

ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS¹ E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Daniel Wei Liang Wang

RESOURCE LIMITATION, COST OF RIGHTS AND THE 'UNDER
RESERVE OF THE POSSIBILITIES' CLAUSE IN THE BRAZILIAN
FEDERAL SUPREME COURT CASE-LAW

RESUMO

ESTE ARTIGO ANALISA OS TEMAS DA ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO. POR MEIO DO ESTUDO DESSAS DECISÕES, PROCURO, PRIMEIRAMENTE, DESCOBRIR EM QUE TIPO DE MATÉRIA ESSES TEMAS SÃO COMUMENTE DEBATIDOS NOS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EM UM SEGUNDO MOMENTO, PROCURO ENTENDER A FORMA COMO O TRIBUNAL TRATA ESSES TEMAS EM SUA JURISPRUDÊNCIA E OS CRITÉRIOS UTILIZADOS EM SUAS ANÁLISES. POR FIM, BUSCO EXAMINAR SE A ANÁLISE JURÍDICA DOS MINISTROS LEVA EM CONSIDERAÇÃO PREOCUPAÇÕES RELATIVAS ÀS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS E DISTRIBUTIVAS DAS DECISÕES. A PESQUISA DE ACÓRDÃO FOI FEITA COM BASE NESTES TRÊS TEMAS: DIREITO À SAÚDE, DIREITO À EDUCAÇÃO E INTERVENÇÃO FEDERAL POR NÃO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. EM UMA PRIMEIRA FASE, ANALISO O TRATAMENTO DADO AOS CUSTOS DOS DIREITOS, À RESERVA DO POSSÍVEL E À ESCASSEZ DE RECURSOS DENTRO DE CADA UM DESSOS TEMAS. E, EM UM SEGUNDO MOMENTO, CRUZO OS RESULTADOS OBTIDOS EM CADA TEMA PARA MOSTRAR AS DIFERENÇAS DE TRATAMENTO.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITO À SAÚDE; DIREITO À EDUCAÇÃO; INTERVENÇÃO FEDERAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; ESCASSEZ DE RECURSOS; RESERVA DO POSSÍVEL

ABSTRACT

THIS ARTICLE PRESENTS AN ANALYSIS THE CONCEPTS OF COSTS OF RIGHTS, RESOURCE LIMITATION AND THE "UNDER RESERVE OF THE POSSIBILITIES" CLAUSE ARE FEATURED IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT CASE-LAW. BY ANALYZING BRAZILIAN SUPREME COURT'S DECISIONS, MY AIM IS TO VERIFY, FIRSTLY, IN WHICH SUBJECTS THESE THEMES APPEAR MORE FREQUENTLY. SECONDLY, I INTEND TO ASSESS HOW THIS COURT DEALS WITH THE REFERRED THEMES IN ITS CASE LAW AND WHAT ARE THE CRITERIA APPLIED. FINALLY, I ATTEMPT TO EXAMINE IF THE JUDGES DECISION MAKING PROCESS TAKES INTO CONSIDERATION ECONOMIC AND DISTRIBUTIVE CONSEQUENCES. THE SURVEY ON COURT DECISIONS WAS BASED ON THREE CATEGORIES OF LEGAL DISCUSSIONS: RIGHT TO HEALTH, RIGHT TO EDUCATION, AND FEDERAL INTERVENTION FOR THE NON-PAYMENT OF JUDICIAL DEBTS. INITIALLY, I EXAMINE THE TREATMENT RECEIVED BY THE CONCEPTS OF COSTS OF RIGHTS, RESOURCE LIMITATION AND THE "UNDER RESERVE OF THE POSSIBILITIES" CLAUSE IN EACH CATEGORY. AND, SUBSEQUENTLY, I COMPARE THE RESULTS OBTAINED IN ORDER TO HIGHLIGHT THEIR DIFFERENCES.

KEYWORDS

RIGHT TO HEALTH; RIGHT TO EDUCATION; FEDERAL INTERVENTION; BRAZILIAN SUPREME COURT; SCARCITY OF RESOURCES; UNDER RESERVE OF

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva 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. Esse tema aparece com muita força no debate a respeito da tutela

540 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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. Esse 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 Público (SILVA, 2005).

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse 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 pode obrigar 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 esse Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa.

Como o propósito deste presente trabalho não é fazer uma análise teórica completa desse problema; nesta Introdução não pretendo resolver todas as dificuldades levantadas, mas sim apontar que as decisões judiciais podem ter impacto nas finanças do Estado e influenciar a escolha das prioridades para aplicação dos recursos públicos escassos.²

A partir dessa 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 –, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais (Alexy, 2001; Amaral, 2001). Esse limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.³

Robert Alexy (2001) define esse termo como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Para esse autor, isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar esse direito. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.⁴

A “reserva do possível” tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) trabalham com dimensão tríplice da reserva

do possível: (i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido (2008, p. 30). Para esses autores, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos (2008, p. 36).

Vale ressaltar que o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério (Canotilho, 1991). 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 desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar 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 único.

Cumprido, também, destacar 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 que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público (COURTIS e ABRAMOVICH, 2002; SUNSTEIN e HOMES, 1999, p. 29).

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 eleição (SILVA, 2005, p. 96).

As instituições também possuem os seus custos, que estão muito longe de serem pequenos. De acordo com estudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Brasil, BNDES, 2000a), 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 seu gasto com saúde e saneamento básico. Outro dado interessante é que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gastado com a função legislativa cinquenta por cento 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 básico. Ainda em pesquisa do BNDES (Brasil, BNDES, 2000b), com a função judiciária o

542: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

conjunto dos governos estaduais gastou R\$ 9,8 bilhões, enquanto a despesa federal com a mesma função foi de R\$ 6,5 bilhões (dados referentes a 1999).

Esses exemplos têm o intuito de desmistificar a tradicional separação entre direitos positivos e negativos, e esclarecer que considera que apenas os primeiros são justiciáveis 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 demandam recursos, quanto a outras obrigações do Estado de dar ou fazer.

Dessa maneira, este trabalho estuda a questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos não só nas decisões envolvendo direitos sociais, tema em que esse debate é mais comumente encontrado, como também em outros julgados que não tratam de direitos sociais, mas que apresentam essas questões.

Este artigo 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, procurará entender como é feita a análise desses temas, ou se seria apenas mero instrumento retórico para o Tribunal se exonerar de um ônus argumentativo maior na sustentação de suas decisões. E, por fim, averiguará 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.

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa 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, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões.

METODOLOGIA

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

Esses temas foram escolhidos com base em uma pesquisa preliminar no *website* oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), na seção “Jurisprudência ? A Constituição e o Supremo”, a partir dos termos educação, reserva do possível, saúde, direitos sociais e dever do Estado.

Outro meio tentado foi a seção “Jurisprudência ? Pesquisa de Jurisprudência”, a partir dos termos “reserva adj3 possível”, “dever adj3 Estado”, “polític\$ adj2 públic\$”. A pesquisa por “escassez de recurso”, “limitação de recursos” e “limite adj3

orçamentário” não trouxe nenhuma decisão a respeito do tema do trabalho. Os temas selecionados foram: direito à educação, direito à saúde e intervenção federal por não pagamento de precatórios para fazer a análise.

Além de delimitar a pesquisa pelo critério do tema, fez-se necessário também um “corte” temporal. Dessa forma, selecionei os acórdãos publicados a partir do ano 2000, sem excluir aqueles anteriores, que são citados como precedentes pelos acórdãos pesquisados e que, por isso, são importantes para compreender a formação da jurisprudência do STF nos temas selecionados. A escolha por esse “corte” temporal decorre (i) da averiguação na pesquisa preliminar de que a imensa maioria das decisões envolvendo escassez de recursos, custos dos direitos e “reserva do possível” começa a aparecer a partir de 2000; (ii) das dificuldades de, individualmente, fazer uma pesquisa mais aprofundada, inclusive em decisões muito mais antigas; e (iii) do quadro atual de ministros do STF ter se formado a partir desse ano. Por fim, vale ressaltar que a pesquisa por decisões encerrou-se em novembro de 2007.

1 DIREITO À SAÚDE

1.1 PESQUISA DE ACÓRDÃOS

Aproveitando a pesquisa inicial para escolher os temas a serem pesquisados, foram recolhidas as seguintes decisões RE-AgR⁵ 271286, RE 393.175, RE 242859, RE 267612, RE 195192, RE 256327 e o RE-AgR 268479. Na seção “Jurisprudência ? Pesquisa de Jurisprudência”, pela expressão “direito adj3 saúde”, foram selecionados o RE-AgR 255627, o RE-AgR 259508, e o RE 226835. Já no acompanhamento pelo “Sistema Push” do Tribunal, tive acesso ao RE-393175, à ADPF 45, à STA 91 e às SS 3231, 3158, 3183, 3073 e 3205. A partir dessas decisões, foi feita uma pesquisa em busca de precedentes por eles citados.

1.2 ANÁLISE DAS DECISÕES

A jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde tem passado recentemente por importantes mudanças. A STA 91 de 02.2007 foi decidida de forma qualitativamente diferente quando comparada com as decisões anteriores do STF envolvendo pedido de medicamentos. Por essa razão, optou-se por analisar separadamente as decisões anteriores e posteriores à STA 91, de forma que ficasse mais claro a diferença entre uma jurisprudência consolidada por quase uma década e as mudanças que estão ocorrendo recentemente.

1.2.1 DIREITO À SAÚDE ANTES DA STA 91

Até a STA 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos

544 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, 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 eram todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

Nas decisões também era muito comum a referência a precedentes do próprio tribunal. Há uma passagem, de autoria do Ministro Celso de Mello, que aparece com muita frequência em diversas decisões, como o AgRg no RE 273834,⁶ RE 198265 e o RE 232335/RS,⁷ e que, pelo número de vezes que aparece (em 20 das 31 decisões, ora diretamente no texto, ora na citação de precedentes que trazem diretamente essa passagem, e muitas vezes como argumento principal da decisão), é representativo da forma como o STF encarava o direito à saúde:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] 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 [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

– O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 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 [...] 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 [...] 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, anormalmente, 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.

Nessa passagem fica claro que o Supremo Tribunal Federal entendia que o direito à saúde era um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deveria ser efetivado pelo Estado de forma “plena” e “universal”. Diz, ainda, que caberia ao Poder Judiciário atuar quando o Poder Público for omissor de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”. Dessa passagem, pode-se entender que, na visão do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde, apesar do seu *status* de direito fundamental constitucionalmente consagrado, poderia não ser tutelado pelo Poder Judiciário quando a sua não realização pelo Estado fosse devido a um comportamento não arbitrário, tolerável, não anômalo ou por comportamento não desviante.

Aparentemente esses adjetivos não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos. Em diversas

546: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

decisões, ficou expresso que estes eram problemas de menor importância e que não seriam aceitáveis quando se lidasse com casos envolvendo o direito fundamental à saúde. A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparecia em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância.⁸

Na Petição (Pet) 1246, em que se pede transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchenne,⁹ 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 decisões,¹⁰ 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.

Nessa passagem está dito de forma terminante que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de ordem financeira, estas sempre deverão ser preteridas 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 isso 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, 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, aquele 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,¹¹ afirma: “em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade”. Também, nessa 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 supramencionadas.

Na mesma linha aparece o RE 195192/RS, que pede fornecimento de medicamento para tratamento de fenilcetonúria, em que o Ministro Marco Aurélio afirma que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”. Nessa decisão também não há maiores explicações sobre essa afirmação, que não considera o orçamento público como um meio para se realizar políticas públicas, mas como um obstáculo a elas.

Em matéria de regras concernentes ao orçamento, como as vedações do art. 167 e incisos da Constituição Federal, e que possuem a função de controlar e racionalizar o gasto público, vale citar o Agravo de Instrumento (AI) 537237, em que se pede medicamento para paciente com hepatite C. Nesse 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 e 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” (grifos nossos).

Essa 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. Esse 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 essa decisão não levará a um conflito entre duas políticas importantes ou entre duas atividades importantes dentro da mesma política.

548: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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”.¹² Essa decisão 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. Ela 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 dessa 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, apontam que ela “reserva do possível”:

[...] 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.

[...] 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

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 desse 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 isso ocorrer, será, então, o caso de intervenção do Poder Judiciário.

A ADPF 45/DF trouxe 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 de a 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.

Outro ponto muito interessante nessa 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 nessa ação, veio a remeter ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o dispositivo da Lei n. 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 uma argumentação que, apesar de indiferente em relação ao resultado desse julgamento, representa uma inovação em face à jurisprudência já consolidada do STF, o que poderia ser considerado um indicativo de mudança no entendimento do tribunal sobre a matéria.

1.2.2 DIREITO À SAÚDE APÓS A STA 91

Conforme visto, as decisões do STF, em regra, deferiam o pedido de medicamento sem maiores considerações sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível. Sempre que um medicamento não era fornecido havia, no entendimento do STF, uma restrição injusta ao direito à saúde consagrado na Constituição Federal. Essa restrição autorizaria o Poder Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violava esse direito fundamental.

Diferentemente desse entendimento predominante, a STA 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Além do mais, a Ministra reconhece que a “execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”, e que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos.

É também muito relevante a consideração do direito à saúde não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. A Ministra ainda considerou que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na

550 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

portaria 1318 do Ministério da Saúde. Isso representa o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

A perspectiva conferida por essa decisão, de uma mudança de entendimento do STF, trouxe consequências importantes. Segundo o jornal *O Estado de S.Paulo*,¹³ as secretarias de saúde passaram a ir à justiça, com base na STA 91, para interromper fornecimento de drogas que não constam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas em razão de decisões judiciais. Na mesma linha da STA 91, e com base nos mesmos argumentos, a SS 3073, também julgada pela Ministra Ellen Gracie, desobriga o Estado a fornecer um medicamento judicialmente pedido, o que reforçaria a hipótese de uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde.

Contudo, decisões mais recentes da própria Ministra Gracie, em que ela obriga Estados a fornecerem medicamentos pedidos judicialmente, mostram que o raciocínio jurídico usado para decidir a STA 91 e a SS 3073 não se aplica a todos os casos envolvendo esse tipo de pedido. Nas suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 a Ministra mostrou preocupação com “a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados”. Isso porque, segundo ela, os pedidos devem ser analisados “caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”.

Nas últimas suspensões de segurança, os pedidos foram concedidos com fundamento na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades e, no caso das SS 3205, 3158 e 3231, na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção. Outro ponto interessante — e inovador — nas quatro suspensões de segurança que sucederam a STA 91 — é que houve maior preocupação em se analisar o caso concreto (isto é, a dimensão mais factual) e usá-lo como fundamento da decisão, não só no que tange à condição econômica do paciente e à gravidade da doença, mas também em relação aos pareceres médicos, às políticas de saúde existentes e, no caso específico da SS 3158, ao preço do medicamento.

No entanto, existem alguns pontos que dificultam a visualização da coerência entre a STA 91 e as suspensões de segurança que lhe são posteriores. A começar porque a STA 91 afirma que “a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”. Note-se que se fala em “decisões”, no plural, ou seja, a observação da Ministra Gracie parece ter um escopo que extrapola um único caso concreto. Em outras palavras, fica a pergunta: Quais são essas decisões que abalam o sistema público de saúde? Por que razões as suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 não estão entre elas?

Além disso, se um dos critérios para conceder os pedidos nas SS 3205, 3158 e 3231 foi a gravidade e a necessidade de continuidade no tratamento, então, o caso da STA 91

não seria diferente, uma vez que envolve “medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados”. Se outro critério para a obrigação do fornecimento é o medicamento constar na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, os medicamentos pedidos pelas SS 3205, 3158 não estão nesse grupo e foram concedidos. Ademais, se um dos argumentos para a não concessão do medicamento na STA 91 era o entendimento de que a norma do art. 196 da Constituição Federal não se aplica a situações individualizadas, cabe perguntar, então, por que nas suspensões de seguranças em que o pedido era individual foi concedido o medicamento e na STA 91, que tinha na origem uma ação civil pública, não houve concessão. Por fim, se o cerne da questão era a hipossuficiência dos pacientes ou o preço do medicamento, essas questões não foram debatidas na STA 91 e nem na SS 30373.

1.3 CONCLUSÃO DO ITEM

Para este trabalho, 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 e se elas levam em consideração a questão da escassez de recursos e do custo dos direitos. Como foi mostrado nesta seção, até a STA 91 essas questões raramente eram abordadas nas decisões e, nas poucas vezes em que apareciam, eram tratadas de forma muito superficial, como se elas não pudessem trazer qualquer consequência mais relevante. As consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.

Entretanto, vale ressaltar que a ADPF 45, de 2004 – considerando-se que foi julgada pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo que julgou a Pet 1246 em 1997 – já apontava para uma tendência de mudança de postura do STF frente ao problema da escassez de recursos e dos 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).

As decisões após a STA 91, por sua vez, apesar de não citarem a ADPF 45 como precedente, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde *versus* questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta. Nesse sentido, pode-se dizer que houve ganhos qualitativos em razão da melhor qualidade da argumentação. Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões. Contudo, como foi mostrado, ainda não se tem muito claro com base em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão para definir, em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento pedido.

552 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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

2 DIREITO À EDUCAÇÃO

2.1 PESQUISA DE DECISÕES

Na pesquisa preliminar, foram recolhidos o RE 436.996-AgR, o RE 463.210-AgR e o RE-AgR 410715. 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 daquelas 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 o presente artigo. Na busca por precedentes citados pelos acórdãos já encontrados, foram encontrados o RE 402024, RE 411518, RE 401.673 e o RE 431773. Foi analisada também a ADI 3324, objeto de um estudo anterior.

2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES

Antes de começar a análise das decisões, vale ressaltar três pontos que chamam a atenção quando se olha para o seu conjunto. 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 essas ações são todas propostas pelo Ministério Público, na sua função de tutelar direitos das crianças e adolescentes. Outro fato também muito interessante é que as decisões são recentes, a mais antiga data de 2003 (AI-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).

Começemos abordando as decisões envolvendo obrigação de dar e fazer do Estado em matéria de educação pela análise conjunta do RE-AgR 410715 e do RE-AgR 436996, cuja íntegra do acórdão disponível no site mostra somente o voto do Ministro Celso de Mello. Essa opção justifica-se pelo fato das duas decisões serem praticamente idênticas, não só nos argumentos, mas no próprio texto, como se um fosse cópia da outra. E, igualmente, elas fazem referência à ADPF 45, o que permite um paralelo entre o tratamento dado ao direito à saúde e aquele dado ao direito à educação no Supremo Tribunal Federal.

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 ressaltar a importância do direito à educação. Afirmam, ainda, que o não cumprimento desse 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, essas 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 dessa 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 esse 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, 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, dessa 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 esse preceito fundamental.

Para reforçar o argumento, os acórdãos citam alguns doutrinadores como Regina Maria Fonseca Muniz, que entende que a vinculação do administrador às políticas estabelecidas na Constituição Federal faz com que a sua [do administrador] omissão seja passível de responsabilização e que sua margem de discricionariedade seja “mínima,

554 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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, 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, 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, com as mesmas idéias, podem ser lembrados: Facury Scaff, Eduardo Appio, Maria Cristina de Brito Lima e Emerson Garcia. A quantidade de doutrinadores citados nessas decisões chama muito a atenção, pois, diferentemente das outras decisões analisadas neste artigo, eles são centrais na argumentação. Além do mais, é digno de nota também que, 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.

Esses argumentos doutrinários citados criam um grave problema de coerência lógica, pois 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 dos 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, foi levantada a hipótese de que a ADPF 45 poderia representar uma mudança do posicionamento desse tribunal acerca da questão da “reserva do possível”, do custo dos direitos e da escassez de recursos, no julgamento de pedido de dar ou fazer em matéria de direitos sociais.

O RE-AgR 410715 e o RE-AgR 436.996 não comprovaram minha hipótese, pelo menos no que se refere à educação. A começar porque “reserva do possível”, custo dos direitos e escassez de recursos foram tratados 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 nenhum momento 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 serem levados em consideração no julgamento do direito à educação. Além do mais, esses 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 o entendimento jurisprudencial que ignora esses elementos ainda não está superado no Supremo Tribunal Federal, quando este julga o direito à educação.

Ainda em matéria de obrigação estatal em oferecer 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 não é sequer debatido na decisão. No voto do Ministro Carlos Velloso, o único publicado, alguns precedentes do próprio tribunal são citados¹⁴ para concluir que educação é direito fundamental e cabe ao Judiciário fazer valer a vontade concreta da lei e da Constituição. Não há nenhuma 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 dependentes 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 esse argumento e citando alguns precedentes, reconhece o dever do Município nesse caso concreto. Mais uma vez, não há nenhum 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, apesar de alta, não é suficiente para atender todas as necessidades da população. Esse 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.

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

556 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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, de 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 foram óbices 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. A Ação Direta de Inconstitucionalidade vai contra Lei n. 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 reecedora ou para a localidade mais próxima desta. O requerente, o Procurador Geral da República, reclama que a 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, essa 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, nesse 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 desse direito seja impossível, o que acarreta a “necessidade de estabelecimento, pelo Estado, de critérios e mecanismos tendentes a disciplinar as formas de acesso a bem prestacional tão valioso”.

Na mesma ADI votou o Ministro Gilmar Mendes, que afirmou que o ensino superior público, embora intitulado “gratuito”, é custeado por créditos orçamentários públicos e, por essa razão, faz-se necessário harmonizar a disciplina jurídica das transferências obrigatórias com os limites orçamentários das Universidades Públicas brasileiras. O Ministro ressaltou que o orçamento das universidades públicas possui receita suficiente apenas para cobrir certo número de vagas, e constatou 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. Lembrou, também, que a Constituição proíbe a realização de despesas, ou assunção de obrigações, que excedam os créditos orçamentários (CF art. 167, I). Em seguida, questionou 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, julgou 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*”.

Esses 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 dessa lei é “complementar a formação dos estudantes” e “garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto”. Nesse 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, nesse caso, esse ônus é arcado pelos outros usuários que pagam a entrada inteira.

2.3 CONCLUSÃO DO ITEM

Na conclusão do item referente ao direito à saúde, foi criada 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. Essa hipótese, para ser testada, precisava da análise de mais decisões em que houvesse referência a essa ADPF. Em se tratando especificamente de direito à educação, duas decisões trabalham com a ADPF 45. No entanto, na ADPF 45, apesar de citada, o seu conteúdo não só não teve nenhum 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, contudo, o que está lá afirmado não foi usado em nenhum momento das decisões, que foram mantidas em um nível alto de abstração, em vez 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 essa ADPF trata, mas não as leva em consideração na hora de decidir.

558 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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. É 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. Nesses acórdãos, essas questões não só são reconhecidas e discutidas como também são usadas na fundamentação das decisões.

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. Preocupação essa que não ocorre em casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação.

Como não houve nenhuma decisão mais recente do STF sobre direito à educação, ainda não é possível saber se as mudanças observadas no julgamento de casos envolvendo um fazer em matéria de saúde são válidas também quando se tratar de uma ação para concretizar o direito à educação.

3 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 requisite a verba necessária para o pagamento do credor perante a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município em face de decisão judicial. Essa solicitação recebe o nome de precatório.

Existem também os precatórios alimentares, conhecidos como créditos alimentares, que se submetem ao regime de precatórios, mas devem ser pagos com preferência. Esses precatórios compreendem, de acordo com art. 100, §1º - A da Constituição Federal, “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”. Ainda de acordo com a Constituição, em seu art. 100, 1º:

[...] 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 01 de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

O não pagamento dos precatórios por parte dos Estados-Membros da Federação pode dar ensejo à intervenção federal da União nos Estado, a qual 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 esse fundamento jurídico que são pedidas as intervenções federais impetradas no STF e que são objeto de análise nesta seção.

3.1 PESQUISA DE DECISÕES

Na pesquisa preliminar já havia sido encontrado o IF 2915. Na busca por “intervenção federal e precatórios”, foram apresentados 59 decisões, sendo que concernentes ao tema da monografia foram selecionadas 33.¹⁵ Também foram utilizadas decisões citadas como precedentes nestes acórdãos encontrados.¹⁶

3.2 ANÁLISE DAS DECISÕES

Em nenhum dos casos analisados foi concedida uma 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 porque, mesmo não tratando de questão que envolva direitos sociais,¹⁷ há em todos os acórdãos referência à escassez de recursos, custo dos direitos e 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 essa razão, em vez de separar a análise por acórdãos, como feito até aqui, serão analisados os argumentos de cada Ministro que manifestou seu posicionamento nos acórdãos pesquisados.

O Ministro Marco Aurélio, em todas as decisões nas quais se manifestou, votou pela intervenção federal. Ele entende que não pagamento é desrespeito à ordem judicial e à Constituição¹⁸ e que, sem providência efetiva, as decisões judiciais contra o Estado serão simplesmente “líricas”;¹⁹ não admite que o Estado use a justificativa da ausência de recursos, uma vez que os brasileiros continuam pagando impostos,²⁰ 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 Federação.²¹ Em outras passagens afirma que:

[...] desde que me conheço por gente há descompasso entre receitas e despesas, consideradas as pessoas jurídicas de direito público²² [...] as dificuldades de caixa sempre existem, o que torna presumível a contumácia no descumprimento das obrigações pecuniárias estampadas em sentença.²³

Vê-se 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

560 : ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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 que afirma que não se pode aceitar o argumento de exaustão das finanças do Estado, sob risco de deixar sem eficácia a norma que prevê intervenção federal e, conseqüentemente, desproteger o credor.²⁴

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

O Ministro Gilmar Mendes, na IF 2915, em voto diversas vezes citado pelo próprio Ministro para decidir outros casos concernentes ao mesmo assunto,²⁵ 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. Ele mostra, ao analisar as contas do Estado de São Paulo, que somente dois por cento das receitas líquidas poderiam ir para pagamento de precatórios e, por essa razão, não é possível 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, 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. Ele 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. Nesse caso, o Estado de São Paulo demonstrou que vem tentando pagar os precatórios, o que mostra ausência de dolo no não pagamento, e que o interventor não poderia separar mais que os dois por cento para cumprir suas 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 2915,²⁶ ele entende que houve inobservância de descumprimento da ordem judicial, pois não houve ato comissivo ou omissivo 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 "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”. 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 caracteriza, pois o Estado precisa garantir a eficácia de outras normas constitucionais e a continuidade dos serviços públicos.²⁷ Em duas decisões envolvendo o Estado de São Paulo, Maurício Corrêa leva em consideração o fato de este ter somente dois por cento do seu orçamento disponível para pagamento de precatórios.²⁸ 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 julgado.²⁹ Ela 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 a atuação do tribunal não pode prejudicar o funcionamento dos serviços públicos.³⁰ Em outras decisões entende que a entrada de interventor irá agravar ainda mais o desequilíbrio financeiro-orçamentário do Estado. E, além do mais, ele encontrará as mesmas situações fáticas existentes, ou seja, de inexistência de recursos suficientes para atendimento imediato dos precatórios.³¹

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello, julgou improcedente o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, uma vez que não houve intenção no descumprimento da lei, e este demonstrou que o não pagamento deu-se por insuficiência de recursos, já que as despesas são maiores que as receitas correntes líquidas, apesar de já haver um projeto do governo do Estado para pagamento dos precatórios. Por essa razão, há impossibilidade material de solver, no momento imediato, todas as obrigações.³²

O Ministro Ilmar Galvão também aceita argumento de que a intervenção federal deve ser julgada improcedente porque o não pagamento deu-se pela exaustão do erário do Estado.³³ Na IF 3773, ele lembra também a 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. Ele afirma não aceitar o argumento de que há falta de dinheiro se, por exemplo, o governo realizou obras públicas ou algum outro programa, que tenham exigido mais recursos que o previsto no orçamento. Também não aceita justificativa

562: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

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 declara que um interventor também não teria condição de pagar os precatórios com o erário público de São Paulo, uma vez que o não pagamento se deu pela insuficiência de recursos do erário público.³⁴

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 dois por cento do orçamento do Estado poderiam ser destinados ao pagamento de precatórios. Portanto, não houve uma voluntária e arbitrária obstrução à ordem judicial. Ele questiona, também, de onde sairia o dinheiro para se cumprir todos os precatórios, se da educação, da saúde ou de outros gastos obrigatórios e completa: "às vezes, nós e alguns juristas esquecemos 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".

3.3 CONCLUSÃO DO ITEM

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 mostraram não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como fizeram disso um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão.

Existe também uma grande 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 do cumprimento da totalidade dos precatórios sem prejuízo de outros deveres do Poder Público, além de uma análise sobre as medidas que já estão sendo tomadas para resolução das omissões estatais. É uma postura que difere das decisões que envolvem direito à educação e à saúde, em que, geralmente, não há nenhuma preocupação em se analisar os custos daquilo que se pede em juízo nem a possibilidade fática de o Estado cumprir a decisão tendo em vista as diversas outras obrigações que possui.

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 o não pagamento

de precatórios. Entendo ser este um indício de que, pelo menos na concepção desse Ministro, os direitos sociais não são um direito prestacional qualitativamente diferente dos outros, pois todos envolvem custos e, por essa razão, dependem de recursos financeiros. Tal entendimento é corroborado pela afirmação do Ministro Nelson Jobim: “às vezes, nós e alguns juristas esquecemos que todos os direitos, mesmo os direitos positivos, têm custos”.³⁵

O que causa alguma inquietação é o fato de que se todos os direitos têm custos, por que esses custos são levados em consideração no julgamento de alguns direitos e praticamente ignorados no de outros? Uma forma de responder a essa questão 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, essa não parece ser uma resposta plausível se considerarmos que 36 dos 38 acórdãos estavam relacionados expressamente a precatórios alimentares,³⁶ necessários para a subsistência do credor e sua família. Outras respostas possíveis a essa inquietação serão abordadas a seguir.

CONCLUSÃO

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 de forma muito diferente se comparados às decisões relacionadas a pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Em relação aos pedidos de acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração. E nos poucos votos em que essas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas com argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nessas decisões as quais são julgadas conforme o ensinamento do brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus*.³⁷

Esse tipo de decisão ignora as 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 custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar de direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e se esquece da realidade.

Essa forma de decidir era utilizada, antes da STA 91, também para decidir casos envolvendo pedidos de medicamento e tratamento médico, em que os julgadores apresentavam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado. Pode-se dizer que com a STA 91 está havendo uma reformulação no entendimento do STF

564: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

sobre o direito à saúde, bem como uma mudança na forma de se analisar o tema. Entretanto, importa ressaltar que ainda não se pode ter certeza quão significativa é essa mudança. As decisões posteriores à STA 91, que concediam os medicamentos pedidos, apesar de se atentar mais às questões fáticas, não analisavam as questões relacionados aos custos dos direitos, à escassez de recursos e à reserva do possível nem dialogam com o conteúdo da STA 91 e da SS 3073, que lidam, em alguma medida, com essas questões.

Também fica em aberto se essas mudanças no julgamento de casos concretos envolvendo direito à saúde serão estendidas para o direito à educação. Somente com futuras decisões é que se poderá averiguar a coerência do STF nesse aspecto.

Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, contudo, ganham muita 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 essa diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há o efeito *erga omnes*, o que faz com os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos.

Essa 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 – e por estes precatórios serem impagáveis no curto prazo –, existem as gravíssimas implicações políticas que adviriam de uma intervenção do governo federal em um ente da federação. Se a 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 entre os casos envolvendo direitos sociais (educação e saúde) e aqueles em que se pede intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Explica, porém, não justifica. Não justifica a razão pela qual não há uma análise semelhante, para os outros casos, àquela feita para os pedidos de intervenção federal, 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 umas 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 conhecer melhor a capacidade de gasto do Poder Público, o que foi feito nos julgamentos de pedido de intervenção federal. Além do mais, alguns pedidos isolados podem não trazer maiores problemas para as finanças públicas. Ao se abrir precedentes, entretanto, todos aqueles que se encontram em situação idêntica podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que acarretará um grande impacto às contas públicas.

Em diversos votos das decisões sobre intervenção federal afirmou-se que o Estado tem diversas obrigações, como na área de educação e saúde, e que, por essa razão, justifica-se o não pagamento dos precatórios. 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 a não concessão de medicamento justificar-se-ia porque o Estado tem, mesmo dentro da área 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?

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

Pode-se, talvez, sustentar que o STF criou uma espécie de hierarquia em que alguns direitos, em alguns casos, não se submetem à “reserva do possível”. Porém, algumas inconsistências suscitadas pela análise das decisões não permitem compreender claramente como essa hierarquia está estruturada e quais são os fundamentos para seu embasamento jurídico.

Reforço, novamente, que este artigo não é uma crítica aos resultados das decisões e se o Ministro concede ou não o pedido, é um questionamento à insuficiência de argumentação em alguns julgados e um certo grau de incoerência observado quando são comparadas as decisões entre as matérias estudada (direito à saúde, educação e intervenção federal pelo não pagamento de precatórios) e, até mesmo, dentro de cada matéria.

: ARTIGO APROVADO (08/10/2008) : RECEBIDO EM 31/01/2008

566: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

NOTAS

1 O autor agradece aos professores Diogo Coutinho, Marcos Paulo Verissimo, Cláudio Shikida, Bruno Meyerhof Salama e Virgílio Afonso da Silva pelos comentários, sugestões e críticas ao presente artigo. Também sou muito grato ao apoio da Sociedade Brasileira de Direito Público, na pessoa da Roberta Sundfeld e do professor Carlos Ari Sundfeld. Todas essas pessoas colaboraram imensamente para o resultado final deste artigo, embora qualquer opinião ou equívoco nele encontrado seja de responsabilidade única e exclusivamente do autor.

2 De acordo com o website 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. Esse valor representa 30% do total de gastos do programa oficial de remédios de alto custo. Disponível em: <http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>>. Acesso em: 29.09.2006.

3 Esse conceito surgiu 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. Nessa decisão, afirma a Corte que a “prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo 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” (Sarlet, 2001, p. 265).

4 Para maior aprofundamento a respeito do tema, ver Silva (2005).

5 Para facilitar a leitura, optou-se por colocar sempre a sigla da classe da ação ou recurso ao invés do nome completo. As siglas são as mesmas usadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal e o nome completo pode ser facilmente identificado na consulta à lista completa de decisões que aparece ao fim do presente artigo.

6 Citado como precedente pelo RE 248304.

7 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.

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

9 A distrofia muscular de Duchenne é uma doença genética que se caracteriza por uma degeneração progressiva do tecido muscular. Para mais informações, ver < <http://www.distrofiamusculardeduchenne.com/distrofia-muscular-de-duchenne.html>>.

10 As decisões que citam essa 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; RE 393175/RS.

11 A Fenilcetonúria é uma doença hereditária e que se caracteriza pela impossibilidade do organismo de metabolizar e eliminar o ácido fenilalanina, o que pode causar deficiência mental (AMORIM *et al.*, 2005)

12 A ADPF 45, com pedido de liminar, foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao § 2º, art. n. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Esse 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 n. 29, que estabelece no art. 198 da Constituição Federal, § 2º, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

13 *O Estado de S.Paulo*, mai. 2007, p. A11, 21.

14 RE402024; AI-AgR410646; RE411.518; RE 401673.

15 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.

16 IF 3601/SP; IF 2953/SP; IF 1349/SP.

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

18 IF-AgR 3124; IF-AgR 4174.

19 IF-AgR 506; IF-AgR 2117.

20 IF-AgR 506

21 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. Na 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 a usa para decidir um precedente em que ele julga um caso envolvendo o Estado de São Paulo, ao qual ele se refere como o maior Estado da Federação.

22 IF-AgR 2117.

23 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.

24 IF-AgR 3977; IF-AgR 4174; IF-AgR 4176.

25 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.

26 Usado como precedente pelo Ministro Carlos Velloso nas IF 449; IF 492; IF 1317; IF 1952; IF 2257.

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

28 IF 2915; IF 2953.

29 IF-AgR 1018.

30 IF-AgR 2117.

31 IF 2915; IF 2953.

32 IF-AgR 3977; IF 164; IF 444; IF 470; IF 1466; IF 1690; IF 2915; IF 2953; IF 1349.

33 IF 171; IF 317; IF 449; IF 492; IF 1317; IF 1952; IF 2257.

34 IF-AgR 3977; IF 164; IF 444; IF 470; IF 1466; IF 1690; IF 2915; IF 2953; IF 3773.

35 IF 2915; IF 2953.

36 Em dois acórdãos não há nenhuma referência ao tipo de precatório de que se trata.

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

568: ESCASSEZ DE RECURSOS, CUSTOS DOS DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ABRAMOVICH, Victor; 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, p. 498.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, p.185.
- AMORIM, Tatiana et al. Aspectos clínicos da fenilcetonúria em serviços de referência em triagem neonatal da Bahia. *Revista Brasileira de Saúde Materna e Infantil*, ano 5, n. 4, p. 457-462, 2005.
- BRASIL, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Municípios: quando custam as câmaras de vereadores. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*. Brasília, n. 21, 2000a., p. 2, 3.
- _____. Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias. *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*. Brasília, n. 22, 2000b, p. 3.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia, n. 3, 1991, p. 461-500.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30, 36.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- 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 USP. São Paulo, 2005, p. 96.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29.

Daniel Wei Liang Wang

Rua Rocha, 220
Bela Vista – 01330-000
São Paulo – SP – Brasil
daniel.wang@fgv.br

MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL NA USP
PESQUISADOR EM DIREITO ECONÔMICO DO PROGRAMA DE
ESPECIALIZAÇÃO E EDUCAÇÃO CONTINUADA EM DIREITO
- GVLAW - NA DIREITO GV