XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Saulo De Oliveira Pinto Coelho; Sérgio Henriques Zandona Freitas - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-451-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas.

4. Vulnerabilidade. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília – Distrito Federal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, a Universidade Católica de Brasília – UCB, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas.

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas III desenvolveu suas atividades na data de 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), em Brasília-DF, e contou com a apresentação de vinte artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema de políticas públicas brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 - O trabalho desenvolvido por Jordana Viana Payão, “Políticas Públicas em tempos de crise”, aborda as questões relativas aos discursos jurídico e político relativo a políticas públicas frente ao atual cenário de crise econômica e política;

2 - Marina Fagundes de Araújo e Fernando Rodrigues de Freitas buscam, em seu trabalho, responder se “é possível a judicialização de Políticas Públicas?”, pelo que defendem que o uso excessivo do instrumento do controle judicial de políticas públicas possui efeitos “anti-democráticos”, já que, segundo os resultados das análises dos autores, a judicialização estimula o abandono no debate, no plano político, sobre as políticas públicas e seus desenhos institucionais;

3 - O trabalho de Ludmila Kolb de Vargas Cavalli e Rodrigo Garcia Schwarz investiga se a reserva do possível atende ao modelo constitucional brasileiro de Estado e se é compatível com o tratamento conferido aos direitos fundamentais sociais. Os autores concluem que a aplicação irrestrita da reserva do possível fere não apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mas também atenta contra o modelo eleito pela Constituição de 1988;

4 - Carolina de Moraes Pontes e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez tratam das limitações à iniciativa parlamentar para regulação de políticas públicas no modelo constitucional brasileiro. O trabalho argumenta que o sistema constitucional estabelecido limita a atuação parlamentar na definição e aprimoramento de políticas públicas de promoção de direitos fundamentais, já que o poder executivo assume um papel protagonista no modelo brasileiro;

5 - O trabalho de Rafael Araújo de Sousa e Clara Cardoso Machado Jaborandy trata da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Aborda também as insuficiências na compreensão do conceito de serviços públicos e de direito subjetivo frente ao serviço público, na dogmática jurídica brasileira. O trabalho busca demonstrar o fracasso das tentativas de solução dos problemas das políticas públicas de saúde por meio da judicialização, bem como busca evidenciar o potencial dos meios dialogais de tratativa dos conflitos relativos a políticas públicas;

6 - O trabalho apresentado por Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga, discute a crise de efetividade constitucional nas políticas públicas, a partir da análise específica da crise de representatividade democrática no caso da política de serviço de saúde prevista na Lei 13.097 de 2015, que prevê a abertura ao capital estrangeiro no setor da prestação de serviço de saúde no Brasil;

7 - O trabalho dos autores Romário Edson da Silva Rebelo e Raimundo Wilson Gama Raiol, aborda a tratativa acerca do contexto, do imaginário e do e das linguagens que estão na base das políticas públicas do SUS para os cuidados da pessoa com deficiência, buscando apresentar as implicações dessas formas de abordagem para a efetividade dessas políticas, com enfoque na realidade de Belém do Pará. O trabalho analisa também o estado da arte do subsistema de cuidados da pessoa com deficiência no sistema SUS, na busca por um diagnóstico das disparidades e insubrasileiras e esse respeito;

8 - Na sequência, o trabalho de Ana Paula Oliveira Avila e Karen Cristina Correa De Melo analisa a introdução de novas drogas no sistema de saúde brasileiro, comparando as práticas nacionais, com o modelo propugnado pela Organização Mundial de Saúde. São enfocados dois problemas principais no contexto brasileiro: a intervenção do legislativo nas práticas estabelecidas pelo executivo e a intervenção do judiciário nessas mesmas práticas;

9 - O trabalho de Andreza Casanova Vongrapp Santos e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro apresenta uma análise do ciclo de formação de política pública na questão do fornecimento de medicamento de alto custo. Por meio de uma abordagem empírica, procura

demonstrar que o controle judicial dessa política opera com tomadas de decisão do judiciário sem uma consideração consistente sobre a questão enquanto políticas públicas na fundamentação das decisões. Em outras palavras, o trabalho defende que o Judiciário aborda essa temática de modo atomizado, sem uma consideração como política pública, linguagem quase ausente nos discursos de fundamentação judicial;

10 - Para Michel Belmiro Ilibio e Reginaldo de Souza Vieira, o texto apresentado objetiva analisar, com base nos relatórios finais das Conferências Nacionais de Saúde, o tratamento dado à participação popular nas Conferências Pós Constituição 1988. Ressaltam que as Conferências remontam a década de 30, porém, foi somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que assumiram o caráter de espaço público;

11 - No trabalho de Claudio Antonio Marques da Silva e Jaime Meira do Nascimento Junior, as políticas públicas relativas à promoção do direito à moradia e à promoção da proteção à pessoa idosa são analisas tendo em vista a busca por verificar as questões-problema quanto ao acesso ao direito à moradia, pelo idoso, no Brasil;

12 - No texto de Joao Ricardo Vicente e Paulo De Tarso Ferreira De Carvalho, demonstrada a importância da Educação e do Direito em prol do desenvolvimento e redução de desigualdades, com destaque para a educação ambiental, que leva ao exercício da cidadania;

13 - Os autores Marisa Rossignoli e Pedro Antonio de Oliveira Machado abordam a expansão do Ensino Superior no Brasil e a meta no Plano Nacional de Educação- PNE 2014-2024, com o investimento de recursos públicos em política de acesso, principalmente através do FIES e PROUNI;

14 - O trabalho de Abgail Denise Bisol Grijo e Maurinice Evaristo Wenceslau trata das políticas públicas para educação para a cidadania e os direitos humanos e sua relação com a efetividade de práticas de sustentabilidade socioambiental, por meio de uma pesquisa acerca da participação da sociedade brasileira em atividades de educação para a cidadania no âmbito da sustentabilidade e do meio ambiente;

15 - Já o trabalho de Claudiane Silva Carvalho trata do tema da política pública de inserção social pelas ações afirmativas relativas às cotas de acesso ao ensino superior no Brasil. Nessa temática, aborda especificamente as potencialidades da aplicação do modelo de coalizões de advocacia (MCA) na questão da política de cotas, num horizonte de treze anos, a partir da

tratativa das atuações dos grupos e bancadas parlamentares, seus interesses e suas dinâmicas. Busca-se, como um dos resultados, apresentar a formação de duas principais coalizões sobre a questão, a “humanística” e a “meritocrática”, assim identificadas no trabalho;

16 - No texto de Roseana Ciliao Sacchelli as políticas públicas de educação tem papel relevante na redução da pobreza, no aumento das oportunidades de trabalho e na prosperidade econômica, com destaque para os avanços tecnológicos e o ensino à distância como mecanismo de inclusão da educação de qualidade para grande número de pessoas, que estão distantes de centros de formação;

17 - Dalmo Vieira Pedrosa aborda, pela análise dos princípios constitucionais inerentes à solidariedade tributária, a obrigatoriedade do exercício da competência tributária para instituição do imposto sobre grandes fortunas, com destaque para a efetivação dos direitos sociais, ampliação do mínimo existencial e, responsabilidade do estado pela não implementação de políticas públicas;

18 - No trabalho de Domingos do Nascimento Nonato e Maria das Graças Tapajós Mota destaque para o reconhecimento e promoção da diversidade etnicorracial brasileira na Lei 10.639/2003, com foco na efetiva contribuição da cultura africana e afro-brasileira para as formações histórico-cultural-social e na necessária garantia do direito fundamental à igualdade etnicorracial aos alunos negros no Brasil;

19 - Para Andrea Silvana Fernandes de Oliveira e Soraya Braga de Sousa Dantas a pesquisa atingiu a possibilidade da responsabilidade civil do Estado por omissão, especificamente quando ocorre a falta de prestação do mínimo existencial e a pratica dos furtos famélicos para o indivíduo saciar suas necessidades básicas, como forma de reação do rompimento com as regras sociais;

20 - Finalmente, o texto de Simone Oliveira Flores da Silva e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann analisa a natureza obrigacional do Estado em prestar assistência integral ao direito de gerar observado o planejamento familiar, na perspectiva da efetividade dos direitos reprodutivos, em especial às reproduções assistidas em cotejo ao direito à saúde na concepção do liberalismo político rawlsiano, para daí chegar na concepção humanística do estudo ligado às políticas públicas.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e

retrocessos das políticas públicas no Brasil e a necessidade de se evoluir na discussão sobre os Direitos Sociais no país.

Assim, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Direitos Sociais e Políticas Públicas III, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito brasileiro.

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho (USP)

http://lattes.cnpq.br/2965843631678123

cerezzo@usp.br

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho (UFG)

http://lattes.cnpq.br/6725961067847325

saulopintocoelho@yahoo.com.br

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

http://lattes.cnpq.br/2720114652322968

sergiohzf@fumec.br

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: CRÍTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO CUSTO DOS DIREITOS NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE ESTADO

SOCIAL RIGHTS AND PUBLIC POLICIES: A CRITICAL TO THE RESERVATION OF POSSIBLE AND COST OF RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL STATE MODEL

Ludmila Kolb de Vargas Cavalli [1]
Rodrigo Garcia Schwarz [2]

Resumo

O presente artigo tem por escopo investigar, a partir da perspectiva das dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais sociais, se a reserva do possível atende ao modelo constitucional brasileiro de Estado e é compatível com o tratamento conferido aos direitos fundamentais sociais. Promovendo o aprofundamento investigativo, através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, dedica-se a problemas analítico-conceituais das teorias dos direitos fundamentais. A conclusão a que se chega é que a aplicação irrestrita da reserva do possível fere não apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mas também atenta contra o modelo eleito pela Constituição brasileira de 1988.

Palavras-chave: Direitos sociais, Custo dos direitos, Reserva do possível, Políticas, Não regressividade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate, from the perspective of the material and effective dimensions of social rights, if the reservation of possible is in accordance with the Brazilian constitutional State model and if it is compatible with the treatment of fundamental social rights. Through descriptive-explanatory and documentary-bibliographical research, the present article is dedicated to analytical-conceptual problems of fundamental rights theories. The conclusion reached is that the unrestricted application of the reserve of the possible hurts not only the essential core of fundamental social rights but also runs counter to the model elected by the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Cost of rights, Reservation of possible, Policies, Non-regression

---

[1] Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

[2] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com pós-doutorado na Universidade de Coimbra. Professor do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar, segundo a perspectiva das dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais sociais e das políticas públicas correlatas, as questões que concernem à efetividade dos direitos sociais frente ao custo dos direitos e à reserva do possível (a escassez de recursos) em um contexto de crises econômicas, partindo da hipótese de que a aplicação pura e simples da reserva do possível como óbice ao pleno exercício dos direitos fundamentais sociais, com o desaparelhamento das políticas públicas correlatas, mesmo em um contexto de crises econômicas, afronta diretamente o próprio modelo de Estado traçado pela sociedade brasileira a partir da Constituição de 1988 e o compromisso internacional de não regressividade assumido pelo Brasil.

Propondo o aprofundamento investigativo através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, o presente artigo tem por problema central de pesquisa, assim, a verificação da (in)compatibilidade dos argumentos comumente lançados acerca da reserva do possível (a escassez de recursos), em um contexto de crises econômicas, no *mainstream* político e econômico com o modelo constitucional de Estado delineado pela Constituição brasileira de 1988 e com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em tratados de direitos humanos, acerca da questão da não regressividade e da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Além disso, partindo da premissa de que a avaliação do custo dos direitos não envolve exclusivamente aspectos matemáticos ou contábeis-financeiros, o presente artigo objetiva, ainda, colaborar também para a avaliação das consequências da adoção de medidas restritivas sob a ótica do comprometimento de planos de desenvolvimento humano, social e econômico.

A relevância do tema desponta principalmente do contexto político, econômico e social segundo o qual as crises econômicas têm, recorrentemente, interferido diretamente nas políticas públicas de direitos sociais, na medida em que o discurso da reserva do possível (a escassez de recursos) e do custo dos direitos, com a consequente restrição das prestações estatais, tem se incorporado à agenda política e econômica. Os pilares do modelo de Estado brasileiro delineado pela Constituição de 1988 correm o risco de desfiguração sob o pretexto de ajustes fiscais, que têm proposto severos cortes de direitos sociais sob o argumento de inexistência de recursos, com a imposição de restrições ao pleno exercício dos direitos fundamentais sociais pelo desaparelhamento das políticas públicas correlatas.

1 DIREITOS SOCIAIS, CUSTO DOS DIRETOS E RESERVA DO POSSÍVEL

1.1 Recursos públicos e reserva do possível

Atualmente, a discussão acerca da limitação do orçamento em face das demandas públicas vem ocorrendo sob a bandeira do postulado da reserva do possível. A ideia central, nesse caso, é bastante lógica: se o Estado não dispõe de recursos financeiros suficientes, então não pode atender a todas as demandas sociais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A reserva do possível foi desenhada primeiramente em uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em demanda acerca da disponibilidade de vagas em instituição de ensino superior. Na ocasião, a Corte decidiu que o Estado tem o dever de garantir prestações não apenas dentro do limite de suas possibilidades orçamentárias, mas também apenas nos casos em que a obrigação atenda à razoabilidade. Assim, por exemplo, nesse contexto, ainda que um governo tenha condições financeiras para garantir a assistência social, não seria razoável fornecê-la àqueles que dispõem de condições para garantir o próprio sustento (SARLET, 2015).

Com base em tais premissas, Sarlet (2015) sustenta que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, em relação direta à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias e administrativas, observada a composição federativa; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida. Nesse sentido, a reserva do possível seria uma espécie de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, não compondo, portanto, o núcleo essencial desses direitos.

No que diz respeito à disponibilidade fática de recursos, a reserva do possível se relaciona com aspectos lógicos de escassez, não se configurando como um limite imanente aos direitos fundamentais (SCHWARZ, 2015). Tal fato enfraqueceria gravemente o sistema de proteção desses direitos, condicionando sua eficácia à discricionariedade da autoridade responsável pela aplicação dos recursos e receitas públicas. O ponto assume maior relevância na medida em que se reconhece ser recorrente que a escassez seja artificial (OLSEN, 2012). Sobre esse aspecto se discorrerá oportunamente.

Quanto à disponibilidade jurídica de recursos, há, em alguns ordenamentos, como o brasileiro, uma complexa teia legislativa que determina a vinculação das verbas públicas em percentuais pré-definidos a setores como educação e saúde. Há, além disso, limites máximos para gastos em alguns setores, como o de pessoal. Tomadas tais premissas, observa-se que a administração pública não possui total discricionariedade para a aplicação dos recursos disponíveis, o que pode repercutir diretamente na efetivação de direitos fundamentais.

Lopes (2013) identifica a reserva do possível com “três e velhas conhecidas instituições jurídicas”, que seriam: a) obrigação impossível; b) questão exclusivamente política; c) cláusula potestativa.

Quanto à obrigação impossível, esclarece tratar-se de instituto pelo qual se considera que não é sensato esperar o impossível de quem quer que seja, inclusive do Estado. O fato de o Estado se tratar de pessoa jurídica de direito público perene não significa que esteja obrigado ao impossível. Ao tratar da questão política, discorre sobre a independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, afirmando que determinadas questões estão adstritas a escolhas políticas, infensas à análise jurisdicional, tendo em vista a pendência de reserva constitucional. Por fim, remete ao artigo 122 do Código Civil, que estabelece serem defesas as condições que sujeitarem uma das partes ao puro arbítrio de outra. Assim, a cláusula potestativa se relaciona à reserva do possível quando esta for utilizada pelo Estado como pretexto para a omissão arbitrária na realização de direitos fundamentais.

Embora evidente em alguns casos a conclusão acerca da impossibilidade de ação do Estado em face da inexistência de recursos para tanto, a aplicação prática da reserva do possível se mostra extremamente tortuosa. Parte da dificuldade se deve à extensão e amplitude do rol de direitos fundamentais sociais de mesma hierarquia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O governo assume, em função disso, o dever de garantir prestações nas mais diferentes áreas, obrigando-se a fornecer desde serviços básicos de saúde e saneamento até o lazer e a preservação da cultura, de modo que a realização plena de todos os projetos constitucionais se revela pouco provável. O segundo problema se encontra no uso da reserva do possível como uma espécie de salvo-conduto para a má administração, desperdício de recursos públicos e descumprimento de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, de municípios que direcionam grandes volumes de recursos para obras de embelezamento da cidade ou para o custeio de campanhas publicitárias, para depois alegar a inexistência de verbas para a contratação de médicos. Posicionamentos mais assertivos chegam a classificar a reserva do possível como um verdadeiro mito, destinado a relativizar o compromisso estatal perante os administrados, especialmente no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais sociais, muitas vezes justificando retrocessos neoliberais (AZEVEDO; ALMIDA; PORTES, 2013).

Tomadas tais premissas, a análise acerca da reserva do possível exige que sejam identificados os motivos da escassez de recursos, visto que esta pode ser decorrente tanto de circunstâncias inevitáveis – como no caso da falta de água por estiagem histórica –, quanto da má distribuição das verbas públicas – como ocorre nos casos de compra de equipamentos médicos sofisticados para unidades que não dispõem de pessoal para operá-los (OLSEN, 2012).

Feitas tais considerações acerca das limitações que enfrenta o poder público quanto à escassez de recursos, passa-se a analisar a questão atinente ao custo da efetivação de direitos fundamentais.

1.2 Custo dos direitos

Vivemos em uma sociedade capitalista. No capitalismo, quase tudo tem ou pode vir a ter um preço. Portanto, não é nenhuma surpresa que até mesmo os direitos, incluindo aqueles erigidos à categoria de fundamentais, possuam um custo.

Quando se trata da distinção entre direitos fundamentais civis e direitos fundamentais sociais, um dos aspectos que costuma se destacar em meio ao debate é a forma de efetivação aplicável a cada categoria. Enquanto a tradição jurídica nos leva à conclusão de que os direitos civis exigem do Estado apenas a garantia de "deixar fazer', nos direitos sociais o Estado assume uma obrigação de efetivamente fazer algo. Assim, cria-se a falaciosa visão de que o Estado se abstém para garantir liberdades civis e se agiganta para promover prestações sociais. Todo este raciocínio, por sua vez, leva, inevitavelmente, à análise da quantificação dos custos de tais direitos. À primeira vista o "deixar fazer" se mostra muito menos oneroso do que o "fazer", que envolve prestações materiais imediatamente mensuráveis[1].

No entanto, é certo que as despesas diretamente necessárias à efetivação de direitos sociais se mostram mais expressivas. Porém, mesmo os direitos civis possuem repercussão econômica, ainda que indireta (SARLET, 2015). O direito ao voto, por exemplo, só poderá ser exercido se o Estado fornecer ao cidadão locais e material de votação, agentes públicos de fiscalização e organização, sistemas de apuração e até o policiamento necessário à segurança do processo eleitoral. Mesmo nos casos em que o Estado se abstém de atuar, como no exercício da liberdade religiosa, a implicação financeira da garantia ao direito se faz presente, como nos impostos que deixam de ser arrecadados em virtude da imunidade tributária dos templos. Portanto, pode-se afirmar que os direitos civis também demandam aportes financeiros do Estado, podendo até mesmo, em alguns casos, superar o custo de efetivação de determinados direitos sociais[2]. Firmada a premissa de que todos os direitos possuem alguma implicação

[1] Sobre a crítica a essas formulações, v. Pisarello (2007) e Schwarz (2011).

[2] Holmes e Sunstein (1999), demonstrando que todos os direitos têm um custo, sustentam que a alocação de recursos financeiros para a manutenção de uma burocracia estatal policial e judicial ligada à tutela da integridade física e da propriedade das pessoas não pode ser esquecida quando da repartição de recursos orçamentários. Reportando-se à obra de Holmes e Sunstein – *The cost of rights* –, Amaral (2001) afirma: "Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo Bill of Rights são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir? Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira

econômica, resta indagar quais são os elementos que podem indicar se um direito possui um custo demasiadamente alto. Em palavras mais vulgares, quais são os direitos caros e quais os baratos?

A sociedade de consumo implantou com sucesso no inconsciente coletivo a ideia de que o custo é elevado quando não podemos pagar por algo (artigos de luxo, por exemplo) ou quando um bem apresenta um valor superior ao que lhe é atribuído usualmente. Essas concepções parecem ter sido transpostas ao plano jurídico, uma vez que no cotidiano da administração pública e até mesmo dos tribunais é comum a assertiva de que não é possível a satisfação de alguns direitos, tendo em vista seu custo elevado. Essa escusa apresenta-se frequentemente acompanhada do postulado da reserva do possível. A ideia central, nesse caso, é que se o Estado não dispõe de recursos financeiros suficientes, então não pode atender a todas as demandas sociais. Pode-se observar, por via oblíqua, que a teoria da reserva do possível implica no reconhecimento de que alguns direitos são considerados excessivamente dispendiosos diante da afirmação de que o Estado não dispõe de meios para custeá-los.

Porém, é de se indagar se as leis da oferta e da procura são realmente aplicáveis a direitos fundamentais, e se a valoração de direitos sociais deve seguir as regras de mercado.

O viés definitivo quanto ao valor de um direito pode se encontrar na medida de sua necessidade e urgência. Assim, se determinada prestação estatal não é necessária, os recursos nela empregados podem ser dispendiosos ao orçamento, por comprometer o fornecimento de outros bens cuja necessidade é premente. De tal análise, decorre que o custo dos direitos não deve ser sopesado em relação à demanda de mercado, mas sim em relação à demanda social.

1.3 Custo do cerceamento de um direito

Até o presente momento, a análise de custos observou apenas as implicações econômicas diretas decorrentes da realização de direitos. Porém, quando se trata de políticas públicas de efetivação de direitos sociais, a valoração do ônus não pode ser meramente contábil e direcionada a efeitos imediatos. A seguridade social, por exemplo, pode ser comparada a uma espécie de investimento, visto que os efeitos futuros da adoção de medidas de caráter protetivo importam em benefícios à coletividade (DRAIBE, 1993).

É possível identificar dois principais eixos nestes ganhos: diminuição de despesas futuras e aumento de arrecadação em face do desenvolvimento econômico. O primeiro caso é

---

uma conduta positiva. (...) O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento". Holmes e Sunstein refutam, ainda, os argumentos dos que propagam "uma filosofia libertária de um Estado mínimo", como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein, mostrando que os gastos dos EUA com proteção policial e punições penais montaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo: "A maior parte desse valor foi destinada a proteger a propriedade privada através do combate e punição aos crimes contra o patrimônio". Para outros aspectos dessa formulação, v. Schwarz (2011).

de fácil ilustração, já que na área da saúde os investimentos em medicina preventiva costumam gerar expressiva diminuição na necessidade de internamentos, cirurgias, uso de medicação e demais tratamentos curativos. Também se verifica nos programas de capacitação de jovens e adultos, fator que pode amenizar as despesas com a concessão de seguro de desemprego e assistência social. O ponto será pormenorizado mais adiante, em que se demonstrará a experiência internacional de incremento à proteção social como elemento propulsor do desenvolvimento econômico. De todo modo, desde já se revela que é extremamente complexo avaliar o real custo dos direitos sociais, não bastando, para tanto, o uso puro da matemática.

Adotando o caminho inverso para o raciocínio, podemos identificar que o cerceamento de direitos sociais pode trazer elevados custos no que diz respeito ao desenvolvimento econômico e humano. A economia realizada às custas de cerceamento de direitos e desamparo a riscos sociais, a despeito de aparentemente poupar aos cofres públicos quantias vultuosas, pode se traduzir futuramente em dispêndios superiores. Assim, por exemplo, o trabalhador desempregado, quando desamparado, pode acabar sendo reduzido à miséria, tornando-se dependente da atuação estatal para prover o próprio sustento e o de sua família. No caso das aposentadorias concedidas em valores reduzidos, o que se afigura é a redução do poder de compra dos aposentados, justamente em um período da vida em que os gastos com saúde se elevam. Desta forma, o poder público passa a ter de fornecer mais serviços e medicamentos de forma gratuita nas redes de saúde, pois, para um universo cada vez maior de cidadãos, esses cuidados tornam-se inacessíveis na via exclusivamente privada.

Portanto, é inegável que a economia resultante da limitação de orçamento quanto aos direitos sociais tem o potencial para se converter em custos futuros, inclusive alcançando as próximas gerações. A manutenção de políticas públicas de garantia a direitos sociais, longe de se afigurar como fonte de oneração aos cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. De fato, a experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em quando realizados em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica[3]. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho apresenta o fomento securitário como resposta ao avanço da inflação, da recessão e do desemprego. O documento também expõe a ideia de que seguridade possui dupla função: como direito humano, é capaz de reduzir a pobreza, a desigualdade, a exclusão e insegurança social; como planejamento econômico, impulsiona o desenvolvimento e o progresso, fomentando o emprego formal e servindo de instrumento à

[3] Ademais, como resume Alexy, "a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído" (ALEXY, 2015).

estabilização do mercado (OIT, 2012). Ressalta-se que o documento foi elaborado também com base em dados de enfrentamento à crise que assolou diversos países europeus a partir de 2008, fornecendo, desse modo, um amplo aparato empírico. Não se trata de defender uma relação de automatismo entre bem-estar social e desenvolvimento econômico, mas sim de afirmar que o primeiro oferece condições de viabilidade ao segundo, algo que até mesmo os críticos dessa posição acabam por reconhecer (KERSTENETZKY, 2012)[4]

As chamadas "escolhas trágicas", embora constantemente invocadas quando da discussão da implementação de prestações relativas ao direito à saúde, não se verificam com a mesma constância no mundo dos fatos. Os casos de real impossibilidade econômica são raros. Os tratamentos capazes de gerar custos estratosféricos são usualmente experimentais ou inovadores, ou ainda realizados em outros países, fugindo completamente à política de saúde delineada na Constituição. Tais situações não devem servir como fio condutor da definição do direito à saúde nem mesmo podem embasar a negativa judicial do acesso ao tratamento medicinal digno[5].

O argumento da falta de recursos e da reserva do possível não pode ser considerado um argumento absoluto e definitivo, sobretudo quando sopesados alguns outros custos, como os custos que a postergação de determinada política pode gerar para o futuro[6].

2 OBJEÇÕES À RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Direitos fundamentais sociais e a concretização do Estado de bem-estar social

---

[4] Neste quadro de escassez, não há como realizar, hic et nunc, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras "escolhas trágicas", pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Melhorar a merenda escolar ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para comunidades carentes ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário mínimo ou expandir o programa de habitação popular? Infelizmente, no mundo real nem sempre é possível ter tudo ao mesmo tempo (SARMENTO, 2008).

[5] Adiante se demonstrará que a disponibilidade orçamentária passa por questões complexas acerca de escolhas no modo de tributação e planejamento quanto à forma de execução do orçamento, situações que devem anteceder qualquer julgamento quanto à inviabilidade econômica das prestações atinentes à proteção social.

[6] Nesse sentido, por exemplo, Schwarz (2016) cita o caso Auton, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia britânica, no Canadá, utilizou-se do argumento da reserva do possível para não financiar um programa de tratamento de crianças autistas. O tribunal supremo provincial rechaçou o argumento, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de dois critérios que levavam em conta o orçamento público. Por um lado, sustentou que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento em longo prazo, se o referido programa não fosse implantado. Por outro, opôs à argumentação do governo provincial o fato de que outras regiões do território canadense haviam implantado programas semelhantes, enfraquecendo o argumento de que o valor científico do programa não justificava um gasto semelhante.

Ao dispor acerca dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988 elencou, em seu artigo 6º, uma plataforma básica de direitos sociais, nos quais se enquadram a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Não se trata de rol taxativo, mas sim de núcleo de proteção à dignidade da pessoa humana.

A realização destes direitos é notadamente dependente da atuação estatal. Ainda que tais valores possam ser perseguidos no âmbito privado, a garantia indistinta de proteção a este núcleo de direitos dependerá da ação direta governamental, principalmente para provê-los aos carentes de recursos financeiros. O conteúdo dos direitos sociais diz respeito a bens que não se encontram em abundância na sociedade, mas são indispensáveis ao bem-estar dos indivíduos e a uma vida digna. Por este motivo se torna tão relevante a atuação do Estado, não apenas para respeitar e garantir o acesso indistinto e individual a tais bens - como ocorre com todos os direitos fundamentais, incluindo as liberdades -, mas também para implementar prestações que permitam o alcance de tais direitos inclusive àqueles que não possuem condições financeiras de alcançá-los. Por esse motivo chega-se a defender uma tripartição dos deveres do Estado quanto aos direitos sociais: dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar (NOVAIS, 2010).

Além de possuírem um fim em si mesmos, pelo valor dos bens jurídicos que protegem, os direitos fundamentais sociais também atuam como instrumentos de realização de outros direitos, inclusive aqueles ligados ao exercício da liberdade. Só faz sentido garantir, por exemplo, o direito ao voto, se os cidadãos possuem acesso à educação, tendo condições de firmar seu convencimento por um ou outro candidato ou partido. Da mesma forma, não se pode pensar no exercício de direitos de personalidade quando um indivíduo é privado de alimentação, esvaindo-se-lhe a própria vida.

A defesa que se faz não é de que os direitos fundamentais sociais sejam ponto de partida ao exercício dos demais direitos. Defende-se, na verdade, a existência de uma interdependência na realização e garantia das diversas facetas da existência humana, criando uma espiral de promoção da dignidade humana. Esta relação se mostra mais concreta à medida em que se observa a massiva incorporação dos direitos sociais aos principais instrumentos internacionais de declaração e reconhecimento de direitos humanos. Considerados, por exemplos, os direitos atinentes à seguridade social, encontram-se presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), no “Protocolo de San Salvador” (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos

Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), na Declaração Sociolaboral do Mercosul e no Convênio Ibero-americano de Seguridade Social.

Contudo, a caracterização de um Estado de bem-estar social depende não apenas da previsão de direitos sociais, mas também da normatização de prestações destinadas à concretização de tais direitos. O simples reconhecimento de direitos fundamentais sociais não equivale ao compromisso estatal com a garantia de uma proteção social ampla. No caso da Constituição brasileira de 1988, tem-se a expressa assunção, por parte do Estado, dos deveres de respeitar, garantir e realizar os direitos fundamentais sociais, sendo indiscutível, portanto - até pela ampla gama de instrumentos de proteção social presentes no texto constitucional - a adoção de um modelo de *Welfare State*.

Uma vez estabelecido constitucionalmente tal modelo de Estado, bem como definida a rede de prestações a ser mantida por meio de políticas públicas sociais, surge importante questão acerca da perenidade de ditas escolhas. Surge então a necessária discussão acerca do chamado princípio da não regressividade.

2.2 Princípio da não regressividade

O princípio da irreversibilidade das conquistas sociais foi articulado inicialmente na Alemanha em 1949, a partir da aprovação da Lei Fundamental de Bonn. Foi introduzido como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos nela reconhecidos. O princípio se irradiou para diversos ordenamentos, como o português, o espanhol, o colombiano e o francês (SCHWARZ, 2015). A questão foi aprimorada por Konrad Hesse em 1978, quando a Alemanha atravessou período de dificuldades econômicas agravadas pelo agigantamento do Estado Social, o que gerou forte discussão sobre a legitimidade de restringirem-se e/ou suprimirem-se benefícios sociais assegurados aos cidadãos. Como resposta à ausência de previsão expressa de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental, Hesse defendeu que, uma vez regulamentada a questão no plano das leis, qualquer medida que importe regressão será considerada inconstitucional, pois resultará em reversão de uma conquista social já alcançada. O Tribunal Constitucional Federal alemão acolheu a teoria da irreversibilidade ao decidir pela impossibilidade de extinção do sistema de seguridade social (CAPELETI; VIDAL, 2016).

No direito português, tem-se a importante contribuição de Canotilho (2003), que defende que a vedação ao retrocesso inclui a manutenção das prestações de implementação dos direitos fundamentais, sob pena de violação de seu núcleo essencial.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional português possui dois julgados expressivos e representativos da discussão. No acórdão 39/84, declarou inconstitucional o DL n. 254/82, que

extinguia o Serviço Nacional de Saúde, declarando que, a partir do momento em que o Estado cumpre total ou parcialmente as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, sua obrigação positiva passa a ser também uma obrigação negativa, consistente no dever de abster-se de atentar contra a realização de tal direito (CANOTILHO, 2003). Já no "Caso do Rendimento Mínimo Garantido" (Ac TC 509/2002), houve declaração de inconstitucionalidade de lei que mudou o limite mínimo de idade para percepção de benefício de renda mínima de 18 para 25 anos, vedando-se assim a extinção do amparo social a pessoas com idade entre 18 e 25 anos (SCHWARZ, 2015).

No Brasil, o princípio da vedação ao retrocesso social também já foi objeto de análise judicial pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 1946/DF). A decisão versou sobre emenda constitucional que visava limitar o valor do benefício de salário-maternidade pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social. A corte se posicionou no sentido de que a norma importava evidente restrição à proteção à maternidade tal como delineada pelo texto constitucional originário e também na legislação antecedente, de forma a instituir "retrocesso histórico de 25 anos em matéria social-previdenciária", algo que "não se pode presumir desejado".

Em termos gerais, o princípio da vedação ao retrocesso encontra base no princípio da segurança jurídica, assim considerado não apenas como direito fundamental da pessoa humana, mas também como princípio fundamental da ordem jurídica estatal e até mesmo da ordem jurídica internacional, tendo em vista as diversas manifestações nesse sentido nos documentos supranacionais. A segurança jurídica é também requisito à concretização da dignidade da pessoa humana, cuja observância depende, em última instância, de estabilidade nas relações jurídicas e de confiança nas instituições democráticas. A ausência de parâmetros mínimos de segurança e confiança em um Estado implicaria na abertura à relativização de posições jurídicas e garantias de direitos, ensejando até mesmo o gradativo descumprimento de direitos fundamentais. Tomadas essas premissas, na concepção atual o princípio é visto como instrumento de proteção não apenas diante de atos de cunho retroativo (caso da garantia ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), mas também perante atos de natureza retrocessiva (SARLET, 2008).

No plano normativo do ordenamento jurídico brasileiro o princípio da vedação ao retrocesso encontra embasamento primordial no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988, que estabelece limites ao poder de revisão firmando as chamadas cláusulas pétreas. Dentre as matérias às quais se veda até mesmo a deliberação de proposta de emenda encontram-se os direitos e garantias individuais. Apesar da literalidade da distinção quanto à individualidade dos

direitos e garantias, uma interpretação sistemática da Constituição torna claro que a regra se estende também aos direitos sociais. Primeiramente, é de se destacar o disposto no Preâmbulo da Constituição, que declara a instituição de um Estado Democrático "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional". Assim, o respeito aos direitos sociais encontra-se entre os pilares da formação do Estado brasileiro, fazendo parte, portanto, do núcleo essencial da Constituição (SARLET, 2003).

Fixada a premissa de que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição são intangíveis, é de se questionar se as normas que visam à sua concretização também o são. O bom senso desde logo aponta para a necessidade de abertura a reformulações no modo de se operacionalizar as prestações estatais, visto que o mundo está em constante evolução e as inovações nas relações sociais e nas tecnologias disponíveis exigem atualização na forma de se atender às necessidades humanas. Assim, por exemplo, normas regulamentares que instituam listas de medicamentos disponíveis na rede pública de saúde carecem de permanente atualização, seja porque alguns dos fármacos se tornam obsoletos com o progresso da tecnologia, seja porque novas doenças exigem novos tratamentos.

Ressalvada a necessidade de atualização das formas de concretização dos direitos sociais, permanece o questionamento quanto à possibilidade de adoção de medidas retrocessivas pelo legislador infraconstitucional, isto é, que impliquem diminuição do *status* de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Para responder a tal indagação é preciso esclarecer que de modo geral as normas constitucionais que instituem direitos fundamentais sociais possuem conteúdo amplo, cumprindo à lei a definição e operacionalização das prestações estatais correspondentes. Nesse sentido, pode-se afirmar que no plano infraconstitucional é que se firma o significado prático de tais direitos fundamentais - se estabelece o alcance de seu núcleo essencial. Assim, como mera derivação do texto constitucional, não seria lógico admitir-se a revogação do aparato jurídico de efetivação de tais normas, sob pena de esvaziamento dos direitos fundamentais sociais, em uma verdadeira supressão dissimulada de tais preceitos (SARLET, 2008).

Tomado novamente o exemplo da distribuição de medicamentos na rede pública de saúde, é de se considerar como retrocessiva – e, portanto, vedada – a eliminação de tal forma de amparo estatal. Poder-se-ia cogitar, como já dito, da retirada de um ou alguns dos fármacos da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente à população, mas, por outro lado, não seria

possível a suspensão total do fornecimento, ainda que apenas aos indivíduos economicamente vulneráveis. Isso porque o atual conteúdo do direito à saúde compreende não apenas a oferta de assistência médica e de planos estratégicos preventivos, mas também de terapias curativas, sem as quais não se pode falar em uma real concretização de tal direito.

Da mesma forma, tomados os níveis contemporâneos de concretização do direito à proteção da maternidade, não seria possível qualquer proposta legislativa tendente a abolir o direito à concessão de salário-maternidade. O benefício previdenciário se traduz em importante garantia não apenas à mãe, mas também ao lactente e à própria família, na medida em que possibilita cuidados integrais e aleitamento materno exclusivo nos primeiros meses de vida do bebê. De fato, como já apontado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de ser inaceitável qualquer retrocesso até mesmo quanto ao valor de tal benefício, firmando assim a orientação de que o princípio da vedação atinge não apenas a proibição de aniquilação de um direito fundamental, mas também impede a revogação de prestações estatais já consolidadas.

Tomadas tais premissas, surge a questão acerca do conflito entre a necessidade de atualização das prestações estatais a novos contextos sociais e econômicos e a impossibilidade de retrocesso nas conquistas sociais de efetivação de direitos fundamentais. Evidentemente, como já dito, a vedação a medidas retrocessivas não pode implicar no congelamento de um *status*, principalmente porque nenhum ordenamento jurídico é capaz de parar o tempo ou impedir a evolução humana. Assim, devem ser encontradas ferramentas de adequação capazes de permitir novas formas de concretização de direitos sociais sem prejuízo de seu núcleo essencial.

3 ORÇAMENTO PÚBLICO E TRIBUTAÇÃO: BUSCA PELA EFICIÊNCIA E POSSIBILIDADE DE REARRANJOS

Como já delineado ao longo deste trabalho, o Estado depende de recursos financeiros para realizar suas atividades precípuas e concretizar direitos fundamentais. Para tanto, é necessária a construção de um regramento e planejamento não apenas para o modo de obtenção desses recursos – arrecadação –, mas também para a forma como serão aplicados – despesas públicas. A esse complexo sistema se atribui a denominação de orçamento público.

Não cabe aqui discorrer sobre a estruturação e modo de funcionamento da tributação e do orçamento no Brasil, já que tais tarefas correspondem precipuamente ao conteúdo do direito tributário, econômico e financeiro. Há que manter o enfoque na concretização de direitos fundamentais sociais em um Estado de bem-estar social, que é a linha de pensamento adotada no presente trabalho. Assim, serão abordados tópicos que possuem reflexos diretos nas políticas

públicas de cunho social e que (assim consideramos) não podem ser ignorados no debate do tema.

A questão do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro possui certas peculiaridades, tanto em decorrência de uma economia fundada em recente estabilidade monetária, como em razão de um contexto democrático jovem, o que se reflete inclusive na dificuldade de plena assimilação e concretização de alguns conceitos fundamentais, como o de eficiência (AMARAL; MELO, 2013).

De fato, o Brasil conviveu por décadas com uma economia marcada pela inflação descontrolada. Essa instabilidade monetária provocava, além de diversos outros efeitos negativos, uma dificuldade de ponderação quanto ao real valor dos bens e serviços, bem como a impossibilidade de planejamento a longo prazo dos gastos até mesmo com despesas banais. Assim, não se cristalizou em nosso país uma tradição de controle orçamentário, sendo recente, inclusive, a participação popular em tal tarefa. Por sua vez, o princípio da eficiência, que desde 1998 se soma aos demais princípios norteadores da administração pública por força de expressa disposição do texto constitucional, ainda carece de maior enraizamento na prática da gestão dos bens públicos (ARAGÃO, 2004).

Os gastos estatais não podem ter a mesma análise econômica dos investimentos e despesas do setor privado, não apenas porque sua atividade precípua não se destina ao lucro, mas também porque o custo de atuação em determinados setores implica complexos arranjos de desenvolvimento humano que, por sua vez, redundam em reflexos sociais e econômicos. Se a economia gerada com a extinção de programas de aperfeiçoamento e treinamento de trabalhadores pode redundar em aumento do desemprego e, consequentemente, das despesas públicas com seguro-desemprego, então essa opção se revela ineficiente não apenas do ponto de vista orçamentário, mas também sob a ótica do desenvolvimento humano. Ainda que os valores fossem os mesmos para as duas situações, ou seja, que o preço dos programas de aprimoramento coincidisse com o valor gasto em seguro desemprego, teríamos uma equação com produto negativo, pela limitação do direito ao trabalho.

Neste sentido, um Estado eficiente jamais será aquele que arrecada muito e gasta pouco. Principalmente em um Estado de bem-estar social a eficiência estará na escolha consciente de formas de atuação e de políticas públicas que impliquem no real desenvolvimento para as atuais e para as futuras gerações. Estará na manutenção ou ampliação de níveis gerais de proteção social, um verdadeiro investimento em pessoas que se traduz, a longo ou médio prazo, em impulso econômico.

Portanto, a definição da destinação das verbas públicas possui relevância para muito além do mero planejamento fiscal, envolvendo questões que dizem respeito até mesmo à legitimidade do poder estatal. Se em tempos remotos exigia-se do Estado apenas a abstenção de comportamentos arbitrários a incidir sobre as liberdades individuais, atualmente não se considera mais suficiente que os governantes apenas não violem a lei. Exige-se deles a redução das desigualdades, o combate à pobreza, a garantia de um direito à saúde, educação e moradia, etc. (ARAGÃO, 2004). Essa complexidade deveria se traduzir em uma maior atenção aos debates que antecedem a divisão orçamentária, não apenas com maior participação democrática (garantida esta a partir de um direito efetivo à informação), mas também com sopesamento e valoração quanto à origem e destinação dos recursos públicos (SCHNEIDER; SILVA, 2014).

Como se vê, parte desse debate deve ocorrer ainda quanto à fase de arrecadação dos recursos, ou seja, quanto à tributação. Pode-se dizer que os tributos são a matéria-prima para a implantação de um Estado de bem-estar social, já que possibilitam a captação dos recursos indispensáveis à implantação de políticas públicas de proteção social. Nabais (2002) afirma que esse preço a ser pago não pode ser de tal forma elevado a ponto de tolher a liberdade do contribuinte. Porém, não pode ser simplesmente equivalente ao preço dos serviços públicos de que cada um se utiliza, pois, assim, restaria afastada a ideia de solidariedade, a qual se encontra justamente na base de formação do Estado.

A eficiência da administração pública quanto à instituição de tributos residiria justamente em encontrar um ponto de equilíbrio entre tais extremos, ou seja, não sobrecarregando o contribuinte nem tampouco limitando os tributos ao mero custo individual (e individualista) dos serviços efetivamente utilizados. Também na busca de uma máxima proteção social que se enquadre nesta moldura.

Nesse ponto se regressa à análise do já discorrido sobre a reserva do possível. A alegação de que determinadas prestações do Estado não são economicamente viáveis depende não apenas da avaliação das receitas já existentes nos cofres públicos, mas também da ponderação quanto aos limites razoáveis da tributação. Se o Estado se mostra incapaz de garantir determinados direitos sociais fundamentais pela ausência de recursos para tanto, uma das soluções a se cogitar é justamente o incremento da arrecadação.

No caso brasileiro, a questão tributária possui inúmeros aspectos passíveis de revisão para um incremento da arrecadação sem a necessária penalização da população como um todo. Um dos pontos iniciais da discussão é a proporção da tributação indireta no montante total da arrecadação (SIQUEIRA et al., 2012).

Dados revelam que, em virtude da constante opção pela tributação indireta, a carga tributária suportada pelas famílias de baixa renda no Brasil é muito superior àquela incidente sobre grupos com maior faixa de renda. Estudos revelaram que, em 2004, quem ganhava até dois salários mínimos gastava 48,8% de sua renda no pagamento de tributos; já o peso da carga tributária para as famílias com renda superior a 30 salários mínimos correspondia a 26,3% (CASTRO; SANTOS; RIBEIRO, 2010). Isso implica não apenas em grave injustiça fiscal, mas também na limitação direta ao crescimento da tributação, tendo em vista que o incremento dos tributos indiretos acabaria por cercear direitos básicos dos indivíduos das classes econômicas inferiores, como alimentação e moradia.

Por outro lado, tratando-se dos tributos diretos, dos quais o imposto sobre a renda é o principal representante, observa-se que em nosso país sua participação na arrecadação total é diminuta. No Brasil os tributos incidentes sobre bens e serviços, a renda e a propriedade representaram, respectivamente, 46,1%; 20,6% e 3,8% da carga total de 33,8% do PIB. Nos países da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, essas proporções atingiram cerca de 31,6%; 35,8% e 5,3% de uma arrecadação total da ordem de 35,8% (dados de 2004/2005). Já no que diz respeito à tributação das pessoas físicas, a arrecadação do IRPF – Imposto de Renda – no Brasil foi da ordem de 1,6% do PIB ou 4,7% da carga tributária total em 2001. Neste mesmo ano, em média, foram recolhidos 10% do PIB a título de IRPF nos países da OCDE e sua representatividade no total da receita de impostos foi de aproximadamente 26,5% (CASTRO; SANTOS; RIBEIRO, 2010).

Esses dados são relevantes para se destacar a evidência de que há sim espaço ao aumento de tributos no Brasil. Contudo, a margem se encontra concentrada na esfera da tributação direta, em especial quanto ao imposto de renda.

Outro aspecto relevante no cenário brasileiro se refere às isenções tributárias, as quais vêm sendo objeto de debates acirrados em virtude da crise financeira que assola a maioria dos estados no país. Sob o argumento (ou pretexto) do impulso ao desenvolvimento econômico, diversos setores da economia receberam os mais variados tipos de isenção tributária. O caso de maior destaque no plano nacional se refere ao estado do Rio de Janeiro, que acumula dívidas da ordem de R$ 107 bilhões e cujo orçamento não tem sido suficiente sequer ao pagamento dos vencimentos de seus servidores. Ocorre que um relatório do Tribunal de Contas do Estado (TCE) apurou que o governo do Rio de Janeiro, em virtude de generosos benefícios fiscais, deixou de recolher aos cofres públicos cerca de R$ 138 bilhões entre 2008 e 2013, considerada apenas a arrecadação referente ao ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. De acordo com o relatório do TCE, as principais empresas beneficiadas com as isenções foram a Petrobrás

(R$ 4,4 bilhões), a CP-RJ Implantes Especializados (R$ 3,8 bilhões) e a GE Celma Ltda. (R$ 925 milhões). Algumas das isenções também chamam a atenção pela total ausência de pertinência quanto à sua finalidade social, como é o caso das isenções conferidas ao comércio de joias e pedras preciosas, que redundou em uma perda de arrecadação de R$ 230 milhões no período de 2008 a 2013 (VASCONCELOS, 2016).

Infelizmente, a concessão de isenções fiscais com benefícios econômicos duvidosos não é privilégio do estado do Rio de Janeiro, ocorrendo inclusive no âmbito dos municípios e da própria União. Destaca-se, por exemplo, a não incidência de IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores sobre helicópteros, aviões particulares, lanchas, etc. A matéria já foi inclusive submetida ao STF, que manteve o entendimento pela não incidência de IPVA sobre aeronaves e embarcações (RE 379572/RJ).

O que se pretende demonstrar é, portanto, que há no Brasil ampla margem ao aumento da arrecadação, sendo inegável que o argumento da reserva do possível tem como premissa uma escassez artificial (OLSEN, 2012), fundada em escolhas políticas no interesse econômico de uma classe dominante. Ao mesmo tempo em que se nega o atendimento médico ao paciente portador de neoplasia maligna, se observa a total inércia para a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas, inserto na Constituição Federal de 1988 em sua redação original e até os dias de hoje à espera de lei complementar que o institua (CF, art. 153, VII).

Feitas estas considerações, cumpre discorrer também acerca das questões de orçamento, do modo de aplicação da arrecadação dos tributos. Para tanto, se retoma aqui a noção pertinente ao princípio da eficiência na administração pública.

O governo brasileiro – seja no plano municipal, estadual ou federal – tem sérios problemas em relação ao desperdício de verbas públicas. Sem querer aqui fazer uma injusta generalização (existem bons exemplos de administração pelo país), o que se vê rotineiramente nos noticiários são casos de falta de planejamento na aquisição de materiais, obras públicas paralisadas expostas à ação do tempo, perecimento de alimentos e medicamentos em depósitos públicos, entre tantas outras situações.

A falta de planejamento é um dos problemas mais frequentes encontrados no cotidiano da administração pública no Brasil, revelando-se na aquisição de bens e serviços para além da necessidade da população ou incompatíveis com as peculiaridades locais, com o contexto técnico de sua utilização ou ainda sem utilidade real no caso concreto. São inúmeros os exemplos que se pode citar: a) livros didáticos adquiridos já com conteúdo defasado e inservível ao uso em sala de aula; b) alimentos para merenda escolar adquiridos em desproporção, inviabilizando o seu uso pela impossibilidade do consumo isolado, como acontece em muitos

lugares em que há farinha mas não há óleo ou ovos, há arroz mas não há feijão, carne ou legumes, etc.; c) equipamentos de alto custo ainda embalados que nunca chegaram a ser utilizados pela ausência de profissionais habilitados ao seu manejo ou ainda pela inexistência dos insumos indispensáveis ao funcionamento; d) compra de barcos para transporte escolar com motores de alto custo que não suportam a navegação na profundidade registrada nos rios da região; e) aquisição de alimentos para assistência social sem o necessário planejamento quanto à distribuição, levando ao perecimento em depósitos.

Seria impossível listar a totalidade das situações vivenciadas nos órgãos públicos do país, já que se trata de situação nem um pouco incomum. O que se pretende demonstrar com os exemplos destacados é que há ampla margem à aplicação do conceito de eficiência no Brasil. Quando se fala em administração eficiente, considerado o contexto nacional, deve-se começar das mais básicas premissas de planejamento, de avaliação dos indicadores de cada unidade administrada e definição das reais necessidades da população, bem como da utilidade dos bens e serviços que se pretende adquirir.

A negligência é outro fator que corrói as verbas públicas no Brasil. Edificações e estradas começam a ser construídas para logo serem abandonadas por meses, anos e até décadas. Com a ação do tempo boa parte dos materiais ou até mesmo do serviço já realizado são perdidos, como no caso de prédios em que a infiltração da água das chuvas acaba por lhes condenar as estruturas.

Portanto, a aplicação do princípio da eficiência na gestão do orçamento público é uma ferramenta capaz de maximizar os recursos públicos já existentes, tornando possível a realocação de verbas para a efetivação de direitos fundamentais sociais e até impedindo que ocorra a regressividade ainda que em contexto de crise econômica.

Todas estas possibilidades trazidas à discussão, de rearranjos no emprego das verbas públicas e de incremento qualitativo da capacidade de arrecadação do Estado, acabam por minar consideravelmente as premissas e bases da chamada reserva do possível, levando a crer que o argumento se refere mais a uma recusa de alteração do *statu quo* da organização estatal, de forma a proteger interesses políticos de grupos dominantes e garantir a perpetuação de acordos de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais sociais dizem respeito a bens jurídicos indispensáveis à garantia da dignidade humana, seja quando vistos isolada e individualmente, seja como condições materiais ao pleno gozo de todos os direitos. A realização desses direitos, por meio

de uma rede de proteção social garantida primordialmente por prestações estatais, é o pilar principal em que se assenta o Estado de bem-estar social.

No Brasil, a Constituição de 1988 deu grande destaque aos direitos sociais, os quais não apenas permeiam todo o texto constitucional, como também constam do preâmbulo, que define dentre as principais finalidades do Estado o dever de assegurar o seu exercício. A Carta de 1988 foi além da mera previsão de direitos sociais, consagrando as respectivas prestações estatais e até delineando as instituições responsáveis pelo fornecimento dos serviços, como é o caso do Sistema Único de Saúde – SUS, responsável pelo atendimento universal e igualitário na prevenção e tratamento de doenças e promoção da saúde. Ao governo – federal, estadual e municipal – se atribui a responsabilidade pela manutenção de uma rede de proteção social, tornando inegável a opção por uma estrutura de *Welfare State*.

A problemática quanto à concretização desse modelo de Estado se encontra principalmente no custo das prestações estatais necessárias à implementação das políticas públicas sociais, o que leva a um senso comum de que direitos fundamentais sociais são direitos caros, custosos. Esta premissa acaba por legitimar o discurso de que o equilíbrio das contas governamentais passa necessariamente pela restrição das despesas com a efetivação de direitos sociais, argumento que motivou diversas reformas neoliberais levadas a cabo nas décadas de 80 e 90, ainda recorrentes em períodos de crises econômicas.

Nesse cenário, a chamada reserva do possível acaba por ganhar força, pois se torna mais plausível a ideia de que em muitos casos a atuação estatal, ainda que destinada à garantia de direitos fundamentais, simplesmente não é possível em face da inexistência de recursos financeiros. O argumento é cada vez mais corrente e não raro é utilizado como uma espécie de salvo-conduto da administração pública frente à deficiência na prestação de serviços públicos.

Contudo, trazida a questão ao debate sob a ótica não apenas do desenvolvimento humano, mas também social e econômico, o que se observa é que a análise do custo dos direitos é muito mais complexa e não se restringe à mera avaliação contábil-financeira. Gastos públicos em políticas sociais frequentemente se traduzem em investimentos (em pessoas e em mercados), ao passo que a economia realizada às custas do cerceamento de direitos fundamentais sociais pode se converter em custos futuros ainda maiores.

A reserva do possível também esbarra em uma análise mais detalhada das questões orçamentárias e tributárias. Conforme visto, o sistema instituído no ordenamento jurídico brasileiro confere ampla margem a revisões capazes de ampliar a arrecadação, seja pela reavaliação de isenções fiscais ou ainda pela possibilidade de instituição ou incremento de tributos, em especial aqueles atrelados à renda. Da mesma forma, o orçamento público, da

forma como conduzido em boa parte das unidades administrativas, é passível de aproveitamento muito superior àquele registrado na prática. A adoção plena do princípio da eficiência e a melhoria no modo de planejamento das prestações estatais dão ensejo à maximização dos recursos públicos, garantindo maior abrangência na proteção social. Essas possibilidades (de rearranjos tributários e orçamentários) se convertem em verdadeiros deveres do administrador público se considerado o imperativo do princípio da não regressividade ou da vedação ao retrocesso social. Se as conquistas sociais são irreversíveis e se as prestações que garantem a concretização de direitos fundamentais se ligam ao núcleo essencial destes direitos, então a ausência de recursos públicos não pode servir de obstáculo à sua garantia, tendo em vista a comprovada capacidade estatal de moldar a arrecadação e o emprego do orçamento.

Por fim, a aplicação pura e simples da reserva do possível como barreira ao exercício de direitos sociais desconsidera o modelo de Estado eleito pela Constituição brasileira de 1988. Uma vez declarada como finalidade precípua do Estado a garantia dos direitos sociais, a negativa da atuação estatal nesta seara se revela contraditória a sua própria existência. Também considerada a ampla regulamentação das prestações atinentes a direitos sociais no texto constitucional, a negativa ao cumprimento de tais preceitos por critérios financeiros se revela incompatível com o espírito constituinte.

A reserva do possível deve ser vista com as mais severas reservas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, G.; MELO, D. Há direitos acima do orçamento? In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ARAGÃO, A. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, p. 1-6, jul./set. 2004.

AZEVEDO, E.; ALMEIDA, G.; PORTES, P. O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 4, n. 8, p. 33-59, jul./dez. 2013.

CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELETI, C.; VIDAL, P. Direitos sociais e sua efetivação: uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso social. *Revista Direito em Debate*, v. 25, n. 45, p. 70-97, 2016.

CASTRO, J.; SANTOS, C.; RIBEIRO, J. (Org.). *Tributação e equidade no Brasil*: um registro da reflexão do IPEA no biênio 2008-2009. Brasília: IPEA, 2010.

DRAIBE, S. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. *Caderno de Pesquisa Unicamp*, n. 8, 1993.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

KERSTENETZKY, C. *O Estado do bem-estar social na era da razão*: reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOPES, J. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NABAIS, J. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

NOVAIS, J. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Recomendação 202.* Genebra: OIT, 2012. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2015.

OLSEN, A. *Direitos fundamentais sociais*: efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías.* Madrid: Trotta, 2007.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 24, jul. 2008.

SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". *Cadernos de Direito*, v. 3, n. 5, p. 78-97, jul./dez. 2003.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, n. 15, set./nov. 2008.

SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos Sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHNEIDER, Y.; SILVA, R. A exigibilidade dos direitos sociais no arranjo federativo brasileiro. *Federalismi.it – Rivista de diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, Focus Human Rights, n. 3, out. 2014.

SCHWARZ, R. *As garantias dos direitos fundamentais sociais*: uma perspectiva garantista e democrática. Joaçaba: Unoesc, 2015.

_____. *Derechos sociales*: imprescindibilidad y garantías. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

_____. *Os direitos fundamentais sociais e a sua judicialização*: as garantias judiciais dos direitos sociais. Joaçaba: Unoesc, 2016.

SIQUEIRA, R. de et al. O custo marginal social da tributação indireta no Brasil: identificando direções de reforma. *Economia Aplicada*, v. 16, n. 3, p. 365-380, jul./dez. 2012.

VASCONCELOS, F. Isenções fiscais do governo do Rio para empresas somam R$ 138 bi, diz relatório do TCE. *O Globo* [online], 08 mar. 2016. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/isencoes-fiscais-do-governo-do-rio-para-empresas-somam-r-138-bi-diz-relatorio-do-tce.html>. Acesso em: 29 nov. 2016.