

Coordenadores

João Carlos de Carvalho Rocha

Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho

Ubiratan Cazetta

Direitos Humanos

Desafios Humanitários Contemporâneos

10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997)

COLABORADORES

André de Carvalho Ramos

Antônio Edílio Magalhães Teixeira

Carlos Roberto Siqueira Castro

Enrico Rodrigues de Freitas

Fernando Facury Scaff

Flávia Piovesan

Ingo Wolfgang Sarlet

João Carlos de Carvalho Rocha

José Augusto Lindgren Alves

José Claudio Monteiro de Brito Filho

José Elaeres Marques Teixeira

Márcia Mieko Morikawa

Maritza N. Ferretti C. Farena

Robério Nunes dos Anjos Filho

Roberto Moreira de Almeida

Uendel Domingues Ugatti



SENTENÇAS ADITIVAS, DIREITOS SOCIAIS E RESERVA DO POSSÍVEL¹

Fernando Facury Scaff

Professor da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela USP
– Universidade de São Paulo. Advogado sócio do
escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães,
Pinheiro e Scaff – Advogados.

SUMÁRIO: 1. Posição da Questão: 1.1 O que são “sentenças aditivas”. 1.2 Importância do estudo dessas sentenças no Brasil. 2. Como são realizados os pagamentos decorrentes de decisões judiciais no Brasil? 2.1 Notas sobre o sistema de planejamento orçamentário na Constituição brasileira. 2.2 Efeitos financeiros das sentenças “que custam”: a. Efeitos passados: O sistema de precatórios e o pagamento do passivo: Prós e contras. b. Efeitos futuros: inclusão na previsão orçamentária. c. Efeitos imediatos: Ponto central do problema. 2.3 Pode-se limitar a efetividade das decisões judiciais por falta de indicação da fonte de receita?. 3. Justiça Constitucional e Direitos Sociais. 3.1 Justiça Constitucional como Legislador Negativo e como Legislador Positivo. a. Posição do STF sobre o *direito à saúde*. b. Posição do STF sobre o *direito à educação*. c. Posição do STF sobre o custo dos direitos previdenciários. 4. A título de Conclusão: Reserva do Possível, Discrecionabilidade do Legislador e Direitos Sociais.

¹ Este texto, com ajustes, foi apresentado na palestra realizada no Doutorado em Direito da Universidade de Pisa, Itália, em 9.3.2007 e na Universidade Clássica de Lisboa, Portugal, em 26.3.2007.

1. POSIÇÃO DA QUESTÃO

1.1 O que são “sentenças aditivas”?

01. Entende-se por “sentença aditiva” aquela que implica em aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.

Não é qualquer gasto que se encontra inserido nesse conceito. Por exemplo, a devolução de tributos cobrados indevidamente pelo Fisco não se configura como uma “sentença aditiva”, uma vez que essa é uma hipótese que decorre do pagamento a maior que o devido, efetuado pelo contribuinte que demandou sua devolução. Logo, é um dinheiro que estava nos cofres públicos de forma indevida e que o Poder Judiciário determinou o reembolso a quem de Direito – seja por meio de repetição do indébito, seja por meio de compensação. Dessa maneira, a despeito de ter impacto nos cofres públicos, devolve ao contribuinte o que de seu bolso não deveria ter saído. Isso não implementa um direito social.

Também não se configura como sentença aditiva a decisão que condena o poder público a pagar uma indenização em face da desapropriação de um bem que tenha sido subavaliado. Nesse caso, a despeito da decisão judicial de ser onerosa aos cofres públicos, não se pode configurá-la como “aditiva”. A sentença apenas reconhece que o montante pago por aquele imóvel estava em desacordo com o valor de mercado. Não se trata da implementação de um direito social, embora “custe” aos cofres públicos.

Outro tipo de decisão que não se pode caracterizar como uma “sentença aditiva” é aquela que garante o exercício de um direito fundamental, tal como o direito de liberdade de expressão ou o de livre reunião ou associação. Embora existam custos públicos para garantir o exercício desses direitos², via de regra não implicam em um desembolso efetivo de recursos aos agentes privados envolvidos.

² Ver Stephen Holmes e Cass Sustein, *The Cost of Rights, – Why Liberty depends on Taxes*. New York, Norton, 2000.

02. Será uma sentença aditiva aquela que reconhecer a um servidor público, ou a grupo deles, ser devido o pagamento de certa parcela remuneratória que o Erário deveria ter-lhes pago e não o fez. Aqui teremos o reconhecimento de um pagamento em face de uma verba salarial, reconhecida por sentença, e que trará impacto aos cofres públicos com efeitos passados (parcelas em atraso), imediatos e futuros (incorporação daquela parcela à remuneração daqueles demandantes). Esse é um tipo de sentença aditiva de efeitos laborais, o que, no fundo, também pode-se configurar como direito social.

O mesmo pode-se dizer de sentenças que determinam o pagamento de benefícios previdenciários que não foram originalmente reconhecidos pelo poder público como devidos às partes envolvidas na lide, tal como o pagamento de pensão por morte ou o reajuste de pensões e benefícios³.

Situação semelhante acontece quando a sentença determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição – hipóteses mais comuns no Brasil atual. Assim, observa-se que nem todas as sentenças judiciais que geram custos para o Estado são sentenças aditivas.

Enfim, o conceito de sentença aditiva é utilizado comumente na doutrina italiana, mas não possui expressão correspondente na doutrina brasileira, embora seu significado seja conhecido por todos – faltava-lhe apenas o “nome de batismo” no Brasil.

1.2 Importância do estudo dessas sentenças no Brasil

03. O tema em questão é de extrema importância para o Brasil por vários aspectos, dentre os quais:

- a) Na Constituição de 1988 consta uma ampla declaração de direitos, aos quais foi reconhecida “aplicabilidade

³ Sobre um caso paradigmático acerca de reajuste de pensões no Brasil, conhecido como o caso do “reajuste de 147% contra o INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social”, ver Fernando Facury Scaff e Antonio Moreira Maués. *Justiça Constitucional e Tributação* (São Paulo, Dialética, 2005).

imediatamente” (art. 5º, § 1º). Além de ter ampliado significativamente as matérias com assento constitucional, a Carta Magna, muitas vezes, regulou-as minuciosamente, o que expandiu as possibilidades de colocar em dúvida a constitucionalidade dos atos do poder público⁴.

No caso dos direitos fundamentais, além daqueles constantes do Título II, a Constituição enuncia outros direitos em seus diferentes capítulos, particularmente na Ordem Tributária e na Ordem Social, caracterizando-os também como direitos subjetivos, exigíveis judicialmente.

Aos direitos e garantias expressos, somam-se ainda, por força do art. 5º, § 2º, outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais, o que favorece a contínua ampliação do catálogo de direitos fundamentais, o que inclui os direitos sociais.

- b) O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é misto, entre o sistema direto e o difuso. Isto faz com que resida em cada qual dos habitantes do país um legitimado para o exercício do controle difuso de constitucionalidade, o que inclui as pessoas jurídicas.
- c) O Brasil é uma federação, com três níveis de governo, em que todas as entidades subnacionais possuem seu próprio Parlamento, com competência legislativa defini-

⁴ A Constituição de 1988 está dividida em nove títulos, que somam 250 artigos: “Dos Princípios Fundamentais”, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, “Da Organização do Estado”, “Da Organização dos Poderes”, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, “Da Tributação e do Orçamento”, “Da Ordem Econômica e Financeira”, “Da Ordem Social”, “Das Disposições Constitucionais Gerais”. Além disso, a Constituição contém um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que contava originalmente com 70 artigos, aos quais já se acrescentaram, via emendas à Constituição, mais 24 artigos. O número aumenta quando se verifica que algumas das mudanças acrescentaram artigos seguidos de letras, tal como o art. 103-A, que trata das Súmulas Vinculantes.

da na Constituição, o que amplia sobremaneira a possibilidade de discussão junto ao Supremo Tribunal Federal.

- d) O Brasil é um país com enormes disparidades socioeconômicas, o que faz com que os juízes, com um apurado senso de Justiça e, em muitos casos, bastante voluntários, queiram fazer “justiça direta”, implementando os direitos sociais assegurados na Constituição sem a intermediação das normas legais ou regulamentares expedidas pelo Legislativo ou Executivo. Isto é mais patente com relação à implementação de direitos sociais por parte de Estados e Municípios, como adiante será visto.

Todos esses fatores acarretam uma enorme quantidade de decisões judiciais “aditivas”, inclusive do STF, concedendo de forma individualizada ou grupal, diversas espécies de direitos sociais, aplicando-os diretamente da Constituição.

04. Diversos problemas decorrem desta situação, dentre eles:

- 1) Este tipo de decisão é pontual, atingindo um número restrito de pessoas, o que dificulta enormemente a atribuição de suas decisões à generalidade de quem se encontra na situação mencionada – o que só pode se dar por meio de uma *norma*, jamais por meio de uma *sentença*, por mais amplo que seja o efeito *erga omnes* e a força vinculante que venham a ser atribuídas a estas decisões.
- 2) Transformam o Poder Judiciário e o STF em verdadeiros “ordenadores de despesas públicas”, o que dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, no que tange às políticas públicas aprovadas por lei, e com recursos dirigidos para sua implementação por meio do sistema orçamentário.

Ao lado de se transformarem em “ordenadores de despesas” se tornam também “legisladores positivos” exercendo um papel que a Constituição não lhes atribuiu,

nem mesmo para a implementação *direta* dos direitos sociais prescritos na Carta.

A Constituição brasileira tem remédios que possibilitam sanar esse tipo de situação, tal como o Mandado de Injunção – MI – e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIPO, cujos canais de aplicação foram obstruídos pela interpretação restritiva adotada pelo STF nos primeiros momentos em que foi chamado a concretizar a Constituição de 1988, e que devem ser revisitados.

Este tipo de atuação do Poder Judiciário deve-se também em face de que o Princípio da Discricionariedade do Legislador, que reconhece áreas de atuação específicas para o Poder Legislativo (embora restringidas pela Constituição em razão da “Limitação à Liberdade de Conformação do Legislador”) encontra-se amplamente solapado em nosso país, em face de diversos fatores, dentre os quais pode-se enumerar:

- a) grande parte da legislação federal brasileira nasce no Poder Executivo, seja pela edição de medidas provisórias⁵, seja pela iniciativa de propositura legislativa⁶;
- b) existe um clamor por uma reforma política, por meio da qual o exercício do direito de voto venha a ser melhor identificado. As distorções hoje existentes, onde candidatos que possuem apenas uns poucos votos, na esteira de candidatos bastante votados, tornam-se deputados, ou ainda a ausência de fidelidade partidária, são alguns

⁵ Sobre esse tema remeto o leitor ao livro *Justiça Constitucional e Tributação*, de Fernando Facury Scaff e Antonio Moreira Maués (São Paulo, Dialética, 2005), em especial ao capítulo mencionado “Quando as Medidas Provisórias se transformaram em Decretos-lei”.

⁶ Interessante pesquisa sobre este tema foi publicada no jornal *Folha de S.Paulo*, edição do dia 8 de abril de 2007, onde demonstra a pequena proporção de normas de iniciativa do Poder Legislativo que se transformaram em Lei. O Poder Legislativo no Brasil segue a reboque do Poder Executivo.

itens dessa reforma política que deve ser implementada com urgência no Brasil;

- c) ao lado do processo eleitoral acima mencionado, existe também o problema do processo legislativo, pois ainda vigoram no Brasil institutos como o do “voto de liderança”, onde um único parlamentar vota por um sem número de deputados ou de senadores. Isso cria parlamentares de 1ª e de 2ª classes e distorce fortemente a democracia, colocando em cheque o Princípio da Discricionariedade do Legislador.
- d) outro aspecto a ser considerado diz respeito aos sucessivos escândalos éticos que vêm sendo descobertos no bojo do Poder Legislativo ao longo de sucessivas legislaturas, dentre eles o do “Anões do Orçamento”, “Compra de votos”, “Mensalão”, alguns comprovados juridicamente, outros nem tanto, mas todos com forte apelo político, que repercute na imagem do Legislativo brasileiro.

Todos estes fatores levam o Judiciário a suprir as lacunas existentes, implementando políticas públicas muitas vezes ao arrepio do que determina a lei – veículo adequado para sua *criação* –, e ao arrepio das regulamentações administrativas – veículos adequados para sua *implementação*. As conseqüências desse procedimento serão vistas adiante.

05. Sabe-se por definição econômica que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Acresça-se a este fato a característica de que os recursos são *públicos*, isto é, decorrentes da arrecadação de tributos pagos por toda a sociedade, e que as necessidades *sociais* são igualmente infinitas, em especial aquelas referentes à população de menor poder aquisitivo.

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem

erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “*captura*” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não-implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão⁷. O exercício de um direito *social* que gera benefícios apenas a *um indivíduo* ou a *um pequeno grupo* certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um *direito social*, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma *individual* ou *grupal*, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem.

Como este tipo de sentença aditiva é usual no Brasil contemporâneo, como adiante será visto, o objetivo deste estudo é analisar este tipo de decisões e as fórmulas previstas no ordenamento jurídico para sua adequação ao necessário planejamento financeiro que um Estado de Bem-Estar requer.

2. COMO SÃO REALIZADOS OS PAGAMENTOS DECORRENTES DE DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL?

06. Todas as decisões que implicam em gastos públicos no Brasil, sejam elas aditivas ou não, possuem regras para seu pagamento ordenadas a partir da Constituição de 1988.

Para expor o sistema, deve-se antes entender a sistemática orçamentária brasileira prevista pela Constituição, a fim de que se saiba como são realizados esses gastos decorrentes de ordem judicial.

⁷ É o caso, por exemplo, do direito à saúde, definido no art. 196 da Constituição como “direito de todos e dever do Estado”, o que veio fundamentar decisões judiciais obrigando o poder público a custear o tratamento de saúde dos interessados.

2.1 Notas sobre o sistema de planejamento orçamentário na Constituição brasileira

07. Foi criado pela Constituição Federal de 1988 um sofisticado Sistema Orçamentário, que deve ser utilizado como uma ferramenta para organizar a vida financeira do país.

No âmbito da Receita, a Constituição determinou quais os fatos que podem gerar a cobrança de tributos e a competência de cada ente subnacional para cobrá-lo.

No âmbito da Despesa, foi criado um Sistema Orçamentário que deve ser utilizado por cada ente subnacional para planejar os gastos governamentais, inclusive os que decorrem de decisões judiciais.

O modelo federal, a seguir descrito, deve ser obedecido pelos Estados e Municípios, em face do que determinam os artigos 25 e 29 da Constituição.

08. O sistema está previsto para funcionar tal como um funil, de forma a estabelecer primeiramente as grandes diretrizes dos gastos e investimentos, a fim de que, ano a ano, elas possam ser melhor delimitadas e implementadas, de conformidade com as receitas que forem obtidas, e com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos.

Assim, Lei de iniciativa do Poder Executivo deverá estabelecer o Plano Plurianual – PPA (art. 165, I), que disporá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Esta norma deverá ser encaminhada ao Congresso Nacional até 4 meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial, e terá a duração de 4 anos, devendo encerrar-se ao final do primeiro ano do mandato subsequente⁸.

A Constituição determina que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais serão elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, § 4º), e as emendas ao projeto de lei do orça-

⁸ CF, ADCT, art. 35, § 2º, I.

mento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual (art. 166, § 3º, I).

08. Em consonância com a Lei do Plano Plurianual – PPA – deve ser enviado anualmente ao Congresso Nacional o projeto de uma outra norma, denominada Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, prevista na Constituição no art. 165, II, e que tem por função indicar as metas e as prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política das agências financeiras de fomento (art. 165, § 2º). Esta lei é anual, e deve ser encaminhada ao Poder Legislativo até 15 de abril, o qual terá até final de junho para sua discussão e votação.

09. É na sequência dessas duas leis anteriores, que deve ser elaborada a Lei Orçamentária Anual – LOA, cuja função é primordial para a gestão administrativa e financeira do país (art. 165, III). Esta norma compreenderá três diferentes documentos, que deverão ser integrados:

- a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público;
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público (art. 165, § 5º).

O Projeto de LOA deverá demonstrar, de forma regionalizada, o impacto sobre as receitas e despesas e os benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (art. 165, § 6º). O projeto será encami-

nhado até 31 de agosto e devolvido para sanção até 31 de dezembro de cada ano.

Esta norma deverá ser compatível com as que lhe antecedem na formação desse Sistema Orçamentário, sendo vedado pelo art. 167, da Constituição, dentre outras disposições:

- a – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- b – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
- c – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, admitidas exceções;
- d – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

09. Dessa forma, o Sistema Orçamentário brasileiro vincula uma espécie normativa à outra, tal qual um funil.

Na parte mais ampla constam os Fundamentos e os Objetivos Constitucionais (arts. 1º e 3º) que devem coordenar a construção desse Sistema Orçamentário, e são perenes, para qualquer esfera de governo ou de coloração política, uma vez que deve ser respeitado o pluralismo político.

Na seqüência do funil existe uma lei com prazo certo de validade, que é a Lei do PPA – Plano Plurianual, que estabelece os planos e projetos de governo para quatro anos, o que inclui o primeiro ano do mandato presidencial⁹ posterior.

Após esta, afinilando ainda mais, existe a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, de duração efêmera – meros 06 meses, no máximo –, tendo por função precípua orientar a construção do Projeto de LOA – Lei de Diretrizes Orçamentárias. A despeito de ser efêmera, seus efeitos perduram no tempo, alcançando a LOA e com reflexos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A LOA – que também é uma lei de prazo certo e é a parte final do funil orçamentário –, é que deve reger a realização de todas as despesas governamentais no período de 1 ano.

⁹ O que vale para as demais esferas de governo subnacionais.

2.2 Efeitos financeiros das sentenças “que custam”

10. As sentenças que determinam a realização de gastos por parte do poder público, sejam aditivas ou não, possuem no Brasil a seguinte fórmula financeira para sua realização, de acordo com a determinação judicial.

Algumas dessas decisões fazem surgir uma espécie de “passivo”, pois obrigam o governo atual a pagar valores que deveriam ter sido pagos por governos anteriores. Essa é a situação mais usual, pois atinge desde os direitos dos servidores públicos até o pagamento de reajuste de parcelas contratuais de diversas obras e serviços, desapropriações, etc.

Outras determinam o pagamento de parcelas futuras, o que é mais raro, porém acontece quando a sentença determina a realização de algum gasto ou investimento pelo poder público.

E existem ainda aquelas que obrigam o poder público a realizar um desembolso imediato de valores – seja em razão da determinação de incorporação imediata de alguma vantagem na remuneração dos servidores públicos, seja em face da concessão de algum direito às partes em litígio. Essas sentenças são as mais difíceis de serem equacionadas financeiramente e têm sido muito utilizadas no Brasil atual para a implementação de alguns direitos sociais, como será exposto mais adiante.

a. Efeitos passados: O sistema de precatórios e o pagamento do passivo. Prós e contras

10. Prescreve a Constituição em seu art. 100¹⁰ que à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública (Federal, Estadual ou Municipal), em virtude de sentença

¹⁰ Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

judiciária, serão realizados (a) exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e (b) à conta dos créditos respectivos; sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para este fim.

Ou seja, não existe o pagamento de efeitos financeiros passados de sentenças judiciais “na boca do caixa”, exceto as “de pequeno valor”, abaixo referidas. Deve-se obedecer ao sistema orçamentário prescrito pela Constituição e que vincula todos os entes subnacionais.

Ao final de cada processo judicial que importe em custos para o Erário, tendo sido este condenado a pagar parcelas passadas, o valor da sentença deve ser “liquidado”, isto é, apurado com precisão e formalizado em um documento denominado “precatório”. O conjunto de valores existentes nos precatórios que tramitaram em cada Tribunal é consolidado pela cúpula do Poder Judiciário e remetido ao Poder Executivo para que este inclua no Projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA) encaminhado ao Legislativo. O Projeto de Lei Orçamentária Anual deve ser enviado pelo Poder Executivo ao Legislativo até 31 de agosto de cada ano. Os Tribunais devem enviar ao Poder Executivo o valor que necessitam para pagamento do total de precatórios até 1º de julho de cada ano.

Na Lei Orçamentária aprovada consta o valor que cada Tribunal deverá receber do Poder Executivo para pagamento de precatórios ao longo do ano.

Como reza o art. 100, CF, não são indicados os nomes das partes e nada que identifique quem serão os beneficiários daqueles valores, a fim de evitar beneficiamento por ocasião do pagamento.

Dessa forma, ao longo do ano, o Poder Executivo libera recursos aos Tribunais para pagamento daqueles precatórios, o que é realizado pelo Tribunal, de acordo com a “ordem cronológica” de sua apresentação. Isto é de suma importância pois, de conformidade com o que acima foi mencionado, quem primeiro tiver habilitado seu precatório naquele Tribunal receberá antes o dinheiro no ano posterior, pois é criada uma fila de acordo com a “ordem cronológica dos precatórios”. Não raro acontece da formalização de um precatório ocorrer após a data fatal de 1º de julho, quando então a previsão de ingresso na Lei

Orçamentária passa a ser a do ano posterior, e a do recebimento dos valores no ano seguinte.

11. O art. 100 da CF determina a realização de duas “filas” de precatórios. Uma para os créditos de natureza alimentícia e outra para os demais créditos contra o poder público obtidos em decorrência de ordem judicial.

Créditos de natureza alimentícia, como o nome indica, são aqueles oriundos de valores que o credor dele se utiliza para se alimentar, tal como salário e pensões, dentre outros. Valores como o decorrente de desapropriação, não tem o caráter alimentício.

12. Caso a ordem cronológica não tenha sido respeitada, o credor prejudicado poderá requerer ao Presidente do Tribunal o seqüestro da quantia a que faz jus.

13. Este sistema não se aplica a quantias de pequeno valor, que são pagas de forma imediata, custeadas por meio de um fundo orçamentário previsto para esta finalidade. Considera-se pequeno valor o montante de até 60 salários mínimos nas lides contra a União.

14. Este sistema, que apresenta amplas vantagens do ponto de vista financeiro, possui algumas dificuldades operacionais, em face do seguinte dilema que surge em quem se encontra chefiando o Poder Executivo e que é, em última palavra, o responsável pelas finanças: Ou paga os precatórios (dívida realizada pelos governos anteriores) ou realiza as obras e os investimentos previstos em seu plano de governo?

Esse dilema é muito comum nos Estados e nos Municípios, e raro na União, onde o controle orçamentário é mais rígido. Alguns Estados, como o de São Paulo, o mais rico da Federação brasileira, o valor pendente de pagamento em precatórios é enorme, sendo transferidos de um ano para outro sem qualquer efetividade.

Normas já revogadas previam a possibilidade inclusive de intervenção federal no Estado em que isso ocorresse, a partir de requisição do Poder Judiciário (Federal ou Estadual), mas isso nunca foi implementado por várias razões, dentre elas pela completa falta de razoabilidade da medida. Afinal, para que fazer a intervenção fede-

ral em um Estado se o interesse do credor é apenas o de receber os valores que lhe são devidos? É mais eficaz seqüestrar os valores da conta corrente do ente público devedor e pagar o devedor – o que foi mantido nas normas ora vigentes.

b. Efeitos futuros: Inclusão na previsão orçamentária

15. Quando uma decisão determina que o poder público realize uma obra ou efetue um gasto, e, processualmente, essa decisão encontra-se apta a ser executada, a fórmula financeira é relativamente simples. Basta que o poder público envolvido naquela ação judicial inclua em seu orçamento futuro os valores necessários para o cumprimento da determinação judicial. Por exemplo, quando uma decisão judicial determina que um Município forneça aos estudantes mais carteiras ou salas de aula, estes gastos devem ser incluídos no planejamento financeiro rotineiro, por meio de previsão expressa no projeto de Lei Orçamentária a ser enviado do Poder Legislativo, a quem incumbe a aprovação e discussão daquela referida Lei. Os gastos são *realizados* pelo Executivo, mas *previstos* pelo Legislativo. A inclusão de uma dessas parcelas futuras (de obras, compras ou serviços, por exemplo, por força de ordem judicial), limitam a possibilidade do Legislativo dispor do dinheiro público referente àqueles valores.

Logo, o equacionamento financeiro da determinação judicial para desembolso de parcelas futuras não gera uma dificuldade financeira, em face do sistema orçamentário brasileiro.

c. Efeitos imediatos: Ponto central do problema

16. Grandes dificuldades financeiras decorrem daquelas situações em que a sentença determina o desembolso *imediato* de um valor em favor de alguém, ou a realização *imediata* de uma determinada obra, compra ou serviço. Ou ainda, a incorporação *imediata* de valores na remuneração de servidores públicos.

Essa situação gera enormes desconfortos e possui poucas alternativas de solução.

O sistema de pagamento imediato de pequenos valores, abaixo de US\$10 mil, previsto em substituição ao sistema de precatórios (acima descrito) é uma fórmula que foi criada para implementar gastos dessa natureza, decorrentes de processos judiciais onde o valor envolvido é de pequena monta. A solução nesse caso foi a criação de um fundo financeiro na LOA que ampare estes gastos. Porém mesmo esse sistema possui limites, uma vez que o planejamento financeiro se dá por estimativa da realização desse tipo de despesas de um ano para outro. Assim, caso haja alguma espécie de “desequilíbrio” com o acréscimo desmesurado dessas condenações, o fundo financeiro se esgotará e haverá a necessidade de pedir suplementação de verbas.

17. Na prática judicial brasileira, o que se vê é o singelo bloqueio de dinheiro público disponível nos bancos, por meio de ordem judicial, com a ameaça de prisão dos responsáveis em caso de desobediência da ordem judicial. Alguns exemplos serão descritos adiante.

Essa, a meu ver, é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, por meio de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito por intermédio de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de *política pública*, que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de em um conjunto deles. Esse tipo de decisão pode ser usada em casos excepcionalíssimos, restritivíssimos, e não como ocorre atualmente. É “exceção rara” e não “regra usual”.

Em muitos desses casos – alguns dos quais serão comentados adiante – não se está diante de uma “discricionariedade do administrador” mas de uma “discricionariedade do legislador”, que é substituída por força de uma ordem judicial, que implementa uma “discricionariedade judicial” no contexto pontualizado de um pedido individualizado em um processo judicial.

Não há como fazer planejamento financeiro em caso de ordens judiciais para *imediato* desembolso de valores sem que haja um míni-

mo de previsão orçamentária para isso. A fórmula brasileira de pagamento de despesas de pequeno valor, em caso de precatórios, é uma solução inventiva, justa e adequada, que resolveu um problema real por meio de uma lei. A fórmula de bloqueio judicial de valores, “na boca do caixa”, não me parece ser a melhor solução, embora venha sendo aplicada para este tipo de decisão judicial com efeito de desembolso imediato de valores por parte do poder público, que usualmente ocorre em face de decisões liminares, e não definitivas de mérito.

2.3 Pode-se limitar a efetividade das decisões judiciais por falta de indicação da fonte de receita?

18. Este foi um debate acirrado na doutrina e na jurisprudência italiana, tendo gerado inclusive um seminário nacional, convocado pelo Tribunal Constitucional, para esclarecer a questão¹¹. Debatia-se então naquele país se a despesa que viesse a ser criada por uma decisão judicial deveria obedecer ao que estabelece a Constituição Italiana, em especial o 4º parágrafo do art. 81¹² que menciona: “Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.”

No Brasil, existe um preceito semelhante, embora não-idêntico, que é o art. 167, I e II, que determina ser vedado “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” e “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

O ponto central do debate italiano decorre do fato de que no sistema jurídico daquele país:

¹¹ “*Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, nc, della Costituzione. Atti del Seminario (Roma, Palazzo della Consulta, 8-9 novembre 1991)*”. Milano, Giuffrè, 1993. Ver também o livro de Enrico Grosso, “*Sentenze Costituzionali di Spesa ‘Che non Costino’*” Torino, Giappichelli, 1991.

¹² O texto completo do art. 81 é o seguinte: “Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese. Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.”

- a) Os efeitos financeiros passados decorrentes de sentença judicial podem ser exigidos de imediato – o que gera uma dificuldade financeira para a organização das finanças públicas como foi assinalado pela doutrina.

No Brasil, como visto acima, a fórmula financeira para a solução desta questão é a do sistema de precatórios, que não deixa de apresentar problemas, mas de outra natureza.

- b) Na Itália vigora o sistema de nulidade absoluta da norma constitucional, sem possibilidade de modulação temporal dos efeitos nas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade de normas. Ou seja, todas as decisões acabam por determinar a completa nulidade da lei (art. 136 da Constituição Italiana¹³), permitindo a geração de passivos financeiros enormes, exigíveis de imediato. Existe uma construção jurisprudencial italiana sobre modulação de efeitos, mas que é aplicada *cum granu salis*.

No Brasil existe a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões de controle de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/99¹⁴), seja no controle concentrado, seja no difuso, este quando exercido pelo STF.

O debate foi ultrapassado pela doutrina italiana, após acirradas discussões, afastando do âmbito das decisões judiciais a exigência de cumprimento da regra do art. 81, § 4º, da Constituição Italiana, uma vez que a determinação da fonte de recursos que sustente o gasto público determinado é aplicável apenas para o Poder Legislativo e não para o Poder Judiciário. A situação brasileira é idêntica à italiana, não

¹³ Art. 136: Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

¹⁴ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

se aplicando o art. 166, I e II, da CF/88 ao debate sobre sentenças que geram custos.

19. A dificuldade comum a ambos os países é a das exigências judiciais *imediatas* de desembolso. Contudo, uma vez que o Princípio da Discricionariedade do Legislador é bastante forte na Itália, não se encontra com frequência a implementação de direitos sociais hauridos diretamente da Constituição, sem mediação legislativa. Via de regra, a Corte Constitucional italiana identifica uma lacuna referente aos direitos sociais e remete a discussão ao Legislativo, ao invés de implementá-los diretamente da Constituição. Este tipo de solução dá ao problema com outro enfoque em comparação ao caso brasileiro. No Brasil, as “sentenças que custam” com efeitos imediatos são proferidas usualmente sobre direitos sociais concedidos pelo Poder Judiciário a margem da Lei e dos regulamentos, mas com respaldo direto na Constituição; na Itália, a implementação direta da Constituição é uma hipótese extremamente excepcional.

Dessa forma, pode-se sumarizar mencionando que as “sentenças que custam” com efeitos imediatos, na Itália, decorrem de lacunas na Lei, que contempla uma categoria profissional ou econômica com um benefício que deveria ter sido estendido a outras e não o foi. Ou seja, debate-se com base no Princípio da Igualdade. Porém, em face da inexistência de um sistema como o de “precatórios” todas estas decisões implicam na imediata obrigação de pagar – o que nem sempre acontece em face da inexistência de fundos previstos para tal dispêndio, o que se constitui em uma limitação fática colocada nas mãos do ordenador de despesas, que terá que cancelar a seu alvedrio um gasto para obedecer a ordem judicial, o que nem sempre acontece.

No Brasil as “sentenças que custam” com efeitos imediatos decorrem muito mais da implementação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, a margem de norma legal ou regulamentar, e a margem de todo o sistema orçamentário estabelecido pela própria Constituição. Daí que surge a questão sobre “quem ordena o pagamento da conta”.

3. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS

3.1 A Justiça Constitucional como Legislador Negativo e como Legislador Positivo

20. De início, deve-se dividir o papel a ser desempenhado pela Justiça Constitucional enquanto *legislador negativo* e enquanto *legislador positivo*.

21. De pronto afasta-se a possibilidade de implementação de direitos sociais na hipótese da Justiça Constitucional desempenhar o papel de *legislador negativo*, pois, nesses casos, usualmente se apresenta “sem custos”.

Esse tipo de decisão pode ocorrer em face de um pedido de isonomia de uma categoria profissional com outra, seja por meio de controle concentrado ou difuso – o que pode ou não incluir o STF.

Pouco tempo após a promulgação da Constituição, em 1993, em análise de controle concentrado, o STF julgou a ADI 896-DF, cujo relator foi o Moreira Alves, na qual foi decidido, por maioria de votos, o seguinte:

Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem que alcançar a todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos só lhe permite agir como legislador negativo.

No mesmo sentido, em 1998, decidindo em controle difuso, o STF, tendo o mesmo Ministro Moreira Alves como Relator do RE 173.252, proferiu decisão confirmando a validade de uma Súmula anterior à atual Constituição, de número 339, segundo a qual “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimento dos servidores públicos, sob fundamento de isonomia”.

Na decisão ficou claro que o § 1º, do art. 39, da CF/88¹⁵, que trata da isonomia de vencimentos entre os Poderes da República, não poderia ser implementado por sentença

não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador. Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIPO), que, se procedente, dará margem a que, dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo, para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio, o que, eliminando o benefício dado a um cargo quando deveria abranger também outros com atribuições iguais ou assemelhadas, impede a sua extensão a estes.

Como pode ser visto, neste segundo caso, o STF negou a extensão dos benefícios concedidos aos servidores públicos de uma determinada carreira, que pediam com base no Princípio de Igualdade constitucionalmente previsto. A tese foi da impossibilidade de agir como legislador positivo, mas apenas como negativo. E, no máximo, seria cabível a impetração, pela via do controle concentrado, de ADIPO, a fim de que, se pertinente, fosse dado ao Poder Legislativo ciência da “lacuna”, para que fosse preenchida legislativamente.

Outras inúmeras decisões seguem o mesmo teor, como pode ser visto no Ag.Reg.RE 475.915, de 17 de outubro de 2006, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres, na qual foram mencionados vários julgados no mesmo sentido.

22. A situação se modifica substancialmente quando a Justiça Constitucional se atribui o papel de *Legislador Positivo*, seja por meio do controle difuso, seja por meio do controle concentrado. E isso ocorre de maneira mais freqüente no Brasil quando se trata da implementação de direitos sociais. Nesses casos, é usual a edição de sentenças aditivas, como as que se verifica abaixo.

¹⁵ Na época do julgamento vigorava o seguinte texto: “§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

a. *Posição do STF sobre o direito à saúde*

23. A Constituição brasileira estabelece em seu art. 196 que

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

É nítido que esse preceito determina um direito à saúde por meio de “políticas sociais e econômicas”, porém, por intermédio de controle difuso de constitucionalidade, a interpretação que vem sendo dada a este preceito pelo STF é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não por meio da implementação de uma *política pública*. *Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.*

Existe toda uma série de decisões nesse sentido. Uma das mais citadas é a Petição 1.246-1, proveniente do Estado de Santa Catarina, na qual foi relator o Ministro Celso de Mello. Esta decisão vem sendo reiteradamente mencionada pelo STF como paradigmática do seu reconhecimento do direito à saúde (art. 196, CF).

O caso começou com a propositura de uma Ação Cautelar por João Batista Gonçalves Cordeiro contra o Estado de Santa Catarina¹⁶. O autor era menor de idade e portador de uma doença rara denominada *Distrofia Muscular de Duchene*, moléstia degenerativa de células musculares, que leva à morte prematura de suas vítimas. Alegava existir um tratamento em uma clínica norte-americana a partir de células de doadores sadios que curariam a sua doença e que a Constituição brasileira, com base no art. 196 (acima transcrito), dentre outros, lhe assegurava o direito à saúde. Para tanto, pedia que lhe fosse concedido diretamente por aquele Estado-Membro o valor equivalente a US\$63 mil para custeio do tratamento.

A Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araranguá (Município do interior do Estado de Santa Catarina) concedeu a liminar e

¹⁶ Todos os detalhes processuais estão disponíveis no AgRegPet 1246-1-SC, em: <www.stf.gov.br>.

determinou ao Estado que disponibilizasse o valor requerido em 48 horas, ou formalmente se responsabilizasse pelo custeio.

O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça para obter a suspensão daquela liminar, o que foi concedido após alguma discussão processual¹⁷. Nesse interregno, contudo, a Juíza de Direito ordenou o bloqueio do dinheiro junto ao Banco do Estado de Santa Catarina, que administrava a receita do Estado, e a imediata transferência dos valores à mãe do menor. Após algumas outras batalhas processuais, o Tribunal de Justiça determinou que o dinheiro fosse, imediatamente, liberado pelo Estado. O gerente do Banco se negou a cumprir a ordem judicial, com o que foi ameaçado de prisão pelo crime de desobediência.

O Estado decidiu então pedir diretamente ao STF a suspensão daquela liminar, alegando a violação dos arts. 37, 100 e 167 da Constituição, por ter havido determinação de pagamento (a) sem amparo orçamentário, e (b) sem lei que o determinasse. Argumentou também com a violação do Princípio da Separação de Poderes.

O Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência da Corte, por despacho singular não concedeu a suspensão com base nos seguintes argumentos:

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 esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

O Estado de Santa Catarina recorreu ao Plenário do STF para tentar reverter o bloqueio e a iminente liberação dos recursos, usando os mesmos argumentos jurídicos referentes às normas constitucionais acima mencionadas, e mais que:

- a) Normas programáticas “não obrigam o Estado a custear tratamento médico-hospitalar não abrangido pelas ações e serviços públicos de saúde”;

¹⁷ Na verdade, foi indeferido o pedido de “suspensão de segurança”, mas deferido o pedido posterior de “efeito suspensivo” ao agravo de instrumento interposto.

- b) Argumenta ainda que não teve a oportunidade de discutir os valores envolvidos e a legitimidade dos documentos apresentados, e que a soma envolvida seria muito ampliada, em face do precedente criado, e que isso “ameaça arruinar a política e os programas de acesso igualitário às ações e aos serviços de saúde regulamentados por lei, prejudicando milhões em proveito de poucos em Santa Catarina”;
- c) O tratamento requerido é experimental, não reconhecido como válido pelo Sistema Único de Saúde do Brasil – SUS, “não havendo nem um único caso em que” esse tratamento tenha curado pacientes com a doença do Autor;
- d) Argumenta ainda que “se o fato de *ser a saúde dever do Estado* importa o direito a prestações pecuniárias do poder público necessárias à realização de tratamento (experimental ou não) não abrangido pelas ações e serviços públicos, nos termos da lei, então haver-se-á de reconhecer um direito irrestrito de todas as pessoas ao que de melhor, mais caro e mais avançado existir no mundo todo em termos de assistência médico-hospitalar para os mais variados males, muitos deles tratados com mais eficácia fora do país, o que seria uma dádiva, mas não realizável”;
- e) Por fim, demonstra os riscos que a decisão liminar acarreta à saúde e à vida de milhares de doentes pobres e que dependem de tratamento inadiável em razão dos limitados recursos estabelecidos pela lei para os programas e políticas públicas de atendimento à população universalmente considerada, pois esses ficarão restringidos em face da transferência de recursos ordenada pela decisão judicial para outras finalidades que não as previstas em lei.

O Plenário, em 10 de abril de 1997, à vista desses argumentos, decidiu não enfrentar o caso, preferindo se utilizar de um argumento

processual para não decidir. Por unanimidade deliberaram não ser processualmente cabível a utilização de “Suspensão de Segurança” entre um Tribunal de Justiça de um Estado e o STF, mas apenas entre os Tribunais Federais e Superiores e o STF.

Com isso, foi prejudicado o debate, mas as razões expostas na decisão singular do Ministro Celso de Mello permanecem até hoje como fundamento das demais decisões da Corte, como pode ser visto pela ementa abaixo transcrita, que teve por relator o mesmo Ministro¹⁸:

EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF).

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. 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, 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

¹⁸ RE 393.175-AgR / RS, de 12 de dezembro de 2006.

compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. 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 (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. Precedentes do STF.

24. Dessa maneira, há no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o *direito à saúde* previsto no art. 196 da Constituição, por meio de um sistema de Justiça Constitucional difusa. Fazem de forma individual o que deveria ser implementado por meio de políticas públicas – o que pressupõem o alcance de uma coletividade de indivíduos por intermédio de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Com essas decisões os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abaladas financeiramente, e comprometida sua capacidade de implementação. Confunde-se *direitos individuais* com *direitos sociais*. Em alguns Estados, como o do Rio Grande do Sul, notícias da imprensa dão conta que já existem mais de 20 mil ações envolvendo medicamentos e ordens judiciais e o valor passou de US\$5 milhões em 2005 para US\$13 milhões em 2006 (o que já corresponde a 25% do orçamento total da Secretaria de Saúde daquele Estado), sendo que desse total cerca de US\$10 milhões já tramitam por meio de bloqueio direto de dinheiro na conta corrente do Estado.¹⁹ A notícia informa também alguns tipos de fraudes que vem ocorrendo nesse

¹⁹ Jornal Valor Econômico, 12 de fevereiro de 2007, na reportagem de Fernando Teixeira intitulada “Governo do Rio Grande do Sul sofre bloqueios de conta para custear medicamentos”.

processo, tal como a obtenção do dinheiro para compra de automóveis, ao invés dos alegados medicamentos.

b. Posição do STF sobre o direito à educação

25. O que acontece com o *direito à educação* é semelhante ao que acima foi relatado quanto ao *direito à saúde*. A diferença é que o *direito à saúde* pode ser considerado individualmente enquanto que o *direito à educação* é sempre coletivo. Porém, em ambos os casos, a repercussão financeira da *sentença aditiva* é enorme e imediata.

O caso paradigmático sobre *direito à educação* também teve como relator o Ministro Celso de Mello.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Município de Santo André, obrigando-o a providenciar vaga às crianças em creches e pré-escolas próximas de sua residência, decorrente do que estabelece o art. 208, IV, da CF/88, assim grafado: “Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”²⁰. O juiz de primeira instância proferiu sentença aditiva, obrigando o Município a fazê-lo de imediato.

O Município recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que alterou a decisão por maioria de votos²¹, sob o fundamento de que

ainda que a responsabilidade municipal quanto à prioridade do atendimento a ser propiciado a crianças em creche e pré-escola seja indiscutível, o Poder Judiciário não pode compelir o Município de Santo André a assegurar tal serviço sem a análise mais aprofundada das providências já ordenadas para atender a procura de vagas na região, sob pena de, eventualmente, e, por igual, estar-se ferindo o direito daquelas crianças que passarão a dividir espaço com outras em provável detrimento da qualidade dos serviços a serem propiciados a todas. Nesse sentido, a tese da discricionariedade administrativa é de ser aceita, pois ao Município cabe, a vista do planeja-

²⁰ Este inciso está de acordo com a redação da época do processo.

²¹ Embargos Infringentes 99.259.0/2-01, da Câmara Especial, de 14.7.2003, tendo sido Relator o Desembargador Roberto Vallim Bellocchi. Voto 16.937.

mento de seus atos, diante de ampla política de atendimento à criança e ao adolescente preconizada pela Lei Maior, providenciar o atendimento às regiões carentes e a colocação das crianças em creches e pré-escolas a partir de ações articuladas com outras áreas de sua ação, verificando a adequação de cada estabelecimento já disponibilizado para receber novas crianças segundo o número de vagas a serem implementadas, considerando a infra-estrutura própria de cada local, para garantir a efetividade de estar sendo atingida a finalidade educativa.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo fez um Recurso Extraordinário para o STF, alegando infringência direta da Constituição. O recurso foi admitido²².

O Município recorreu contra a admissão do RE argumentando que:

- a) O art. 208, IV, da CF, obriga a todos os entes federados, e não apenas aos Municípios. Logo, o efeito financeiro deve ser distribuído entre todos os entes subnacionais, e não apenas no municipal.
- b) Isto obriga a dar atendimento organizado a centenas de crianças, com qualidade, segurança e proteção, dentro dos recursos que o orçamento público permite.
- c) A carência de novos recursos orçamentários impediu a expansão do ensino infantil.
- d) Os deferimentos das ordens judiciais obrigando as matrículas de crianças em creches se configura um indevida ingerência do Judiciário na área de atuação do Executivo, que viola o Princípio da Separação de Poderes.

O STF manteve sua decisão, obrigando o Município a abrir todas as vagas exigidas pela ordem judicial de primeira instância. Em seu voto, o Ministro Relator Celso de Mello trata da fundamentalidade do direito à educação, e menciona que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível,

²² Trata-se do RE 410.715-5-SP. Ver também a decisão proferida no agravo regimental interposto pelo Município de Santo André (AgRegRE 410.715-SP).

no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘*reserva do possível*’. Doutrina.

Verifica-se, portanto, que também no *direito à educação* a aplicabilidade direta da Constituição vem ocorrendo usualmente no âmbito do STF, gerando sentenças amplamente aditivas e com efeitos imediatos.

c. *Posição do STF sobre o custo dos direitos previdenciários*

26. É curioso que o STF adote procedimento diverso quando trata de direitos previdenciários. Nesses, seu comportamento é de exigir fonte de custeio para a concessão do benefício. Pode-se ver isso em vários julgados, todos eles declarando inconstitucionais leis estaduais que criaram ou estenderam benefícios previdenciários a servidores ou a seus dependentes, sem a correspondente fonte de custeio. Dentre outros, pode-se ver isso na:

- a) ADI 838, de 13 de agosto de 1998, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o Governador e a Assembléia Legislativa do Distrito Federal;
- b) ADI 2.311, de 7 de março de 2002, proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul contra a Assembléia Legislativa daquele Estado; e na
- c) ADI 1.002, de 6 de fevereiro de 2003, proposta pelo Governador do Estado de Rondônia contra a Assembléia Legislativa daquele Estado.

Em todos esses casos o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei em face da falta de fonte de recursos, alegando que, para efeito do sistema previdenciário, deveria ter sido respeitado o art. 195, § 5º, da Constituição, assim grafado: “§ 5º Nenhum benefício ou ser-

viço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem'a correspondente fonte de custeio total."

27. Existe um aspecto que merece mais acurada análise. Observe-se que:

- a) quando o Poder Judiciário concede direitos sociais diretamente da Constituição lhe é irrelevante a fonte de custeio; mas,
- b) quando o Poder Legislativo amplia benefício previdenciários a fonte de custeio torna-se relevante.

Anteriormente foi mencionado que tanto a regra da Constituição italiana (art. 81, § 4º) quanto a da Constituição brasileira (art. 166, I e II; e art. 196, § 5º) que exigem a determinação da fonte dos recursos para a realização de novas despesas, são aplicáveis apenas ao Poder Legislativo, mas não ao Poder Judiciário. E é exatamente isso que vem sendo praticado pela jurisprudência brasileira, quando o direito social advém de um sistema normativo já estabelecido, como o previdenciário, mas não é o que ocorre quando as decisões implementam direitos sociais diretamente da Constituição.

Todavia, para ambas as situações, é necessário destacar a existência e um limite real, fático, concreto, para além das normas escritas. Trata-se daquilo que a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão passou a ser conhecido pelo nome de "Reserva do Possível", e que adiante será analisado.

4. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: RESERVA DO POSSÍVEL, DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR E DIREITOS SOCIAIS

27. Os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada "Limite do Orçamento", que depois foi trasladada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, com o nome de "Reserva do Possível". O significado é o mesmo: *todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral.*

No caso em apreço²³, duas Universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos²⁴ ao curso de “medicina humana” (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o currículo do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos *campi* daquela Universidade. Foi contra essas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-Membros da Alemanha.

O Tribunal Constitucional alemão entende que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada por

seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. (...) Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.

Tal limitação, contudo, “passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior.” Dessa forma, ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o

²³ BVERFGE 33, 303, de 18 de julho de 1972, extraído da obra “Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão” (Montevideu, Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656/667)

²⁴ Como regra, o acesso ao ensino superior é amplo e direto em vários países europeus, em face da inexistência de número de vagas nos cursos. No Brasil, diferentemente, existe uma seleção prévia ao ingresso no ensino superior, em face do número de vagas ser previamente determinado. Essa seleção denomina-se de “vestibular”.

Tribunal Constitucional Alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela

reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral.

A partir dessas considerações surgem dois aspectos fundamentais para o debate dos direitos sociais: (1) Saber quem paga a conta dos gastos realizados e (2) quem estabelece as prioridades para a realização desses gastos.

28. Quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, seja por meio dos tributos que paga diretamente na condição de contribuinte, seja indiretamente na aquisição de bens ou serviços, nos quais esses se encontram. O Estado é financiado por tributos, pagos de forma desigual entre as pessoas – e aqui se encontra uma primeira possibilidade de implementação de Justiça, pois se deve cobrar mais de quem pode pagar mais, o que nem sempre ocorre.

Se a sociedade demanda a presença maior do Estado, deve arcar com maior cobrança de tributos – e se esta cobrança for efetuada de modo mais equânime, muito melhor.

29. E quem determina as prioridades para a realização desses gastos públicos?

No Brasil, como visto acima, deve ser o Poder Legislativo – como aliás, em todos os países “ocidentais” –, por meio do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em *curto* e *médio* prazo – os objetivos de *longo* prazo estão previstos na Constituição. A isto se chama “*discrecionariedade do legislador*”.

A função do Poder Executivo é a de realizar esses gastos, da forma e no limite estabelecidos pela lei. Claro que existe uma margem de “*discrecionariedade administrativa*”, mas esta é circunscrita pelas normas constitucionais e legais que regem as situações concretas sob responsabilidade da Administração.

O papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar “*discrecionariedade legislativa*” em “*discrecionariedade judi-*

cial”, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei. Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo – é o “Limite do Orçamento” de que falam os economistas, ou a “Reserva do Possível” dos juristas.

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como “descobrir um santo para cobrir outro”.

30. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa proferir “sentenças aditivas”. Pode e deve fazê-lo nos limites da lei. No Brasil, por exemplo, nos termos do que prescreve o Mandado de Injunção²⁵, ou seja, quando houver falta de norma regulamentadora que “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania”.

A efetividade desse instituto segue idêntica trajetória da composição do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente teve apenas valor retórico, idêntico ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIPO²⁶. Posteriormente, com uma pequena mudança na Corte, surgiram os votos dissidentes²⁷. Em um passo posterior já se podia ouvir a voz dos arrependidos²⁸. Recentemente passou-se a

²⁵ CF/88, art. 5º, LXXI.

²⁶ MI-QO 107-3, de 23 de novembro de 1989, unânime, Relator Moreira Alves. Além dele, compunham a Corte os Ministros Néri da Silveira, Paulo Brossard, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Francisco Rezek estava ausente.

²⁷ Ver, por todos, o MI 176-6, de 9 de abril de 1992, maioria, Relator Carlos Mário. Da composição anterior haviam se retirado do Tribunal os Ministros Rezek, Passarinho e Madeira. E ingressado o relator, e os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

²⁸ Ver, por todos, o MI 608-3, unanimidade pelo não conhecimento, de 1º de junho de 2000, relator Sepúlveda Pertence. Da composição de 1989 permanecia, além

considerar que seus efeitos não são apenas declaratórios, mas constitutivos²⁹, com efeitos *inter partes*, até que o Congresso legisle sobre a matéria.

Esta evolução é seguramente um passo adiante no sistema de Justiça Constitucional no Brasil. É preciso ter cautela, contudo, para que dentre as decisões a serem proferidas, aquelas que se configurarem como *sentenças aditivas* não venham a ser proferidas com efeitos financeiros *imediatos* contra os cofres públicos, sob pena de serem mantidas as mesmas dificuldades hoje existentes, apenas que sob outra roupagem.

do relator, os Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Néri da Silveira e Sydney Sanches (estes dois ausentes do julgamento). E os Ministros que já se encontravam em 1992: Carlos Mário, Marco Aurélio e Ilmar Galvão (ausente do julgamento). E dois novos haviam ingressado: Maurício Correa e Nelson Jobim.

²⁹ MI 721, sobre aposentadoria especial, Relator Marco Aurélio. MI 712, sobre direito de greve de servidores públicos, Relator Eros Grau. MI 670, também sobre direito de greve de servidores públicos, Relator Maurício Correa, com voto de Gilmar Mendes. Todos esses julgamentos encontram-se em curso, com “pedido de vistas”. Ver Informativos do STF ns. 450, 442 e 430. Bastante elucidativa desta evolução foi a decisão do STF em 1º de março de 2007 no MI 695-4, sobre aviso prévio proporcional, Relator Sepúlveda Pertence, onde o STF asseverou a mudança de posicionamento, mas julgou tal como antes, em face do pedido ter sido formulado nos mesmos termos da ADIPO – Ver revista Consultor Jurídico de 2 de março de 2007 em <www.conjur.estadao.com.br>, em reportagem de Maria Fernanda Eldelyi.