



Sociedade Brasileira de Direito Público
Escola de Formação - 2006

Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006.

Autor:
Daniel Wei Liang Wang

Orientador:
Marcos Paulo Verfíssimo

2006

ÍNDICE

1. Introdução.	3
2. Metodologia	8
3. Direito à saúde	9
3.1 Pesquisa de acórdãos	9
3.2. Análise das decisões.	12
3.3. Conclusão do capítulo	20
4. Direito à educação	21
4.1. Pesquisa de decisões.....	21
4.2. Análise das decisões	22
4.3. Conclusão do capítulo	30
5. Intervenção federal pelo não pagamento de precatórios	31
5.1. Pesquisa de decisões.....	32
5.2. Análise das decisões	34
5.3. Conclusão do capítulo	39
5. Conclusão da monografia	41
6. Bibliografia	43

1. Introdução.

A presente monografia tem por escopo analisar a questão da escassez dos recursos, dos custos dos direitos e a cláusula de “reserva do possível” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Este tema aparece com muita força no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, quando, por meio de uma ação judicial, pede-se que o poder Judiciário obrigue o poder público a efetivar um direito social previsto constitucionalmente. Tal debate ocorre porque a efetivação dos direitos sociais depende, em regra, da realização de políticas públicas por parte do Estado, o que faz com que a proteção de um direito social se dê pela ação estatal, e a violação pela omissão do poder público¹.

Estas políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E este é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto normalmente obriga o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o poder público entendeu ser mais importante.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se este poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar esta tarefa.

¹ Virgílio Afonso da Silva, “O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais”, Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

Como o propósito deste presente trabalho não é fazer uma análise teórica completa deste problema, nesta introdução não pretendo resolver todas as dificuldades levantadas, mas apenas apontar que decisões judiciais podem ter impacto nas finanças do Estado e influenciar na escolha das prioridades para aplicação dos recursos públicos escassos².

A partir desta constatação, alguns teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais - que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária - e que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais³. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo "reserva do possível"⁴.

Robert Alexy define este conceito como "aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade"⁵. Para este autor, isto não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar este direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável para todos os

² De acordo com o site do programa "DST-AIDS" do Ministério da Saúde, com base em dados da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, o Estado de São Paulo gastou, em 2005, 86 milhões de reais para custear os tratamentos ordenados pelo poder Judiciário. Tal valor representa 30% do total de gastos do programa oficial de remédios de alto custo. Cf. <http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>, acesso em 29/09/2006.

³ Cf. Cristina Queiroz, "Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade", in *Interpretação Constitucional*, Silva, Luis Virgílio Afonso da (organizador). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.498; José Joaquim, Gomes Canotilho, "Tomemos a serio os direitos economicos, sociais e culturais". Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, numero especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia 3(1991), p. 497; Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, 185.

⁴ Este conceito surge de uma decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã [BVerfGE33, 303 (333)] em que havia a pretensão de um cidadão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, fundamentado na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Nesta decisão, afirma a Corte que a "prestação reclamada deve corresponder ao que o individuo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável... Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento". Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 498. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265, acrescenta que o conceito amplo de "reserva do possível" engloba tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto⁶.

Outro ponto de relevância neste debate é que a reserva do possível, uma vez alegada, deve ser devidamente comprovada⁷, para que não se torne mero instrumento retórico para justificar a não efetividade de um direito constitucional.

O fato dos direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério⁸. Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro deste ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Vale ressaltar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único⁹.

Muito importante ressaltar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar também que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por supostamente demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também

⁶ Para maior aprofundamento a respeito do tema, ver Virgílio Afonso da Silva, "O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais", Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

⁷ Cf. Américo Abedê Freire Júnior, *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 74.

⁸ Neste sentido cf. José Joaquim Gomes Canotilho, "Tomemos a serio os direitos economicos, sociais e culturais". Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, numero especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia 3(1991)

⁹ Flávio Dino de Costa e Castro critica a mitificação e a sacralização dos aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais. Ele questiona o fato da "reserva do possível" nunca aparecer quando o Judiciário julga inconstitucional um tributo, frustrando parcela da receita pública em favor dos setores socialmente mais favorecidos. Cf. Flávio Dino de Costa e Castro, "A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil" R. CEJ. Brasília, 28 (2005), p.50.

dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público¹⁰. A título de exemplo, podemos pensar no direito de propriedade, que, para ser garantido, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa, de um sistema de registros de propriedade. Ou mesmo no direito de voto, que depende de uma legislação eleitoral, de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições e de recursos para cobrir os custos que envolvem a realização de uma eleição¹¹. Ainda em matéria de eleição, a própria Constituição prevê o direito dos partidos políticos de receberem recursos do fundo partidário (art. 17, §3º)¹².

Também o modo de produção capitalista, fundado na prevalência do mercado e que prega a não interferência do Estado na livre atuação econômica dos agentes privados, teve como pressupostos para se desenvolver o advento do Estado Moderno, que garantiu para os indivíduos a liberdade, a igualdade formal (por meio da dissolução das relações hierárquicas) e a institucionalização jurídica do direito de propriedade, todos eles garantidos pelo Estado contra o próprio Estado e contra os outros indivíduos¹³. E a realização de tais tarefas só foi possível graças a um enorme aparato militar e burocrático.

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de ser pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no

¹⁰ Neste sentido cf Christian Courtis e Victor Abramovich, *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p.21; Cass Sunstein; Stephen Holmes, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29

¹¹ Virgílio Afonso da Silva, "O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais", Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, p. 96.

¹² De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, a dotação orçamentária para o fundo partidário para a eleição do ano de 2006 foi de R\$117.875.439,00. Cf. <http://www.tse.gov.br/internet/index.html>. Consulta feita em 24/08/2006.

¹³ Cf. Leda Paulani, *Modernidade e Discurso Econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 85-86.

mesmo ano, 26% das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa 50% ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico¹⁴. Ainda em pesquisa do BNDES, com a função judiciária o conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto que a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes ao ano de 1999)¹⁵.

Estes exemplos têm o intuito de desmistificar a tradicional separação entre direitos positivos e negativos, e que considera que apenas os primeiros são justificáveis por não envolverem custos. Portanto, as ponderações feitas em relação aos custos dos direitos sociais, à limitação de recursos e à “reserva do possível”, podem ser estendidas tanto a pedidos em matéria de direitos civis e políticos que demandem recursos, quanto a outras obrigações do Estado de dar ou fazer.

Desta maneira, esta monografia fará um estudo da questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos não só nas decisões envolvendo direitos sociais, tema em que este debate é mais comumente encontrado, mas também em outros julgados que não tratam de direitos sociais, mas que apresentam estas questões.

Este trabalho buscará descobrir se a limitação de recursos e os custos dos direitos são efetivamente problemas que o Supremo Tribunal Federal enfrenta na sua jurisprudência. Caso seja afirmativa a resposta para a primeira questão, procurar entender como é feita a análise destes temas, ou se seria apenas mero instrumento retórico para o Tribunal se exonerar de um ônus argumentativo maior na sustentação de suas decisões. Tentará também entender como os ministros lidam com a tensão entre a análise jurídica, que é eminentemente principiológica, e a análise dos custos das decisões, que é principalmente consequencialista. E, por fim, descobrir se é coerente a forma como o Tribunal lida com esses temas, dando-lhes o mesmo tratamento para todas as matérias e em todos os casos julgados.

¹⁴ BNDES, “Municípios: quanto custam as câmaras de vereadores”, Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília: nº21, 2000, p. 2 e 3.

¹⁵ BNDES, “Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias”, Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília: nº22, 2000, p.3.

Por fim, vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nesta matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões.

2. Metodologia.

A pesquisa será dividida nos seguintes temas: direito à saúde, direito à educação e pagamento de precatórios. O intuito é analisar o maior número possível de decisões dentro de cada tema e tentar responder as três primeiras indagações propostas na introdução. Posteriormente, será feito o cruzamento das conclusões obtidas e, por meio de um estudo comparativo, tentar responder ao último questionamento.

Estes temas foram escolhidos com base em uma pesquisa preliminar no *site* oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), na seção "Jurisprudência → A Constituição e o Supremo", a partir dos termos "educação"¹⁶, "reserva do possível"¹⁷, "saúde"¹⁸, "direitos sociais"¹⁹ e "dever do Estado"²⁰.

Outro meio tentado foi a seção "Jurisprudência → Pesquisa de Jurisprudência", a partir dos termos "reserva adj3 possível"²¹, "dever adj3 Estado"²², "polític\$ adj2 públic\$" ²³. A pesquisa por "escassez de recurs\$", "limitaç\$ de recurso\$" e "limit\$ adj3 orçamentari\$" não trouxeram nenhuma decisão a respeito do tema do trabalho.

¹⁶ Guardam relação com o tema do trabalho o RE 436.996-AgR e o RE 463.210-AgR.

¹⁷ Guardam relação com o tema do trabalho o RE 436.996-AgR (direito à educação).

¹⁸ Guardam relação com o tema do trabalho o RE 271.286-AgR, RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192.

¹⁹ Guardam relação com o tema do trabalho o RE 436.996-AgR.

²⁰ Guardam relação com o tema do trabalho o RE 271.286-AgR e o RE 393.175.

²¹ Resultou em 4 decisões, sendo úteis para o trabalho o RE-AgR 410715 (direito à educação), e IF 2915 (não pagamento de precatórios).

²² Resultou em 23 decisões, sendo úteis para o trabalho o RE 256327 e no RE-AgR 268479 (ambos sobre direito à saúde).

²³ Resultou em 10 decisões, sendo útil para o trabalho o RE-AgR 410715 (direito à educação).

Na busca por “omissão adj3 esta\$”, foram encontrados 25 decisões, entre as quais a ADI 1439, a ADI 1442 e a ADI 1458 que questionam o valor insuficiente do salário mínimo frente às necessidades básicas que ele deve ser capaz de atender (inc. IV do art. 6º da Constituição Federal), um tema em que caberia o debate a respeito da reserva do possível, da escassez de recursos e dos custos dos direitos. No entanto a leitura atenta destes acórdãos mostrou que não há referência a estas questões, o que faz com que estes julgados não sejam aproveitáveis para o presente trabalho.

Portanto, a partir desta breve pesquisa, escolhi os temas do direito à educação, do direito à saúde e do pagamento de precatórios para fazer a pesquisa. Muito importante ressaltar que o método para estabelecer o que seria aproveitável ou não para o trabalho foi, na maioria das vezes, a leitura das ementas das decisões. Este não é o método mais preciso de se fazer seleção de decisões. No entanto, esta foi a solução possível em virtude da falta de tempo e do grande número de decisões.

Além de delimitar a pesquisa pelo critério do tema, fez-se necessário também um “corte” temporal. Selecionei, portanto, os acórdãos publicados a partir do ano 2000, sem excluir aqueles forem anteriores a este ano, mas que aparecem citados como precedentes pelos acórdãos pesquisados e que trouxeram alguma contribuição para a pesquisa.

3. Direito à saúde

3.1 Pesquisa de acórdãos.

Aproveitando a pesquisa inicial para escolher os temas a serem pesquisados, já recolhi as seguintes decisões RE 271.286-AgR, RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192, RE 256327 e o RE-AgR 268479.

Na seção a seção “Jurisprudência → Pesquisa de Jurisprudência”, pela expressão “direito adj3 saúde”, foram encontrados 14 decisões e selecionados o RE-AgR 255627, o RE-AgR 259508, e o RE 226835.

Já na seção “Jurisprudência → Informativo”, pesquisei por “direito e saúde” e encontrei 97 decisões. Além daqueles já recolhidos em outras seções, tive acesso ao RE-393175 e à ADPF 45.

A partir destas 12 decisões, fiz uma pesquisa em busca de precedentes que eles citavam. Tal método mostrou-se deveras frutífero, e muitas decisões foram encontradas. O conjunto das decisões encontradas e analisadas está organizado na seguinte tabela:

Agravo de Instrumento 462563/RS
Agravo de Instrumento 532687/MG
Agravo de Instrumento 537237/PE
Agravo de Instrumento 570455/RS
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 238328/RS
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 486816/ RJ
Agravo Regimental em Petição 1246/SC
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255627 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 257109 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 259508 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 268479 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 273834 / RS
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 279519/RS
Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF
Petição 1246/SC
Recurso Extraordinário 195186/ RS
Recurso Extraordinário 195192/ RS

Recurso Extraordinário 198263/ RS

Recurso Extraordinário 198265/ RS

Recurso Extraordinário 232335/RS

Recurso Extraordinário 237367/ RS

Recurso Extraordinário 242859/ RS

Recurso Extraordinário 248304/ RS

Recurso Extraordinário 256327/ RS

Recurso Extraordinário 264269/ RS

Recurso Extraordinário 267612/RS

Recurso Extraordinário 297276/ SP

Recurso Extraordinário 342413/ PR

Recurso Extraordinário 353336/ RS

Recurso Extraordinário 393175/RS

3.2. Análise das decisões.

Todas as decisões analisadas concedem o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante²⁴. Não há sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se, desde já, antecipar que em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Outro ponto interessante é que as ações são todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

Nas decisões também é muito comum a referência a precedentes do próprio tribunal. O AgRg no RE 273834²⁵, RE 198265 e o RE 232335/RS²⁶, acórdãos muito citados como precedentes em outras decisões sobre o mesmo tema, trazem a seguinte passagem, de autoria do Ministro Celso de Mello, e que merece destaque pelo número de vezes em que aparece na jurisprudência do STF:

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem

²⁴ Das 31 decisões analisadas, 11 pedem medicamentos para HIV (AgRg no AI 238328; AgRg no RE 257109; AgRg no RE 259508; AgRg no RE 268479; AgRg no RE 271286; AgRg no RE 273834; RE 232335; RE 237367; RE 242859; RE 264269; RE 267612); 3 pedem medicamento não fabricado no Brasil para tratamento de Fenilcetonúria (RE 195192; RE 198263; RE 198265), doença hereditária que se caracteriza pela falta de uma enzima em maiores ou menores proporções, impedindo que o organismo metabolize e elimine o aminoácido fenilalanina, que, em excesso no sangue, é tóxico, atacando principalmente o cérebro e causando deficiência mental (Cf. <http://www.techs.com.br/apae/fenilcetonuria.htm>); 2 pedem medicamento para tratamento de Hepatite C (AI 537237 e RE 353336); 2 pedem tratamento a base de implante de células-tronco em clínica nos Estados Unidos para distrofia muscular de Duchene (Pet 1246; AgRg em Pet 1246); 1 pede medicamento *blecosol spary* e aparelho nebulizador, para tratamento de asma e bronquite (AI 462563); 1 pede medicamento para tratamento de tumor carcinóide de fígado (RE 342413); 1 pede medicamento esquizofrenia paranóide e doença maniaco depressiva crônica (RE 393175); 1 pede medicamento para *Status Marmóreo*, patologia de fundo neurológico, caracterizada pela impregnação de bilirrubina no cérebro (RE 248304); 1 pede medicamento para Glaucoma Crônico (AI 570455); 1 pede fornecimento de oxigênio (AI 532687); em 6 decisões, não estão identificados a doença para a qual se pede o medicamento (AgRg no AI 486816; AgRg no RE 255627; AgRg no RE 279519; RE 195186; RE 256327; RE 297276).

²⁵ Citado como precedente pelo RE 248304.

²⁶ Citado como precedente nas seguintes decisões: AgRg no RE 271286, ADPF 45/DF, AI 570455/RS, AI 462563/RS, AI 537237/PE, AgRg no AI 486.816-1/RJ, AgRg no RE 259508 / RS, RE 297276/ SP, RE 342413/ PR, RE 353336/ RS, RE 393175/RS.

incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”

“A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

“DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”.

“O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

“Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais

prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.”

“Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.”

Nesta passagem fica bem claro que o Supremo Tribunal Federal entende que o direito à saúde é um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deve ser efetivado pelo Estado de forma “plena” e “universal”. Diz ainda que cabe ao Poder Judiciário atuar quando o poder público for omissivo de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”. Desta passagem, pode-se entender que, na visão do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde, apesar do seu status de direito fundamental constitucionalmente consagrado, pode não ser tutelado pelo Poder Judiciário quando a sua não realização pelo Estado for devido a um comportamento não arbitrário, tolerável, não anômalo ou por comportamento não desviante. Como não há decisão que negasse um pedido com base no direito à saúde, não se sabe ainda o que o STF entende por estes 4 adjetivos.

Aparentemente estes adjetivos não fazem referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos. Em diversas decisões, ficou expresso que estes são

problemas de menor importância e que não são aceitáveis quando se lida com casos envolvendo o direito fundamental à saúde.

A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparece em poucas decisões e, quando aparece, é tratada de forma não muito detalhada e sem lhe dar a devida importância²⁷.

Na Pet 1246, em que se pede transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene, aparece uma passagem do Ministro Celso de Mello muito importante para este estudo, não só pelo número de vezes em que é citada por outras decisões²⁸, mas também pela sua peremptoriedade:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

Nesta passagem está dito de forma terminante que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de ordem financeira, esta sempre deverá ser preterida em relação àquela. Tal idéia, por não estar melhor explicada, deixa algumas questões em aberto.

A começar pela afirmação de que aquela ponderação deve ser decidida sempre em favor de um dos lados, independente de outras variáveis, pois isto implica ignorar a própria idéia de ponderação, que, para ser qualificada como tal, tem que ter abertura para diversos resultados possíveis. Se o resultado será sempre o mesmo, então a ponderação é desnecessária e não há que se valer dela para decidir.

Além do mais, causa alguma estranheza dizer que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Se os direitos sociais,

²⁷ A ADPF 45 pode ser considerada uma exceção a essa regra.

²⁸ As decisões que citam esta passagem são: RE 267612 / RS, AI 570455/RS, AgRg no RE 271286/RS, RE 198265/ RS, RE 248304/ RS, AgRg no RE 273834-4 / RS e RE 393175/RS.

para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquela depende desta.

Na mesma linha do Pet 1246, o voto do Ministro Sidney Sanches no RE 198263/ RS, em que se pede medicamento para tratamento de fenilcetonúria, afirma:

“em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”

Também, nesta passagem, cabe a mesma crítica feita à Pet 1246. Não fica clara a razão pela qual a questão das verbas tem menor importância se, afinal, é por meio delas que se viabilizam as políticas públicas para concretizar o direito à saúde previsto na Constituição.

O RE 342413/ PR, em que impetrante pede medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, a Ministra Ellen Gracie diz que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”. Cabem aqui as mesmas observações feitas em relação às decisões acima referidas.

Na mesma linha aparece o RE 195192/ RS, que pede fornecimento de medicamento para tratamento de fenilcetonúria, também o Ministro Marco Aurélio afirma que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Nesta decisão também não há maiores explicações sobre esta afirmação.

Em matéria de regras concernentes ao orçamento, como as vedações do artigo 167 e incisos da Constituição Federal, e que possuem a função de controlar e racionalizar o gasto público, vale citar o AI 537237/PE, que pede medicamento para paciente com hepatite C. Neste agravo, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu que “a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o

direito". Tal determinação carece, no entanto, de melhor argumentação, uma vez que foram afastadas regras constitucionais (inc. I, II, V, VI do art. 167 da Constituição Federal) e pode colocar o administrador em uma situação em que deve escolher entre obedecer à Constituição ou obedecer à decisão judicial da corte de maior hierarquia do Poder Judiciário brasileiro.

Já no AgRg no AI 238328/RS, há um trecho do Ministro Marco Aurélio, que não fala diretamente na limitação de recursos, mas toca de forma rasa na questão da prioridade dos gastos públicos: "Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, *cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos*. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem" (grifo meu). Esta passagem considera que as receitas dos impostos são suficientes para cobrir os gastos com, por exemplo, saúde. É uma afirmação que não resolve o problema, pois as despesas podem aumentar (como, por exemplo, com as obrigações de dar e fazer provenientes de decisões judiciais) sem que seja sempre possível aumentar os impostos. Este trecho coloca, outrossim, que o conflito se dá entre as atividades mais importantes e as de menor relevância, o que parte do pressuposto, não comprovado na argumentação, que esta decisão não levará a um conflito entre duas políticas importantes ou entre duas atividades importantes dentro da mesma política.

A ADPF 45, julgado pelo Ministro Celso de Mello, apesar de não julgar pedido de um medicamento ou tratamento médico, trata sobre direito à saúde e traz uma análise da "reserva do possível"²⁹. Esta decisão

²⁹ A ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao parágrafo 2º do artigo nº 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Este dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde "a totalidade das dotações do ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza". O partido alega que o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em "ações e serviços públicos de saúde", contrariando a Emenda Constitucional nº 29, que estabelece no artigo 198 da Constituição Federal, §2º,

é muito interessante porque nela são feitas ponderações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos que não aparecem nas outras decisões.

Começa afirmando que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem, ordinariamente, no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”. Segue dizendo que competem, excepcionalmente, ao Poder Judiciário quando a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais.

Reconhece, também, que os direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se pela gradualidade de seu processo de concretização, além de depender, em grande medida, “de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”. Afirma, ainda, que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”.

A partir desta constatação, a decisão faz uma análise mais pormenorizada da “reserva do possível” e chega a afirmar 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”. No entanto, continua a decisão, “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”, e que “não se mostrará lícito ao Poder Público (...) 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”

que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

A argumentação continua, explicando que a “reserva do possível” impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração, “de implantação sempre onerosa”, e que podem ser traduzidos no binômio: “(1) razoabilidade da pretensão em face do poder público e (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas” . E complementa dizendo que os dois componentes deste binômio devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado.

Mas, por fim, adverte que a “reserva do possível” não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa “as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo”. Quando isto ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário.

A ADPF 45/DF traz algumas considerações importantes e inovadoras em relação às outras decisões do STF, pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto. No entanto, pelo fato da ADPF ser um controle abstrato de preceito fundamental, ela não conseguiu traçar critérios mais claros para servir de parâmetro à administração, aos juízes e aos próprios cidadãos. Ainda é preciso que a jurisprudência do STF defina o que é um pedido razoável e o que se entende por disponibilidade financeira.

Ficam, então as seguintes questões: até que valor e em que circunstâncias um pedido é razoável? Provavelmente nenhum pedido isoladamente irá comprometer a capacidade de gasto do Estado, mas o problema reside no efeito multiplicador, no conjunto das decisões, e de como o Judiciário fará este tipo de cálculo da existência de disponibilidade financeira. E ,pensando no conceito de custo de oportunidade³⁰, o fato de estar disponível significa que não será usado posteriormente para outras políticas que a administração considere ter maior grau de prioridade?

³⁰ “Custos de oportunidade” é um conceito da Economia que acredito caber na reflexão dos juízes a respeito da “reserva do possível”, da escassez de recursos e dos custos dos direitos. De acordo com Manuel Antonio S. Vasconcelos; Manuel E. Garcia, *Fundamentos da Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 70, representam aquilo que se deixou de ganhar em A por decidir investir em B, são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo dos recursos.

Outro ponto muito interessante nesta ADPF é que ela foi julgada prejudicada pela perda do objeto, uma vez que o Presidente da República logo após o veto parcial ora questionado nesta ação, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o dispositivo da Lei nº 10.707/2003 (LDO), sobre a qual incidira o veto executivo. Ou seja, a decisão poderia ter simplesmente se limitado a julgar a ação prejudicada pela perda do objeto, sem entrar no mérito da questão. Contudo, o Ministro Celso de Mello apresentou toda uma argumentação que, apesar de indiferente em relação resultado deste julgamento, representa uma inovação em face à jurisprudência já consolidada do STF sobre a matéria.

3.3. Conclusão do capítulo

Para esta monografia, muito mais importante do que saber se o STF concede ou não os medicamentos ou tratamentos médicos pedidos, é analisar como as decisões são tomadas, se levam em consideração a questão da escassez de recursos, da reserva do possível e dos custos dos direitos. Como foi mostrado neste capítulo, estas questões raramente são abordadas nas decisões, e nas poucas vezes em que aparecem, são tratadas de forma muito superficial, como se elas não pudessem trazer qualquer consequência mais relevante. Em nenhum voto as consequências econômicas das decisões foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem no seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.

As críticas feitas às decisões neste capítulo não objetivam criticar o resultado das decisões, mas a insuficiência de argumentação para fundamentá-las. As diversas afirmações e opções feitas nas decisões precisam percorrer um caminho argumentativo maior, uma vez que o problema é complexo e não comporta soluções muito simplificadoras da realidade.

Entretanto, vale ressaltar que a ADPF 45, de 2004 - considerando que foi julgada pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo que julgou a Pet

1246 em 1997 - pode apontar para uma tendência de mudança de postura do STF frente ao problema da escassez de recursos e os custos gerados pela efetivação do direito à saúde. Afinal, há uma enorme diferença entre dizer que a questão financeira é "secundária" e contraposta ao direito à vida (Pet 1246) e afirmar que "a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar" (ADPF 45).

No entanto, apenas quando mais decisões forem julgadas levando em consideração a limitação de recursos e os custos dos direitos é que se poderá dizer que há uma mudança na concepção do STF a respeito do tema. Afinal, falar em reserva do possível, limitação de recursos e custos do direito à saúde, ao se julgar um veto presidencial (ADPF 45) não tem o mesmo grau de dificuldade de um julgamento que envolva imediatamente a vida e a saúde de seres humanos.

4. Direito à educação.

4.1. Pesquisa de decisões.

Na pesquisa preliminar, foram recolhidos o RE 436.996-AgR, o RE 463.210-AgR e o RE-AgR 410715. Será usada também a ADI 3324, objeto de discussão em um dos encontros da Escola de Formação.

Na seção a seção "Jurisprudência → Pesquisa de Jurisprudência", tentou-se o termo "direito adj3 educação" foram encontrados 22 decisões, mas nenhuma útil para o trabalho além daqueles já coletados. Na busca por "criança adj3 adolescente", foram encontrados 86 decisões, mas apenas o RE-AgR 431916, o AI-AgR 410646, RE- AgR 40102 e o ADI 1950 servem para a presente monografia.

Na busca por precedentes citados pelos acórdãos já encontrados, encontrou-se o RE 402024, RE 411518, RE 401.673 e o RE 431773.

O conjunto das decisões pesquisadas e analisadas está na seguinte tabela:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1950/SP
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3324/DF
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 410646/SP
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 401023/SP
AGRAVO REGIMENTA .NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410715/SP
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 431916/SP
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436996/SP
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463210/SP
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 401673/SP
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 402024/SP
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 411518/SP
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 431773/SP

4.2. Análise das decisões

Antes de começar a análise qualitativa das decisões, vale ressaltar três pontos que chamam muito a atenção quando se olha para o conjunto destas decisões. A começar pelo fato de que nas decisões em que se pede diretamente um dar e fazer do Estado em matéria de educação, trata-se sempre de obrigação dos municípios de disponibilizar atendimento a crianças em creches e pré-escolas. Digno de nota também é que estas ações são todas propostas pelo Ministério Público, na sua função de tutelar direitos das crianças e adolescentes³¹. Outro fato interessante é que estas decisões são muito recentes, a mais antiga data de 2003 (AI-

³¹ Tal constatação pode ser um contraponto à argumentação de que a tutela jurisdicional dos direitos sociais favorecerá os setores mais ricos da população, pois somente estes teriam acesso ao Poder Judiciário. O Ministério Público pode ser um canal para que a demanda das classes menos favorecidas também possam ser ouvidas pelo Poder Judiciário.

AgR 410646), ao contrário das decisões envolvendo obrigação de dar e fazer em matéria de direito à saúde, em que a mais antiga encontrada foi julgada em 1997 (Pet 1246).

Começarei o estudo das decisões envolvendo obrigação de dar e fazer do Estado em matéria de educação pela análise conjunta do RE-AgR 410715 e do RE-AgR 436.996, cujas íntegras disponíveis no site mostram somente o voto do Ministro Celso de Mello. A escolha destes dois acórdãos justifica-se pelo fato de ambas serem praticamente idênticas, não só nos argumentos, mas no próprio texto, como se um fosse cópia do outro. E, outrossim, eles fazem muita referência à ADPF 45, o que permite fazer um paralelo entre o tratamento dado ao direito à saúde e aquele dado ao direito à educação no Supremo Tribunal Federal. Pode, também, esclarecer, por meio do estudo de dois casos concretos, o conteúdo mais exato do que está expresso nesta ADPF e, por conseguinte, testar as hipóteses aventadas na conclusão do capítulo anterior.

Ambos começam por reconhecer o dever do Estado de efetivar o direito à educação para crianças de 0 a 6 anos de idade por meio do atendimento em creches e pré-escolas (art. 208, inc. IV, da Constituição Federal) e a exaltar a importância do direito à educação. Afirmam, ainda, que o não cumprimento deste preceito constitucional “configura-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”.

Em seguida, estas decisões apresentam alguns trechos da ADPF 45, lembrando que a concretização dos direitos sociais é feita de forma gradual e indissociável da disponibilidade de recursos. Abordam também a cláusula da “reserva do possível”, admitindo que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do poder público. Ainda na esteira desta ADPF, lembram que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de “exonerar-se, dolosamente, 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” e que, mesmo não sendo papel do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, cabe a este poder, “em bases excepcionais”, obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Afirmam, logo em seguida, citando Otávio Henrique Martins Port, (“Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21,2005, RCS Editora Ltda), que a cláusula de “reserva do possível”, exceto quando há “justo motivo aferível”, não pode ser invocada pelo Estado para, “dolosamente”, exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional e, desta maneira, violar um direito fundamental.

Entendem, ainda, que o processo de concretização do direito à educação infantil não se subordina a “avaliações meramente discricionárias da Administração Pública” e nem de “puro pragmatismo governamental”. Na mesma linha, continuam: “Educação infantil (...) não permite que em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em ‘argumentos de natureza política e econômica’, nulificar este preceito fundamental”.

Para reforçar o argumento, os acórdãos citam alguns doutrinadores como Regina Maria Fonseca Muniz (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar) que entende que a vinculação do administrador às políticas estabelecidas na Constituição Federal faz com que a sua (administrador) omissão seja passível de responsabilização e que sua margem de discricionariedade seja “mínima, não contemplando o não fazer” e que, “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação”

Citam também Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), que traz passagens ainda mais peremptórias, como esta: “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração”.

Outra citação é a de Maria Moreira Marchesan, (“O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), em que ela afirma que “ineficiência administrativa”, “descaso governamental com direitos básicos do cidadão”, “incapacidade de gerir recursos públicos”, “incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública”, “falta de visão política do administrador” e a “inoperância funcional dos gestores públicos” não podem ser usados como obstáculos para implementação do direito à educação.

Muitos outros autores são citados para afirmarem as mesmas idéias, como Facury Scaff (“Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, “in” “Interesse Público” n. 32/213-226, 2005); Eduardo Appio, (“Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, p. 233/237, 236, 2005, Juruá); Maria Cristina de Brito Lima, (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris) e Emerson Garcia (“O Direito à Educação e Suas Perspectivas de Efetividade”, “in” “A Efetividade dos Direitos Sociais”, p. 149/198, 194, 2004, Lumen Juris).

A quantidade de doutrinadores citados nestas decisões chama muito a atenção. No total, existem 16 citações de doutrina, e, em uma decisão de 22 páginas - se tirarmos as 6 páginas da ementa, extrato da ata e relatório - chega-se à média de uma citação doutrinária por página.

Estes argumentos doutrinários citados criam um grave problema de coerência lógica, pois elas vão de encontro com o que se afirmou na ADPF 45, o que faz com que uma parte destes acórdãos negue a outra. No

começo dos acórdãos fala-se na gradualidade na concretização dos direitos sociais, na dependência destes direitos de recursos financeiros, na “reserva do possível” e que a formulação de políticas públicas cabe, primordialmente, aos poderes Executivo e Legislativo. Mas logo em seguida passam a afirmar que o espaço de discricionariedade da administração é mínimo, ou não existente, e que argumentos de natureza econômica não podem ser aceitos para justificar a não concretização do direito à educação.

Na conclusão da pesquisa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde, levantei a hipótese de que a ADPF 45 poderia representar uma mudança do posicionamento deste tribunal acerca da questão da “reserva do possível”, do custo dos direitos e da escassez de recursos, quando se julga um pedido de dar ou fazer em matéria de direitos sociais e que as decisões posteriores a esta ADPF poderiam definir melhor o que foi apresentado em termos mais teóricos neste julgado.

O RE-AgR 410715 e o RE-AgR 436996 não comprovaram minha hipótese. A começar porque “reserva do possível”, custo dos direitos e escassez de recursos foram tratados novamente de forma teórica, sem entrar na análise do caso concreto. Ainda não se pode saber o que é um pedido razoável, como se afere a capacidade financeira do Estado e quais são as hipóteses excepcionais em que cabe intervenção do Poder Judiciário. Em momento algum houve qualquer referência ao caso concreto. Pelo contrário, optou-se por repetir argumentos doutrinários que contradiziam o que os próprios acórdãos afirmavam inicialmente, como se “reserva do possível”, custo dos direitos e escassez de recursos não fossem problemas a ser levados em consideração no julgamento do direito à educação. Além do mais, estes acórdãos citaram como precedentes decisões que envolviam direito à saúde e que simplesmente ignoravam a “reserva do possível”, o custo dos direitos e a escassez de recursos, o que mostra que este entendimento jurisprudencial, que ignora estes elementos, ainda não está superado no Supremo Tribunal Federal.

Ainda em matéria de obrigação estatal em disponibilizar vagas em creches e pré-escolas, há o RE-AgR 463.210, em que o Município de Santo

André sustenta que a questão em debate envolve aspectos de orçamento e depende da disponibilidade do erário público. Contudo, tal argumento sequer é debatido na decisão. No voto do Ministro Carlos Velloso, o único publicado, alguns precedentes do próprio tribunal são citados³² para concluir que educação é direito fundamental e cabe ao Judiciário fazer valer a vontade concreta da lei e da Constituição. Não há qualquer menção aos custos do direito à educação, à limitação de recursos e à reserva do possível.

No RE 402024, também com voto do Ministro Carlos Velloso, e novamente envolvendo direito à educação infantil, o Município alegou, entre outras coisas, que o Poder Judiciário, em decorrência do princípio da separação de poderes, não pode obrigar o Poder Executivo municipal “ao cumprimento de decisões judiciais inaplicáveis e absolutamente dependente de recursos financeiros que o Município não tem, e que não podem ser supridos pelo Poder Judiciário”, além de haver o risco de comprometimento da qualidade do ensino pelo ingresso de número de crianças além daquele que a rede municipal pode suportar. Na decisão, o Ministro Carlos Velloso entende que a Constituição atribui ao município o dever de agir prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil e, sob este argumento e citando alguns precedentes, reconhece o dever do município neste caso concreto. Mais uma vez, não há qualquer debate a respeito dos custos do direito, da reserva do possível e da escassez de recursos.

No RE-AgR 401023, que também trata do direito à vaga em creche, o Município de Santo André alega que a carga tributária, que, apesar de alta, não é suficiente para atender todas as necessidades da população. Este caso, porém, limitou-se à análise de questão processual. Novamente sobre direito à vaga em creche, o RE-AgR 410646 também se limitou à análise de questões processuais e citou o próprio RE-AgR 401023 para fundamentar sua decisão. O RE-AgR 401023 também foi usado como precedente e principal argumento no julgamento do RE-AgR 431916, que também se limitou à análise de questões processuais.

³² RE402024, AI-AgR410646, RE411.518 e RE 401673.

O RE 411518, o RE 401673 e o RE 431773, versando sobre direito à creche, trazem uma passagem muito interessante, em que o Ministro Marco Aurélio, ao se referir ao argumento da escassez de recursos, diz: “Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga”. Tal argumento empobrece o debate, pois o fato de a carga tributária ser alta não significa que ela seja suficiente para concretizar de forma total todos os direitos. Parte-se de um pressuposto, não comprovado, que não é preciso fazer escolhas porque o dinheiro atende a todas as obrigações impostas pelo ordenamento jurídico.

Como se pôde observar até o momento pelos acórdãos analisados, custos dos direitos, limitação de recursos e reserva do possível, não foi óbice para se obrigar o Estado a concretizar o direito à educação nos casos em que a tutela jurisdicional foi pedida e, em muitos casos, foram completamente ignorados na decisão ou até mesmo tratados com menosprezo (“eterna lengalenga”).

Tal posicionamento, no entanto, não prevalece em dois votos da ADI 3324. Tal Ação Direta de Inconstitucionalidade vai contra LEI Nº 9.536/97, que permite a transferência entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima desta. O requerente, o Procurador Geral da República, reclama que tal lei, que obriga universidades públicas a aceitarem estudantes provenientes de instituições privadas de ensino superior, fere o princípio da igualdade por permitir que estudantes ingressem na rede pública de ensino superior sem passar pelo vestibular, como todos os outros pleiteantes a uma vaga. Além de ferir o princípio da igualdade, tal lei, da forma como aplicada, poderia levar a universidade a abrir mais vagas do que sua capacidade financeira permitiria.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa, neste acórdão, afirma que “a educação, além de ser um direito fundamental de cunho social, constitui um bem ou prestação que se reveste, entre nós, da característica da

escassez” e que imperativos governamentais ligados às restrições orçamentárias e outras limitações estruturais fazem com que o oferecimento indistinto deste direito seja impossível, o que faz com que haja “necessidade de estabelecimento, pelo Estado, de critérios e mecanismos tendentes a disciplinar as formas de acesso a bem prestacional tão valioso”.

Na mesma ADI, vota o Ministro Gilmar Mendes, que afirma que o ensino superior público, embora intitulado “gratuito”, é custeado por créditos orçamentários públicos e, por esta razão, faz-se necessário harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias com os limites orçamentários das Universidades públicas brasileiras. O Ministro ressalta que o orçamento das universidades públicas possui receita suficiente apenas para cobrir certo número de vagas e constata que os próprios memoriais e documentos acostados aos autos indicam que, em média, considerando apenas os pedidos efetuados no ano de 2004, o ingresso ilimitado de estudantes por transferência obrigatória comprometeria significativamente a oferta de vagas pelas Universidades. Lembra, também, que Constituição proíbe a realização de despesas, ou assunção de obrigações, que excedam os créditos orçamentários (CF art. 167, I). Em seguida, questiona qual seria a origem dos recursos para cobrir as despesas decorrentes do ingresso irrestrito de mais e mais alunos em uma universidade pública e quais créditos cobririam a despesa? Finalmente, julga que “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que subordinam a atuação das Universidades Públicas quanto ao atendimento incondicional dos pedidos de transferência *ex officio*”.

Estes dois votos da ADI 3324 são muito interessantes não só porque trazem à tona a questão dos custos do direito e da limitação de recursos, mas também fazem desses elementos argumentos fundamentais no julgamento.

Por fim, trato da ADI 1950, que questiona a constitucionalidade da lei estadual paulista 7.884/92, que assegura o direito à meia-entrada em casas de diversão, esporte, cultura e lazer, para estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino. O intuito de tal lei é de “complementar a formação dos estudantes” e “garantir o efetivo exercício

do direito à educação, à cultura e ao desporto”. Neste acórdão, o Ministro Marco Aurélio entende que o direito dado aos estudantes possui um custo e que a concessão da meia-entrada transfere aos agentes econômicos privados o ônus que deveria ser suportado pelo próprio Estado. O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, também trata da questão dos custos que esse direito gera, mas entende que, neste caso, são os outros usuários que pagam a entrada inteira que arcam com esse ônus.

4.3. Conclusão do capítulo

Na conclusão do capítulo anterior, que trata do direito à saúde, criei a hipótese de que a ADPF 45 poderia representar um novo paradigma na forma como o Supremo Tribunal Federal lida com o tema dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos. Tal hipótese, para ser testada, precisava da análise de casos concretos em que houvesse referência a essa ADPF. Em matéria de saúde nada foi encontrado, mas no tema da educação duas decisões trabalham com a ADPF 45.

No entanto, a ADPF 45, apesar de citada, o seu conteúdo não só não teve qualquer papel na formulação dos votos, como foi sendo contradito ao longo da fundamentação das decisões. Isso, em si, pode não representar um problema, desde que a ADPF 45 fosse citada para ser expressamente superada. Contudo, nos dois acórdãos mostrou-se concordância com o conteúdo da ADPF 45, mas tudo o que foi lá afirmado não foi usado em qualquer momento nas decisões, que preferiram se manter em um nível alto de abstração, ao invés de descer ao caso concreto, o que permitiria uma análise menos teórica e mais concreta do tema da reserva do possível, dos custos dos direitos e da limitação de recursos. Tal fato cria uma situação curiosa em que o tribunal mostra ter ciência da relevância das questões de que esta ADPF trata, mas não as leva em consideração na hora de decidir.

Nas outras decisões em que se pede o direito a uma vaga em creche não há debate mais detido a respeito dos custos dos direitos, da

reserva do possível e da escassez de recursos, sendo que em todos os casos obrigou-se o Estado a concretizar o direito pedido.

Muito curioso notar que custos dos direitos, reserva do possível e escassez de recursos ganham maior importância em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI 3324 e na ADI 1950. Nestes acórdãos, tais questões não só são reconhecidas e discutidas, como também são usadas na fundamentação das decisões.

Assim como no caso do direito à saúde, nos casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação, o Supremo Tribunal Federal, em nenhum caso, negou o pedido. Mas, em controle abstrato de constitucionalidade existe uma maior preocupação com as consequências econômicas das decisões e é dada relevância à questão dos custos dos direitos, da escassez de recursos e da reserva do possível.

5. Intervenção federal pelo não pagamento de precatórios.

Uma vez que a Fazenda Pública é condenada judicialmente ao pagamento de uma dívida, o juiz de primeiro grau faz ao Presidente do Tribunal respectivo a solicitação para que este requirite a verba necessária para o pagamento do credor perante a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município em face de decisão judicial. Esta solicitação recebe o nome de precatório.

Existem também os precatórios alimentares, também conhecidos como créditos alimentares, que se submetem ao regime de precatórios, mas devem ser pagos com preferência. Estes precatórios compreendem “débitos decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (artigo 100, §1º-A, da Constituição Federal)”.

De acordo com o artigo 100, §1º, da Constituição Federal, “é obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais,

apresentados até 1º de Julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte...”.

O não pagamento dos precatórios por parte dos Estados-membro da Federação pode dar ensejo à intervenção federal da União nos Estados. Esta intervenção pode ser requisitada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 36, inc. II, da CF) com fundamento na desobediência a ordem ou decisão judiciária (hipótese do art. 34, inc. VI, da CF). É com este fundamento jurídico que são pedidas as intervenções federais impetradas no STF e que são objeto de análise neste presente capítulo.

5.1. Pesquisa de decisões

Na pesquisa preliminar já havia sido encontrado o IF 2915. Na busca por “intervencao federal e precatório”, foram apresentadas 59 decisões, sendo que concernentes ao tema da monografia foram selecionadas 33³³. Também foram utilizadas decisões citadas como precedentes nestes acórdãos encontrados³⁴.

Os acórdãos utilizados estão na seguinte tabela:

AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 506-0/SP
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 1012-8/SP
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 2081-6/SP
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 2117-1/DF
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 2663-6/RS
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 3124-9/ES
AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 3526-1/SP

³³ IF-AgR-ED 1012/SP, IF-AgR 2117 / DF, IF-AgR 506 / SP, IF-AgR 2081, IF-AgR 2663 / RS, IF-AgR 3124, IF-AgR 4174 / RS, IF-AgR 4176 / ES, IF 164 / SP, IF-AgR 3977 / SP, IF 2127 / SP, IF 2737 / SP, IF 2805 / SP, IF 2909 / SP, IF 2975 / SP, IF 3046 / SP, IF 3773 / RS, IF 171 / SP, IF 317 / SP, IF 492 / SP, IF 1317 / SP, IF 1952 / SP, IF 2257 / SP, IF 449 / SP, IF 237 / SP, IF 470 / SP, IF 1466 / SP, IF 1690 / SP, IF 2194 / SP, IF 444 / SP, IF 2915 / SP, IF 298 / SP.

³⁴ IF 3601/SP, IF 2953/SP, IF 1349/SP

AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 3977-1/SP

AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 4174-1/RS

AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 4176-7/ES

INTERVENÇÃO FEDERAL 139-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 164-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 171-4/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 237-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 298-2/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 317-2/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 444-6/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 449-7/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 470-5/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 492-6/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 1317-8/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 1349-6/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 1466-2/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 1690-8/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 1952-4/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2127-8/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2194-4/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2257-6/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2737-3/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2805-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2909-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2915-5/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2909-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2953-8/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 2975-9/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 3046-3/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 3601-1/SP

INTERVENÇÃO FEDERAL 3773-5/SP

5.2. Análise das decisões

Em nenhum dos casos analisados foi concedida a intervenção federal. No entanto, em todos os acórdãos há votos divergentes, o que mostra ser esse um tema pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas ainda não pacificado entre seus próprios ministros.

Os votos de cada ministro em matéria de pedido de intervenção federal por não pagamento de precatórios são muito interessantes para este trabalho porque, mesmo não tratando de questão que envolve direitos sociais³⁵, há em todos os acórdãos referência à escassez de recursos, aos custos dos direitos e à reserva do possível.

Apesar do número relativamente grande de decisões, os casos não diferem substancialmente entre si e, na imensa maioria dos votos, os argumentos de cada Ministro se repetem. Por esta razão, ao invés de separar a análise por acórdãos, como feito nos capítulos anteriores, analisarei os argumentos de cada Ministro que manifestou seu posicionamento nos acórdãos pesquisados.

O Ministro Marco Aurélio, em todas as decisões em que se manifestou, votou pela intervenção federal. Entende que não pagamento é desrespeito à ordem judicial e à Constituição³⁶ e que, sem providência efetiva, as decisões judiciais contra o Estado serão simplesmente

³⁵ Pode-se entender que nos casos envolvendo precatórios alimentares lida-se com direitos sociais, como salário e benefício previdenciário. No entanto, esta abordagem não foi feita pelos Ministros nos votos dos acórdãos analisados.

³⁶ IF-AgR 3124, IF-AgR 4174

“líricas”³⁷. Não admite que o Estado use a justificativa da ausência de recursos, uma vez que os brasileiros continuam pagando impostos³⁸, e, nos casos envolvendo o Estado de São Paulo, é ainda mais peremptório, ao afirmar que argumento de deficiência de caixa é inaceitável, dado que se trata do maior Estado da federação³⁹. Em outras passagens afirma que “desde que me conheço por gente há descompasso entre receitas e despesas, consideradas as pessoas jurídicas de direito público”⁴⁰ e que “as dificuldades de caixa sempre existem, o que torna presumível a contumácia no descumprimento das obrigações pecuniárias estampadas em sentença”⁴¹.

Vejo uma contradição clara entre dizer que não se pode alegar ausência de recursos porque se continua a pagar os impostos ou porque se trata do maior Estado do Brasil e, ao mesmo tempo, afirmar que o Estado sempre tem problemas para equilibrar receitas e despesas. De qualquer forma, o Ministro Marco Aurélio não aceita a escassez de recursos como argumento válido para não pagamento dos precatórios.

Alinhado com o posicionamento do Ministro Marco Aurélio está o Ministro Carlos Ayres Brito . Ele afirma que não se pode aceitar argumento de exaustão das finanças do Estado, sob risco de deixar sem eficácia a norma que prevê intervenção federal e, conseqüentemente, desproteger o credor⁴²

Este posicionamento do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Carlos Ayres Brito em matéria de intervenção federal por não pagamento de precatório é minoritário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

³⁷ IF-AgR 506, IF-AgR 2117

³⁸ IF-AgR 506

³⁹ IF-AgR 3977, IF 139, IF 164, IF 171, IF 237, IF 298, IF 317, IF 444, IF 449, IF 470, IF 492, IF 1317, IF 1466, IF 1690, IF 1952, IF 2127, IF 2194, IF 2257, IF 2737, IF 2805, IF 2909, IF 2915, IF 2909, IF 2975, IF 3046, IF 3601, IF 2953, IF 1349. No IF 3773, há um uso impróprio do precedente, pois se trata de uma ação envolvendo o Estado do Rio Grande do Sul. Contudo, o Ministro Marco Aurélio usa para decidir um precedente em que ele julga um caso envolvendo o Estado de São Paulo, ao qual o Ministro se refere como o maior Estado da Federação.

⁴⁰ IF-AgR 2117

⁴¹ IF 139, IF 164, IF 171, IF 237, IF 298, IF 317, IF 444, IF 449, IF 470, IF 492, IF 1317, IF 1466, IF 1690, IF 1952, IF 2127, IF 2194, IF 2257, IF 2737, IF 2805, IF 2909, IF 2915, IF 2909, IF 2975, IF 3046, IF 3601, IF 3773, IF 2953, IF 1349.

⁴² IF-AgR 3977, IF-AgR 4174, IF-AgR 4176

O Ministro Gilmar Mendes, na IF 2915, em voto diversas vezes citado próprio pelo ministro para decidir os outros casos concernentes ao mesmo assunto⁴³, entende que não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento de ordens judiciais que fundamentam o pedido de intervenção. Mostra, ao analisar as contas do Estado de São Paulo, que somente 2% das receitas líquidas poderiam ir para pagamento de precatórios e, por esta razão, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios, pois tal pagamento deve ter respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais e na proteção dos direitos fundamentais. O Estado está submetido a uma série de outras obrigações como, por exemplo, na área de educação e saúde.

O Ministro Gilmar Mendes fala também em reserva do financeiramente possível e lembra que o exercício de determinados direitos depende de pressuposto fático. Afirma, ainda, que a busca da redução das desigualdades sociais não se realiza sem reflexão acurada dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional.

Por fim, reconhece que julgamentos intrincados devem ser analisados com a maior quantidade possível de informações e de dados concretos. Neste caso, o Estado de São Paulo demonstrou que vem tentando pagar os precatórios, o que mostra ausência de dolo no não pagamento. E mesmo o interventor não poderia separar mais que os 2% para cumprir estas obrigações. Como o Estado de São Paulo mostrou-se diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que não era cabível a intervenção federal.

O posicionamento do Ministro Carlos Velloso segue a mesma linha. Na IF 2915⁴⁴, ele entende que houve incurrência de descumprimento da ordem judicial, pois não houve ocorrência de ato comissivo ou omissivo

⁴³ IF 164, IF 171, IF 237, IF 298, IF 317, IF 444, IF 449, IF 470, IF 492, IF 1317, IF 1466, IF 1690, IF 1952, IF 2127, IF 2194, IF 2257, IF 2737, IF 2805, IF 2909, IF 2915, IF 2909, IF 2975, IF 3046, IF 3601, IF 3773, IF 2953, IF 1349.

⁴⁴ Usado como precedente pelo Ministro Carlos Velloso nas IF 449, IF 492, IF 1317, IF 1952, IF 2257

intencionalmente dirigido ao não pagamento de precatórios. Mostra, ainda, que o Estado de São Paulo vem envidando esforços a fim de honrar seus precatórios pendentes. Por fim, expressa concordância com o voto do Ministro Gilmar Mendes. Na IF 3773, cita a seguinte passagem de Nelson Hungria: “quando falta dinheiro, nem o rei pode”. Em seguida, diz que “não podemos admitir que, num determinado momento, deva o Estado pagar precatórios em detrimento de investimentos no campo social, na saúde, na educação, na comida dos presos, no pagamento do funcionalismo público, enfim...”. Lembra, também, as limitações que a Lei de Responsabilidade Fiscal impôs aos administradores públicos. Sustenta, por fim, que não deve ser requisitada intervenção federal de Estado que vem pagando os precatórios dentro de suas possibilidades financeiras e que somente não o faz integralmente por carência de recursos, “já que há outras despesas que devem ser satisfeitas no campo social, na saúde do povo, na educação (...)”.

O Ministro Maurício Corrêa, por sua vez, entende que não cabe intervenção federal quando não há descumprimento voluntário e intencional da decisão transitada em julgado. Deve haver o dolo no não cumprimento, o que não se caracterizou, pois o Estado precisa garantir a eficácia de outras normas constitucionais e a continuidade dos serviços públicos⁴⁵. Em duas decisões envolvendo o Estado de São Paulo, Maurício Corrêa leva em consideração o fato de o Estado ter somente 2% do seu orçamento disponível para pagamento de precatórios⁴⁶. Na IF 3773, o Ministro considera que a Intervenção Federal somente agravaria a situação caótica das finanças.

A Ministra Ellen Gracie também entende que o pedido de intervenção federal não pode ser acolhido quando não houver descumprimento voluntário e intencional da decisão judicial transitada em julgado⁴⁷. Afirma que não cabe ao STF, em sede de IF, fiscalizar a destinação de verbas públicas e aceita argumento de que o Estado possui limites financeiros e orçamentários, e que a atuação deste tribunal não

⁴⁵ IF-AgR 506; IF-AgR 2081; IF-AgR 3124; IF-AgR 3526; IF-AgR 3977; IF-AgR 4174; IF-AgR 4176.

⁴⁶ IF 2915; IF 2953.

⁴⁷ IF-AgR 1018

pode prejudicar o funcionamento dos serviços públicos⁴⁸. Em outras decisões entende, ainda, que a entrada de interventor irá agravar ainda mais o desequilíbrio financeiro-orçamentário do Estado, além do mais, ele encontrará as mesmas situações fáticas existentes, ou seja, de inexistência de recursos suficientes para atendimento imediato dos precatórios⁴⁹.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello, julgou improcedente o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo porque não houve intenção no descumprimento da lei. O Estado de São Paulo demonstrou que não pagamento deu-se por insuficiência de recursos, já que as despesas são maiores do que as receitas correntes líquidas, apesar de já haver um projeto do governo do Estado para pagamento dos precatórios. Por esta razão, há impossibilidade material de solver, no momento imediato, todas as obrigações⁵⁰.

O Ministro Ilmar Galvão também aceita o argumento de que a intervenção federal deve ser julgada improcedente porque o não pagamento deu-se pela exaustão do erário do Estado⁵¹. Na IF 3773, ele lembra também da Lei de Responsabilidade Fiscal, que impõe limitações aos gastos do administrador público. Destoa deste entendimento o voto do ministro na IF 2915 e na IF 2953, em que julga procedente o pedido de intervenção federal. Afirma não aceitar o argumento de que há falta de dinheiro se, por exemplo, o governo realizou obras públicas ou algum outro programa que exigisse mais recursos do que o previsto no orçamento. Também não aceita justificativa de que há despesas mais prementes, uma vez que há um orçamento a ser cumprido. As IF 2915 e 2953 são anteriores às outras decisões, o que aponta uma mudança na posição do Ministro Ilmar Galvão a respeito do assunto.

Por sua vez, o Ministro Sidney Sanchez afirma que um interventor também não teria condição de pagar os precatórios com o erário público

⁴⁸ IF-AgR 2117

⁴⁹ IF 2915, IF 2953

⁵⁰ IF-AgR 3977, IF 164, IF 444, IF 470, IF 1466, IF 1690, IF 2915, IF 2953, IF 1349

⁵¹ IF 171, IF 317, IF 449, IF 492, IF 1317, IF 1952, IF 2257

de São Paulo, uma vez que não pagamento se deu pela insuficiência de recursos do Estado⁵².

Por fim, mas não o menos importante, o Ministro Nelson Jobim, na IF 2915 e na IF 2953, mostra que o orçamento do Estado não conseguiria dar conta dos precatórios de forma imediata, pois não há de onde se tirar o dinheiro. Tendo em vista os recursos existentes e as vinculações constitucionais obrigatórios, apenas 2% do orçamento do Estado poderia ser destinado ao pagamento de precatórios. Portanto, não houve uma voluntária e arbitrária obstrução à ordem judicial. Questiona, também, de onde sairia o dinheiro para se cumprir todos os precatórios, se da educação, da saúde ou de outros gastos obrigatórios. Afirma, em seguida, que "às vezes, nós e alguns juristas esquecemos de que todos os direitos, mesmo os direitos positivos, têm custos". Lembra que um eventual interventor não poderia resolver o problema, pois encontraria a mesma situação. Por fim, diz que se deve "considerar as coisas como elas são, não como elas deveriam ter sido ou poderiam ser" .

5.3. Conclusão do capítulo

As decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios tratam, em sua maior parte, da escassez de recursos, dos custos dos direitos e da reserva do possível de forma muito diferente daquelas que versam sobre o direito à saúde e à educação.

Com exceção dos posicionamentos do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Carlos Ayres Britto, e de alguns votos do Ministro Ilmar Galvão, todos os outros ministros mostram não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como também fazem dela um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão.

Existe também uma maior preocupação por parte da maioria dos ministros de se conhecer a situação concreta das finanças públicas dos Estados contra os quais se pede a requisição de intervenção federal para demonstrar a impossibilidade material de se cumprir a totalidade dos

⁵² IF-AgR 3977, IF 164, IF 444, IF 470, IF 1466, IF 1690, IF 2915, IF 2953, IF 3773

precatórios sem prejuízo de outros deveres do poder público, e de se saber quais medidas que estão sendo efetivamente tomadas para a solução do problema. É uma postura que difere da maioria das decisões que envolvem direito à educação e à saúde, em que não há qualquer preocupação em analisar os custos daquilo que se pede em juízo e nem a possibilidade fática de o Estado cumprir a decisão tendo em vista as diversas outras obrigações que deve cumprir.

Outro ponto muito interessante é o emprego da “reserva do possível”, originariamente usado no debate a respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais, pelo Ministro Gilmar Mendes para o julgamento de casos envolvendo pedido de intervenção federal por não pagamento de precatórios. Entendo ser este um indício de que, pelo menos na concepção deste Ministro, os direitos sociais não são um direito prestacional qualitativamente diferente dos outros, pois todos envolvem custos e, por esta razão, dependem de recursos financeiros. Tal entendimento é corroborado pela afirmação do Ministro Nelson Jobim: “às vezes, nós e alguns juristas esquecemos de que todos os direitos, mesmo os direitos positivos, têm custos”.

O que causa alguma inquietação é o fato de que se todos os direitos têm custos, por que estes custos são levados em consideração no julgamento de alguns direitos e praticamente ignorados no de outros?

Uma forma de responder esta pergunta seria considerando o grau de fundamentalidade do direito à saúde e do direito à educação, que os coloca em um grau de importância acima do direito de receber uma dívida do Estado. Entretanto, esta não parece ser uma resposta plausível se considerarmos que em 36 dos 38 acórdãos analisados trata-se expressamente de precatórios alimentares⁵³, necessários para a subsistência do credor e de sua família.

Outras respostas possíveis para esta inquietação serão abordadas na conclusão desta presente monografia.

⁵³ Em dois acórdãos não há qualquer referência ao tipo de precatório de que se trata.

5. Conclusão da monografia

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou que a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível recebem um tratamento muito semelhante quando se trata de direito à educação e à saúde, porém são lidados de forma muito diferente quando comparado com as decisões que julgavam pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

No que tange a pedidos de fornecer medicamento, tratamento médico ou acesso à creche, a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível são raramente levados em consideração. E nos poucos votos em que estas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas como argumentos que poderiam ser preponderantes nas decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nestas decisões, que, nestes casos, julga conforme o ensinamento do brocardo latino *fiat justitia et pereat mundus*⁵⁴.

Este tipo de decisão ignora as suas próprias conseqüências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Portanto, trata estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade.

No entanto, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível ganham maior importância em matéria de direito à saúde e à educação em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade, sendo, muitas vezes, elementos preponderantes na decisão. Uma hipótese para explicar esta diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há efeito *erga omnes*, o que faz com que a questão dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos apareça de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos.

⁵⁴ Em tradução livre: faça-se justiça, ainda que pereça o mundo.

Esta hipótese pode servir também para explicar a razão pela qual a escassez de recursos, a reserva do possível e o custo dos direitos recebem tanta importância e são analisados de forma tão detida nos julgamentos de pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Além do tamanho da dívida gerada por estes precatórios ser impagável no curto prazo, existem as gravíssimas implicações políticas que adviriam de uma intervenção do governo federal em um ente da federação.

Se esta hipótese aventada estiver correta, ela pode explicar a diferença de tratamento para a questão da reserva do possível, dos custos dos direitos e da escassez de recursos para os casos envolvendo direitos sociais (educação e saúde) e para os casos em que se pede intervenção federal por não pagamento de precatórios⁵⁵.

Explica, porém, não justifica. Não justifica a razão pela qual não há uma análise semelhante àquela feita para os pedidos de intervenção federal para os outros casos, uma vez que todos envolvem custos. O problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. Afirmar com segurança que o impacto de algumas decisões é menor que o de outras só seria possível por meio de uma análise mais pormenorizada das políticas públicas de saúde e educação e de um maior conhecimento da capacidade de gasto do poder público, o que foi feito somente nos julgamentos de pedido de intervenção federal. Além do mais, alguns pedidos isolados podem não trazer maiores problemas para as finanças públicas, entretanto, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas.

Em diversos votos das decisões sobre intervenção federal diz-se que o Estado tem diversas obrigações, como na área de educação e saúde, e que, por esta razão, justifica-se o não pagamento dos precatórios. Mas será que esse raciocínio não poderia ter sido utilizado em casos envolvendo medicamentos de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde? Não se poderia afirmar que não concessão de medicamento justificar-se-ia porque o Estado tem, mesmo dentro da área

⁵⁵ Outra hipótese foi apresentada e refutada na conclusão do capítulo 4.

de saúde, diversas obrigações e outras prioridades? Por que os custos dos direitos sociais são mais lembrados quando se julga um pedido de intervenção federal do que quando são objeto principal de um recurso?

Ressalto, novamente, que o problema não está no resultado, mas na forma como se chega a ele. Um voto que analisasse a capacidade de gasto do Estado e a forma como uma determinada política pública de saúde ou educação está sendo implementada e a razoabilidade do pedido, e chegasse à conclusão de que este deve ser concedido, seria muito mais consistente do que um que se limitasse a fazer análises abstratas e teóricas sem tocar no caso concreto e no problema que efetivamente se apresenta.

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos, que são questões que normalmente estão ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais, são tratadas de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignoradas, quando julga casos envolvendo direito à educação e saúde, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

6. Bibliografia.

Abramovich, Victor e Courtis, Christian, *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p.21

Alexy, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

Amaral, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001.

BNDES, "Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias", Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília: nº22, 2000.

_____, "Municípios: quanto custam as câmaras de vereadores", Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES, Brasília: nº21, 2000.

Canotilho, José Joaquim Gomes, "Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais". Boletim da Faculdade de Direito da Universidade

- de Coimbra, numero especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia 3(1991): 461-500.
- Castro, Flávio Dino de Costa e, "A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil" R. CEJ. Brasília, 28 (2005): 40-53
- Freire Júnior, Américo Abedê, *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005.
- Paulani, Leda, *Modernidade e Discurso Econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 85-86.
- Queiroz, Cristina, "Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade", in *Interpretação Constitucional*, Silva, Luis Virgilio Afonso da (organizador). São Paulo: Malheiros, 2005
- Sarlet, Ingo Wolfgang *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Silva, Virgílio Afonso da, "O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais", Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.
- Sunstein, Cass; Holmes, Stephen, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- Vasconcelos, Manuel Antonio de; Garcia, Manuel E., *Fundamentos da Economia*, São Paulo: Saraiva, 2002.