

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito tributário e financeiro I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Francisco Nicolau Domingos; José Antonio de Faria Martos; Liane Francisca Hüning Pazinato; Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-997-1

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de artigos denominado “DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO I” do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI cujo evento foi realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, de forma telepresencial, com a temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”.

O Encontro foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, com patrocínio da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO - Afya, e apoio do Portucalense Institute For Legal Research - IJP e da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay.

Os artigos apresentados revelaram pesquisas com temas atuais e inéditos, com propostas aptas e importantes para a contribuição do desenvolvimento do Direito no Brasil, em conexão com o tema central proposto para o evento.

Tivemos a honra de presenciar a exposição de trabalhos de discentes de graduação e pós-graduação oriundos de diversas universidades brasileiras, tanto de instituições públicas quanto privadas. Foram abordados temas dinâmicos, os quais merecem a devida atenção da comunidade científica, o que atesta o elevado grau de qualidade dos eventos promovidos pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

Dessa forma, o Grupo de Trabalho recebeu quinze artigos que discorrem sobre diversos aspectos do Direito Tributário e Financeiro. Cumpre-nos salientar que todos os trabalhos, de maneira direta ou indireta, abordaram a qualidade da prestação jurisdicional, bem como os avanços e desafios do Direito na contemporaneidade, tanto no contexto brasileiro quanto no mundial, ressaltando sua natureza transdisciplinar.

Foram apresentados os seguintes artigos científicos: A COFINS E O TEMA 67 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DESAFIOS HERMENÊUTICOS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA ; A CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA; A INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA EM ABONOS SALARIAIS CONCEDIDOS A SERVIDORES PÚBLICOS; A REFORMA TRIBUTÁRIA DA PEC Nº 45/2019 COMO UM POSSÍVEL INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL; CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INCONVENIÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE

GRANDES FORTUNAS NO BRASIL; DEMOCRACIA DELIBERATIVA HABERMASIANA: A CRIAÇÃO/VALORIZAÇÃO DE ESFERAS PÚBLICAS PARA A DISCUSSÃO EM TORNO DE TRIBUTAÇÃO E A JUSTIÇA FISCAL; DESAFIOS DO FEDERALISMO COOPERATIVO NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS: PERDAS COM A LEI KANDIR, RESPONSABILIDADE FISCAL E O PAPEL DA AÇÃO POPULAR NA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS; DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: UM ESTUDO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; ENTRE O DESENVOLVIMENTO E A SUSTENTABILIDADE: O FUTURO DA ZONA FRANCA DE MANAUS NA REFORMA TRIBUTÁRIA; FINANCIAMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO: DO BRASIL COLÔNIA À PETRÓPOLIS, A CIDADE IMPERIAL; O CUSTO DOS DIREITOS, A TRIBUTAÇÃO E A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E SOCIAL; OS ROYALTIES MINERAIS COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS; POLÍTICA DE HABITAÇÃO X DÉFICIT HABITACIONAL: COMO ANDA A DESPESA PÚBLICA EM HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL EM BELÉM DO PARÁ?; UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL E NO MUNDO.

Os trabalhos apresentados suscitaram temas instigantes para os debates, e os textos reunidos demonstram discursos interdisciplinares importantes e reflexos das pesquisas conduzidas por estudiosos de várias regiões do Brasil. Importante acrescentar que o evento contou com a participação de professores de outros países como Portugal e Uruguai.

Neste ensejo, os organizadores registram sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), das instituições parceiras e, em especial, aos autores que participaram desta coletânea, destacando-se pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração de textos de excelência.

Convida-se a uma leitura dos artigos apresentados, que de forma dinâmica e comprometida, promovem a formação de um pensamento crítico, possibilitando a construção de um Direito voltado à concretização dos preceitos insculpidos no Estado Democrático de Direito.

05 de julho de 2024.

Professor Doutor José Antonio de Faria Martos - Faculdade de Direito de Franca;

Professora Doutora Liane Francisca Hüning Pazinato – Universidade Federal do Rio Grande;

Professor Doutor Raymundo Juliano Feitosa -Universidade Católica de Pernambuco;

Professor Doutor Francisco Nicolau Domingos -Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa.

O CUSTO DOS DIREITOS, A TRIBUTAÇÃO E A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE COST OF RIGHTS, TAXATION AND THE INTERFERENCE OF THE JUDICIAL POWER IN THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Carla Roberta Ferreira Destro ¹

Lucas Octávio Noya dos Santos ²

Valter Foletto Santin ³

Resumo

A pesquisa trata da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente pelo custo dos direitos ao Estado, que convive com a escassez de orçamento público. A problemática permanece atual e importante, na medida em que a desigualdade social e econômica se coloca como problema crônico e de difícil solução. O rol consolidado na Constituição Federal de 1988 e as características de eficácia imediata e expansão desses direitos levam o agente público às escolhas trágicas, acabando por desatender demandas sociais e individuais. A tributação e a extrafiscalidade são mecanismos interessantes para aumento da arrecadação pública, mas ainda insuficientes para o atendimento de todos os direitos fundamentais. Surge disso a tese estatal de reserva do possível, reforçando a ideia de se fazer o possível diante da verba existente. Em contrapartida, a tese do mínimo existencial atua em defesa do indivíduo ou da coletividade, no sentido de não se admitir a reserva quando se tratar de mínimo existencial. A solução do embate cabe ao Poder Judiciário, que, cumprindo seu papel constitucional, atua obrigando os Poderes Executivo e o Legislativo. Conclui-se pela necessidade e importância do Judiciário no processo de implementação dos direitos sociais, assim como na solução, pelo menos em parte, de questões sociais e econômicas. A pesquisa utilizou o método dedutivo, partindo de uma ideia geral para se alcançar uma conclusão específica, apoiado na técnica bibliográfica, destacando-se doutrina e jurisprudência especializadas no assunto em debate.

Palavras-chave: Custo dos direitos, Reserva do possível, Mínimo existencial, Discricionariedade, Ativismo judicial, Direitos fundamentais sociais

¹ Doutoranda e Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Coordenadora de Pesquisa e Extensão e Docente no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP - Jacarezinho/PR. Coordenador de Mobilidade e Competições e Docente no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

³ Professor de graduação, Mestrado e Doutorado (UENP, Jacarezinho-PR, Brasil). Doutor em Direito (USP, São Paulo, Brasil). Pós-Doutor (Coimbra, Portugal). Líder GP Políticas públicas e direitos sociais. Procurador de Justiça (SP).

Abstract/Resumen/Résumé

The research deals with the implementation of fundamental rights, mainly due to the cost of rights to the State, which faces a shortage of public budget. The problem remains current and important, as social and economic inequality is a chronic problem that is difficult to solve. The list consolidated in the 1988 Federal Constitution and the characteristics of immediate effectiveness and expansion of these rights lead public agents to tragic choices, ending up failing to meet social and individual demands. Taxation and extra-fiscality are interesting mechanisms for increasing public revenue, but they are still insufficient to meet all fundamental rights. From this arises the state thesis of reserving what is possible, reinforcing the idea of doing what is possible within the existing budget. On the other hand, the thesis of the existential minimum acts in defense of the individual or the collective, in the sense of not admitting reservation when it comes to the existential minimum. The solution to the conflict lies with the Judiciary, which, fulfilling its constitutional role, acts by obliging the Executive and Legislative Powers. It is concluded that the Judiciary is necessary and important in the process of implementing social rights, as well as in solving, at least in part, social and economic issues. The research used the deductive method, starting from a general idea to reach a specific conclusion, supported by bibliographical technique, highlighting doctrine and jurisprudence specialized in the subject under debate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cost of rights, Reservation of the possible, Existential minimum. discretionary, Judicial activism, Fundamental social rights

1 INTRODUÇÃO

A polêmica implementação dos direitos fundamentais não é assunto recente. Tais direitos se fortaleceram após a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde receberam destaque e se consolidaram como direito do cidadão e dever do Estado.

O retorno frequente à questão se dá pela crescente impossibilidade de ação estatal decorrente da escassez orçamentária. Quanto mais se amplia o rol de direitos, mais se exige do Estado, que se mostra incapaz de atender todas as demandas sociais e individuais, não restando alternativa senão a tributação. Todavia, a medida não é suficiente para atender o pleito social, seja pela desproporcionalidade entre custo e arrecadação, esta sempre abaixo do necessário, seja pela ineficiência estatal na utilização da verba pública.

Os direitos fundamentais, principalmente os sociais, visam a redução de desigualdades sociais e econômicas, implementando a igualdade material e a dignidade humana na sociedade, de maneira que sua ausência fortalece a pobreza e agrava as necessidades mínimas do cidadão, ferindo os objetivos da Constituição, em destaque no art. 3º, III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais).

As necessidades dos cidadãos se confrontam com a obrigação estatal, amplificando a contenda entre a reserva do possível, tese do poder público para a ausência ou redução do direito em análise, e o mínimo existencial, que deve ser implementado como prioridade absoluta, pois embasado no valor maior da dignidade humana.

O Poder Judiciário, apesar de posicionamentos em contrário, assumiu o papel ativo no deslinde desses conflitos, buscando solucionar as questões em análise. Destaca-se o frequente protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que se posicionou definitivamente como responsável pelo desfecho de demandas sociais decorrentes da omissão administrativa ou legislativa.

Para apreciação da problemática apresentada, a pesquisa tratou inicialmente da promulgação da Constituição Federal de 1988, destacando a influência dos diversos grupos sociais, políticos e econômicos na elaboração do seu texto, bem como o problema decorrente da extensão dos direitos abarcados, principalmente no processo de efetivação.

Em sequência analisou-se as questões relacionadas ao custo dos direitos fundamentais, com foco nos direitos sociais. O amplo rol constitucional, a eficácia imediata e a expansão desses direitos, por imposição do constituinte, desembocou no problema de efetividade, diante da ausência de recursos públicos para atendimento dos anseios de toda a sociedade. Firmou-se,

assim, a alternativa da tributação, tal e qual o uso da extrafiscalidade, invocando também o dever fundamental de pagar tributos, como outra face dos direitos fundamentais.

Avançou-se na discussão trazendo ao foco as teses da reserva do possível e do mínimo existencial, penetrando conceitos e premissas básicas, enfatizando o uso da razoabilidade e da proporcionalidade na ação do agente público.

Por fim, enfatizou-se o papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais, firmando a premissa de atuação conforme a Constituição, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes e aos valores democráticos.

A pesquisa utilizou o método dedutivo, partindo de uma ideia geral para se alcançar uma conclusão específica, apoiado na técnica bibliográfica, destacando-se doutrina e jurisprudência especializadas no assunto em debate.

2 A EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os acontecimentos que antecederam a promulgação da Constituição de 1988 interferiram diretamente no conteúdo da carta constitucional. A pressão de movimentos sociais e de interesses políticos e econômicos delimitaram a vontade do constituinte, que tentou compatibilizar tais solicitações, muitas antagônicas entre si. Assim, necessário compreender brevemente a realidade social e política da época.

2.1 Acontecimentos que Precederam a Redemocratização

A Constituição Federal de 1988 foi precedida pela Constituição de 1967, promulgada após o Golpe Militar de 1964. O documento e o regime ditatorial representaram fortes restrições ao exercício de direitos fundamentais, principalmente pela implementação dos Atos Institucionais (ao todo foram 17). A perseguição dos contrários ao regime, o uso da tortura e o desaparecimento forçado de brasileiros marcou o período, que foi de 1964 a 1985.

Os militares trabalharam no fortalecimento da imagem do regime, principalmente destacando o grande desenvolvimento econômico ocorrido na época, chamado de “milagre econômico”, ocorrido no governo Médici, de 1968 a 1973 (Pauli; Gonçalves; Viola, 2021, p. 84). No entanto, o cenário nacional entrou em crise a partir de 1983, com os movimentos sociais e os motins que ocuparam as ruas, exigindo o fim do regime militar e a redemocratização do país.

Segundo Napolitano (1995, p. 164):

Os impasses gerados pela crise sociopolítica, o impacto dos motins urbanos de abril de 1983 e os efeitos políticos da greve geral de 1983 (a primeira convocada após 1964), demonstraram a fragilidade do regime militar ante a ocupação massiva das ruas pelo protesto popular. A oposição liberal percebia que era chegada a hora de negociar a transição, antes que o jogo político se decidisse pela pressão das ruas. Neste contexto, a convocação de uma campanha popular pelas eleições diretas para Presidente da República instaurava um elemento inovador e imprevisível na tradição política brasileira.

Os movimentos estudantis da década de 70 ganharam força e iniciou-se a campanha nacional pelas “Diretas-Já”, com o primeiro grande comício realizado em 25/01/84, na Praça da Sé em São Paulo, com a presença de mais de 250 mil pessoas, retomando a importância da participação popular nas decisões políticas. “Em outras palavras, a sociedade fazia do espaço público o lugar da enunciação das diferenças, uma das marcas da sociedade civil na luta contra o autoritarismo do regime” (Napolitano, 1995, p. 165).

Enquanto as articulações políticas aconteciam nos bastidores, a população tomava as ruas em todo o país, chegando a 1 milhão de pessoas no Rio de Janeiro (Folha de São Paulo, 1984). O movimento pela redemocratização envolveu categorias representativas de grupos vulneráveis, permitindo a expressão daqueles antes silenciados.

O governo alegava que o movimento deveria ser esvaziado, pois representava perigo à segurança nacional e bem-estar social. Tal argumento não se sustentou, diante do caráter pacífico das manifestações (Napolitano, 1995). Nas palavras Kotscho, se referindo às manifestações ocorridas no Rio de Janeiro, na Folha de São Paulo de 11 de abril de 1984:

Quando todos se deram as mãos, no fim do comício, no palanque e nas ruas, para cantar o Hino Nacional Brasileiro, o Rio de Janeiro já tinha voltado a ser o Rio brasileiro, alegre e moleque, sério se for preciso, generoso sempre. E lá se foi a multidão embora, debaixo de uma chuva fina com gosto de vida nova, cantando com mais força os versos de Vandrê, que também se tornaram um hino: ‘Vem/vamos embora/que esperar não é saber/quem sabe faz a hora/não espera acontecer’ (Kotscho, 1984, s.p.).

É de se anotar, porém, que em alguns momentos o movimento sofreu alguns desvirtuamentos, principalmente pela reunião de grupos políticos e sociais com interesses conflitantes, mas nada capaz de retirar a importância do acontecimento para a redemocratização e a consolidação da Constituição Cidadã de 1988.

[...] os elementos da nova cultura democrática e da tradição política brasileira se fizeram presentes também durante esse período. Dois exemplos: a trajetória institucional do movimento sindical, a partir de 1985, onde conteúdos inovadores (autonomia, basismo) entraram em conflito com a tradição corporativa e verticalizada

dos sindicatos; e as pressões populares na Assembléia Constituinte, onde demandas por cidadania e grupos de interesse eram formuladas num mesmo enunciado (Napolitano, 1995, p. 173-174).

A Carta de 1988 representou, pelo menos em parte, os anseios da população e dos movimentos sociais e políticos. O que pareceu à época uma evolução na consolidação de direitos, gerou ao poder público um indiscutível problema, pois a amplitude da Constituição e os direitos antagônicos em jogo levaram a uma crise de inefetividade, principalmente no que se refere à utilização do escasso orçamento público.

2.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi batizada de “Constituição Cidadã” e não poderia ser de outro modo. O rol de direitos e garantias fundamentais é considerado um dos mais extensos do mundo, abarcando áreas que não são de hábito constitucionais.

A amplitude se deu, em grande parte, ao processo histórico em que se deu a Assembleia Constituinte. A redemocratização do país representou a retomada de direitos fundamentais antes retirados ou controlados pelo regime militar. Juntamente com a nova Carta constitucional veio a ideia de se tutelar todos os direitos fundamentais, impossibilitando o retrocesso e garantindo que jamais fossem cassados novamente. É o que dispõe o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal, ao tratar das cláusulas pétreas: “[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” (Brasil, 1988).

Os direitos sociais, nos ensinamentos de Sarlet (2003) e Bonavides (2004), devem ser entendidos como incluídos neste rol, não se admitindo interpretar a Constituição no sentido de diferenciar os direitos de liberdade dos direitos sociais, pois ambos decorreriam da dignidade humana.

No entendimento de Cordeiro (2012), o constituinte optou pelo *entrincheiramento constitucional* dos direitos sociais, dando a eles o *status* idêntico aos direitos individuais. Pelo entrincheiramento deve-se entender a previsão constitucional com o fim de impossibilitar o retrocesso desses direitos, criando um escudo protetor (Tavares, 2007).

É importante destacar que, apesar da extensão dos direitos fundamentais, a previsão constitucional não é taxativa, por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988, que afirma: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988), de modo que o rol pode ser continuamente renovado.

[...] o constituinte adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais (*textura aberta dos direitos fundamentais*), abrangendo, além daqueles expressamente previstos, os direitos fundamentais constantes fora do catálogo e em tratados internacionais e os não escritos, consagrando a teoria dos direitos implícitos e decorrentes, assim considerados os direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e os decorrentes do regime e dos princípios da Constituição (Cordeiro, 2012, p. 47).

A Constituição foi além da previsão ampla e exemplificativa, determinando no seu art. 5º, § 1º que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**” (Brasil, 1988; destaque nosso). Não se adentrará aqui na discussão doutrinária sobre o tema, partiremos da afirmação de que as normas constitucionais fundamentais produzem direitos subjetivos de forma imediata, independentemente da classificação em eficácia plena, limitada ou contida, conforme Silva (1999).

Segundo Silva (1999, p.76) a norma constitucional sempre produzirá efeitos “[...] até onde possa, até onde seja suscetível de execução”. Quanto maior a eficácia da norma constitucional, melhor será o direito subjetivo, sendo maior a possibilidade de efetividade prática (Queiroz, 2011).

Complementa Silva (1999) que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica complementar.

É importante constar, que a Constituição de 1988 sofreu uma emenda constitucional em 2004 (Emenda Constitucional nº 45), incluindo o § 3º no art. 5º: “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” (Brasil, 1988). Assim, pelo procedimento do § 3º, as normas internacionais de direitos humanos podem assumir o aspecto constitucional formal, indo além do aspecto material trabalhado no § 2º.

Em conclusão, os direitos fundamentais individuais e sociais são cláusulas pétreas e possuem eficácia imediata. Tais informações serão relevantes para a discussão adiante, pois o Estado não poderá se eximir da responsabilidade de efetivar, na melhor medida, tais direitos.

3 O CUSTO DOS DIREITOS E DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

A consolidação de um Estado de bem-estar social, que atenda a todos de maneira igualitária e digna, nada mais é que uma utopia, pelo menos enquanto vinculado à utilização de

verba pública. A iniciativa do constituinte de 1988, ao apresentar o rol de direitos fundamentais, juntamente com as características de cláusula pétrea, eficácia imediata e a expansividade, representa uma obrigação prestacional inafastável do Estado, que se conflita com a realidade de reduzida e limitada capacidade financeira.

Os direitos (inclusive os constitucionais) são ofertados pelo Estado e objetivam o bem-estar social, de modo que envolvem decisões políticas sobre a canalização de recursos escassos, buscando a efetividade “[...] em face dos problemas e oportunidades mutáveis que se tem em mãos” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 189).

Diante de tal impasse, é importante se afirmar que a fruição de direitos pelo cidadão sem qualquer contraprestação, apenas como obrigação do Estado, é impossível, representando verdadeiro colapso no orçamento público, colocando em risco os interesses da coletividade.

Os direitos sociais devem atender toda a coletividade, mas isso não retira a possibilidade de fruição individual, de modo que qualquer pessoa poderá requerê-lo em benefício próprio. Sarlet (2010, p. 215) utiliza os ensinamentos de José Ledur para afirmar “[...] as dimensões individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato de o exercício do direito ocorrer na esfera coletiva”. O autor continua:

O que há de ser devidamente enfatizado nesta quadra, é a circunstância de que em geral os direitos humanos e fundamentais (civis, políticos e sociais), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência (Sarlet, 2010, p. 216).

Assim sendo, os direitos e liberdades coletivos e individuais devem ser custeados pela coletividade, mesmo nos casos de fruição individual, numa ideia de solidariedade pelo bem comum. Não há efetivação de direitos sem o aporte financeiro correspondente. Tal financiamento, por sua vez, se dará pelo mecanismo mais eficiente utilizado pelo Estado, a tributação.

A outra face dos direitos constitucionais fundamentais é o dever constitucional de pagar tributos. Para Barcarollo (2013), a vida em sociedade requer um mínimo de financiamento do Estado, funcionando como uma *conditio sine qua non* para o equilíbrio das finanças públicas e para o custeio dos direitos sociais.

No posicionamento de Silva (2018), os tributos garantem a conservação da máquina pública e a proteção dos direitos fundamentais. A tributação se manifesta como um poder do Estado e um dever fundamental do contribuinte, que suportará o custo para implementação de

direitos fundamentais constitucionais. Buffon (2022) esclarece, em complemento, que com a arrecadação de tributos o Estado tem meios para garantir o seu custeio e buscar a concretização do bem comum, sendo esta a razão de existir do próprio Estado.

Entretanto, Caliendo (2009) observa que não basta aumentar a arrecadação sem a coerência do poder público no direcionamento dos financiamentos, delimitando quais e em qual medidas os direitos serão atendidos. Neste ponto destaca-se a importância do exercício da participação e fiscalização popular, para que o sistema fiscal não se desvirtue para atendimento de outros interesses.

O tributo tem a função social de contribuir para com a ponderação das desigualdades sociais, de forma que os contribuintes recebam o retorno do Estado, em termos de serviços. Na verdade, os contribuintes cooperam com o sacrifício de parte de seu patrimônio, na medida de sua capacidade contributiva, para que o interesse coletivo seja prestigiado, buscando-se a instauração de um clima de paz, segurança e prosperidade, do qual todos são beneficiados, mesmo aqueles que nada contribuíram, por serem 'isentos', 'imunes' ou não deterem capacidade para tanto. Dessa forma, **o tributo tem o condão de fazer prevalecer o interesse social sobre o interesse particular** (Zanoti; Ribeiro, 2006, p. 59-60; destaque nosso).

O dever fundamental de pagar tributos pode ser visto como uma decorrência do art. 3º, I, da Constituição de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Brasil, 1988). Há, sem dúvida, a criação de um vínculo de solidariedade, que decorre do próprio exercício da cidadania, de modo que todos possuem direitos e deveres, que se retroalimentam.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859/DF, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, reconheceu o dever nos seguintes termos:

[...] a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o **dever fundamental de pagar tributos**, visto que são eles que, majoritariamente, **financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão** (STF, 2016; destaque nosso).

De tal dever decorre outro, a possibilidade de exigir a cobrança de tributos, caso o Estado, de maneira injustificada, decidir dispensá-los para favorecer determinada categoria de sujeitos (Buffon, 2010). Quando se dispensa um sujeito, se sobrecarrega os demais, o equilíbrio se perde. Assim, as isenções e dispensas devem ser sempre legitimamente justificadas.

Na democracia pressupõe-se a participação popular na supervisão coletiva dos gastos públicos. A escassez do dinheiro público leva à necessidade de investimento eficiente. Há a

obrigação de transparência democrática e prestação de contas, para se verificar se o dinheiro público atende a demanda da coletividade ou de apenas parte dela (Holmes; Sunstein, 2019).

Há outro ponto a ser considerado quando se fala em custeio dos direitos. Trata-se da extrafiscalidade, do uso legítimo de isenções, incentivos e outros benefícios fiscais, com o fim de ampliar a efetivação de direitos.

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer frente face às despesas públicas (Nabais, 2004, p. 629).

De acordo com Buffon (2010), a extrafiscalidade se consubstancia na concessão de isenções ou benefícios fiscais com a finalidade de concretizar direitos fundamentais, assegurar e estimular o desenvolvimento socioeconômico de determinada região ou incentivar determinada atividade que seja de interesse da coletividade.

O objetivo a ser atingido com a exigência do tributo extrafiscal não é meramente arrecadatório, mesmo que ocorra o ingresso de recursos aos cofres públicos. A exação extrafiscal está direcionada a servir como meio de obtenção do bem comum, o qual deve ser entendido como a concretização dos objetivos constitucionalmente postos, via materialização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais (Buffon, 2010, p. 567).

O autor trabalha, como exemplo, o direito à saúde. Seria possível, para viabilizar tal direito, a desoneração da carga fiscal sobre medicamentos essenciais, ou, de outra ponta, o aumento de tributo sobre alimentos que causam ou aumentam os riscos à boa saúde da população (Buffon, 2010).

Assim, os direitos fundamentais possuem eficácia imediata e não podem ser ignorados pelo Estado. De outra banda, o orçamento público é insuficiente para suprir toda a demanda, cabendo à coletividade contribuir com os custos desses direitos, por força do dever fundamental de pagar tributos. Entretanto, a contribuição coletiva também não é suficiente para sanar as necessidades de todos, de modo que cabe ao Estado realizar escolhas, diante das situações em concreto.

4 A INSUFICIÊNCIA DO DINHEIRO PÚBLICO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS: RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já destacado, o Estado não consegue implementar todos os direitos previstos no rol de direitos fundamentais, principalmente aqueles de natureza social e coletiva. Tal restrição

financeira passou a ser argumento frequentemente utilizado pelo Estado quando demandado pelo indivíduo necessitado, surgindo assim, o conflito entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial.

O conceito e o conteúdo do mínimo existencial podem variar entre os doutrinadores, mas se destaca como ponto em comum a fundamentação na dignidade humana (art. 1º, III, CF/88). Para Cordeiro (2012), a Constituição apresenta outros suportes para o mínimo, como seu preâmbulo, o art. 3º, III (fim da pobreza e das desigualdades), o art. 170 (fala de existência digna), além do extenso rol de direitos sociais.

Além disso, para Olsen (2008), o mínimo pode ser compreendido como todas as necessidades básicas do ser humano, sendo possível relacionar tal conteúdo ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, ao tratar do salário mínimo, que deve atender “[...] às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]” (Brasil, 1988).

No posicionamento de Torres (1989, 2009), o mínimo existencial antecede a disposição constitucional, se ancorando na ética, na liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios de igualdade e dignidade humana.

Existem os limites dos limites, ou limites imanentes, que balizam as restrições impostas aos direitos fundamentais, e se relacionam com a **proteção à erosão do núcleo essencial** destes direitos e a razoabilidade e a proporcionalidade nestas limitações ou restrições, de modo a **evitar o completo esvaziamento do conteúdo do direito fundamental** (Rodrigues; Libardi, 2019, p. 156; destaque nosso).

O mínimo, portanto, seria o núcleo central do direito em discussão, que não pode deixar de ser efetivado pelo Estado. São garantias mínimas de sobrevivência e de exercício da liberdade e da cidadania (Torres, 1989; Sarmiento, 2009). Funcionaria como uma cláusula de barreira contra ações e omissões do Estado com o objetivo de dificultar ou impedir a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, o núcleo do direito estaria blindado contra ações dos agentes públicos, não cabendo aqui qualquer argumento para não implementação (Caliendo, 2009, p. 201).

O argumento da reserva do possível surgiu como mecanismo de respaldo ao Estado, que alega fazer o possível para atendimento de todas as demandas da coletividade. Diante da restrição orçamentária, algumas decisões políticas devem ser tomadas pelo gestor, com o objetivo de priorizar aspectos mais urgentes na realidade analisada.

Segundo os ensinamentos de Nunes Junior (2009, p. 172), as prestações estatais possuem limites materiais, que se originam na escassez de recursos, de modo que a ampliação da proteção social dependeria também da ampliação de recursos.

O ponto importante desta teoria está no fato de que, se o Estado precisa realizar escolhas, que estão no âmbito das decisões discricionárias do agente público, não se admitindo a revisão de suas ações judicialmente. Neste ponto Nunes Junior (2009, p. 172) realiza uma crítica, pois tal interpretação levaria à realidade de que os direitos fundamentais sociais “[...] ficariam à mercê da vontade política da governança por meio da implementação facultativa de políticas públicas”.

Destaca-se que a teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha em contexto diferente ao brasileiro, destacando-se o fato de que a Constituição alemã não possui um rol de direitos fundamentais como a Constituição brasileira. Os direitos sociais naquele país decorrem de princípios genéricos, se impondo a necessidade de previsão extraconstitucional (Nunes Junior, 2009). Além disso, reforça o autor, o julgado utilizado como referência (BVerfGE nº 33, S. 333, de 18 de julho de 1972) não tratava de mínimo vital, pois discutia-se a liberdade de escolha da profissão, no caso acesso ao curso de medicina, que, diante da realidade atual brasileira, não estaria no rol de direitos fundamentais mínimos. Portanto, a teoria da reserva do possível não foi pensada para obrigações mínimas do Estado (Nunes Junior, 2009, p. 175-176).

No Brasil, os direitos em análise são constitucionais, de aplicação imediata, não cabendo a alegação de análise discricionária na efetivação da dignidade mínima (não se discute o direito à educação, por exemplo, por ser obrigação mínima do Estado, mas o quanto se investe na educação).

É importante destacar, que até naquele país há restrições à aplicação do argumento. O Tribunal Constitucional Alemão impôs a observação de três critérios: a) satisfação do mínimo vital; b) comprovação do esforço estatal na realização da demanda social (o Estado precisa demonstrar que está investindo o possível na realização dos direitos, ou seja, a alegação não é abstrata); e c) razoabilidade do pedido (Nunes Junior, 2009).

Destarte, não se admite a alegação da reserva do possível frente ao mínimo existencial, de modo que o Estado somente poderá utilizar tal argumento após demonstrar o desempenho de sua atividade administrativa, com a elaboração de políticas públicas e normatizações pautadas na predisposição de recursos orçamentários, corroborando a gestão efetiva do direito social em análise (Bizerra; Souza, 2022). Somente cabe a reserva do possível “[...] naquelas situações que extrapolem o mínimo existencial e que se refiram aos indivíduos que possuam meios de obter por si sós a prestação pretendida” (Rezende; Ribeiro, 2021, p. 209).

Na posição de Caliendo (2009, p. 193), deve-se utilizar a ideia de eficácia máxima possível na efetivação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, haveria uma proibição de insuficiência na oferta do mínimo existencial garantidor da dignidade, porém, de outro lado, haveria uma possibilidade de limitação financeira e técnica dos demais direitos sociais, onde o administrador teria a obrigação de buscar a maior eficácia possível.

O Estado deverá, diante da situação, lidar com o processo de escolhas e sacrifícios, as chamadas escolhas trágicas. “Isso ocorre porque as decisões (ou escolhas) acerca da alocação dos recursos para a tutela de determinados direitos implicam que outros restarão desprotegidos” (Rodrigues; Libardi, 2019, p. 150).

O processo de escolha e a análise da reserva do possível, segundo Caliendo (2009), deve se dar mediante a ponderação de valores, levando-se em consideração o contexto de realidade e não o contexto utilitarista de custo-benefício, sob pena de se reduzir a discussão de direitos fundamentais em uma mera questão financeira, voltando-se a efetivação de direitos com menor custo ou que atendam um número maior de indivíduos. Além disso, a análise utilitarista se baseia nos efeitos secundários da efetivação e não no direito em si, privilegiando os direitos de natureza pública e coletiva, deixando sem atenção os direitos individuais.

A temática chegou ao Supremo Tribunal Federal algumas vezes, destacando-se a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, de Relatoria do Min. Celso de Mello, com julgamento em 29 de abril de 2004:

A cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...]

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (**o mínimo existencial**), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. **Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.** O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (STF, 2004; destaque nosso).

Portanto, o conflito existente entre os dois institutos deverá ser analisado na situação em concreto, prevalecendo a tutela do mínimo existencial. Somente caberá qualquer discussão obre o direcionamento do orçamento naquilo que extrapolar o mínimo. Tal análise será realizada

pelo Poder Judiciário que, mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade, indicará a melhor medida para o caso em análise.

5 A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e adotou expressamente a separação dos poderes como princípio fundamental (arts. 1º e 2º, da CF/88). Além disso, o constituinte declarou que tais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são independentes e harmônicos entre si. Disso decorre que um poder não deverá interferir no funcionamento do outro.

O equilíbrio e a independência, porém, são objetos frequentes de discussão, principalmente com a crescente atuação do Judiciário em questões relacionadas aos direitos sociais, veja-se, por exemplo, o número de ações judiciais relacionadas à saúde, que somente entre 2021 e 2022 sofreu um aumento de 19% (CNJ, 2023). Tal intervenção levantou o questionamento sobre a suposta usurpação de competência das atividades executivas e legislativas.

No entendimento de Figueiredo e Gibran (2017), a permissão para o ativismo compromete a legitimidade democrática, “[...] uma vez que o povo abre mão do voto para, supostamente, usufruir de bons serviços públicos”, configurando verdadeiro desrespeito ao princípio da separação dos poderes, com a confusão entre justiça e política, de modo que “[...] o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”.

O entendimento que se consolida, porém, é no sentido de não usurpação de competência, pois ela continua sendo do Executivo ou do Legislativo. Nas palavras de Lopes Junior (2005):

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da própria Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

A adoção no Brasil do controle de constitucionalidade difuso reforça esta ideia, pois permite que qualquer juiz exerça a fiscalização e tutela da Constituição, analisando a compatibilidade de lei ou ato normativo com o texto constitucional (Medeiros, 2013; Cordeiro, 2012).

O princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, no caso a efetivação do bem de todos, sem qualquer discriminação

(art. 3^a, IV, CF/88), “[...] o Poder Judiciário demonstra toda a sua imparcialidade e independência ao efetivar, mediante prestação jurisdicional, os direitos fundamentais, em especial os sociais” (Canela Junior, 2011; Costa, Venturelli, 2020).

Logo, os poderes devem respeitar os objetivos afirmados pela Constituição, sob pena dos projetos do Estado não se consolidarem. Assim, cabe ao Judiciário tutelar e verificar todos os atos estatais, com o fim de cumprirem os desígnios da Constituição (Grinover, 2010).

O assunto foi trazido à baila pelo Supremo Tribunal Federal no julgado acima referenciado, a ADPF n^o 45/2004:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais **necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social**, visto que os **Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional** dos respectivos preceitos constitucionais (STF, 2004; destaque nosso).

O questionamento sobre o papel do Poder Judiciário se reforça pela transformação do Supremo Tribunal Federal, que em diversos momentos literalmente legislou, passando a prever figuras legais inexistentes no corpo normativo nacional, como no caso da criminalização da homofobia (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n^o 26/2019).

Na verdade, o STF vem assumindo o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mais preocupado em resolver grandes questões do país, e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis. O problema é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo próprio STF. O certo é que existe essa tendência no Tribunal, e, pelos últimos julgamentos da Corte, pode-se concluir que é uma tendência irreversível, a curto prazo (Medeiros, 2013).

A atuação da Suprema Corte alterou, sem questionamentos, o cenário jurídico. Sob a bandeira de viabilizar direitos, diante da omissão do legislador ou do administrador, se coloca como verdadeira representante do povo, extrapolando, em nosso entendimento, sua competência constitucional. Veja-se que o ponto crítico está aqui, pois o Judiciário não tem representação popular e legitimidade para retratar a vontade do povo. Por mais louvável que seja a decisão tomada (como no caso da homofobia), seu papel se resumiria a declarar a omissão, designando a função de legislar ao poder competente, conforme o art. 103, § 2^o, CF/88: “§ 2^o Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma

constitucional, **será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias [...]**” (Brasil, 1988; destaque nosso).

O ativismo do STF, porém, diferencia da atuação discutida neste trabalho, que se baseia em norma existente, mas de natureza programática. Não há usurpação da função legislativa, muito menos da executiva, pois não há a tomada de competência, apenas o papel de fiscal e ordenador dos objetivos constitucionais.

Outro argumento frequentemente utilizado contrário à atuação do Judiciário na consolidação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, é o de que os juízes não teriam a completa visão da situação em análise, desconhecendo a realidade orçamentária, os investimentos disponíveis, as políticas públicas em andamento, enfim, a visão estaria limitada e prejudicada, ao ponto de causar prejuízos e danos à coletividade, sob a perspectiva de se tutelar o direito individualmente.

Para Cardoso (2012), a falta de conhecimento técnico e o acesso à informação poderia ser suprimida com a ajuda de peritos e audiências públicas. Porém, a complexidade das causas exigiria conhecimento multidisciplinar, inviável ao andamento do processo. Por este motivo a análise dos direitos sociais dependem de análise política de oportunidade e conveniência.

Aqui entra um ponto já destacado, qual seja, a discricionariedade não impede a análise do ato pelo Poder Judiciário. As escolhas realizadas pelo Executivo devem respeito a todos os princípios constitucionais. Em outras palavras, sempre que o ato administrativo se referir a direitos fundamentais, será admitida a ampla sindicalidade, no sentido de garantir da forma mais ampla possível tais direitos (Destro, 2018).

Portanto, tudo está sob controle, sendo essencial para a legitimação do ato administrativo a conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de todos, de forma que **todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção, incumbindo ao administrador a busca da melhor decisão**, a escolha ótima, em consonância com normas e princípios constitucionais, vinculantes de toda atuação administrativa (Santin, 2013, p. 143; destaque nosso).

Sobre a discussão apresentada, Grinover (2010) se posiciona no sentido de que deve o Judiciário, no momento de interferir nas políticas públicas, atuar de acordo com as regras de proporcionalidade e razoabilidade, analisando o caso em concreto e declarando se a atuação do administrador público se pautou nos interesses da coletividade, estabelecidos pela Constituição.

O Judiciário, sempre que possível na situação em concreto, deverá se abster de interferir na atuação executiva, possibilitando a escolha pelo administrador (melhor escolha, considerando a realidade fática e os impactos decorrentes). Há o papel fiscalizatório, fazendo com que a atuação administrativa ocorra em respeito à Constituição, principalmente aos direitos

fundamentais. A escolha pelo Poder Judiciário seria temerária, pois não há dúvida de que o administrador possui maiores elementos para decidir, com base na conveniência e na oportunidade, atingindo de maneira mais efetiva o interesse da coletividade (Destro, 2018).

O controle do ato, portanto, não é negação da discricionariedade, nem substituição da vontade do agente administrativo, mas sim a busca pelo melhor ato, pelas escolhas que atendam a vontade do constituinte e o interesse da coletividade (Moreira Neto, 1989). A análise judicial se dá no excesso, quando o ato extrapola os limites da discricionariedade, sob pena de se inviabilizar a realização da vontade do constituinte, que utilizou de disposições programáticas exatamente para se chegar ao interesse social no caso em concreto (Queiroz, 2011).

Com relação às omissões do poder público, o Judiciário tem ampla atuação, podendo exigir a elaboração de políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais, bem como o exercício da discricionariedade no caso em concreto, de acordo com a vontade constitucional. A omissão, nesta circunstância, representa ofensa à Constituição, pois o comando do constituinte exige uma ação para efetivação dos direitos. Não há discricionariedade na ausência de decisão, de modo que se posicionar é obrigação do agente público (Queiroz, 2011).

Portanto, deve-se entender a atuação do Judiciário como um dever constitucional de agir na concessão dos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou a redemocratização brasileira e previu o largo e aberto rol de direitos e garantias fundamentais. O passado recente de interferência militar gerou a preocupação de se criar mecanismos de proteção, para que tal realidade jamais venha a se repetir. Deste modo, o caminho adotado pelo constituinte foi blindar os direitos, inserindo-os na Constituição, impedindo o retrocesso e a redução da sua abrangência, declarando-os cláusulas pétreas, de eficácia imediata e passíveis de ampliação. Todavia, ao colocar o poder público como o principal responsável pela realização prática desses direitos, gerou a indiscutível crise de inefetividade, principalmente no que se refere à utilização do escasso orçamento público.

O trabalho apresentou medidas utilizadas pelo poder público para fazer frente ao custo dos direitos, quais sejam, a tributação e a extrafiscalidade, baseadas no dever fundamental de pagar tributos. O que se observou, contudo, foi que arrecadação é reduzida, diante do crescente rol de direitos, cabendo ao Estado realizar escolhas, atendendo ora um direito, ora outro.

A consequência é a ausência de muitos direitos constitucionais individuais e sociais, gerando questionamentos e exigências dos seus titulares. Neste ponto, a tese do Estado de realizar o que é possível, diante da restrição orçamentária, se conflita com a eficácia imediata dos direitos fundamentais, não cabendo qualquer argumento que permita seu descumprimento. Na ausência de solução pelo agente público, necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Em conclusão, a pesquisa reforçou a importância da ação do Judiciário ante a omissão do Executivo e do Legislativo. Apesar de várias ressalvas em relação ao ativismo judicial, principalmente nas ações do Supremo Tribunal Federal, destacou-se que, no conflito entre mínimo existencial e a reserva do possível, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois não há subtração de competência, cumprindo o Judiciário o papel fiscalizador imposto pela Constituição Federal.

Caberá ao Judiciário analisar a questão embasado em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, indicando a melhor medida para a solução do problema em análise. Além disso, o exame judicial se dá no excesso, quando o ato do agente público extrapola os limites da discricionariedade, sob pena de se inviabilizar as normas programáticas, que servem exatamente para se chegar ao interesse social no caso em concreto.

Assim, o agente público tem a discricionariedade na utilização do escasso orçamento público, porém, tem a obrigação de garantir o mínimo existencial. A não observância deste leva à ofensa de diversos princípios e objetivos constitucionais, como a dignidade humana e a redução de desigualdades. Havendo desvio nesta atuação, caberá ao Poder Judiciário intervir para garantir o mínimo, apontar irregularidades no ato administrativo, analisar omissões do Executivo e do Legislativo, tudo de acordo com seu dever constitucional de agir na concessão dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARCAROLLO, Felipe. O Dever Fundamental de Pagar Impostos como Condição de Possibilidade para a Implementação de Políticas Públicas. **RFPTD**, v. 1, n.1, 2013.

BIZERRA, Isac Carvalho; SOUZA, Christiane Rabelo de. **O Custo do Direito à Saúde: Mínimo existencial, reserva do possível e promoção da dignidade humana**. Centro Universitário Ages, Paripiranga – Ba. Dezembro/2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/9198e629-40ef-43c0-ba72-78dc79e33578>. Acesso em: 17 jan. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade Nº 2859/DF**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) [...]. Relator(A): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 24/02/2016. Publicação: 21/10/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45**. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. Publicação em 04/05/2004.

BUFFON, Marciano. A Tributação como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 38 - n.2: 555-579, 2010.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: Uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Ilton Garcia da; VENTURELLI, Antonio Cyro. Direito à Saúde e os problemas do discurso consequencialista. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2020.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro. Discricionariedade, Harmonia e Interdependência dos Poderes: o Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários. **INTERTEMAS: Revista da Toledo Prudente**, v. 23, 2018, p. 50-62.

FOLHA DE SÃO PAULO. Banco de Dados da Folha. Acervo On line. No Rio, Mais de 1 Milhão pelas Diretas. Publicado na **Folha de S. Paulo**. 11 de abril de 1984. Disponível em: http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_11abr1984.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**. Marcelo Brandão Cipolla (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 2019.

KOTSCHO, Ricardo. O País Grande Reencontra a Nação. **Folha de São Paulo**. 11 de abril de 1984. Banco de Dados da Folha. Acervo On line. Disponível em: http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_11abr1984.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed., 1ª reimp. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MEDEIROS, Oriane Dantas de. O Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988: Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, Número 200, out./dez. 2013, p. 189-210.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NAPOLITANO, Marcos. O Protesto de Rua nos Anos Oitenta e a Crise do Regime Militar. **Revista de Sociologia e Política**, n. 04-05, p. 161-174, dez. 1995. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39366>. Acesso em: 23 jan. 2024.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULI, Rita Inês Paetzhold; GONÇALVES, Gabriel Eduardo; VIOLA, Mariana Camboi. (Re)discutindo as implicações socioeconômicas do “milagre” econômico brasileiro. **Informe Econômico (UFPI)** - ISSN 2764-1392; ano 23; volume 43; número 2; julho - dezembro, 2021. Disponível em: DOI. Acesso em: 17 jan. 2024.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

REZENDE, Heverton Lopes; RIBEIRO, Maria de Fátima. O Custo dos Direitos Fundamentais e a Fonte de Custeio para a Implementação de Políticas Públicas no Brasil. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 202- 217, jan./jun. 2021.

RODRIGUES, Diego Libardi; LIBARDI, Jamila Job. Contributos da Análise Econômica do Direito para a Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**. Belém, v. 11, n. 11, 137-165, 2019.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº10 – jan/mar.2010, p. 205-228.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXX, n. 89, mar. 2003, p. 101-121.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: ARRUDA, Paula (coord.). **Direitos Humanos: questões em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Emílio Borges e. Poder Judiciário e Controle de Políticas Públicas de Efetivação de Direitos Humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 3, p. 53-76, set./dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Larissa Firmo da. A aplicação do princípio da capacidade contributiva na tributação sobre o patrimônio destinado à habitação e a concretização do direito fundamental à moradia. *In*: FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (Coord.). **Tributação, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. São Paulo: Blucher, 2018.

TAVARES, André Ramos. Princípio da Consustancialidade Parcial dos Direitos Fundamentais na Dignidade do Homem. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, p. 225-240, jul./dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989, p. 20-49. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v177.1989.46113>. Acesso em: 23 jan. 2024.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho; RIBEIRO, Maria de Fátima. O Tributo como Fato de Geração da Justiça Fiscal e do Bem-Estar Social. **Revista Argumentum**. Marília, v. 6, p. 59-80, 2006.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 25 jan. 2024.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O Ativismo Judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a Ideia de Democracia. **Percursos**, [S.l.], v. 1, n. 18, p. 104-124, fev. 2017. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>. Acesso em: 25 jan. 2024.