

ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL: SEGURANÇA JURÍDICA, RESERVA DO POSSÍVEL E DIREITOS HUMANOS

Carlos Luiz Strapazon*

Josiani Tessari**

RESUMO

O postulado da *reserva do possível*, enquanto postulado jurídico que designa as *limitações objetivas de efetivação dos direitos a prestações de bens e serviços* (organização, procedimentos, recursos financeiros, pessoas) tem, no ordenamento jurídico brasileiro, uma face negativa e outra positiva. A face negativa tem o sentido original e envolve-se com o postulado da *primazia da realidade*, ou seja, adverte o Estado e a sociedade para seus limites. A face positiva revela-se no orçamento da seguridade social, nos procedimentos e na organização constitucional do sistema brasileiro de seguridade social.

Palavras-chave: Seguridade social. Segurança Jurídica. Reserva do possível. Orçamento da seguridade social.

1 INTRODUÇÃO

A *seguridade social* é uma outra face do direito fundamental à *segurança*. Está associada à genética do paradigma do *Estado de bem-estar* e é um símbolo inconfundível da terceira geração de direitos fundamentais.

* Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Editor-Chefe da Revista Espaço Jurídico/Espaço Jurídico Journal of Law; strapazon.carlos.luiz@gmail.com

** Graduanda em Direito; Bolsista do programa de iniciação científica da Universidade do Oeste de Santa Catarina; joprojetodepesquisa@gmail.com

O Estado de bem-estar social é um produtor de políticas sociais de intervenção que afetam diretamente a dinâmica da moderna proteção de liberdades individuais e direitos civis. Essas políticas existem para promover redistribuição de riqueza, estimular a produção econômica e a segurança coletiva. Afetam, assim, o sistema econômico, o bem-estar social, as instituições sociais e também as relações interpessoais. As políticas sociais típicas de Estado de bem-estar podem ser vistas, por isso, como aliadas da política econômica na realização dos objetivos coletivos.

Há, no entanto, importantes críticas contra esta última conclusão. Algumas delas têm matiz acentuadamente ideológico, outras têm base na teoria econômica, outras até na teoria moral. As primeiras associam os princípios da solidariedade e da universalidade, que fundamentam o conjunto dos direitos e das políticas intervencionistas do *welfare state*, ao avanço da estratégia comunista (GOLDWATER, 2007). As segundas são estruturadas em argumentos de eficiência econômica (FRIEDMAN, 1962; GILDER, 1982) e procuram evidenciar que os gastos públicos com políticas de proteção social geram catastróficas inconsistências sistêmicas, como inflação e perda de competitividade econômica, piorando, no fim das contas, as condições gerais de vida da população-alvo das políticas sociais. As críticas baseadas em argumentos morais procuram salientar que a moral cívica resultante do *welfare state* é geradora de *atitude de dependência*. Renomados autores, por isso, trataram dos processos políticos destinados à segurança social, como um *caminho para a dependência* (LIPSET; ROKKAN, 1967), ou seja, como soluções que estimulam as pessoas a ficar em casa, em vez de atuarem no mercado de trabalho e de se tornarem produtivas (WILSON, 1985). É como se os programas de seguridade social estimulassem uma cidadania dependente do Estado.

Mesmo diante desses, e de outros discursos críticos, a maioria dos quais oriundos do pensamento liberal ou conservador,¹ e outros tantos advindos

¹ A eficácia dos direitos fundamentais sociais enfrentam um amplo conjunto de objeções, como as orçamentárias (reserva do possível), as regulativas (necessidade de intermediação legislativa), as representativas (o legislativo com *locus* da inovação), as programáticas (de

até do pensamento progressista (ESPING-ANDERSEN, 2001), as políticas sociais como forma de prestação direta de bem-estar pelo Estado são consideradas, em muitos círculos especializados de pensamento econômico, como fundamentais até mesmo para proteger a dinâmica de acumulação do sistema capitalista.

Mas não só razões de natureza econômica têm sido utilizadas para justificar as políticas públicas ativas de bem-estar. Há robustos fundamentos morais a legitimar programas abrangentes de seguridade social, como, por exemplo, o dever de uma sociedade justa proteger, por um lado, a liberdade individual — e a riqueza adquirida pelo mérito (tradição liberal) — e, por outro, reconhecer que, por razões alheias à disposição individual, muitas pessoas são envolvidas involuntariamente por circunstâncias muito adversas, tais como doenças, idade avançada, falta de conhecimentos especializados, discriminações étnicas, de gênero, de orientação sexual etc.

Daí porque as políticas de seguridade social são programas tão difundidos em democracias consolidadas de industrialização avançada. Programas de saúde, ajudas financeiras diretas a indivíduos ou a famílias, intervenções regulatórias redistributivas — que vão de reformas fundiárias até tributação progressiva — além de variadas modalidades de prestação direta de bens (moradia, alimentos, educação etc.) são as expressões mais conhecidas desse Estado de bem-estar social construído a partir da segunda metade do século XX (UNRISD, 2006).

Se, por um lado, a teoria econômica e a teoria moral já desenvolveram boas explicações, e também justificações, quanto à função das políticas públicas de proteção social, pode-se dizer que a teoria do direito, por sua vez, tem-se empenhado em explicar e justificar os direitos de seguridade social como espécie de direitos fundamentais. Este artigo sustenta que a doutrina jurídica dominante desenvolvida reclama revisões que incorporem, à teoria da seguridade social, uma análise aprofundada

quem é a competência para estabelecer políticas públicas) e coletivistas (o indivíduo não é o destinatário natural de direitos sociais); sobre as objeções, ver Michelman (2003).

dos direitos humanos da seguridade social e também a dimensão positiva da *reserva do possível*.

Importante avanço tem sido prestado pela constatação de que uma atualizada doutrina jurídica da seguridade social precisa levar na devida conta a necessidade de integração entre políticas sociais e economia de mercado, às quais corresponde o dever de a teoria do direito reconhecer que as liberdades individuais, os direitos fundamentais civis e os direitos fundamentais de seguridade social precisam conviver harmonicamente. Noutros termos, a teoria contemporânea dos direitos fundamentais de seguridade social, para estar em sintonia com a cultura dos direitos humanos, precisa evoluir para uma concepção integradora e harmonizante dos bens jurídicos protegidos como *fundamentais* pelo direito internacional dos direitos humanos e pelo direito constitucional interno.

Se a visão integradora dos direitos fundamentais é uma exigência da cultura atual dos direitos humanos, é preciso ver que, apesar disso, as políticas sociais diferem das políticas econômicas, como também as liberdades individuais e os direitos civis diferem dos direitos sociais. A experiência dos últimos 60 anos mostra, no entanto, o quanto a teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais tem se dedicado a identificar essas diferenças e aponta que o principal desafio teórico da atualidade é evidenciar as identidades dessas espécies de direitos (KONKAR, 2009).

Superar visões fragmentadas tornou-se uma grande necessidade para a concretização dos direitos sociais fundamentais (SARLET 2010, 2007). Mas não é só por uma questão de aprimoramento teórico-científico que a concepção integradora dos direitos fundamentais precisa ser desenvolvida. É também por uma questão de direitos. Políticas sociais e direitos fundamentais sociais devem ser vistos, não por contraste em face das liberdades políticas e econômicas, mas como evolução do sentido e do alcance das liberdades fundamentais.

Se a teoria tradicional vê as liberdades individuais como direitos fundamentais porque defendem os indivíduos contra *arbitrariedades de autoridades*, ou de terceiros, as teorias integradoras dos direitos

fundamentais fornecem um sentido ampliado e mais denso para a noção de liberdade, haja vista que, desta perspectiva, os direitos fundamentais protegem seus titulares contra *arbitrariedades da vida*. O Estado de Direito se converte, assim, num sistema de proteção contra *riscos e arbitrariedades* e não apenas, num escudo contra abuso das majorias políticas.

Se no paradigma liberal — paradigma centrado na *liberdade individual como defesa contra intervenções arbitrárias do Estado na esfera privada da vida* — os *riscos e arbitrariedades* que ameaçavam liberdades e direitos tinham origem nas relações civis e no poder de *imperium* do Estado; no paradigma do bem-estar social — paradigma em que o núcleo axiológico dos direitos fundamentais se desloca para a *dignidade da pessoa humana* — *riscos e arbitrariedades* da vida que ameaçam liberdades e direitos também podem ter origem em circunstâncias existenciais, como a condição de classe social, as condições individuais de saúde, as oscilações e incertezas das relações econômicas. Isso significa que o paradigma do Estado de bem-estar social reconhece que não apenas atos humanos ou normas jurídicas, mas também *riscos e arbitrariedades não normativos* podem ser causas de restrições ou de violações à dignidade da pessoa humana.

Diferente dos direitos de liberdade, mas semelhante à maior parte dos direitos sociais, os direitos de seguridade social assumiram a forma de vínculos que obrigam o Estado e a sociedade a prestar serviços destinados a *modificar o status quo* dos sujeitos por eles protegidos. São mandamentos para que, na maior medida possível, sejam tomadas providências orientadas para a promoção da dignidade, da equidade social e da proteção das pessoas contra *riscos e vulnerabilidades humanas e sociais* (condições de saúde e consequências de uma economia de mercado incerta).

Os direitos sociais criados a partir do Estado de bem-estar são, *em sua maioria*, direitos prestacionais. Deve-se dizer *em sua maioria*, pois há direitos sociais que têm típica conformação de *liberdade negativa*, ou seja, geram o dever de não intervenção nas escolhas e preferências privadas do titular do direito social. É o que se passa, por exemplo, com algumas *imunidades* concedidas ao empregado, como o direito a férias, a licenças e a repousos;

ou mais, o direito à preservação de sua intimidade ou saúde contra ações do empregador. Nessas situações, o direito social assegura a relação jurídica de emprego (atividade não eventual, remunerada e subordinada) e restringe o alcance do denominado *ius variandi*, ou seja, o direito de o empregador dirigir as escolhas e ações do empregado para os fins primários da atividade empresarial. O bem jurídico protegido pelo direito social, nesses casos, é a *liberdade de ação individual do empregado*, a *intimidade* e a *saúde*, ou seja, o direito de o empregado não seguir a orientação do empregador, mas de orientar-se pela sua própria vontade, ao que corresponde o dever estabelecido ao empregador de *não embarçar nenhuma das modalidades de ação permitidas ao empregado*, nas circunstâncias que afetam sua liberdade circunstancial, intimidade ou saúde.

O direito social também pode proteger uma *liberdade positiva*, ou melhor, uma modalidade de ação, isto é, *um fazer*. Neste caso, o titular do dever *não tem o direito de embarçar a modalidade de ação protegida pelo direito de ação positiva*. Isso ocorre, por exemplo, com o direito de fazer greve e de realizar atividades sindicais. O bem jurídico protegido pelo direito social, nesses casos, é uma *liberdade para* o titular do direito fazer greve e constituir sindicatos.

Há também direitos sociais proibitivos. Eles não protegem um certo tipo de ação do titular do direito, tampouco uma liberdade individual. Simplesmente impõem, a terceiros, um dever de não fazer, isto é, de *não agir de certa maneira*. Vejam-se as muitas formas de proibições trabalhistas impostas aos empregadores: proibição de criar diferença salarial, de discriminar portadores de necessidades especiais, de ofertar trabalho noturno para mulher, etc. Nesses casos, os direitos sociais são direitos negativos porque são garantias de não opressão. Há também direitos sociais semelhantes aos direitos proibitivos, mas que são simples direitos de *não retrocesso de status*. Nessa situação está, por exemplo, o direito social de irredutibilidade de salário e de benefícios previdenciários.

Pode-se dizer, então, que a *seguridade social* é um bem jurídico derivado do paradigma liberal da segurança individual, que é uma das expressões da segurança jurídica; mas que é produto do paradigma jurídico em que a dignidade da pessoa humana assume a condição de núcleo axiológico do sistema internacional de direitos humanos. A seguridade social é, assim, resultado de uma nova e mais desenvolvida concepção de *segurança jurídica*. Seu propósito é *proteger expectativas de adequado desenvolvimento humano, contra riscos e arbitrariedades da vida (do sistema econômico, do sistema social, de circunstâncias pessoais involuntárias, das relações de trabalho, do egoísmo alheio), por meio de soluções solidárias de promoção da igual liberdade de todos.*²

2 DIREITOS HUMANOS DE SEGURIDADE SOCIAL

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, em 1952,³ a Convenção n. 102, denominada *Convenção concernente às normas mínimas para a Seguridade Social, 1952*. Essa Convenção é o mais importante instrumento internacional a reconhecer direitos de seguridade social. É um instrumento jurídico que, ao incluir a

² Direitos sociais, no Brasil, existem como sistema de garantias fundamentais para eliminar a exclusão social, o egoísmo e às condições intoleráveis de exploração econômica. Ver CRFB, Art. 1º. IV, Art. 3º. III, Art. 5º. XXIII, Art. 6º a 10, Art. 21, IX, Art. 23, X, Art. 34, VII, e; Art. 129, Art. 150, VI, c; Art. 167, XI, Art. 170, caput, III, VI, Art. 193, Art. 194 e 194, I, Art. 195, Art. 196, Art. 197, Art. 198, Art. 201, Art. 203, Art. 212; Art. 79 e 82 do ADCT.

³ A Convenção n. 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 04 de junho de 1952. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955. No Brasil, a proposta de ratificação dessa Convenção 102 havia sido enviada, pela primeira vez, ao Congresso Nacional, em 1964, mas foi rejeitada na época. A justificativa utilizada foi que a Previdência Social brasileira não incluía 50% dos assalariados, não agregava os trabalhadores rurais nem domésticos, nem cuidava dos acidentes de trabalho. O projeto de ratificação voltou a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 2004, com a justificativa de que os direitos previdenciários já haviam sido ampliados no Brasil, com a criação de diversos benefícios contidos no texto da Convenção e com a inclusão de novos contingentes de segurados. Quanto a isso, ver Elias (2009, p. 175 e ss.). Na América Latina, cinco países ratificaram antes do Brasil essas normas mínimas de seguridade social previstas na Convenção 102 da OIT, são eles: México (1961), Peru (1961), Costa Rica (1972), Equador (1974), Venezuela (1982). A ratificação formal pelo Brasil só ocorreu 56 anos depois de a Convenção ter sido aprovada pela OIT. A ratificação brasileira aconteceu em 18 de setembro de 2008, pelo Decreto Legislativo n. 269, do Congresso Nacional, e o depósito da ratificação foi realizado na OIT em 15 de junho de 2009. Depois do Brasil, também o Uruguai (2010) aderiu formalmente.

seguridade social no sistema internacional de direitos humanos, reconhece a importância diferenciada desses *bens jurídicos* e exige, por isso, respeito, proteção e promoção condizente com essa importância. Pode-se afirmar, então, que a partir dessa Convenção 102, a comunidade jurídica internacional aceitou que o *âmbito de proteção* dos direitos humanos comportam direitos de seguridade social. Resta ver quais bens jurídicos de seguridade social foram qualificados como fundamentais e, nessa medida, indisponíveis.

A Convenção n. 102, da OIT, estabelece que os Estados-parte devem assegurar *prestação de assistência médica* (art. 7º) às pessoas quando seu estado de saúde assim o exigir,⁴ tanto em caráter preventivo quanto curativo. Para alcançar esse *fim*, a Convenção arrola vários *meios diretos*⁵ de realização que considera adequados e igualmente obrigatórios. Ainda em relação aos direitos das pessoas doentes, os Estados-parte devem garantir *prestação direta de pagamentos periódicos* (Art. 13) (auxílio-doença), a pessoas que, vitimadas por doenças, perderam sua capacidade de trabalho e, por causa disso, reduziram ou perderam seus ganhos regulares. Além do auxílio-doença, o instrumento prevê outras modalidades de prestações financeiras diretas, todas elas associadas a eventos.

Os demais benefícios enumerados na Convenção são os seguintes:

1. Relativos à relação de trabalho profissional:

- a) auxílio-desemprego;
- b) auxílios por estado de invalidez profissional;

⁴ Os serviços de saúde devem abranger qualquer estado mórbido (Art.10), seja qual for a sua causa; devem abranger também cuidados especiais para as *mulheres em período de gestação*, parto e suas consequências. Em casos mórbidos os serviços médicos devem ser, no mínimo, de *clínica geral e visitas domiciliares*; deve incluir *serviços de especialistas; medicamentos, hospitalização*. Em caso de gestação e de trabalho de parto: assistência pré-natal, durante o parto e após o parto e hospitalização. O sistema também deve ser capaz de conservar, restabelecer e melhorar a *saúde*, bem como a *capacidade de trabalho* das pessoas amparadas.

⁵ Clínicos gerais e especialistas, dentistas, enfermeiros, hospitais, casas de repouso, sanatórios, produtos farmacêuticos, artigos médicos, visitas domiciliares (Ver item 2, do Art. 34).

- c) auxílio por causa de acidentes de trabalho e de doenças profissionais;
- 2. Associados a necessidades especiais relativas à idade:
 - a) aposentadoria por velhice.
- 3. Associados ao sustento de filhos:
 - a) auxílios familiares prestados na forma de pagamento periódico ou na forma de fornecimento direto de alimentos, roupas, habitação, local para férias ou assistência domiciliar, ou uma combinação deles.
- 4. Associados ao período e condição gestacional (gravidez e parto):
 - a) auxílios para gestantes cobrirem gastos do período de gravidez (assistência pré-natal), de parto (assistência durante o parto) e suas consequências, bem como assistência após o parto.
- 5. E, por fim, os benefícios garantidos aos dependentes de pessoas falecidas:
 - a) caso de pensão por morte ao viúvo ou viúva ou aos filhos.

Quanto aos recursos para financiar a prestação desses serviços e bens, a Convenção autoriza que uma parte dos custos operacionais seja paga pelos próprios usuários do sistema (Art.10, 2). Todavia, para evitar que pessoas de poucos recursos tenham de suportar pesados encargos, a Convenção dispõe que os bens e serviços de seguridade social devem ter seus custos cobertos por contribuições de toda a sociedade, por meio de tributos que tenham por fato gerador, e base de cálculo, situações e atividades desvinculadas da condição de contraprestação direta desses serviços médicos e dessas ajudas financeiras.

Quer isso dizer que, segundo a Convenção 102 da OIT, os direitos prestacionais de seguridade social devem ser *financiados solidariamente* (Art. 70), isto é, não somente pelos beneficiários, mas por toda a sociedade. Isso permite concluir que a natureza jurídica da *segurança social*, segundo esse instrumento, é de *bem coletivo fundamental*, pois somente bens

coletivos desse tipo justificam o compartilhamento de esforços de toda uma sociedade.

A Convenção trata esses direitos prestacionais como *direitos subjetivos fundamentais*. A conexão estabelecida entre titulares de direitos e de deveres, além da explicitação do conteúdo material do dever de prestar, todos formalmente estabelecidos no texto da Convenção 102, são claros indicativos de que esse instrumento, para além da dimensão material, regula também as diretrizes da dimensão obrigacional e do controle eficaz dessas obrigações.

O instrumento determina também o dever de criar *procedimentos* que possam garantir a exigibilidade desses direitos. Por isso, cada Estado-parte deve prever soluções internas para *assegurar os meios judiciais e administrativos* para que os titulares desses direitos possam *apelar* (Art. 70, 2) em caso de recusa de prestação, de má-qualidade da prestação ou de insuficiente quantidade de bens.

Além das formas internas de tutela desses direitos, a OIT adota um mecanismo internacional de supervisão da eficácia de suas Convenções. O Estado-signatário da Convenção 102 fica obrigado a encaminhar, anualmente, relatórios oficiais sobre a situação de sua legislação de seguridade, bem como de suas políticas públicas nessa área. Além desses relatórios oficiais, a OIT também firma convênios com ONGs e recebe denúncias diretas da sociedade civil, além de enviar, em situações especiais, comissões de especialistas a locais denunciados.

Como se percebe, a Convenção n. 102 da OIT oferece uma ampla lista de bens jurídicos fundamentais que devem ser protegidos por esforços comuns do Estado e da sociedade. Todos esses bens estão associados a titulares de direitos e de deveres e as obrigações daí resultantes são protegidas por procedimentos e organização (medidas judiciais e de supervisão internacional). Tais características denotam a natureza dos direitos estabelecidos nesse instrumento: são *direitos humanos subjetivos a prestações*. A Convenção 102, da OIT, nessa medida, reforça a conexão existente entre *segurança jurídica e segurança social*. A segurança social,

como espécie da segurança jurídica, decorre da importância que os bens jurídicos protegidos pelos direitos humanos de seguridade social⁶ têm para o sistema internacional de nações. Por isso, são direitos subjetivos indisponíveis.

O que não se vê nos instrumentos internacionais é a obrigação jurídica de os Estados-Parte criarem uma *reserva financeira específica*, e própria, para cobrir os custos das prestações de seguridade social.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁷ revela que o não cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, de obrigações para com a seguridade social é, normalmente, justificado com a alegação da *reserva do possível*. Tal alegação, porém, não é aceita pelo Comitê como suficiente se isolada de contextualização adequada. O argumento da escassez de recursos deve ser provado com evidências de que o Estado *adotou todas as medidas mais adequadas* para cumprir suas obrigações mínimas (§60), inclusive pela busca de apoio e cooperação internacional têm na efetivação dessas políticas de seguridade social. As obrigações internacionais dos Estados signatários do PIDESC são muito mais amplas do que a noção de cooperação internacional, à primeira vista, pode sugerir. O Estado, que tem o dever de não prejudicar terceiros, pode atuar também para evitar que seus jurisdicionados violem, no exterior, tais direitos. Além disso, a cooperação internacional é decisiva para a proteção dos trabalhadores que migram periodicamente ou que são apátridas. Além disso, o Comitê recomenda que o Estado signatário considere os direitos de seguridade social em todas as decisões internacionais de que participar.

⁶ Além da Convenção 102, outros instrumentos jurídicos internacionais foram editados para reforçar a importância fundamental desses bens e para especificar outros bens e titulares. Ver, quanto a isso, o PIDESC, 1966, sobretudo as Observação Geral n.19, relativa ao art. 9; ver também a recente recomendação da OIT, (Acta Provisional 14A) elaborada na 101a. reunião, em maio-junho 2012, que recomenda a criação de um *piso nacional de proteção social*.

⁷ O Brasil ratificou o PIDESC em 24 de janeiro de 1992, O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992, sendo incorporado à legislação nacional pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992. Diante da inércia do Governo Federal, que apresentou seu primeiro informe ao Comitê DESC somente em 2001 - ou seja, com sete anos de atraso - a sociedade foi quem primeiro teve a iniciativa de informar ao Comitê sobre a situação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no país. Em maio de 2009 o Comitê DESC publicou as "Observações Finais" (E/C.12/BRA/CO/2 12 de junio de 2009) mais recentes. Estão disponíveis em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs42.htm>>.

Assim, nas discussões sobre acesso ao crédito internacional, sobre a atuação do Banco Mundial, OMC e FMI, na regulação de mercados, em questões bélicas ou religiosas, enfim, em todas as questões internacionais de que o Estado for parte deve se comprometer a propugnar para que outros campos não interfiram na adequada prestação dos serviços de seguridade social.

Na realidade, quanto ao financiamento das prestações de seguridade social, a Convenção 102 não adota uma orientação técnica específica, mas orienta os Estados-Parte (Art. 71.1) a levar em consideração a situação econômica de cada Nação e das pessoas amparadas. Recomenda, no entanto, que os Estados-signatários evitem sistemas baseados na *compra individual dos serviços*, razão pela qual estabelece a diretriz de que os custos dessas prestações sejam pagos por mecanismos de financiamento coletivo, de modo a garantir um sistema de seguridade social inclusivo, ou seja, que não exclua ou dificulte a proteção das pessoas de poucos recursos.

3 A DIMENSÃO POSITIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Desde os primeiros trabalhos⁸ que vimos desenvolvendo sobre o tema da tutela das *expectativas* geradas por direitos fundamentais sociais a prestações, temos apontado para as conexões existentes entre tais expectativas e o postulado da *reserva do possível*. Essa abordagem parece ser uma necessidade das investigações preocupadas com a dimensão eficaz dos direitos fundamentais geradores de obrigações de prestar, como é o caso dos direitos fundamentais de seguridade social. É uma abordagem que conduz o intérprete diretamente ao problema do controle das omissões (legislativas, administrativas e judiciais em sede de direitos sociais) em face (do argumento) da escassez, ou abundância, de recursos necessários para a realização do direito social prestacional.

A *reserva do possível* é amplamente reconhecida como a principal objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Seu

⁸ Strapazzon (2010) e Strapazzon e Silva (2012).

significado mais elementar é o de que a eficácia dos direitos fundamentais a prestações de bens e serviços (prestações fáticas) sempre é afetada por limitações objetivas, tais como a existência prévia de organização, procedimentos, pessoas, recursos financeiros, etc. É dizer, a eficácia dos direitos a prestações de bens e serviços está sujeita à *primazia da realidade*, ou seja, às condições objetivas de sua realização material.

Apesar de reconhecer a plausibilidade dessa tese para contextos específicos, sustenta-se, aqui, que em regimes jurídicos como o do Brasil as coisas se passam de modo um pouco distinto.

No regime brasileiro da seguridade social, o próprio texto constitucional estabelece *direitos prestacionais sociais, organização, procedimentos e orçamento próprio*. É toda uma estrutura constitucional formalmente estabelecida para reger a existência e a eficácia dos direitos fundamentais de seguridade social, bem como a proteção dos bens jurídicos fundamentais associados a ela. A estrutura normativa de proteção é rígida (texto constitucional) e complexa (direitos, procedimentos, organização e orçamento). Revela-se, então, que em Estados Constitucionais com esse desenho institucional, a compreensão do dever de promover direitos fundamentais de seguridade social não pode ser a mesma que se orienta, exclusivamente, pelo sentido negativo, e tradicional, da *reserva do possível* (HOLMES and SUNSTEIN 1999).

No Estado constitucional brasileiro a *reserva do possível* não é, apenas, um postulado interpretativo que freia o alcance das políticas públicas e da tutela judicial na realização de direitos sociais prestacionais. É, igualmente, um postulado interpretativo que impulsiona as políticas públicas e a tutela judicial para promover os objetivos constitucionais com os *recursos e reservas financeiras* disponíveis pela própria Constituição, notadamente, para a realização do nível mínimo de proteção e promoção dos direitos sociais de seguridade social.

A existência de um direito constitucional a orçamento próprio e exclusivo para a seguridade social é o melhor exemplo desse contorno objetivos do conceito jurídico da *reserva do possível*. É que a existência

constitucional de um orçamento específico — ou seja, que não se confunde com o orçamento fiscal — para custear as prestações de seguridade social, representa uma incomum inovação constitucional e, portanto, uma forma extraordinária encontrada pela Assembleia Nacional Constituinte de *proteger as expectativas de concretização desses direitos*. É forma jurídica de proteção que é rígida porque tem assento constitucional e é também complexa porque oferece fundamentos constitucionais para a criação de recursos financeiros, organização e procedimentos básicos para que as políticas públicas e a tutela judicial possam realizar e tutelar o respeito e a promoção dos direitos fundamentais de seguridade social.

O postulado da *reserva do possível*, enquanto postulado jurídico que designa as *limitações objetivas de efetivação dos direitos a prestações de bens e serviços* (organização, procedimentos, recursos financeiros, pessoas) tem, no ordenamento jurídico brasileiro, por conseguinte, uma face negativa e outra positiva. A face negativa tem esse sentido original e envolve-se com o postulado da *primazia da realidade*, ou seja, adverte o Estado e a sociedade para seus limites. A concretização de expectativas a prestações positivas não pode estar baseada em idealismos economicamente irresponsáveis, mas em informações precisas quanto aos *recursos realmente disponíveis e quanto à racionalidade dos meios de sua utilização*. A face positiva revela-se no orçamento da seguridade social, nos procedimentos e na organização constitucional do sistema brasileiro de seguridade social. A Assembleia Nacional Constituinte, além de fixar órgãos e procedimentos, também estabeleceu um orçamento próprio da seguridade social para garantir a proteção eficiente (isto é, racional e progressiva) das expectativas de concretização geradas por esses direitos.

Por isso, não se pode imputar ao sistema brasileiro de direitos de seguridade social, nenhum idealismo. Os recursos do orçamento público da seguridade social estão objetivamente estabelecidos em conceitos percentuais e estão constitucionalmente reservados à concretização das expectativas constitucionais mínimas. Essa reserva financeira do possível é um bem jurídico fundamental e, dada a sua natureza promocional, está

protegida contra a gestão administrativa e financeira ineficiente, contra medidas normativas restritivas não razoáveis e contra desvios das finalidades protetivas e promocionais.

Em sistemas que contam com essa complexa e rígida proteção de expectativas de concretização de direitos a prestações, como é o caso do Brasil, não se pode recusar a estreita conexão que há entre a *reserva do possível* e o *dever de proteção progressiva direitos fundamentais sociais* (Art. 2o do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Disso tudo se infere que a gestão do orçamento público da seguridade social não se rege, exclusivamente, pelos critérios tradicionais da gestão do orçamento fiscal (equilíbrio atuarial e financeiro). Ambos estão sujeitos, obviamente, ao controle de constitucionalidade, inclusive abstrato, portanto, estão sujeitos ao controle de proporcionalidade e razoabilidade (STF, MC-ADI 4.048-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14.05.2008). É que os orçamentos públicos não são geridos por regras simples de cálculo atuarial. Orçamentos públicos são mobilizados para os mais variados fins e podem ser ajustados aos fins prioritários de um sistema de bens fundamentais (International Parliament Union, 2004).

O orçamento da seguridade social, os órgãos e os procedimentos estabelecidos pela Constituição para a proteção dos direitos a prestações sociais não são, por certo, bens que gozam de uma preferência absoluta em face de outros bens igualmente fundamentais. Assim, tanto o equilíbrio atuarial e financeiro, como a destinação de recursos para fins meramente fiscais podem ser justificáveis em circunstâncias específicas. Contudo, toda e qualquer intervenção (seja normativa, administrativa ou omissiva) que implique em restrição ou violação desses direitos e bens de seguridade social — por serem bens e direitos diretamente referidos a direitos fundamentais, e por estarem rígida e complexamente sustentados no texto constitucional, reclama consistente justificação constitucional de sua adequação e necessidade.

4 ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO – DRU

A DRU, como ficou conhecida a Desvinculação de Receitas da União, é uma autorização (estabelecida por Emenda à Constituição) para alterar o destino das receitas vinculadas da União. É, atualmente, uma autorização de natureza constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União (obtida com impostos e contribuições)⁹ em despesas ou investimentos que julgar pertinentes.¹⁰ É um mecanismo de mudança de prioridades: receitas que deveriam ser aplicadas em objetivos de Estado determinados originariamente pela Constituição podem, a partir da autorização da emenda constitucional que criou a DRU, ser aplicadas em objetivos novos, eleitos pelo Governo Federal de ocasião.

Apesar de ter sido criada no ano de 1994, com cláusula de vigência de apenas dois anos, portanto, como solução provisória, o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. Essa desvinculação de receitas recebeu diversas denominações e passou por cinco prorrogações: Fundo social de Emergência (FSE): 1994 e 1995; Fundo de Estabilização Fiscal (FEF): 1996 e 1997 (1º sem); FEF: 1997 a 1999; Desvinculação de Receitas da União (DRU): 2000 a 2003; DRU (1ª prorrogação): 2003 a 2007; DRU (2ª prorrogação): 2008 a 2011; DRU (3ª prorrogação): 2011 a 2015. Esta última edição da DRU foi aprovada pela EC 68/2011 e reescreveu o Art. 76, do ADCT, no qual atualmente, se lê:

São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

⁹ Todas as Contribuições Sociais são afetadas pela DRU, exceto a Contribuição Previdenciária de Empregadores e Trabalhadores. A receita de todas elas está vinculada ao orçamento da seguridade social. São elas: Cofins, PIS/Pasep, Concursos e Prognósticos.

¹⁰ Brasil (2010, p. 26 et seq).

Algumas inovações foram incorporadas ao conceito de DRU, a partir da EC 56/2007. São elas: a) a DRU não reduz a base de cálculo das transferências obrigatórias a Estados, Distrito Federal e Municípios; b) não afeta a receita da contribuição social do salário educação (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT) e c) no cálculo dos recursos aplicáveis ao desenvolvimento do ensino, de 18% da receita resultante de impostos, cfe. Art. 212 da CF, a DRU é menor que 20%, assim: 12,5 % em 2009, 5% em 2010. A partir de 2011 não há DRU para as receitas destinadas à Educação, ou seja, a União deve aplicar, ao menos, 18% da receita resultante de impostos, excluída a parcela transferida para Estados, Distrito Federal e Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, até 2010, era possível verificar a aplicação de recursos inferiores ao mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino por causa da DRU.¹¹

Por outro lado, permanecem intactas algumas distorções históricas, como a que ocorre com os recursos do PIS/Pasep destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do BNDES. A desvinculação subtrai 8% do total dos recursos do PIS/Pasep legalmente destinados a esse propósito. “[E]ssa parcela não retorna ao patrimônio do FAT.”¹²

No encaminhamento que fez da Proposta de Emenda à Constituição, visando prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), o Poder Executivo ressaltou – na Exposição de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 – que a prorrogação da DRU até 31 de dezembro 2011 teria duas finalidades precípuas: a racionalização da gestão orçamentária, e garantir um grau mínimo de autonomia na definição de prioridades e na gestão orçamentária, já que a DRU respondeu por 58% dos recursos livres da União. Segundo os Ministros da Fazenda e do Planejamento, a DRU não *tem impedido a expansão* de programas sociais, e citam como exemplo a expansão do Programa Bolsa-Família e do Fundeb. Mas o que é importante, realmente, é a afirmação de que as prioridades do

¹¹ Brasil (2011, p. 11).

¹² Brasil (2011, p. 9).

governo, com a DRU, são duas: *alocar recursos em a) obras de infraestrutura e b) constituir a poupança necessária para a redução da dívida pública.*

No Parecer n. 1.080, de 15 de novembro de 2007, o líder do governo, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizou: explicou ao Senado da República que a PEC 89 (origem da EC 56/2007), e a prorrogação do DRU até 31 de dezembro de 2011 teriam três finalidades precípuas: *a alocação de recursos para geração de poupança necessária à redução da dívida pública; financiamento do Programa bolsa família e o Fundeb.*

Bem, a PEC n. 61, de 2011, de autoria do Poder Executivo, que propôs a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015, foi além. Segundo a exposição de motivos (EM Interministerial n. 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011),

[A] conjuntura do Brasil urge investimentos e respectivas fontes de financiamento, a fim de adequar a infraestrutura do País às exigências internacionais correlatas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016.

Se nas primeiras versões da DRU o compromisso público do governo era com o incremento de políticas sociais, investimentos em infraestrutura e redução da dívida pública, agora a DRU se destina, precipuamente, a obras de infraestrutura e ao financiamento de grandes eventos esportivos (sic).

Como se nota, a DRU libera o governo federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas. E mais, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais, constitucionalmente vinculantes.

4.1 DRU E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF

Essa introdução feita no item anterior é necessária para bem compreender como vem atuando a jurisprudência brasileira (STF) em relação à proteção dessas receitas tributárias vinculadas à concretização de direitos de seguridade social. Os desdobramentos desse tema na

jurisprudência do STF podem ser apreendidos a partir de três decisivos julgados.

O primeiro é de 2009. Trata-se do *leading case* RE 537.610, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 1 de dezembro de 2009, Segunda Turma, DJE de 18 de dezembro de 2009. Nesse caso a Turma assentou que “Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.”

O que tem sido dito, a respeito dessa decisão, no entanto, é um exagero. Dada a extensão de suas conclusões a casos completamente distintos, é importante compreender qual foi o objeto do pedido e qual foi a posição da Corte nesse litígio. A análise do Relatório revela que a empresa recorrente sustentou que a desvinculação de 20% das receitas da CSLL, do PIS e da Cofins, tal como promovida pela DRU (EC 27/2000) equivaleria à *criação de novo imposto inominado*. Como se sabe, impostos são tributos sem vinculação de receita. Assim, se parte das receitas de uma Contribuição Social (que por definição constitucional são tributos com 100% de suas receitas vinculadas) for liberada, o efeito jurídico é idêntico ao da criação de um imposto com base de cálculo idêntica à das Contribuições Sociais. A matéria foi julgada pela segunda turma do STF, órgão fracionário. Em resposta ao pedido, a Turma julgou que a DRU não promovera a criação inconstitucional de novo imposto. O relatório do Ministro César Peluso é claro: essa consequência não prospera. Com argumento formal e simplista, o Ministro entendeu que Emendas Constitucionais podem alterar a natureza constitucional vinculada das Contribuições Sociais. “Foram Emendas Constitucionais que determinaram a desvinculação”, afirmou. A Turma votou com o Relator.

O tema voltou ao STF duas semanas depois, no RE 537.668/RS, julgado em 14 de dezembro de 2009, agora pela relatoria do Ministro Carlos. A. Britto. As razões, agora, não são apenas formais, como no voto do Ministro Peluso. Carlos Britto foi categórico em afirmar que a destinação dos recursos não foi comprometida.

[A] destinação de 20% da arrecadação de contribuições sociais para o Fundo Social de Emergência [...] não afrontou nenhuma cláusula pétrea [...]. 5. *Nessa contextura, a mudança da destinação de parte dos recursos arrecadados não desnatura a finalidade das contribuições sociais em questão (PIS, Cofins e CSLL), que permanece sendo a de financiar a seguridade social, conforme estabelece o caput do art. 195 do Magno Texto.*

Em 2010, o Ministro Ricardo Levandowski, no voto proferido no julgamento do RE 596.724-DF, em 23/3/2010, concluiu o seguinte:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desvinculação de parte da receita das contribuições sociais, nos termos do art. 76 do ADCT, é constitucional, conforme se observa da do RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar Peluso". [...]. No mesmo sentido, as seguintes decisões: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

Não há dúvida jurídica: a DRU criou imposto inominado; e pior, desvia recursos da Seguridade Social para fins que nada têm a ver com programas sociais, como está claro nas Mensagens Interministeriais antes analisadas.

No entanto, a jurisprudência do STF vem reafirmando – vide voto do Ministro Levandowski – que a desvinculação não viola a Constituição *porque o Supremo já teria pacificado entendimento sobre o assunto.*

Isso não está correto. O que está pacificado é o entendimento (equivocado) do Supremo Tribunal Federal de que a DRU não gera inovação tributária. Todavia, a Corte não discutiu, em sessão plenária, a constitucionalidade da desnaturaçã jurídica das contribuições sociais promovida pelo desvio de receitas constitucionalmente vinculadas.

O desvio de finalidade constitucional é reconhecido, inclusive, pela área técnica de acompanhamento da execução orçamentária da Câmara dos Deputados. Em relatório emitido em novembro de 2011, Claudio Riyudi Tanno e Túlio Cambraia, da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, afirmam o seguinte:

[U]m dos principais efeitos da DRU é transferir recursos do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal da União. [...] Até aquele ano [2008], inclusive, o valor que era retirado do orçamento da seguridade social era maior do que o montante transferido do orçamento fiscal para suprir as necessidades de financiamento do orçamento da seguridade social. Isso significa que sobriariam recursos

no orçamento da seguridade social se não fosse a incidência da DRU sobre suas receitas.¹³

Em 2010 a arrecadação das receitas correntes e de capital vinculadas à Seguridade Social atingiu o montante de R\$ 420,1 bilhões. Já as despesas empenhadas da Seguridade Social totalizaram, após ajustes, R\$ 476,1 bilhões. Em 2010 a DRU excluiu da receita da seguridade social o total de R\$ 43,4 bilhões, relativos a outras receitas correntes e receita de contribuições. O confronto entre receitas e despesas apontou resultado negativo da seguridade social no exercício de 2010, no valor de aproximadamente R\$ 56 bilhões. Por outro lado, se adicionada a DRU a esse resultado negativo, o déficit se reduz para R\$ 12,6 bilhões, número melhor que o de 2009, que foi negativo em R\$ 30,3 bilhões.¹⁴

Na projeção orçamentária de 2012, constante do Demonstrativo da Desvinculação das Receitas da União, nas Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária Anual da União Federal, do total de impostos e contribuições sociais e econômicas atingidos pela DRU (R\$ 701,4 bilhões), *nada menos que R\$ 100,5 bilhões serão desvinculados para infraestrutura econômica, grandes eventos esportivos, formação de poupança para redução da dívida pública*. Desse total, R\$ 62,43 bilhões serão desvinculados de contribuições sociais e econômicas; e R\$ 38,04 bilhões, de impostos. Individualmente, a Cofins¹⁵ representará a maior parte da DRU (R\$ 34,81 bilhões), seguida de Imposto de Renda (pessoa física e jurídica), com R\$ 23,33 bilhões, e CSLL¹⁶ (R\$ 12,68 bilhões).

Assim, somadas as receitas da Cofins e as da CSLL, tem-se que em 2012 haverá um desvio de R\$ 47,49 bilhões da Seguridade Social para investimentos de infraestrutura, copa do mundo, olimpíadas e poupança

¹³ Brasil (2011, p. 5).

¹⁴ Brasil (2010, p. 215).

¹⁵ Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, tributo instituído pela LC 70/91 para assegurar financiamento da Seguridade Social, nos termos da alínea b, do inciso I do art. 195 da Constituição Federal. É o substituto do Finsocial.

¹⁶ Contribuição Social sobre o Lucro das pessoas jurídicas, instituída pela Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988 para financiar a seguridade social, nos termos da Lei n. 8.212, Art. 11, § único, d; e CF. Art. 195, I, c.

para redução da dívida pública. Este parece ser um anúncio de violação explícita de *expectativas imperativas* posto que, no Brasil, as receitas de Cofins, CSLL e PIS são recursos públicos vinculados, desde 1988, à efetivação de programas sociais da área da saúde, inclusão social, risco social de desemprego e previdência. Não podem ter outro destino. Soluções inovadoras devem ser criadas no âmbito do Orçamento Fiscal, não no da Seguridade Social.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que se disse, pode-se afirmar que direitos previdenciários, direitos a bens e serviços de saúde e direitos a bens e serviços de assistência social, pela *importância* que têm no regime constitucional brasileiro, são *direitos fundamentais*. As principais evidências disso podem ser assim resumidas:

São direitos materialmente em *estreita conexão com direitos humanos*, razão pela qual geram obrigações *erga omnes* em Estados-nação que integram o sistema das Nações Unidas. Atualmente, 70 Estados são signatários do PIDESC (1966) e outros 47 Estados são signatários da Convenção 102, da OIT (1955). Isso revela o amplo consenso internacional sobre a natureza jusfundamental dessa categoria de direitos e deveres.

Além disso, esses direitos têm *formal existência constitucional* o que permite afirmar que, no Brasil, são direitos constitucionais formalmente estabelecidos como direitos fundamentais (Art. 6º da CRFB). Mas a regulação constitucional não se limita a elencá-los. Mais do que simplesmente garantir o estabelecimento formal dessas espécies de direitos, a Constituição da República Federativa do Brasil também *enumera os titulares desses direitos* nos artigos 196 (todos), no Art. 201 (doentes, inválidos, idosos, gestantes, desempregados, família, dependentes) e Art. 206 (quem necessitar) e os *titulares dos deveres*, nos Art. 24, 149, 194, Par. Único, 196 e 204. Essa conformação constitucional e já é suficiente para evidenciar a natureza obrigacional desses direitos subjetivos. Entretanto, a Constituição

prevê, também, os bens jurídicos protegidos por esses direitos e, assim, indica desde logo todo um espectro da conformação do *âmbito de proteção* desses direitos. Assim, os riscos inerentes à saúde, a incapacidade laboral, a idade avançada, a integridade física, o desemprego involuntário; as deficiências físicas, a morte, os riscos especiais da prole, período pré, durante e pós-gestacional, a infância, a adolescência e a velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, todos esses são bens jurídicos protegidos por esses direitos fundamentais de seguridade social.

Ao lado de toda essa estrutura fundamental (conexão a direitos humanos, titularidade, bens protegidos), a Constituição da República estabelece a *organização básica* para a proteção desses direitos, quer pelo Estado, quer pela sociedade e oferece, igualmente, os *meios financeiros* garantidores de sua realização, ao estabelecer o Orçamento público da Seguridade Social (Art. 165, § 5o., III).

Como se pode ver, os direitos fundamentais de seguridade social, por sua conformação constitucional, isto é, pela natureza material de direitos humanos com feição jurídico-constitucional, pela natureza de suas obrigações são direitos que, no Brasil, *geram expectativas imperativas* quanto à sua realização pelos obrigados.

Decisões judiciais diretamente relacionadas a direitos fundamentais desse tipo — densamente conformados pela Constituição — podem reconhecer a existência de novos direitos (ou de algumas de suas especificidades) não textualmente estabelecidos na legislação, pois esses direitos têm seu âmbito de proteção aberto a novas especificações. Essa competência judicial criadora, que têm restrições abstratas no Art. 195, § 5o. da CRFB, está formalmente prevista no Art. 5o. § 2o. da mesma Constituição. Contudo, como sempre ocorre com direitos fundamentais a prestações, o

cumprimento judicial dos direitos fundamentais a prestações fáticas (pagamentos, fornecimento de bens ou serviços) está limitado pelas disponibilidades orçamentárias, ou seja, pela *reserva do possível* em sentido *negativo*. Mas, no Brasil, como se viu, a reserva do possível não significa, somente, limitações financeiras à concretização de direitos fundamentais de seguridade social. Significa também, o dever de a legislação e as políticas públicas assegurarem a mais avançada forma de concretização, com os recursos financeiros reservados pela Constituição, das expectativas imperativas atreladas a esses direitos fundamentais de saúde, assistência social e previdência. Assim, toda tutela judicial concretizante desses direitos, antes de aplicar o argumento da *reserva do possível em sentido negativo*, deve considerar três ordens de fatores:

O primeiro é saber se a proteção estabelecida pela legislação ou pelas políticas públicas é *suficiente*. Se não for, é dever da jurisdição equilibrar a proteção. Fará isso identificando, o grau de proteção estabelecido (leve, moderado ou sério) e a importância (também em grau) de satisfazer o bem afetado. Ou seja, a decisão judicial deve evidenciar se a proteção estabelecida pelo direito legislativo ou pela política pública é *leve, moderada ou séria* em face da *importância de satisfazer o bem afetado*, que sempre é *elevada*.

Em segundo lugar, (2) é preciso saber se a proteção oferecida pelas políticas públicas estão fundadas numa *racional aplicação dos recursos financeiros disponíveis*, ou seja, se a proteção estabelecida satisfaz o disposto no Art. 2o. do PIDESC, segundo o qual “*Cada Estado Parte do PIDESC compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas*”. Isso tudo indica que os poderes competentes têm o ônus de evidenciar que *todos os meios disponíveis* estão

empenhados no máximo grau possível, na proteção dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, (3) saber se o caso reclama *interpretação evolutiva*, ou seja, se a proteção estabelecida é *adequada*. É função da Jurisdição *atualizar a proteção jurídica* dos direitos fundamentais de modo a garantir proteção *adequada*, o que significa dizer, no que concerne aos direitos fundamentais de seguridade social no contexto do regime brasileiro uma tutela atual, proporcional e economicamente possível.

Em regimes como o do Brasil, o equilíbrio financeiro é uma exigência do princípio da eficiência e se trata de um direito constitucional à aplicação racional dos recursos disponíveis. Mas num regime constitucional como o do Brasil, a compreensão do sentido e do alcance de enunciados como o do Art. 195 § 5o. requerem contextualização a partir da compreensão da natureza jurídica dos direitos de seguridade social como direitos fundamentais. É que a interpretação dos direitos previdenciários, direitos à saúde e dos direitos de assistência social, como direitos fundamentais, *jamais pode ser literal, devendo ser sempre sistemática*; jamais há de ser tópica, mas sempre articulada, ou seja, reconhecer que esses direitos de saúde, assistência e previdência são indivisíveis, interdependentes e interrelacionados entre si.

É para isso que a Constituição da República estabeleceu uma reserva financeira especificamente atrelada à proteção das expectativas (obviamente imperativas) de direitos de seguridade social. A função jurisdicional, como função da República, deve, também ela, garantir a *responsividade* do Estado em face de tais expectativas. E fará isso sempre que desafiar, de modo fundamentado e prudente, o formalismo jurídico que restringe ou viola os direitos fundamentais. Posturas judiciais não subservientes ao formalismo e ao direito legislativo tem gerado não apenas satisfação de legítimos direitos fundamentais, mas, igualmente, a mudança da legislação e de políticas públicas. Aí estão as leis eleitorais (ficha limpa), civis (depositário infiel), penais (trabalho escravo) e sociais (tarifa social da energia, fornecimento de medicamentos genéricos) a confirmar tais ideias.

AMBIT OF SOCIAL SECURITY PROTECTION: LEGAL, RESERVE POSSIBLE AND
HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The “under reserve of the possibilities” clause, while legal postulate that designates the objective limitations of enforcing rights to goods and services (organization, procedures, resources, people) has, in the Brazilian legal one side positive and one negative. The negative side is the original meaning and becomes involved with the postulate of the primacy of reality, that is warns the state and society to their limits. The positive side is revealed in the social security budget, procedures and constitutional organization of the Brazilian system of social security.

Keywords: Social security. Legal security. Under reserve of the possibilities clause. Social Security brazilian budget.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Translated by Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Translated by Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BEVERIDGE, William. **Social Insurance and allied services**. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

BRASIL. Câmara dos Deputados. "A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas." **Nota técnica n. 18**, 2011.

COURTIS, Christian. **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights**: Comparative experiences of justiciability. Geneve: International Commission of Jurists, 2008.

CRAVEN, Matthew C. R. "The domestic application of the international covenant on economic, social and cultural rights." **Netherlands international law review**, n. 40, p. 367-404, 1993.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, HEMERIJCK, Anton; GALLIE, John Myles Duncan. "A new welfare architecture for Europe? Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union." **Revue belge de sécurité sociale**, n. 3, p. 431-440, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Translated by Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Translated by Sandra G. T. Vasconcellos. São Paulo: EdUSP, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Laterza, 2007. 2 v.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

GILDER, George. **Wealth and poverty**. Nova York: Bantam Books, 1982.

GOLDWATER, Barry M. **The conscience of a conservative**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

INTERNATIONAL PARLIAMENT UNION. **Parliament, the budget and gender**. Edited by MP (Uganda) Joachim Wehner (Germany) and Winnie Byanyima. IPU, 2004.

HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Translated by Hector Fix-Fierro. Ciudad de Mexico: UNAM, 2003. v. 47.

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

KONKAR, Polonca. "The evolution of international and european law in the field of social rights." **Revista europea de derechos fundamentales**, p. 193-204, 2009.

LIPSET, Seymour, ROKKAN, Stein. **Cleavage: structures, party systems and voter alignments: an introduction**. In: LIPSET, Seymour; ROKKAN, Stein. **Party systems and voter alignments**. New York: Free Press, 1967.

MULLER, Amrei. "Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights." **Human Rights Law Review**, Oxford University Press, n. 4, p. 557-601, 2009.

MAUS, Didier. "Conference Mondial de Justice Constitutionnelle." **Le recours aux precedents etrangers et le dialogue des cours constitutionnelles**. Cidade do Cabo, 2009. 23.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights and liberal political justification. **International Constitutional Law Journal**, Oxford University Press, v. 1, 13-34, 2003.

OLDFATHER, Chad; BOCKHORST, Joseph P.; DIMMER, Brian P. Judicial inaction in action? Toward a measure of judicial responsiveness. **Marquette University Law School Legal Studies - Research Paper Series**, p. 30, jul. 2010.

ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "General Comment n. 3: the nature of States parties' obligations." In: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, 318. UN, 2008.

_____. **Observación general n. 19 - el derecho de seguridad social (artículo 9)**. Ginebra: ONU, 2008.

OST, François. Entre droit et non droit, l'interêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'interet en droit privé. In: GERARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, M. Van de. **Droit et Interêt**. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2.

PETTIT, Philip. "Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory." In: LASLETT, Peter; FISHKIN, James S. **Debating deliberative democracy**. 138-162. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2008.

_____. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Translated by Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, p. 20-47, 2004.

RAWLS, John. A ideia de elementos constitucionais essenciais. In: RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Translated by Dinah de Abreu Azevedo, 430. São Paulo: Ática, 2000.

RIERA, Rocio Barahona. "Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad – niveles mínimos de cumplimiento- e indicadores." **Reunión de Expertos sobre Población, Desigualdades y Derechos Humanos**. Santiago do Chile: CEPAL, 2006. 1-19.

SUNSTEIN, Cass. Social and economic rights? lessons from South Africa. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, p. 21, 2001.

SANDEL, Michael. A new politics of the common good. **The Reith Lectures**. BBC. Jun 30, 2009. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/b00lb6bt>>. Acesso em: 5 mar. 2010.

SANDEL, Michael J. **Democracy's Discontent**: America in Search of a Public Philosophy. Harvard University Press, 1998.

SANDEL, Michael. Morality in Politics. **The Reith Lectures**. BBC, Jun 30, 2009a. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/programmes/>>.

SANDEL, Michael. "The procedural republic and the unencumbered self." **Political Theory**, v. 12, n. 1, p. 81-96, fev. 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**, p. 121-168, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, p. 1-23, mar./maio 2007.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Hermenêutica responsiva, juízes constitucionais e antigas chagas sociais: o trabalho escravo chega ao Supremo Tribunal Federal - 118 anos depois. In: BARACAT, Eduardo Milléo. **Direito Penal do Trabalho: reflexões atuais**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

_____. O futuro da República e o Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público (RS)**, p. 189-202, 2009.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 3 v. v. 1.

UNRISD. United Nations Research Institute for Social Development. **Transformative Social Policy**. Research Institute for Social Development, ONU, Geneve: ONU, 2006.

WILSON, James. The rediscovery of character: private virtue and public policy. **The public interest**, 1985.

WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence: final declaration. Edited by Constitutional Court of South Africa and Venice Commission. **Final Declaration**. Cape Town, 2009. 2.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Diritto per: valore, principi e regole: a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin. **Quaderni fiorentini**, p. 865-897, 2002.