha', p. 22–23, 2002,

Fabris):

'A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.'
(grifei)

(ADPF 45 MC/DF,
em 29.04.2004).

Não havendo a superação da doutrina que diz inacessível ao Judiciário a aferição do mérito do ato administrativo, pelo menos deve haver a flexibilização no sentido de que, embora o julgador não possa se fazer substituir pelo administrador, cumpre-lhe concitar o Estado a dar cumprimento à Constituição, a qual, no que diz com os direitos fundamentais, tem eficácia imediata.

Em arremate, evoco as razões alinhados no voto vencido, da lavra do i. DESEMBARGADOR FEDERAL EDGARD ANTONIO LIPPMANN JUNIOR, que põe em relevo a especial circunstância da finalidade instrumental do processo, estando ele a serviço, então, do direito subjetivo material, *in verbis*:

Se por um lado subsista correlação lógica nos argumentos expendidos no citado voto, por outro registro que, compulsando os autos, observa-se peculiaridades importantes para o

deslinde da questão. Destacaria, por amor à brevidade, o fato de que em situações que tais não me parece razoável poder o Juiz da Causa deixar de julgar determinado pleito pela eventual lacuna ou omissão da lei. Trago a título de ilustração a pacífica jurisprudência desta Corte de Justiça, deste seu órgão fracionário até o Plenário, no sentido de reconhecer a legalidade dos provimentos judiciais que importam em imposição do Estado (U.F.) prover o pagamento dos débitos relacionados ao SUS, independentemente de prévia previsão orçamentária.

Ora, se é certo que as normas processuais objetivam dar um trato técnico ao procedimento, sempre no sentido de se atingir a decisão final, não menos correta é a conclusão que as mesmas inserem—se como instrumento para a consecução de um fim maior que é o da utilidade do provimento judicial sempre atento ao ideal do Justo, ou em outras palavras não revelam um fim em si mesmo.

Nos votos que venho proferindo nesta Corte de Justiça tenho procurado enfatizar este caráter instrumental do processo, de sorte que toda e qualquer decisão judicial que venha a afastar a normal tramitação do processo, especialmente em negar o acesso ao Judiciário (e este me parece ser a hipótese dos autos) importa em negação da jurisdição. Tenho para mim que tal conceito de algum tempo vem sendo interpretado de uma maneira mais consentânea com a modernidade. Se o processo tem como finalidade a composição do litígio, ou em última análise recompor a paz social causada pela pretensão insatisfeita voluntariamente, logo, toda e qualquer decisão que dela tangencie há que se reputar como inadequada. O que a parte vem buscar em juízo é a tutela jurisdicional. Se negada sem o exame do mérito é porque houve o Poder Judiciário está se despidendo da relevante função cometida constitucionalmente.

Estamos, portanto, diante de uma opção: ou se adota uma interpretação ortodoxa/dogmática/positivista do direito processual, ou se adota a tese da efetividade/instrumentalidade do processo, onde se busca extrair do processo o resultado útil compatível com a pretensão de direito material acaso cumprida espontaneamente a obrigação, afastando—se o rigorismo formal. A questão a par de ser exuberantemente defendida na magistral obra 'Instrumentalidade do Processo' de autoria do Prof. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, foi, também, examinada criteriosamente pelo festejado processualista gaúcho, o não menos renomado Prof. GALENO DE LACERDA, ao abordar o tema 'O Código e o Formalismo Processual', na revista AJURIS n. 28. Deste artigo colhem—se os seguintes excertos:

*'Fala—se muito em interesse público da preservação do rito, do **due process of law**, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo.*

Esquecem, os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.'

*Esta providência é vista pela moderna processualística como princípio da conversão, desdobramento do princípio da conservação, que é exaustivamente explicitado pelo renomado mestre ROQUE KOMATSU, na inigualável monografia **Da Invalidade no Processo Civil**, ed. RT, onde ensina:*

'Este princípio tende a consagrar os valores de segurança e firmeza, de operância maior aqui do que em outros campos do Direito. Coutoure expressa—o magnificamente: frente à possibilidade de obter atos processuais válidos e não nulos, encontra—se a necessidade de obter atos processuais firmes, sobre os quais se possa consolidar o processo. O processo deve chegar não só a um resultado justo, mas também a um resultado não negativo, ou seja, estéril. Não se concebe o dispêndio de jurisdição não frutífero, inútil.' (Ob. Cit. Pag. 252/3).

Sem se pretender, por óbvio, em exaurir a cognição sobre a questão em debate, há que se objetar em desfavor à solução dada pelo eminente Juízo Relator, a garantia constitucional do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), aliás, tão decantada em prova e verso pelos mais proeminentes processualistas da atualidade, dentre os quais apontaria JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, onde na brilhante monografia 'Direito e Processo', editora Malheiros, é enfático em afirmar:

'A partir dessas premissas, postulou o método instrumentalista do processo a eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso à Justiça, tais como a pobreza econômica e cultural, a visão individualista da legitimidade, a postura passiva dos Juízes, etc., mas não basta o assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização do processo. Requer—se a efetividade da proteção judicial e da ordem constitucional. Trata—se do acesso à ordem jurídica justa, a que se refere prestigiosa doutrina nacional' (Ob. cit. pag. 43).

Dentro desta linha de entendimento encontramos outro baluarte do processo civil, o Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, onde ao discorrer sobre o tema 'A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional', na obra 'Atualidades Jurídica', editora Del Rey, assevera:

*'É preciso, para que se tenha como justo o processo legal, que, antes de tudo, se assegure o **acesso de todos à Justiça**. Há hoje um reconhecimento universal de que a confiabilidade das instituições jurídicas reclama a implantação de sistema em que os direitos não sejam apenas simbólicos, mas que se traduzam em **remédios efetivos**.*

*Assim como o Estado Social de Direito não se contenta com a formal declaração dos direitos do homem, mas exige que a estrutura estatal se empenhe com providências concretas de realização das garantias fundamentais, também a noção de **Acesso à Justiça** não pode ser apenas um **acesso formal**, na prática embaraçado por intransponíveis requisitos de ordem burocrática e econômica.'* (Ob. Cit. Pag. 23, grifos do autor).

*Tamanha foi e é a preocupação dos juristas que em recente trabalho jurídico, o Prof. CARLOS ALBERTO CARMONA, in 'A Crise do Processo' adverte: '**O que se busca é a adequação dos instrumentos processuais para alcançar o ideal da jurisdição, de modo que o consumidor final de seu serviço não veja na atividade jurisdicional mais um percalço em sua vida. Quer—se encontrar soluções para entraves processuais que tanto têm contribuído para o desprestígio da atividade jurisdicional'** (ob. cit., pag. 13)*

Voto, pois, no sentido de dar provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº
2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves
Públicas Brasileira – ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

Nº de Série do Certificado: 32303035303430373135313533313032

Data e Hora: 20/04/05 5:36:49 PM
