

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012349-90.2020.8.19.0014

Apelante : MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES

Apelada 1: MARCIA CRISTINA DE AZEREDO ARAÚJO SILVA

Apelada 2: MILLA DE AZEREDO ARAÚJO SILVA

Relator: DES. MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUXÍLIO-ADOÇÃO PREVISTO NA LEI MUNICIPAL Nº 8.490/2013. SERVIDORA MUNICIPAL ADOTANTE DE CRIANÇA PORTADORA DO VÍRUS HIV. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO SOB FUNDAMENTO DE CRISE ORÇAMENTÁRIA. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. DEVER CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO. OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICADA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

CASO EM EXAME

(1) Município de Campos dos Goytacazes interpõe apelação cível contra sentença proferida em ação ajuizada por servidora municipal e sua filha adotiva, portadora do vírus HIV, que buscavam a retomada e o pagamento retroativo do auxílio-adoção previsto na Lei Municipal nº 8.490/2013, o qual fora suspenso unilateralmente pela Administração sob alegação de queda de receita. A sentença reconheceu o direito ao benefício e determinou o restabelecimento dos pagamentos, além da quitação dos valores atrasados com os devidos acréscimos legais. (2) O Município, em apelação, alega ausência de interrupção do pagamento, mas sim atrasos pontuais decorrentes de dificuldades financeiras e trâmites administrativos, especialmente após a aposentadoria da autora, e requer a improcedência do pedido e a exclusão das condenações impostas na sentença.

QUESTÕES EM DISCUSSÃO

(3) A questão em discussão consiste em saber se as dificuldades financeiras e administrativas invocadas pelo Município são juridicamente suficientes para justificar a interrupção do pagamento do auxílio-adoção, de natureza alimentar, garantido

por lei a servidor municipal que adota criança em condição especial de saúde.

RAZÕES DE DECIDIR

(4) (i) O direito ao recebimento do auxílio-adoção, por servidor municipal que adota criança portadora do vírus HIV, encontra respaldo expresso na Lei Municipal nº 8.490/2013, cujos dispositivos não facultam à Administração a suspensão discricionária do benefício com base em questões orçamentárias genéricas; (5) (ii) A natureza alimentar e assistencial do benefício impõe ao ente público o dever de assegurar sua continuidade, especialmente diante da condição de saúde da menor, protegida pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (CF, art. 227; ECA, arts. 1º e 4º); (6) (iii) A alegação de reserva do possível não se sobrepõe ao mínimo existencial e não exonera o Poder Público de cumprir obrigações essenciais, sendo necessária prova robusta da absoluta impossibilidade financeira, o que não ocorreu nos autos; (7) (iv) A regularização dos pagamentos apenas após o ajuizamento da ação confirma a existência de interesse processual das autoras e reforça a omissão estatal injustificada; (8) (v) A jurisprudência do STF e STJ é firme ao reconhecer que a reserva do possível não pode ser invocada como escudo contra a concretização de direitos fundamentais sociais, notadamente os ligados à saúde e à infância, cuja prioridade é absoluta; (9) (vi) A atuação do Judiciário em determinar o restabelecimento do benefício e a quitação das parcelas devidas não ofende o princípio da separação dos poderes, mas representa o exercício legítimo da jurisdição para garantir o cumprimento das normas constitucionais e legais violadas pela omissão administrativa.

DISPOSITIVO E TESE

(10) Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida.

(11) Tese de julgamento:

(i) A suspensão ou atraso no pagamento do auxílio-adoção previsto em lei municipal, sob justificativa genérica de crise financeira, sem comprovação objetiva da impossibilidade orçamentária, configura omissão estatal inconstitucional, violadora do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana da criança adotada em condição de saúde especial; (ii)

A teoria da reserva do possível não se aplica quando comprometer direitos fundamentais de caráter alimentar e assistencial, especialmente aqueles assegurados à criança e ao adolescente; (iii) A regularização de pagamentos apenas após a propositura da ação judicial não elide a configuração de interesse de agir nem a ilicitude anterior da conduta estatal; (iv) A intervenção do Judiciário para assegurar o cumprimento de dever legal imposto à Administração Pública não fere a separação dos poderes, sendo compatível com a Constituição quando visa a efetivar direitos fundamentais.

Dispositivos legais relevantes citados: Constituição Federal: arts. 6º, 196, 227 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): arts. 1º, 4º, 7º Lei Municipal nº 8.490/2013: arts. 2º, 3º, IV, e 4º, §1º Código de Processo Civil: arts. 85, §11, e 487, I

Jurisprudência relevante citada: STF – ARE 745745/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 02/12/2014, DJe 19/12/2014 STJ – AgRg no AREsp 790767/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 03/12/2015, DJe 14/12/2015 STF – ARE 1364315/TO, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, j. 05/06/2023, DJe 30/06/2023 RE nº 870.947, Tema 810 da Repercussão Geral, STF REsp 1.495.146/MG, Tema 905, 1ª Seção do STJ, j. sob o rito dos recursos repetitivos

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **Município de Campos dos Goytacazes/RJ** contra a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da mesma comarca, que julgou procedentes os pedidos formulados por **Marcia Cristina de Azeredo Araújo Silva** e sua filha, **Milla de Azeredo Araújo Silva**, nos seguintes termos:

“A causa comporta julgamento antecipado do mérito, na forma do art. 355, I do CPC/15, tendo em vista que não há necessidade de produção de outras provas. Diante da contestação do réu, que não rebateu o direito das autoras, a controvérsia reside na possibilidade de suspensão unilateral do benefício objeto da lide em razão da queda de receita experimentada pelo réu. Estabelece a Lei 8.490/2013 em seu art. 2º: “Art. 2º - O beneficiário do auxílio-adoção será o servidor público municipal, ativo ou inativo, que, como família substituta, acolher, a partir da regulamentação desta Lei, criança ou adolescente, egresso de instituição de acolhimento nos termos do artigo 7º, I, mediante adoção constituídas nos termos da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Outrossim, o art. 3º, IV estipula o valor a que as autoras possuem direito: "Art. 3º - O auxílio-adoção será concedido nos seguintes valores: IV - 5 (cinco) salários mínimos por acolhimento de criança ou adolescente portador de deficiência, do vírus HIV (SIDA/AIDS) ou de outras doenças de natureza grave que requeiram cuidados pessoais e médicos permanentes." Por fim, o art. 4º determina o prazo de duração do benefício: "Art. 4º - O auxílio-adoção perdurará até que a criança ou adolescente complete 18 (dezoito) anos no caso dos incisos "I" e "II", e 21 (vinte e um) anos no caso do inciso "III", sendo prorrogado até os 24 (vinte e quatro) anos, se comprovadas matrícula e frequência em instituição de ensino técnico ou superior reconhecida pelo MEC. § 1º -No caso de criança ou adolescente incluído no critério do inciso "IV" do artigo 3º, o auxílio-adoção somente se extinguirá por morte ou se a motivação da natureza grave se restar extinta." Dessa forma, diante dos documentos acostados a inicial que comprovam ser a primeira autora servidora pública municipal e ter adotado a segunda autora, que possui o diagnóstico de HIV, resta evidente o direito das autoras de receber o valor correspondente a 5 salários mínimos até a morte da segunda autora ou da cessação da motivação de natureza grave. A tese defensiva se assemelha à Teoria da Reserva do Possível, haja vista que o réu alega a suspensão dos pagamentos em razão da queda de receita. Todavia, tal escusa esbarra na garantia da intangibilidade do mínimo existencial, que abarca os direitos sociais garantidos pela Constituição da República no seu artigo 6º, entre eles o direito à saúde e que visam resguardar a Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, tendo em vista que o benefício concedido á autora visava estimular à adoção de infante com diagnóstico de HIV, uma vez que garantia recursos necessários para os tratamentos de que necessita, resta evidente que a suspensão do pagamento foi ilegal, pelo que deve ser julgada procedente a presente ação. Isso posto, JULGO PROCEDENTES os pedidos, declarando extinto o feito com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do CPC, para determinar que o réu restabeleça imediatamente o pagamento do Auxílio Adoção para as autoras, na importância de 05 salários mínimos, até o 5º dia útil de cada mês, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 Outrossim, condeno o réu a pagar os benefícios atrasados, acrescidos de juros desde a citação e correção monetária desde a data em que cada parcela era devida, nos termos do decidido pelo E. STF em repercussão geral nos autos do RE nº 870.947 e pela 1ª Seção do E.STJ nos autos do Resp nº 1.495.146-MG submetido ao regime dos recursos repetitivos, devendo o valor final ser calculado em sede de liquidação de sentença. Por fim, condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação e da taxa judiciária, eis que, nos termos do enunciado 42 do aviso 72/2006, a isenção estabelecida no art. 115 caput do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II do Código

Tributário nacional, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo”.

As autoras, ora apeladas, ajuizaram a ação em razão da interrupção do pagamento do benefício, essencial para o custeio do tratamento de saúde da menor, que é portadora do vírus HIV.

O Município, em suas razões de apelação, sustenta, em síntese, que não houve interrupção, mas atrasos pontuais decorrentes de dificuldades financeiras e trâmites burocráticos, especialmente após a aposentadoria da servidora; que os pagamentos foram regularizados, tornando a ação desnecessária e que a crise orçamentária, agravada pela pandemia e pela queda na arrecadação de *royalties*, justifica as dificuldades no cumprimento das obrigações. Requer, ao final, in verbis: *“seja provido o presente recurso julgando improcedentes os pedidos autorais, com a suspensão da gratuidade deferida, ante a possibilidade financeira da Apelada em arcar pagamento de custas e honorários sucumbenciais a serem arbitrados por este Tribunal, nos termos do Artigo 85 do Código de Processo Civil. Requer-se ainda que sejam afastadas as condenações do Município-apelante ao pagamento da taxa judiciária e honorários sucumbenciais, revertendo-se a sucumbência”*.

As apeladas, em contrarrazões, defendem a manutenção da sentença, argumentando que a regularização dos pagamentos só ocorreu após a propositura da demanda, o que demonstra o interesse de agir. Refutam a tese de crise financeira como justificativa para o descumprimento de um dever legal de natureza alimentar.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

A controvérsia central reside em definir se as dificuldades orçamentárias e os trâmites administrativos alegados pelo Município são suficientes para afastar seu dever de pagar o Auxílio Adoção, benefício de caráter assistencial e alimentar instituído por lei.

A resposta é negativa.

O direito das apeladas é inequívoco, fundamentado na Lei Municipal nº 8.490/2013, que instituiu o "Programa Um Lar Pra Mim". O artigo 3º, IV, da referida lei, prevê a concessão de um auxílio de 5 (cinco) salários mínimos ao servidor que adotar criança ou adolescente portador de HIV, condição na qual a menor Milla de Azeredo Araújo Silva se enquadra.

Confira-se:

Lei nº 8.490, de 13 de novembro de 2013.

Dispõe sobre a criação do programa "UM LAR PARA MIM", o qual institui o auxílio-adoção para o Servidor Público Municipal que adotar criança ou adolescente impossibilitado de permanecer em sua família natural, e dá outras providências.

**A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:**

**TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º - Fica criado o Programa UM LAR PARA MIM, a ser executado por intermédio do auxílio-adoção, instituído na forma desta Lei.

Art. 3º - O auxílio-adoção será concedido nos seguintes valores:

I - 2 (dois) salários mínimos por acolhimento de criança com idade de 5 (cinco) a 8 (oito) anos incompletos;

II - 3 (três) salários mínimos por acolhimento de criança com idade de 8 (oito) a 12 (doze) anos incompletos;

III - 4 (quatro) salários mínimos por acolhimento de criança ou adolescente com idade de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos;

IV - 5 (cinco) salários mínimos por acolhimento de criança ou adolescente portador de deficiência, do vírus HIV (SIDA/AIDS) ou de outras doenças de natureza grave que requeiram cuidados pessoais e médicos permanentes.

Parágrafo Único - O valor a ser percebido pelo beneficiário será correspondente ao da idade no ato da adoção, não havendo progressão de valores na medida em que os adotados forem atingindo outras idades.

A alegação do Município de que houve meros atrasos, e não interrupção, não afasta a ilicitude de sua conduta. O benefício possui natureza alimentar e de prestação continuada, sendo sua regularidade essencial para garantir a dignidade e o tratamento de saúde da criança. A própria confissão do apelante de que os pagamentos só foram regularizados após o ajuizamento da ação demonstra a necessidade e o interesse de agir das autoras.

O principal argumento do Município, baseado em dificuldades financeiras, invoca, em essência, a Teoria da Reserva do Possível. Contudo, a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores rechaça veementemente tal alegação quando ela se choca com o núcleo intangível dos direitos fundamentais, o chamado mínimo existencial.

O Supremo Tribunal Federal já pacificou que a cláusula da "reserva do possível" não pode ser utilizada para legitimar o inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público.

Sobre a matéria, merece destaque o seguinte precedente do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010)– MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMOVER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197)– A QUESTÃO DAS “ ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE

OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)

– DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(STF - ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

Ademais, a mera alegação de falta de recursos é insuficiente. Compete ao Poder Público demonstrar, de forma objetiva, que a insuficiência orçamentária não é fruto de uma escolha administrativa que preteriu as prioridades constitucionais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça orienta que a escassez de recursos deve ser provada, não podendo servir como uma justificativa genérica para a omissão do Estado. *In verbis*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual

e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.** 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive

sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º. 12.2009, DJe 10.12.2009. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 790767 MG 2015/0248784-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/12/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2015)

A concretização dos direitos fundamentais não é uma opção do governante, mas um dever. A escassez de recursos, muitas vezes, é resultado de uma decisão política, e a real insuficiência orçamentária deve ser

demonstrada pelo Poder Público, não podendo ser arguida como tese abstrata de defesa para se eximir do cumprimento de direitos ligados ao mínimo existencial.

No caso dos autos, o direito da menor à saúde e a uma vida digna, garantido pelo auxílio, sobrepõe-se a qualquer alegação genérica de crise financeira. Trata-se de uma obrigação vinculada à prioridade absoluta que a Constituição (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferem aos direitos da criança e do adolescente.

Nessa toada, a intervenção do Poder Judiciário para determinar o cumprimento de um dever legal não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, mas sim um mecanismo legítimo para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais diante da inércia ou omissão da Administração Pública, conforme já decidiu o STF (ARE 1364315 TO). Confira-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. REALIZAÇÃO DE OBRAS EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. POLÍTICAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DESPROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC. Sem honorários, por se tratar de ação civil pública (art. 18 da Lei 7.347/1985). (STF - ARE: 1364315 TO, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 05/06/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 29-06-2023 PUBLIC 30-06-2023)

ANTE O EXPOSTO, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Majoram-se os honorários advocatícios para 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

Desembargador **MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA**
Relator