

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL I**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-735-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinobrasil.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

Apresentação

No XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em Porto Alegre nos dias 14, 15 e 16 de Novembro de 2018, o GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, tivemos no GT n. 1, uma vez que foram dois GTs para dar conta das dezenas de trabalhos aprovados, a apresentação dos 16 trabalhos aprovados. Estão contempladas as três áreas da Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social), bem como outros direitos sociais constantes no artigo 6º da Carta Maior de 2018, que completou 30 anos em 05 /10/88.

Fizemos, a seguir, uma breve sinopse destes trabalhos, todos de elevada qualidade, contribuindo ao processo de debate e reflexão crítica acerca dos direitos sociais nesta seara.

Vejamos:

No primeiro artigo “TRANSGENERIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: NOVOS HORIZONTES PARA SEGURADOS(AS) TRANS FRENTE ÀS MUDANÇAS JURÍDICAS NO CONTEXTO NACIONAL”, de Beatriz Lourenço Mendes , José Ricardo Caetano Costa, os autores enfocam os reflexos das mudanças jurídicas civis recentes para as pessoas trans no campo previdenciário, a partir da possibilidade de mudança do prenome e gênero diretamente no cartório civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização e de autorização judicial, diante da ADIN n. 4.275, pelo STF, enfocando os reflexos desta nos direitos previdenciários.

No artigo “A (I)LEGALIDADE DO INDEFERIMENTO PELA AUTARQUIA FEDERAL DO BENEFÍCIO RURAL EM RAZÃO DO LABOR URBANO DO CONJUGE!”, de Nisslane Magalhaes De Siqueira, a autora analisa a situação do trabalhador rural, que desenvolve seu labor em conjunto com o seu núcleo familiar, contudo face a escassez de recursos, um dos cônjuges desloca-se para centros urbanos aventurando melhores condições de vida, sem que isso implique na mudança dos demais membros da família, que continuam laborando no campo.

No artigo “A APOSENTADORIA ESPECIAL DO GUARDA CIVIL MUNICIPAL”, de Luiz Gustavo Boiam Pancotti , Jesus Nagib Beschizza Feres, os autores analisam o direito

dos guardas municipais à aposentadoria especial, diante da omissão legislativa, enfocando o ajuizamento dos inúmeros Mandados de Injunção que foram impetrados visando a aplicação dos requisitos previstos na LC 51/85 que trata da aposentadoria dos policiais.

No artigo “A OPACIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO”, de Guillermo Rojas De Cerqueira César, o autor pretende compreender a tensão existente na concessão de benefícios através do fenômeno da opacidade do direito previdenciário, concluindo que a opção política é a manutenção da segregação informacional e esvaziamento do sistema previdenciário.

No artigo “A COERÊNCIA DO DIREITO AO ADICIONAL DE 25% EM OUTRAS ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM ATENDIMENTO À ISONOMIA DE TRATAMENTO AOS SEGURADOS”, de João Carlos Fazano Sciarini, o autor aborda a possibilidade de estender a outros benefícios previdenciários o acréscimo de 25%, já que a lei apenas assegura tal benesse a aposentadoria por invalidez, utilizando para tanto, da doutrina e jurisprudência, observando recente decisão do STJ.

No artigo “AUXÍLIO-RECLUSÃO: ANÁLISE CRÍTICA DOS REQUISITOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA”, de Joana Cristina Paulino Bernardes, a autora analisa o benefício do auxílio-reclusão, enquanto benefício previdenciário concedido ao conjunto de dependentes de segurado recolhido à prisão, avaliando as questões controvertidas que devem ser analisadas em relação a este benefício.

No artigo “A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE E A TERATOLOGIA DA TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS”, de Ana Paula De Jesus Souza , Augusto Cesar Leite de Resende, os autores buscam promover uma análise teórica acerca do direito à saúde na Constituição Federal, explorando os mecanismos de efetivação desse direito, apontando pela necessidade de implementação por meio de políticas públicas para a real concretização destes direitos.

No artigo “AS PRÁTICAS INTEGRATIVAS E COMPLEMENTARES DO SUS COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Maria Claudia Crespo Brauner , Rodrigo Gomes Flores, os autores objetivam analisar a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) como alternativa à judicialização do acesso à saúde pública à luz da bioética.

No artigo “AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL”, de Cássia Daiane Maier Gloger , Alan Peixoto de Oliveira, os autores buscam analisar as Políticas Públicas implementadas no Brasil em prol das Pessoas com Deficiência,

tendo como suporte a obra de Erus Roberto Grau, além da legislação constitucional e infraconstitucional que embasam as normas sociais inclusivas no Brasil.

No artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: INCLUSÃO E EXCLUSÃO DOS SUBINTEGRADOS”, de Leonardo Furian, é analisado o direito a um salário mínimo do artigo 203, V, da Constituição brasileira de 1988, aos deficientes ou idosos em situação de miserabilidade, pela perspectiva sistêmica e o meta-código inclusão/exclusão, questionando se essa “garantia” é suficiente para inclusão das pessoas.

No artigo “A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: O ANTAGONISMO DO CONCEITO ENTRE A LEI E A PRÁTICA”, de Joice Paulo Van Der Sand, o autor faz uma reflexão sobre o conceito de vulnerabilidade social, considerado requisito para a concessão do benefício de Prestação Continuada – BPC, pela Previdência Social, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

No artigo “UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO ECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À LUZ DO DIREITO AO MÍNIMO PARA EXISTÊNCIA CONDIGNA”, de Camila Arraes de Alencar Pimenta , Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães, as autores buscam investigar a aplicação do critério econômico previsto na Lei Orgânica de Assistência Social para a concessão do BPC, bem como os projetos de lei que propõem a sua alteração.

No artigo “DIREITOS SOCIAIS EM GERARDO PISARELLO: DESCONSTRUINDO MITOS E RECONSTRUINDO GARANTIAS”, de André Luís dos Santos Mottin, o autor utiliza a obra “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”, de Gerardo Pisarello, buscando analisar de forma crítica alguns dos “mitos” difundidos sobre os direitos sociais tendentes a mitigar a força histórica, axiológica, teórica e dogmática desses direitos.

No artigo “O DEBATE BRASILEIRO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES”, de Renan Zucchi , Matheus Felipe De Castro, os autores exploram o debate brasileiro sobre o custo dos direitos fundamentais sociais na Constituição vigente a partir de considerações atuais, para além do argumento econômico, destacando as tendências na relação indissociável entre a efetivação dos direitos fundamentais e os custos.

No artigo “O DIREITO À EDUCAÇÃO, MULTIMÍDIA E EVASÃO ESCOLAR”, de Sonia Maria Cardozo Dos Santos , Gilberto Tomazi, os autores investigam o uso da multimídia na Educação, como estímulo à frequência e diminuição da evasão escolar.

No último artigo apresentado, “O DIREITO ADQUIRIDO NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, de Cauã Baptista Pereira de Resende, o autor apresenta as noções jurídicas doutrinárias basilares acerca do instituto para uma melhor compreensão do tema, examinando os julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito adquirido na previdência complementar.

Certo que essas pesquisas, que resultaram nos excelentes artigos selecionados e apresentados neste GT 1, de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, contribuíram ao debate e aprofundamento destes direitos, desejamos a todos e todas uma ótima leitura e aproveitamento dos referidos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O DEBATE BRASILEIRO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES**

**THE BRAZILIAN DEBATE ON THE COST OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS
IN THE CONSTITUTION OF 1988: SOME APPROXIMATIONS**

**Renan Zucchi
Matheus Felipe De Castro**

Resumo

Essa pesquisa explora o debate brasileiro sobre o custo dos direitos fundamentais sociais na Constituição vigente a partir de considerações atuais, para além do argumento econômico. O objetivo geral da pesquisa é de destacar tendências na relação indissociável entre a efetivação dos direitos fundamentais e os custos. Especificamente, busca-se apontar diretrizes para aprofundamento com argumentos distintos para assentar uma possível conciliação entre as limitações do Estado e a realização dos direitos fundamentais sociais frente à capacidade do Estado brasileiro. Adotou-se o método dedutivo e pesquisa de caráter qualitativo. A análise tem caráter explicativo, e utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica

Palavras-chave: Custos, Constituição, Direitos fundamentais sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This research explores the cost fundamental social rights debate in Brazilian's Constitution, based on economic considerations. The research's objective is to highlight trends in the inextricable relationship between the fundamental rights realization and economics costs. Specifically, it seeks to point out guidelines for deepening with different arguments to establish a possible reconciliation between the State's limitations and the fundamental social rights realization, against the Brazilian State's capacity. The method was adopted is deduction and qualitative research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Costs, Constitution, Fundamental social rights

1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora se apresenta busca explorar os principais aspectos e desdobramentos do hodierno debate sobre o custo dos direitos fundamentais sociais a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Este ensaio assume notável importância para o estudo do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo, pois, muito embora seja recorrente examinar de maneira isolada a aproximação que aborda os custos econômicos para a efetivação dos direitos fundamentais em geral, compreende-se nessa pesquisa que há a imperiosa e atual necessidade de se analisar, para além da questão econômica - não obstante representar um importante papel para o debate -, outros ângulos de estudo, com maior profundidade e em conjunto com outras necessidades, a par das exigências sociais e limitações de quaisquer naturezas inerentes ao Estado e, sempre em observância ao bem-estar social e à justiça distributiva.

Tem-se como objetivo geral analisar a relação intrínseca existente entre a efetivação dos direitos fundamentais e a disponibilidade fático-orçamentária do Estado, sendo enfrentada a partir das diversificadas prestações estatais, refiram-se essas às socialmente perceptíveis, não perceptíveis, positivas ou negativas, “desmistificando” tabus sociais sobre a compreensão dos custos do Estado na satisfação das finalidades sociais e buscando-se, sempre que possível, contrastar a teoria com exemplos práticos. Como objetivos específicos, busca-se apontar as principais e contemporâneas diretrizes e considerações para uma análise conjunta com outros argumentos e, por conseguinte, assentar uma possível conciliação entre as limitações orçamentárias, jurídicas e fáticas do Estado e a efetiva realização dos direitos fundamentais sociais, em especial frente à capacidade do Estado brasileiro na realização dos direitos constitucionais consagrados pelo Poder Constituinte Originário de 1988.

O trabalho foi dividido em três seções. A primeira, denominada “A relação entre disponibilidade orçamentária e os direitos fundamentais em geral”, busca-se abordar como o orçamento público é imprescindível para a realização dos direitos fundamentais, de uma maneira geral, independentemente da atuação/abstenção do Estado. Em sequência, a seção “Direitos fundamentais sociais, prestação e orçamento” pretende demonstrar quais técnicas, parâmetros, limitações e possibilidades prestacionais devem ser verificadas no caso concreto para uma possível conciliação as limitações orçamentárias, jurídicas e fáticas do Estado e a efetiva realização dos direitos fundamentais sociais. Por fim, a seção “A capacidade orçamentária do Estado brasileiro na satisfação das finalidades sociais constitucionais” procurou se analisar a ideologia constitucionalmente adotada pela CF/88 frente à realidade atual da capacidade financeira, estrutural e normativa do Brasil.

2 A RELAÇÃO ENTRE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GERAL

Nos dias atuais, vislumbra-se com alguma nitidez a relação indissociável entre a efetiva realização dos direitos fundamentais, de uma maneira geral, e a imperiosa necessidade do dispêndio econômico por parte do Estado e até mesmo da sociedade, seja essa relação analisada a partir da ótima ou, na indesejável e derradeira das hipóteses, da mínima e rasa dispensa de tratamento para proteção e efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados (aproximações com o mínimo existencial). Nem todas as circunstâncias, no entanto, evidenciam esse terreno, sobretudo se visto sob a embaçada lente da sociedade brasileira. Experiências concretas e comuns rascunham esse cenário, sendo certo que os casos práticos concretos já experimentados facilitam a compreensão desse raciocínio inaugural. Catástrofes e situações emergenciais de grande repercussão pública são alguns dos raros cenários que descortinam a atuação estatal.

A partir dessa premissa, torna-se possível inferir que a atuação estatal se revela de duas formas primordiais: por meio de prestações que nesse trabalho chamamos de publicamente “invisíveis”, as quais a sociedade não as distingue no plano fático e; por meio de prestações “altamente perceptíveis”, quando na maioria dos casos, então, o Estado é posicionado no mais alto grau de aceitabilidade e aprovação pública. Desse ponto específico, surgem compreensões distorcidas sobre a realidade do Estado e dos custos que originam a efetivação dos direitos fundamentais. Torna-se intuitivo deduzir que as prestações invisíveis - ou pelo menos não tão perceptíveis socialmente -, são participações estatais interventivas que não se manifestam de maneira expressiva e notória perante a sociedade contemporânea, mas que inevitavelmente geram grandes esforços e impactos para o Estado e, reflexamente, para toda a coletividade.

A experiência social brasileira demonstra com clareza essa conjuntura. Exemplo de prestação socialmente invisível e que revela essa percepção é o Arquivo Nacional brasileiro, criado no ano de 1838. É o órgão matriz de todo o Sistema de Gestão de Documentos de Arquivos - SIGA, integrante da estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública e que tem por objetivo a realização e o acompanhamento da política brasileira nacional de arquivos, definida pelo Conselho Nacional de Arquivos - CONARC, através da gestão, do recolhimento, do tratamento técnico, da preservação e da divulgação do patrimônio documental, garantindo pleno acesso à informação. Dentre outras finalidades e campos de

atuação, apoia as deliberações político-administrativas, o cidadão na defesa de seus direitos, além de fomentar o conhecimento científico e cultural¹.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, garantiu e impôs o amplo acesso à informação, a defesa dos direitos dos seus cidadãos, o acesso ao conhecimento, dentre outros direitos que exigem a presença de uma fonte condensadora segura de proteção e resguardo de dados, informações e arquivos imprescindíveis para o interesse do governo brasileiro e da sociedade - responsabilidades com que lida o Arquivo Nacional. Trata-se, portanto, de manifesto direito constitucional fundamental, positivado e eleito como prioridade pelo Poder Constituinte Originário como indispensável para a realização das liberdades sociais, reclamando implementação pelo Estado brasileiro, que assim o faz de modo específico desde 1838, a par das disposições da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, que dispunham sobre o “Arquivo Público”². Percebe-se, assim, que desde longa data o Arquivo Nacional tem respaldado a sua proteção e, por conseguinte, demanda atuação do Estado, seja por necessidade de segurança, de continuidade na prestação do serviço ou de exclusividade e concentração de informações essenciais.

Ocorre que dificilmente se observam manifestações ou até mesmo avaliações midiáticas sobre a atuação do Arquivo Nacional, não obstante seja um serviço de caráter nacional, imprescindível para o desenvolvimento das atividades do Estado e para a segurança nacional. De modo corriqueiro, costuma-se relacionar os recursos financeiros com áreas de maior expressividade social, como a saúde, por exemplo, já que o cidadão mantém maior proximidade. A manutenção daquele serviço demanda, entretanto, recursos de ordem financeira por parte do Estado, vindicando sua atuação. Nesse sentido, a Lei Orçamentária Anual de 2017 destinou R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões) de reais para o Arquivo Nacional, referente unicamente às despesas para manutenção do serviço, excluídas quaisquer outros valores externos ou de emergência. Ainda que o valor seja extremamente alto e necessário para o desempenho das atividades institucionais fundamentais, o valor é inferior ao necessário para manter a continuidade do serviço³.

¹ Para maior detalhamento sobre suas atribuições institucionais, acessar o sítio do Arquivo Nacional. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.gov.br/br/institucional.html>>. Acesso em: 09 Jul. 2018.

² O regulamento nº 2, de dois de janeiro criou o Arquivo Público do Império, conforme previsto na Constituição de 1824. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.gov.br/br/institucional.html>>. Acesso em: 09 Jul. 2018.

³ O Ministério Público Federal aponta que a receita disponibilizada para o órgão é inferior à projeção de despesas, na ordem de R\$26.000.000,00 (vinte e seis milhões) de reais, conforme se denota da Recomendação /2017/PRRJ/39ºOfício-GAB-RFSM, referente ao Inquérito Civil Público MPF/PR/RJ n.º 1.30.001.002793/2017-53. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-arquivo-nacional/view>>. Acesso em: 09 Jul. 2018.

As prestações sociais denominadas nesse trabalho como “altamente perceptíveis”, em sentido diverso, são aquelas em que a sociedade efetivamente vislumbra a atuação material do Estado, seja pelo triunfo histórico da instituição promotora do serviço ou pela necessidade social, justificando-se, ao menos do ponto de vista da aceitação social, a aquiescência para o emprego de verbas públicas. Os serviços de segurança pública - especialmente o desempenhado pela Polícia Militar - e a saúde são exemplos que retratam fielmente essa ideia, gerando um grau de satisfação maior para a grande maioria da sociedade, acreditando, sinceramente, que o Estado somente atua nesses momentos, razões pelas quais somente essas prestações demandariam esforço financeiro para a satisfação de direitos. A injeção de grandes numerários para remediar um desastre de qualquer natureza é outro padrão de aceitação socialmente considerável que revela a face nitidamente financeira do Estado na realização de direitos.

Alicerçados nesse panorama - que não representa com fidedignidade a realidade do Estado, dos cofres públicos e do desenvolvimento social -, a sociedade e até mesmo alguns estudiosos tendem a reconhecer que somente ocasionariam gastos públicos aquelas situações de exigências prestacionais que demandassem a expressividade da intervenção do Estado (ao menos do ponto de vista de aceitação social e de justificativa para satisfação com o dispêndio econômico), criando-se uma espécie de véu deturpador da factual realidade. Melhor dizendo, acredita-se erroneamente que a concretização de alguns direitos fundamentais não demandam custos (GALDINO, 2005, p. 389-391).

Ao revés, os direitos são custosos sob qualquer ângulo de análise, fugindo, muitas vezes, da noção ordinária da sociedade. Holmes e Sunstein (1999, p. 73) elucidam que no ano de 1996, a Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos gastou U\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões) de dólares exclusivamente para investigar casos que envolviam práticas enganosas no mercado concorrencial. Trata-se de um dado assustador para a sociedade americana, que em sua grande maioria sequer tinha conhecimento da existência da atuação estatal no mercado de negócios, trazendo benefícios sociais indiretos e não sentidos pela população. Diante desse cenário, nota-se que há uma necessária relação entre a disponibilidade orçamentária do Estado e a ótima realização dos direitos fundamentais constitucionais consagrados, ainda que a sensação social seja de que tais serviços não demandem disponibilidade financeira.

Nesse passo, ainda, é possível aplicar o discurso de igual forma tanto aos direitos de defesa, outrossim denominados como direitos negativos, como aos direitos prestacionais positivos, que representam um fazer por parte do poder público (face mais notável na atuação

estatal). Para Robert Alexy (2008, p. 196), os direitos negativos são compreendidos com clareza nas seguintes situações fáticas: 1) na abstenção estatal quanto ao impedimento ou embaraço das ações voluntárias de seus integrantes; 2) o direito de o Estado não intervir em características ou condições peculiares do titular do direito, sejam elas jurídicas ou não. Intuitivamente, as ações positivas são as demandas sociais que pugnam pela atuação material do Estado, exigindo-se intervenção para a implementação dos direitos fundamentais constitucionais.

Coincidindo com o desfecho quanto à perceptibilidade das prestações, a falsa impressão e o resultado do impacto social a que se chega, *a priori*, é de que os direitos negativos não demandariam gastos para a sua realização, ou melhor, adequando ao contexto, para sua não realização. Em resumo, a conclusão óbvia e perfunctória que na grande maioria dos casos se costuma chegar é de que o Estado não intervindo nas relações sociais, abstendo-se de realizar materialmente as prestações positivas constitucionais, acaba por não ter custos.

Ocorre que os direitos fundamentais, sejam eles civis ou sociais, prestacionais ou abstencionistas, são, em alguma medida, sempre direitos positivos. É que, para que possam ser realizados, de fato, uma série de providências materiais⁴ devem ser empreendidas pelo Estado para a obtenção de êxito nas demandas que lhe são endereçadas. Mesmo nos casos prestacionais positivos remunerados por meio de tributos, onde a própria sociedade acaba por arcar com os custos do fornecimento⁵, há ressonância financeira estatal comprometida, seja pelo fato de ter o Estado que realizar demandas para contratação, aí incluída a disposição de quadro pessoal e de agentes públicos ou até mesmo pela utilização de receitas públicas já aplicadas nos serviços eventualmente contratados (FIGUEIREDO; SARLET, 2013, p. 29).

Um caso específico que ilustra esses fundamentos é o da reserva do possível (*Der Vorbehalt Des Möglichen*), originando-se no território alemão em 18 de julho 1972 e que versava sobre o julgamento de dois controles concretos, instaurados em Hamburgo e em Baviera, nos seus respectivos Tribunais Administrativos. O caso (BVerfGE 33, 303) abordava sobre o acesso de estudantes da área da saúde às universidades alemãs de Hamburgo e de

⁴ Essa materialidade não é repercutida unicamente na face econômica da atuação estatal, como também em recursos humanos, que de modo reflexo, acabam por demandar dispêndio econômico por parte do poder público.

⁵ A propósito, Liam Murphy e Thomas Nagel (2005, p. 238-241) explicam que se criou um senso social comum em compreender que o pagamento de tributos é realizado para e em benefício do Estado e, conseqüentemente, enxergar-se-ia que este estivesse expropriando os recursos dos seus legítimos donos. Há que se mencionar que em um Estado capitalista como Brasil, a incidência tributária não tem o condão único e exclusivo de financiar as atividades públicas prestacionais que são exigidas pela sociedade. Para além disso, assume um importante papel na justiça distributiva e equitativa de riquezas. Em verdade, elucidam os autores que “nós não estamos tirando de algumas pessoas algo que pertence a elas”. No entanto, importa sublinhar que se criou uma falsa expectativa de que a ausência material do Estado implicaria inexoravelmente a desnecessidade do dispêndio econômico, retomando a ideia inicial desenvolvida nesse estudo sobre a ausência de perceptibilidade das prestações estatais.

Baviera, onde o número de estudantes interessados no ingresso havia aumentado substancialmente e em pouco espaço de tempo, gerando, caso fossem integralmente admitidos, um abalo à estrutura institucional e à disponibilidade orçamentária do Estado, situação fática essa que foi levada em consideração para a análise do caso (SCHWABE, 2005, p. 656).

A controvérsia alemã, em seu âmago, circundava entorno da capacidade do Estado em prover todas as vagas que os estudantes demandavam em face do que previa a Constituição a respeito desse direito fundamental, ou seja, a exigência de necessárias ações estatais prestacionais para a realização desses direitos. Nesse passo, esboçou-se a reserva do possível como um argumento estatal que mitigava a concretização dos direitos sociais pela evidente restrição oriunda da disponibilidade orçamentária, sendo que em nenhum momento da fundamentação da decisão se aponta a reserva do possível como princípio, regra, metanorma ou alguma espécie de cláusula aberta, mas tão somente como uma constatação do Tribunal Constitucional Alemão diante do caso concreto, revelando-se como um dado de realidade que importava na restrição de direitos constitucionalmente garantidos e que, pelo entendimento da corte, deveriam ser efetivamente implementados, salvo quando o caso concreto indicasse manifesto e relevante prejuízo ao orçamento público (CANOTILHO, 2003, p. 107-110).

Esse ponto ganhou corpo quando o Tribunal, de forma expressa, compreendeu que os direitos sociais constitucionais deveriam ser analisados caso a caso, hipótese em que se oportunizaria examinar o que poderia o indivíduo, do ponto de vista racional, exigir da coletividade. Logo, uma orientação constitucional não poderia obrigar o Estado a prover vagas ilimitadas para todos os candidatos interessados, tendo em vista a limitação da condição econômica para acolher essas requisições, fato esse que esvaziaria a discussão tão somente para a realização desses direitos, sucumbindo outros constitucionalmente previstos.

A questão é: mesmo que não se levasse em consideração a questão econômica para o acolhimento dos alunos, no caso dessa face de interpretação, como certificar que os milhares de estudantes poderiam, a par de suas condições sociais e econômicas, exigir alguma medida do poder público? O diálogo é tormentoso, mas a resposta é relativamente simples: o Estado teria que disponibilizar recursos, tanto humanos como financeiros em espécie, para fiscalizar e controlar a particularidade de cada pedido solicitado, a fim de que se pudessem averiguar quantos dos estudantes se enquadrariam nessa interpretação.

Como se percebe, não há como se desvencilhar da análise uma entre direitos fundamentais constitucionais e os recursos orçamentários que sustentam, de modo direto ou indireto, a realização das demandas sociais, já que o Estado somente consegue supri-las com

suporte em receitas disponíveis, sendo elas originárias (preponderantes de atividades típicas da administração pública, a exemplo da tributação) ou derivadas (provenientes de atividades estatais em que o Estado se equipara ao particular, em pé de igualdade, como por exemplo, a receita proveniente de aluguel de prédios públicos), ainda que a atividade desempenhada seja caracterizada por um não fazer, conforme já enunciado.

Nesse momento, oportuno realizar uma última consideração. De forma gradativa cresce necessidade de aproximação entre a seara do direito e a economia, por diversos motivos. Luciano Benetti Timm (2013, p. 53), dentre outras razões, anuncia que essa relação deve urgentemente se estreitar pelo fato de que a ciência econômica tem o fito de desenvolver habilidades para desempenhar melhor alocação de recursos - muitos deles em progressiva escassez -, frente às demandas da humanidade, que são infinitas. Através desse laço de complementação e suprimento de lacunas, cria-se uma relação de completude, preservando os recursos ainda disponíveis, alocando-os de forma eficiente e evitando controvérsias inócuas, sem interesse prático para a sociedade.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, PRESTAÇÃO E ORÇAMENTO

A temática que envolve os direitos fundamentais sociais é cercada de grandes controvérsias e discussões, a iniciar por seu próprio conteúdo essencial e pelas distinções propostas quanto às nomenclaturas possivelmente apropriadas. Desde já, deixamos claro que não se tem a intenção de esgotar os posicionamentos existentes e as controvérsias exclusivamente acadêmicas. A partir disso e, pela breve exposição consubstanciada no título anterior, extraem-se as vigas mestras e sustentadoras da presente fundamentação – especialmente no que tolhe os direitos a prestações positivas e negativas -, alusiva aos direitos fundamentais sociais.

Dito de outro modo, representam a exigência de prestação coletiva de direitos por parte do Estado, ente constitucionalmente legitimado para o desempenho das atribuições e mandamentos contidos na Constituição⁶, a exemplo dos direitos constitucionais em espécie: educação, saúde, previdência, trabalho, dentre outros legalmente previstos. Nesse ponto, exsurtem argumentos prestigiados e que contribuem para uma melhor compreensão da abordagem que se pretende realizar ao longo desse trabalho.

Legalmente previstos (direitos à prestação em sentido estrito), pois, de acordo com Robert Alexy (2011, p. 499-500), é possível se verificar a existência de direitos sociais frutos

⁶ Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, de cunho eminentemente dirigente, o Estado assumiu preponderante atuação e função intervencionista, rompendo com a ordem constitucional anterior, de espírito clássico liberal-abstencionista (CASTRO, 2009, p. 538-539).

de métodos interpretativos, ou seja, mesmo não havendo expressa e direta previsão normativa para tanto (direitos à prestação em sentido amplo). Com suporte nessa distinção, é preferível atribuir aos direitos à prestação em sentido estrito a nomenclatura “direitos fundamentais sociais”, ao passo que aos direitos à prestação *lato sensu* se torna mais adequado articular que se tratam de direitos fundamentais a prestações, ou como prefere Alexy, “interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade”. Na presente pesquisa é adotada tanto a nomenclatura direitos fundamentais sociais como direitos à prestação em sentido estrito, indistintamente, já que se pretende realizar uma abordagem a respeito do debate brasileiro sobre o custo dos direitos fundamentais positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Essa aproximação leva em consideração o arranjo argumentativo que considera os direitos fundamentais como sendo a consequência da conjugação entre os direitos naturais do homem e a própria ideia de constituição. Dito de outro modo, afirma-se que os direitos fundamentais são resultado da consolidação normativa interna de direitos adquiridos ao longo da história de uma determinada sociedade, inclusive quando provenientes de direitos humanos, estes sendo considerados como os direitos consolidados na esfera estrutural normativa do plano internacional (SARLET, 2005, p. 61-65).

Não obstante sejam frutos da produção legislativa e vigência interna, é preciso mencionar que os direitos fundamentais, de modo amplo, tem como cerne precípua a dignidade da pessoa humana⁷. Essa consideração poderia gerar outra errônea impressão: a de que os direitos fundamentais, em quaisquer de suas espécies, devam ser cumpridos em sua integralidade e independentemente da disponibilidade fática, jurídica e instrumental do Estado, já que, analisando-o isoladamente, dever-se-ia integralizar aqueles infinitamente, sem qualquer óbice, afinal de contas, a partir dessa concepção, a proteção deveria ser integral e suficiente para a satisfação de todos os interesses substanciais de todos os seres humanos existentes. Ocorre que os recursos, sejam eles de natureza econômica ou não, são limitados, ao passo que as necessidades da sociedade contemporânea são ilimitadas, renovando-se permanentemente. A realização de direitos, independentemente de sua natureza, demanda a atuação do Estado. Como consequência inata, há o dispêndio estatal com custos, sendo eles diretos ou indiretos.

⁷ Nesse sentido: BAEZ, Narciso Leando Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais. In: **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. (Orgs.) BAEZ, Narciso Leandro; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. São Paulo: Modelo, 2010, p. 23-24.

Diante disso, surge um grande desafio: como conciliar as limitações orçamentárias do Estado e a efetiva prestação dos direitos fundamentais sociais? E desse desafio surgem vários outros.

Preliminarmente, é preciso salientar que os direitos fundamentais sociais são aqueles que estão reconhecidos de forma expressa no ordenamento constitucional vigente, não havendo falar - ao menos na tentativa de encontrar um caminho adequado para responder a esse estrave - em direitos e garantias infraconstitucionais - obviamente sem respaldo no diploma maior - ou até mesmo Direitos Humanos não aprovados internamente, esses referentes à classificação na ordem positiva internacional e sem chancela do Estado soberano. Excluem-se desse núcleo de raciocínio, ainda, os casos em que os Estados são regidos pelo autoritarismo, por meio de Constituições outorgadas e, em última análise, por *Constituições Cesaristas*⁸. A partir dessas observações, defendemos que somente os direitos consagrados na esfera constitucional interna, de forma legítima, é que poderiam ser pleiteados em face do Estado. Os fundamentos para esse posicionamento são os mais variados.

O primeiro é que não soaria minimamente razoável exigir do Estado prestação a um direito que não coadunasse com o ordenamento jurídico vigente, seja por ausência de previsão, por ser contrária aos seus comportamentos sociais e culturais ou por ausência de interesses⁹. Nessa mesma linha, supõe-se que uma *Constituição Democrática*, com ampla participação pública, delimita os direitos eleitos pela própria população, não sendo plausível reivindicar demandas às quais o Estado não se comprometeu ou se “planejou” para satisfazê-las, salvo nas hipóteses de posterior incorporação de pactos, tratados internacionais sobre Direitos Humanos¹⁰ ou emendas ao texto normativo para adequação ao progressivo desenvolvimento da sociedade, ocasião em que se deveria priorizar a criação de mecanismos para a satisfação das medidas pleiteadas, com fulcro na disposição constitucional maior.

⁸ José Guida Neto ensina sobre o Cesarismo: “O que aqui se convencionou chamar de Cesarismo é o culto à personalidade de Júlio César (nascido em julho de 100 a.C., Roma, Itália e assassinado em 15 de março de 44 a.C., Roma, Itália). [...] Foi assim que, em 43 a.C., estabeleceu-se no governo de Roma uma associação de três herdeiros políticos de César, o Segundo Triunvirato, entre Marco Antônio, Otávio e Lépido. O governo dos três cesaristas, que durou até 33a.C., foi formalizado, tendo sido aprovado pela Assembleia do Povo e positivado pela *Lex Titia* com o nome de *Triumviri Rei Publicae Constituenda e Consulari Potestate* (Triunviros para a Organização do Povo)”. As Constituições Cesaristas, assim, nada mais representam do que imposições ratificadas pela população por uma espécie de referendo. A participação do povo se limita a apenas aprovar as decisões dos detentores do poder, criando uma espécie de “legitimidade forçada”.

⁹ Sob condição de não exceder o limite do intolerável para o desenvolvimento das liberdades essenciais da pessoa humana.

¹⁰ Isso porque os tratados com essa característica assumem posição de emenda constitucional, logo, tem natureza jurídica de norma constitucional. Nesse sentido dispõe o artigo 5º, § 3º, da Constituição de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

De outra banda, uma Constituição só pode ser considerada legítima se traduzir a verdadeira vontade social, constituindo uma conjugação dos *fatores reais de poder*, tornando-se inócua a sua edição ao talante de minorias que não representam o ânimo coletivo, ainda que sua origem se dê por meio de referendos que apenas aprovam os interesses de poucos (Constituições Cesaristas e Pactuadas), já que não há uma participação integral no seu processo. A Constituição, assim, seria uma mera *folha de papel*, sem qualquer conteúdo vinculativo e representativo da realidade da sociedade que se propõe a reger (LASSALE, 2006, p. 17-18). Essa situação específica acaba por gerar transtornos, posto que se tornaria duvidoso saber quais os direitos efetivamente garantidos, quais as verdadeiras limitações orçamentárias do poder público, quais os limites para exigência do direito e o cumprimento das disposições normativas unilateralmente impostas, o que transcenderia essa análise específica e adentraria no terreno da legitimidade da Constituição, do poder, da exigência e do cumprimento ou não da medida pleiteada.

Superadas essas observações, é indispensável mencionar que a alegação de ausência de recursos (reserva do possível) não pode servir como motivo único para o descumprimento das disposições constitucionais, assim como a realização de prestações em sentido estrito não podem ser exigidas sem a observação da concreta ordem econômica e constitucional do Estado. O debate, assim, fica muito pobre, pois vira uma genuína queda de braço: ou tem orçamento e se realizam direitos fundamentais ou, não tem orçamento e não se realizam. Não há um princípio ou uma regra de "reserva do possível" como gatilho orçamentário na Constituição de 1988. A reserva do possível não é nem uma regra, nem um princípio, mas um argumento utilizado pelo Estado em certas circunstâncias onde ele é demandado. Tanto é um argumento que nunca se prova efetivamente com planilhas contábeis que esse orçamento não existe. A própria Constituição e a Lei de Responsabilidade Fiscal preveem situações onde o endividamento público é legal para cumprir certas funções de Estado.

Então, não basta dizer que o orçamento é limitado. Tem-se a necessidade de arquitetar caminhos para construir esse orçamento ou formas alternativas para a realização dos direitos sociais consagrados.

A Constituição brasileira aponta algumas alternativas concretas para a construção desse árduo caminho. O artigo 173 dispõe sobre a intervenção do Estado na exploração da atividade econômica, sendo autorizada “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. O artigo 219, por sua vez, estabelece o incentivo ao mercado interno para fins de viabilizar o desenvolvimento e o bem-estar da população brasileira, revelando a ideologia constitucionalmente adotada. No

capítulo da Ordem Econômica e Financeira, o artigo 170 abre a seção de forma salutar, assegurando que a ordem econômica está pautada pela valorização do trabalho e da livre iniciativa e que tem a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana, em condições que sejam condizentes com a sua condição, fundamentada nos ditames da justiça social. Esses são apenas alguns dos variados meios consagrados pelo Poder Constituinte Originário para a concretização dos direitos sociais e para o atingimento do pleno desenvolvimento.

Dessa simples constatação, abrem-se diversos nichos para a plena atuação do Estado na busca pelo desenvolvimento social, econômico, político e jurídico, propiciando efetivos mecanismos capazes de tornar possíveis os direitos sociais fundamentais prescritos na ordem constitucional vigente e possibilitando a mútua convivência entre a saudável reserva financeira e a implementação das demandas prestacionais. Apesar disso, a resposta se afigura parcial, posto que a realidade brasileira não espelha fielmente essa vontade, conforme se analisará na próxima seção. Outra indagação que surge é: enquanto não cumpridas as disposições constitucionais ou criados mecanismos alternativos para o pleno desenvolvimento, como lidar com esse tipo situação concreta?

A judicialização de demandas nesse cenário é inevitável e cada vez mais comum na sociedade contemporânea. Robert Alexy (2009, p. 511-517) propõe um modelo de direitos fundamentais sociais no qual se questiona quais desses direitos o demandante efetivamente possui. A resposta é que o sopesamento de princípios deve ser levado em consideração em eventual choque de princípios - direitos pleiteados constitucionalmente garantidos X existência de recursos disponíveis¹¹ -, assente nas condições peculiares do caso concreto. Nesse cerne, a existência de dados e informações fáticas sobre a necessidade do pedido e sobre a realidade orçamentária do Estado deve ser cuidadosamente levada em consideração. Numerosos são os processos em que a falta de recursos é alegada sem qualquer conteúdo probatório verídico apto a conferir legitimidade às alegações do poder público¹².

Um dos grandes problemas que deslindam desse instrumento para possível resolução de contendas é quando o direito social fundamental pleiteado não é acolhido em decorrência

¹¹ Alerta-se para o fato de que a reserva do possível, por si só, não é passível de ser ponderável por ser ela um dado de realidade, tão somente, não assumindo categoria jurídica princípio. O que se pondera, em verdade, são os direitos propriamente envolvidos. Em sentido contrário: LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2016.p. 71-72.

¹² Em grande parte deles, mencionam-se dados e informações que não condizem com veracidade dos fatos. Nos autos n.º 5007644-86.2017.4.04.7202, que tramita na 2ª Vara Federal de Chapecó, Santa Catarina, por exemplo, verifica-se que o Ministério Público Federal, em defesa do Instituto Nacional do Seguro Social, sequer se ateu a aos fatos da demanda, juntando contestação manifestamente genérica (evento 10), com argumentos colhidos de modelos já prontos, em total descompasso com os pedidos pleiteados.

de verdadeiras e fieis limitações fático-orçamentárias, esbarrando em mandamentos constitucionais fundamentais para o desenvolvimento das liberdades básicas, a exemplo da vida, o que torna a decisão um tanto quanto mais invasiva. Estar-se-ia violando diretamente as valorosas diretrizes eleitas pela população brasileira em cinco de outubro 1988, tornando-as letra morta em seu mais alto grau de profundidade, desprezando e desrespeitando toda história e luta pelo reconhecimento de princípios e valores essenciais de um autêntico Estado Democrático de Direito. É que o desrespeito aos valores mínimos da pessoa humana, como por exemplo a vida, imbricaria na inviabilização da própria existência do demandante e dos demais direitos decorrentes.

A Constituição de 1988 assegura no *caput* do artigo 5º o direito à vida. Trata-se do mais básico e elementar dos direitos da pessoa humana, do qual não se abre a mínima possibilidade de hesitar em dar cumprimento o poder público em decorrência de limitações, sejam elas de quaisquer naturezas. O artigo 196 dispõe que a saúde (direito social) é direito de todos e dever do Estado. Logo, pensamos que não seria possível sustentar o argumento da ausência de recursos ou qualquer outro por parte do Estado para inviabilizar o exercício desse direito tão virtuoso. Incluímos nesse pensamento as “sentenças aditivas”¹³. A ausência de previsão no orçamento não justifica o descumprimento direto de disposição constitucional fundamental, havendo a necessidade, segundo a própria essência programática e dirigente da Constituição de 1988, de criação de mecanismos para realização das disposições contidas em seu corpo normativo. Frise-se: a ausência de programação e planejamento das contas públicas, muito embora o direito fundamental pleiteado seja de cumprimento constitucional cogente, não pode ser atribuído negativamente ao pleiteante.

Nesse jaez, parece-nos que o mínimo existencial é um grande aliado e tende a dar uma resposta consciente e legítima para esse problema. Retrata a ideia de uma linha intangível, resguardada e acobertada por direitos representativos de uma cadeia garantidora fundamentalista, tidos como essenciais, formando um núcleo básico inatingível, do qual nem a lei, nem o julgador e nem o Estado podem se furtar em salvaguardá-lo. Serve como fronteira entre o mínimo razoável e o desproporcional.

Considera-se, assim, o “limite dos limites”. Não obstante a existência de certas controvérsias quanto a sua categoria, reconhece-se o mínimo existencial, nesse trabalho, como

¹³ “Entende-se por “sentença aditiva” aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado. (SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133.

uma categoria não exclusiva do Direito. A filosofia, por exemplo, é uma grande aliada nesse necessário aprofundamento, já que por meio dela é que se vislumbram as características do Estado, o porquê de se exigir do Estado, o porquê que o Estado deve fornecer o mínimo de direitos e garantias para que o cidadão possa sobreviver com dignidade, e o porquê que o Estado deve tratar com isonomia todos aqueles que dele necessitam, seja por expressa disposição constitucional, seja pelo fato de ter a sociedade escolhido a forma de condução de seu dinamismo, a fim de se garantir a justiça do caso concreto.

4 A CAPACIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NA SATISFAÇÃO DAS FINALIDADES SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

De acordo com Matheus Felipe de Castro (2009, p. 538), um dos principais gargalos do Brasil para recuperar a prosperidade ocorrida em boa parte do século XIX é a sua atual capacidade de se autofinanciar e gerir o aparelho estatal de forma eficiente para alcançar o desenvolvimento nacional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. As oscilações financeiras experimentadas pela sociedade brasileira na história recente obrigaram - por diversos motivos - o recuo no desenvolvimento, exigindo do Estado que se realizassem empréstimos, tanto internos quanto externos, para a satisfação das finalidades sociais, desarrajo esse que nada mais fez do que fomentar o subdesenvolvimento e a dependência internacional em benefício de Estados com altíssimos níveis de crescimento social e de multiplicação de riquezas.

Na atualidade, a composição do mercado no Brasil é a de uma nação subdesenvolvida, com uma organização baseada em mercadorias e serviços simplistas, com pouca variedade e raso desenvolvimento tecnológico. Historicamente, serviu mais como um exportador de produtos singelos e rudimentares para os países que integravam o chamado “capitalismo central”. A submissão do Brasil aos interesses dos grupos centrais mundiais do capitalismo acabou mitigando a sua própria soberania, já que não havia interesses privativos da própria nação. Flagrantemente se deu o poderio ao alvitre dos países centrais, continuando o mercado interno a ser um lídimo escravo dos países centrais. O mercado externo deveria ser visto como um reforço no desenvolvimento nacional, e não como seu núcleo.

Surgem, desse momento, as principais dificuldades do país em controlar sua própria produção e os ajustes de mercado. Por conta disso, o desenvolvimento nacional acaba indo de encontro à complexidade do progresso desenvolvimentista, adaptando-se à triste realidade dos contemporâneos países periféricos.

A Constituição de 1988 desenhou o propósito inequivocamente dirigente que buscou se apoiar o constituinte originário, impulsionando a plena busca pela realização das suas

disposições, que nada mais representam do que a própria vontade social predominante, a qual deve ser perseguida incessantemente. Estabeleceu a busca pela concretização de medidas econômicas e sociais, com vistas a erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, garantindo-se o desenvolvimento nacional com a promoção e o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, construindo-se uma sociedade livre, justa e solidária¹⁴. É que muito embora seja a fonte direta para a concretização das disposições encartadas, o ponto primordial para o estudo das relações econômicas que circundam o Estado deve ser pautado pela necessidade e pela vontade social, e não isoladamente pela arrecadação de receitas para os cofres públicos (CASTRO, 2009, p. 541-542).

É o que se denomina de necessária comunicação entre a *constituição financeira* e a *constituição social*. Aquela representa a gama de mecanismos jurídicos e organizacionais que viabilizam a eficiente autogestão da capacidade econômica estatal. A social, por sua vez, relaciona-se com as finalidades primordiais eleitas pelo Constituinte Originário quando da edição da Constituição de 1988, especialmente as referentes à construção de uma democracia econômica forte o suficiente para o atingimento da independência nacional. Há, dessa forma, a inevitável imprescindibilidade de interlocução entre ambas, criando-se um ambiente favorável para a manutenção das atividades em pleno progresso e fomentando as atividades que dependem de maior incentivo econômico. O ótimo ou o insatisfatório desempenho econômico representa, inevitavelmente, o ótimo ou insatisfatório nível de efetivação dos direitos sociais constitucionalmente encartados.

Das considerações acima alinhavadas e dos exemplos concretos trazidos à baila – que evidenciam com maior nitidez os argumentos defendidos –, percebe-se que há clarividente relação entre a ótima realização, ou não, dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados e os custos de execução provenientes, inevitavelmente condicionados à disponibilidade orçamentária do Estado. A limitação financeira do Estado é uma realidade da qual não se pode furtar o pesquisador. A recente experiência brasileira exterioriza essa convicção.

A Lei Orçamentária Anual 13.414/2017, que estimou e fixou a despesa da União para o exercício financeiro de 2017 considerou que a receita total nos orçamentos fiscal e da Seguridade Social era de R\$ 3.415.431.200.238,00 (três trilhões, quatrocentos e quinze bilhões, quatrocentos e trinta e um milhões, duzentos mil, duzentos e trinta e oito

¹⁴ Nesse sentido dispõe expressamente o artigo 3º da Constituição de 1988.

reais), incluindo a proveniente da emissão de títulos destinada ao refinanciamento da dívida pública federal, tanto interna quanto externa. Curiosamente a despesa total com os orçamentos fiscal e da Seguridade Social é exatamente o mesmo da receita destinada para o desenvolvimento das atividades inerentes a essas searas de atuação por parte do poder público, conforme se denota do artigo 3º da referida lei. Somente em refinanciamento da dívida pública federal foram destinados R\$ 946.407.726.665,00 (novecentos e quarenta e seis bilhões, quatrocentos e sete milhões, setecentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e cinco reais), conforme inciso artigo 2º, inciso III da referida lei.

No corrente ano foi publicada a LOA do exercício financeiro de 2018 (Lei 13.587/2018), e a situação se repetiu. A receita total estimada nos orçamentos fiscal e da Seguridade Social é R\$ 3.506.421.082.632,00 (três trilhões, quinhentos e seis bilhões, quatrocentos e vinte e um milhões, oitenta e dois mil, seiscentos e trinta e dois reais), da mesma forma incluindo a proveniente da emissão de títulos destinada ao refinanciamento da dívida pública federal, em observância ao disposto no art. 5º, § 2º, da Lei Complementar 101, de quatro de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. As despesas são exatamente as mesmas, destinando-se o montante R\$ 1.157.215.424.954,00 (um trilhão, cento e cinquenta e sete bilhões, duzentos e quinze milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, novecentos e cinquenta e quatro reais) somente para o refinanciamento da dívida pública federal.

O poder legiferante do Estado se limita a estabelecer o orçamento e as despesas que decorrem do financiamento público, não se vislumbrando qualquer instrumento ou mecanismo que enveredem para o acúmulo de capital ou com a finalidade direta de atingimento de metas desenvolvimentistas previstas na Constituição vigente. Não se descuidou de prever reservas de contingência (art. 4º), mas com a necessidade de abertura de créditos suplementares e emissão de títulos da dívida agrária (art. 8º) para o atendimento das despesas fundamentais destinadas ao exercício da atividade pública. Ainda em 2006, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto (p. 15-16) já constatavam a instabilidade do financiamento das contas públicas brasileiras, típica de países periféricos, com escassez de recursos que obstam o acúmulo de capital público.

Por esses apontamentos, não há evidências de que exista um planejamento sério em longo prazo. Aliás, em notícia veiculada em 29/06/2018 no sítio do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão¹⁵, o atual Ministro reconheceu a necessidade de

¹⁵ Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/planejamento-de-longo-prazo-no-brasil-requer-boa-peca-orcamentaria>>. Acesso em: 17 Jul. 2018.

uma revisão e planejamento das contas públicas, que desde longa tem se perdido o controle. Em suas palavras, asseverou que “É no orçamento que se vai debater aquilo que deverá ou não entrar. É importante voltarmos a ligar orçamento ao planejamento, para buscar o país que se quer daqui a dez ou doze anos”. Conclui-se que até mesmo aqueles que se encontram no poder da gestão pública reconhecem o déficit no controle orçamentário do Estado, nada obstante existir expressa previsão constitucional orientadora da atuação pública.

Esse cenário denota a crise econômica e conseqüentemente a crise social que instalada no Brasil, comprometendo a totalidade das receitas destinadas para o orçamento específico apenas com a manutenção das atividades públicas fiscais e da Seguridade Social, destacando-se o astronômico montante destinado unicamente para o refinanciamento da dívida pública historicamente assumida, que revela o endividamento e o descontrole sobre a arrecadação, distribuição e alocação de recursos para satisfação das finalidades sociais constitucionalmente estabelecidas. Inevitavelmente acaba por gerar transtornos quanto à efetivação dos direitos fundamentais, provocando um cenário de desafios para o poder público, para toda a sociedade e em última análise para os estudiosos.

A própria Constituição brasileira de 1988 aponta os caminhos para a plena realização das finalidades sociais adrede eleitas pela sociedade, descrevendo mecanismos e diretrizes intervencionistas do Estado para o atingimento do projeto desenvolvimentista, como analisado brevemente. O absoluto desenvolvimento de um Estado gerenciador da liberdade e da igualdade encontra seus fundamentos basilares na sua Constituição, instrumento indispensável para o controle e paz social e que estabelece os sentidos estruturais e ordenadores de uma sociedade democrática, a exemplo da brasileira, que criou metas reais e factíveis a serem atingidas, direcionando e conduzindo a aspiração social dominante. Não obstante sustente essas particularidades, não pode se afastar da realidade concreta que comanda. Justamente ao contrário, deve fomentar e perseguir aproximação entre a as disposições consolidadas em seu texto e a efetiva realização de direitos constitucionalmente consagrados. Simboliza, assim, um dever-ser concreto e ordenado entre a realidade e a Constituição (HESSE, 1991, p. 15).

Apesar de fornecer respostas concretas para o atingimento da plena capacidade orçamentária, percebe-se que, na realidade brasileira, há certos descompassos para se encontrar o resultado almejado.

Para o atingimento de metas sustentáveis e redistribuidoras de riquezas, Matheus Felipe de Castro (2009, p. 244-250) propõe algumas medidas reformadoras: 1) controle, por parte do Estado, na remessa de lucros obtidos no Brasil para o exterior (a busca pelo

investimento das riquezas que aqui são produzidas deve ter direcionamento, ainda que parcial, para o mercado interno, buscando um desenvolvimento regular e consistente nas bases principais do mercado); 2) controle dos mercados com transformações rápidas e passageiras (isso com a finalidade de se afastar os interesses imediatistas provenientes do lucro em detrimento de um desenvolvimento sólido a longo prazo); 3) diminuição dos juros nas dívidas públicas; 4) diminuição do superávit primário e direcionamento de seu produto para a estrutura social do país; 5) o pleno emprego (isso pelo fato de que o emprego não é livre de quaisquer encargos sociais, ao bel prazer dos dirigentes do mercado, mas sim uma instituição social que deve ser preservada para que a própria economia destes esteja de acordo com o regular processo de desenvolvimento que se deseja no Brasil); 6) a progressividade real dos impostos incidentes sobre a renda e sobre o patrimônio conforme a capacidade contributiva do contribuinte (há aqui uma menção à redistribuição de riquezas, onde os que dispõem de maior renda devem contribuir mais, equalizando a situação dos menos favorecidos); 7) extinção da isenção do imposto de renda dos juros sobre capital próprio e de envio de lucros para o exterior; 8) isenção do IR na distribuição de lucros e dividendos pela Lei 9.249/95; 9) instrumentalização do mercado como um todo como um potente instrumento para se alcançar os objetivos largamente tratados na Constituição da República Federativa de 1988; 10) ênfase na tributação direta, complementando a proposta de número 6; 11) seletividade dos tributos; 12) simplificação e objetividade da forma de tributar (a proposta gira em torno de um maior acesso à tributação e maior controle por parte do Estado sobre as riquezas).

As medidas reformadoras propostas por Matheus Felipe de Castro nada mais representam do que instrumentos constitucionais à vontade do constituinte nacional, calcadas em experiências e episódios históricos trágicos já vivenciados na realidade brasileira. São alguns *insights* mercadológicos e financeiros extraídos de uma complexa análise do histórico constitucional-econômico-social brasileiro, que permitem dar uma resposta para alguns dos infindáveis desafios práticos engendrados na sociedade brasileira¹⁶.

A capacidade orçamentária do Brasil se encontra sufocada, por algumas das razões já elencadas nesse trabalho, prejudicando o desenvolvimento nacional e conseqüentemente a efetivação de direitos constitucionalmente previstos, já que não há como se falar em direitos sociais sem orçamento, incluindo-se nessa discussão os desafios propostos pela reserva do possível, pelo mínimo existencial e pelas sentenças aditivas. Conforme já mencionado nessa pesquisa, é preciso salientar que a redução da capacidade do Estado na satisfação das

¹⁶ Para maior detalhamento, ver: CASTRO, Matheus Felipe de. **Capitalista coletivo ideal: O Estado, o Mercado e o Projeto de Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

finalidades constitucionais sociais não pode afetar o núcleo intangível da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana, atributo mínimo para o desenvolvimento das liberdades sociais, como a vida. É que, muito embora esteja o Estado adstrito à realidade fática dos cofres e contas públicas, não pode ele se eximir de dar cumprimento às necessidades básicas da pessoa humana, atualmente consagradas na ordem constitucional vigente.

Por fim, não se quer dizer com isso que o Estado deva promover a realização integral de todas as demandas que lhe são levadas a conhecimento, mas, dentro dos padrões escolhidos pelo Constituinte Originário, devem ser criados mecanismos que consigam amparar as demandas mínimas da sociedade brasileira. De outro lado, é óbvio que o ideal social seria a efetiva existência de um planejamento e o cumprimento de estratégias econômicas e de recursos pré-estabelecidas, a ponto de possibilitar a ótima realização das prestações em sentido estrito e, quiçá, das prestações *lato sensu*, criando-se a ideia de um legítimo *welfare state* para a promoção mais que ótima dos direitos fundamentais. Verdade seja dita, esse é a própria ideologia constitucionalmente desejada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito tem se debatido sobre a implementação satisfatória dos direitos fundamentais e as exigências prestacionais por parte do Estado, que acaba inexoravelmente reclamando a reserva de recursos financeiros. O debate é, com certa frequência, exclusivamente atrelado aos custos que são vislumbrados em decorrência da sua atuação, muitas vezes só percebidas em demandas extraordinárias e que demandam ações complexas para solucioná-las. Com suporte nesse cenário, há uma tendência social predominante em reconhecer que somente ocasiões excepcionais e de grande vulto é que refletem diretamente na utilização dos recursos públicos. Não obstante essa sensação social, a realização dos direitos fundamentais ordena a disponibilização de orçamento para sua fiel execução, independentemente de qual direito ou qual categoria de exigência se refira.

A argumentação é de extrema relevância e pertinência, já que não se realizam os direitos fundamentais sem recursos, sejam esses diretos, como o orçamento público em espécie, proveniente de receitas originárias e derivadas, sejam indiretos, através de ações estatais que nesse trabalho denominamos de socialmente imperceptíveis, como os recursos humanos, que também demandam elevados custos, mas passam despercebidos no cenário público. Trata-se de importante fundamento, repercutindo de modo direto no debate, porém, se analisado de forma isolada, torna a discussão pobre: ou se tem orçamento e se realizam os direitos fundamentais ou não se tem e não se realizam. Percebe-se, assim, que há a necessidade de se analisar esse debate em conjunto com outros argumentos, parâmetros,

limitações e possibilidades prestacionais de exigência para se apontar uma fática e possível conciliação entre as limitações orçamentárias do Estado e a efetiva prestação dos direitos fundamentais sociais.

A previsão constitucional de direitos fundamentais sociais positivados, em espécie, o regime participativo da sociedade nas decisões públicas, a real atenção às necessidades e particularidades do Estado e as reformas sugeridas pelo autor Matheus Felipe de Castro na ordem interna brasileira são algumas condições que devem ser sopesadas para o aprofundamento da discussão e para a tomada de deliberações que envolvam a efetivação de direitos frente à restrição orçamentária, que é inevitável. Acresce-se a isso a imprescindibilidade de se analisar, *in casu*, os modernos desdobramentos sobre a reserva do possível e do mínimo existencial. Fixados esses parâmetros, o discurso se engrandece.

No Brasil, especificamente quanto a sua atual capacidade, é possível afirmar que existem limitações na esfera orçamentária e de disponibilidade de recursos. Os últimos anos demonstram que o país não possui orçamento suficiente para a realização integral dos direitos consagrados pela Constituição de 1988, sendo grande parte de seus recursos destinados apenas para o financiamento da dívida pública, em especial a externa. Não obstante, o próprio Constituinte apontou as diretrizes para a plena realização das finalidades sociais adrede eleitas, descrevendo mecanismos e diretrizes intervencionistas do Estado para o pleno atingimento do projeto desenvolvimentista. A ideologia constitucionalmente adotada pela CF/88, em confronto com a realidade atual da capacidade estatal, estrutural e normativa do Brasil e, agregada às ponderações para uma possível harmonia entre o custo e a realização dos direitos fundamentais, inclina-se para um debate com mais justeza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAEZ, Narciso Leando Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais. *In: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*. (Orgs.) BAEZ, Narciso Leandro; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. São Paulo: Modelo, 2010, p. 23-24.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, XLIX, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1982.

CASTRO, Matheus Felipe de. **Capitalista coletivo ideal: O Estado, o Mercado e o Projeto de Desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LANGFORD, Malcolm. Judging resource availability. *In: SQUIRES, John; LANGFORD, Malcolm. The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NETO, José Guida. O Cesarismo na formação do império do Brasil. *In: Revista Eletrônica Thesis*, São Paulo, ano XIII, n. 25, p. 75-86, 1º semestre, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et al.* Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.