

A DIMENSÃO FÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA RELAÇÃO COM POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS DIREITOS SOCIAIS.

Antonio Cesar Trindade*
Rogerio Gesta Leal**

RESUMO

Relacionada com o atributo preponderante dos direitos sociais, qual seja, a necessidade de prestações por parte do Estado, surge a questão da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, necessário se faz perquirir se o destinatário da norma (Estado) se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, visto que existe uma dependência entre a prestação estatal e a existência de meios (jurídicos e financeiros) que possibilitem ao Estado cumprir sua obrigação. Há de se ter presente que a concretização dos direitos sociais tem um custo, o qual é suportado pela sociedade principalmente por meio dos tributos. O dever constitucional do Estado brasileiro de respeito com a eficiência no dispêndio dos recursos públicos é hodiernamente uma exigência, assim como o planejamento das ações do Estado mediante a racionalização no uso dos seus recursos, é uma necessidade.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Reserva do Possível. Políticas Públicas.

RESUMEN

En relación con el atributo importante de los derechos sociales, a saber, la necesidad de servicios por parte del Estado, se plantea la cuestión de la disponibilidad real de su objeto, es decir, que es necesario para afirmar si el destinatario de la norma (estado) es capaz para disponer de la prestación solicitada, ya que existe una dependencia entre la provisión estatal y la existencia de (legal y financiera) significa que el Estado pueda cumplir con su obligación. Hay que tener en cuenta que la realización de los derechos sociales tienen un costo, que está a cargo de la sociedad, principalmente a través de impuestos. El deber constitucional del Estado brasileño de respeto a la eficiencia en el gasto de fondos públicos es un requisito en nuestros tiempos, así como la planificación de las acciones de gobierno, racionalizando el uso de sus recursos, es una necesidad.

Palabras clave: Derechos Sociales. Reserva del posible. Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é tentar demonstrar as especificidades da denominada dimensão fática da reserva do possível e como esta se apresenta como um obstáculo à efetivação dos direitos sociais o que torna imprescindível conhecer sua origem, constatar quais as situações que lhe afetam e identificar instrumentos que permitam a sociedade adequar-se a esta contingência.

No presente texto, após qualificar os direitos sociais e caracterizá-los como direitos que demandam a ação do Estado, abordaremos quais são as fontes constitucionalmente

* antoniocetr@gmail.com
** antoniocetr@gmail.com

autorizadas para que o Estado, por meio de tributos, busque recursos junto à sociedade os quais serão destinados à efetivação dos direitos sociais, em especial, os relativos à seguridade social.

A cerca destes recursos, versaremos sobre quais são os obstáculos econômicos e jurídicos que entravam a sua efetiva obtenção, bem como destacaremos a necessidade de ações de políticas públicas, na forma de planejamento estatal, como instrumento hábil a subjugar o problema da falta de recursos financeiros, problema este que emperra a atuação do Estado na seara dos direitos sociais.

Esperamos deixar evidente que, aceitando as dificuldades que o Estado tem em captar recursos junto a sociedade, a compreensão da denominada dimensão fática da reserva do possível, antes de se mostrar um obstáculo intransponível para a efetivação dos direitos sociais, se apresenta sim como uma ferramenta neste desiderato, em especial, quando o reconhecimento de sua existência impõe à sociedade escolhas democráticas de onde e como aplicar seus escassos recursos.

2 A RELAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COM O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO.

O Estado constitucional moderno se arrima no preceito do reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana, bem como na valorização dos direitos fundamentais do homem. Com relação a estes direitos, e por conta das variadas situações históricas vivenciadas pela sociedade, sua formulação passou, a partir de sua previsão nos primeiros textos constitucionais, por diversas alterações no que se refere ao seu conteúdo, titularidade e efetivação, daí se falar em suas múltiplas dimensões. (SARLET, 2012, p. 36:45).

Entre as dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores) dos direitos fundamentais, ressaltamos, e considerando o desiderato deste texto, a denominada segunda dimensão desses direitos, a qual alcança os “direitos sociais, culturais e econômicos” (BONAVIDES, 2012, p. 582). Tais direitos se apresentam enquanto princípio do Estado Social, ou mesmo como “expressões ou manifestações” deste regime de Estado. (LEDUR, 2009, p. 106).

No que se refere à caracterização do Estado brasileiro enquanto um Estado Social de Direito, não há alterações quanto à conclusão de que a Constituição de 1988 abraçou este regime, ainda que de forma não expressa, deixando tal característica incontestada na redação do seu preâmbulo ou mesmo entre os seus princípios fundamentais. (LEDUR, 2009, p. 105).

De acordo com Bonavides (2012, p. 582) o Estado social no Brasil se presta a engendrar as circunstâncias e os pressupostos reais e fáticos imprescindíveis ao exercício dos direitos fundamentais. Deste modo, se faz imperioso reconhecer a situação hodierna de “dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade”.

Para Sarlet (2012, p. 187) no âmbito dos direitos sociais, e sob o rótulo genérico de direitos a prestações, podemos identificar os direitos a prestações jurídicas (normativas) e os direitos a prestações fáticas (materiais). Ou seja, os direitos a prestações não se cingem somente aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), abarcando também a “categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e procedimento.”

Consoante a premissa assentada até aqui, nota-se que os direitos sociais prestacionais (no âmbito normativo ou material) se encontram intimamente relacionados com as tarefas exercidas pelo Estado na posição de Estado Social, o qual justamente deve velar por uma apropriada e justa “distribuição e redistribuição dos bens existentes”. (SARLET, 2012, p. 202).

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao estabelecer os direitos sociais (nos artigos 6º a 11) em capítulo próprio no seu catálogo dos direitos fundamentais, (em constituições pretéritas tais direitos estavam dispostos no capítulo da ordem econômica e social) atribuindo-lhes, enquanto direitos fundamentais, “parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”. (SARLET, 2012, p. 66). Ainda sobre os direitos sociais, não se pode olvidar que estes contemplam desenvolvimento, esclarecimentos de conteúdo, concreção ou materialização nos Títulos VII e VIII de nossa Constituição e que se referem, respectivamente, a ordem econômica e a ordem social. (LEDUR, 2009, p. 83).

Contudo, há de se ter presente que a previsão no texto constitucional de uma gama de direitos sociais não se mostra suficiente e bastante para lhe conferir efetividade. Não se pode atribuir “(...) certo caráter messiânico ao texto constitucional como se a estatuição constitucional de uma pretensão positiva pudesse, *per se*, transformar a realidade social naquela desejada (...)”. (AMARAL, 2001, p. 115).

Imediatamente relacionada com a característica dos direitos sociais, qual seja, a necessidade de prestações por parte do Estado, surge a complexa questão da efetiva disponibilidade do seu objeto, (prestações), isto é, necessário se faz questionar se o destinatário da norma (Estado) se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, visto que existe uma dependência entre a prestação estatal e a existência de meios (jurídicos e financeiros) que possibilitem ao Estado cumprir sua obrigação. (SARLET, 2012, p. 187).

Ao nos referirmos sobre a existência ou não de recursos (em especial materiais) aptos a instrumentalizar o Estado em sua tarefa de oferecer direitos sociais, nos deparamos com a conclusão de que a temática da efetivação dos direitos sociais não pode ser enfrentada sem ter em conta as contribuições da ciência econômica, especialmente, quando atentarmos ao sistema econômico pelo qual optou o constituinte de 1988, qual seja, o capitalismo. (TIM, 2010, p. 55).

Neste sentido, necessário se faz ter consciência que em uma “economia capitalista e monetizada tudo passa a ter um preço para disponibilização e para utilização das pessoas”. No sistema capitalista, “as decisões dos atores sociais são tomadas fundamentalmente em um ambiente de mercado, cujo critério fundamental, além dos aspectos comportamentais e psicológicos, tem como referencial o preço”. Quanto aos direitos sociais prevalece a mesma lógica, ou seja, a concretização dos direitos sociais, prestacionais ou não, tem um custo, o qual é suportado pela sociedade, principalmente por meio dos tributos. (TIM, 2010, p. 56).

Sendo assim, quando se afirma que o Estado deverá desembolsar dinheiro, se está asseverando, em última análise, que a sociedade deverá suportar com tais despesas. “Não há milagres e o dinheiro não cai do céu”. Fica visível então, que, se não houver recursos, as normas jurídicas que atribuem direitos, por si só, não serão suficientes para ultrapassar a realidade fática, ou seja, serão normas não realizáveis no caso concreto. Com esta argumentação, o que se pretende evidenciar é que, ao cuidar da interpretação do direito é “preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos”. (BARCELLOS, 2001, p. 275).

Como já mencionado, a sociedade acaba por financiar o Estado lhe proporcionando haveres, em especial, por meio de tributos, para que aquele implemente prestações. Porém, relacionando o Direito (fonte normativas das prestações) e a Economia (fonte fáticas dos recursos), chegamos à conclusão que os “recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas”. (TIMM, 2010, p. 52). Desta forma, como não existem recursos ilimitados, será preciso privilegiar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido, decidindo como gastá-lo, tendo em vista os objetivos específicos que se deseja granjear. (BARCELLOS, 2010, p. 106).

A compreensão de que a efetividade dos direitos sociais esta a depender da existência de recursos para que o Estado possa implementá-los, e que estes recursos são limitados, nos remete a denominada “reserva do possível” a qual há de ser “compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica”, ou seja, a reserva do possível constitui em uma espécie de baliza jurídica e fática à implementação dos direitos sociais. (SARLET, 2012, p. 288-289). É esta limitação (em especial a fática) e sua relação com os direitos sociais que procuraremos doravante demonstrar.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO POSSÍVEL

A partir dos enunciados até aqui traçados, há de se concluir que a efetivação dos direitos sociais, e em especial as prestações que constituem seu objeto, traz em seu bojo um

custo ao Estado, ou seja, assume especial importância no âmbito da efetivação destes direitos saber se existem recursos (em especial financeiros) aptos a proporcionar este fim.

Desta constatação emerge a formulação teórica da denominada “reserva do possível” a partir da qual, a concretização dos direitos sociais (enquanto prestações materiais) estaria sob a reserva da capacidade financeira do Estado, “uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.” (FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

No âmbito do direito internacional, e em conformidade com o aqui exposto, qual seja, que o nível de efetividade dos direitos sociais está umbilicalmente relacionado com as condições econômicas de cada Estado, destaca-se o preceito contido no item 1 do artigo 2º do Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o qual impõe que os Estados-partes devem se empenhar em adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até o *máximo de seus recursos disponíveis*.

Desta forma, a locução reserva do possível procura detectar o “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por eles supridas”. A reserva do possível expressa que, antecedendo aos dissídios jurídicos que versam sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado (e por conta disto da sociedade visto que é esta que o sustenta), é determinante ter presente que há uma fronteira a dimensionar as possibilidades materiais desses direitos. “Pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear as despesas exigidas por determinado direito subjetivo”. (BARCELLOS, 2001, p. 277).

4 A DIMENSÃO FÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO LIMITE PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

De acordo com o que até aqui exposto, quando da atuação do Estado no âmbito dos direitos sociais, e em especial com relação aos direitos que exigem o oferecimento de prestações, deve-se necessariamente indagar se o destinatário da norma (no caso o Estado) que outorga ao cidadão algum direito social se encontra em condições de atender a este desiderato, visto que a concretização desta demanda fica subordinada a existência de meios suficientes para tanto. (SARLET, 2012, p. 287). Ou seja, há de se perguntar como, onde e de que forma o Estado obtém recursos para atender tais prestações.

Consoante classificação estampada na Lei nº 4.320/1964, e que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, e de forma resumida, podemos assegurar que o Estado mantém-se por meio de receitas correntes (em especial, receitas tributárias, patrimoniais, agropecuárias, industriais, de serviços) e de receitas de capital (a exemplo das

provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas, e da conversão, em espécie, de bens e direitos).

No presente texto nos cingiremos a abordar as receitas públicas tributárias visto que, ainda que outras fontes de recursos estejam à disposição do Estado, como por exemplo, as receitas públicas originárias e que se referem a recursos advindos da exploração pelo Estado do seu próprio patrimônio, (no âmbito das atividades industriais, comerciais ou de prestação de serviços), tal ingresso não tem se mostrado de grande monta, (em comparação com os demais) por conta da diminuição da atividade estatal no setor privado. (em nosso país, por conta das privatizações dos anos 90).

Com relação ao tema tributação, e considerando seu papel em um Estado de Direito Democrático, essa se constitui em uma ferramenta da sociedade. (PAULSEN, 2010, p. 13). Como “dever fundamental”, o tributo não pode ser considerado como um “mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos”, se perfazendo antes em uma contribuição imprescindível para a vida em sociedade, caracterizando um modelo de Estado que tem seu verdadeiro arrimo “na subsidiariedade de sua própria ação (econômica social) e no primado da autoresponsabilidade dos cidadãos”.(NABAIS, 1998, p. 679 apud PAULSEN, 2010, p. 14).

Neste contexto, há de se acatar que o direito tributário nacional deve ser avaliado sob o ponto de vista constitucional e não “apenas do fato de a Constituição brasileira consagrar grande espaço às normas tributárias”. Há de se compreender que essa é uma “peculiaridade de nosso modelo normativo, moderno e arrojado”, e que a “cidadania é uma questão fundamental da tributação”, sendo que, não há, na tributação, “uma mera relação de poder ou uma relação contratual entre o Estado e o cidadão”, mas, fundamentalmente, uma relação jurídica “sobre como se dá o pacto fundamental na constituição de uma esfera cívica (*cives*) de liberdade e igualdade entre público e privado”.(CALIENDO, 2010, p. 183).

Feitas estas considerações, o que doravante se pretende demonstrar é que há uma íntima relação entre tributação e efetivação dos direitos sociais, e em especial, como no âmbito destes direitos, este liame entre receita e dispêndio se mostra evidente no texto constitucional. Posto isto, não há de se falar em efetivação de direitos sociais sem ter como premissa que tais direitos dependem do nível de arrecadação tributária que a sociedade proporciona ao Estado.

Para demonstrar como o texto constitucional se preocupou em dotar a sociedade de uma matriz de recursos para fazer frente aos direitos sociais, e como esta matriz esta sujeita a perturbações, a seguir abordaremos as fontes constitucionalmente previstas para o custeio da seguridade social.

A escolha da seguridade social enquanto exemplo se justifica pela gama de ações albergadas por essa expressão (saúde, previdência e assistência social), bem como pelo mon-

tante de recursos ¹ previstos no orçamento da União para o ano de 2014, e afetos a esta tríade de prestações.

Justifica também a escolha da seguridade social enquanto exemplo a ser explorado, o fato de um dos seus componentes, qual seja, o direito à saúde, ser a principal demanda quando nos referimos a lides judiciais em que o cidadão pleiteia a efetivação de direitos sociais, quando a, a seu juízo, esses não são disponibilizados ou o são de forma inadequada.

4.1 FONTES DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL E SUAS LIMITAÇÕES FÁTICAS.

Segundo o artigo 194 da Constituição, a seguridade social abarca um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos bem como da sociedade, e que são destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ainda sobre estes direitos, é assente no texto constitucional que os mesmos deverão ser disponibilizados e organizados tendo como objetivo a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a irredutibilidade do valor dos benefícios, a equidade na forma de participação no custeio, a diversidade da base de financiamento e o caráter democrático e descentralizado da administração.

Desta rápida digressão, já emergem alguns pressupostos constitucionais e que guardam estreita relação com o que se quer expor com este reduzido texto. As expressões *universalidade* do atendimento, a *irredutibilidade* do valor dos benefícios, a *equidade no custeio*, a diversidade da *base financiamento* demonstram uma preocupação do constituinte originário com a amplitude (como disponibilizar), e principalmente, a forma de custear aqueles direitos.

Por sua vez, o artigo 195 da Constituição assevera que seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, e será garantida por recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, (financiamento indireto), e de uma espécie tributária denominada de contribuição especial, (no caso, uma contribuição especial social), enquanto financiamento direto.

No que diz respeito ao financiamento da seguridade social de forma indireta, o texto constitucional quer se referir aos recursos alocados a esta área com gênese em outras fontes de recursos previstos nos orçamentos fiscais, e que não necessariamente tenham arri-mo na contribuição a seguir detalhada, podendo ser inclusive outros tributos.

¹ O PLN 09/2013 (e que se refere a Lei Orçamentária Anual da União para 2014) prevê que serão alocados as funções Assistência Social, Previdência Social e Saúde, o valor de R\$ 68.206.343.528,00 (sessenta e oito bilhões duzentos e seis milhões trezentos e quarenta e três mil quinhentos e vinte e oito reais), R\$ 473.509.193.503,00 (quatrocentos e setenta e três bilhões quinhentos e nove milhões cento e noventa e três mil quinhentos e vinte e três reais) e R\$ 98.018.633.156,00 (noventa e oito bilhões dezoito milhões seiscentos e trinta e três mil e cento e cinquenta e seis reais), respectivamente, e que corresponde a 26,22% de todo o dispêndio da União. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 23.12.2013.

No presente texto, e por conta de seu expressivo potencial de arrecadação, nos cingiremos ao financiamento direto da seguridade social e que se dá por meio da denominada contribuição especial social para custeio da seguridade social, a qual está delineada na combinação dos artigos 149 e 195 da Constituição.

Desde logo, salientamos que há na doutrina vozes a defender que caso não sejam aplicados os recursos das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social nestas atividades, então tais exações se tornariam ilegítimas. Tal entendimento se arrima na premissa de que o destino da arrecadação integraria a norma constitucional de competência tributária destas contribuições, e que esta seria maculada se houvesse a aplicação destes recursos em despesas outras que não de seguridade social. (DERZI, 2008, p. 648).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal² quando dá análise da constitucionalidade da DRU (artigo 76 do ADCT) já se pronunciou que a destinação das receitas destinadas à seguridade social não se constitui em situação abarcada por cláusula pétrea, daí que tais receitas podem ter outra destinação a ser determinada por emenda constitucional. Contudo, resta latente a discussão quando esta “tredestinação” se der no âmbito da lei que instituiu o tributo, ou mesmo se perfectibilizar na lei orçamentária.

Posta esta celeuma, e certo que a mesma provoca um estudo aprofundado, o quê se quer deixar evidente é que, a par da lei tributária a estipular fontes de recursos para direitos sociais, podemos ter também a lei orçamentária, ou mesmo preceito constitucional, a destinar tais recursos a outros dispêndios. Deixamos de abordar tal assunto por entender que o mesmo se refere à dimensão jurídica da reserva do possível (SARLET, 2012, p. 288), e, portanto, escapa ao enfoque desejado com este texto. Contudo, há de se deixar evidente que tal dimensão da reserva do possível de igual forma interfere na possibilidade de efetivação dos direitos sociais.

Como já mencionado a Constituição de 1988, em seu artigo 149, prevê a espécie tributária denominada de contribuição social, (subdivisão do gênero contribuição especial³) a qual, com relação à seguridade social, tem especial regramento no artigo 195 da CF. Sendo assim, em complemento a previsão genérica sobre a existência de um tributo afetado constitucionalmente a área social, o artigo 195 da Constituição brasileira vai além e especifica, em primeiro, quem contribuirá (sujeito passivo), e, em segundo, o quê poderá ser tributado (bases tributáveis) para custear a seguridade social.

Enquanto potenciais sujeitos passivos o citado dispositivo constitucional aduz que a seguridade social será financiada pelos empregadores, pelas empresas e as entidades a ela equiparadas na forma da lei, dos trabalhadores e dos demais segurados da previdência

² STF, 2ª Turma RE 537.610, rel. Ministro Cesar Peluso. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 22/12/2013.

³ O gênero contribuição especial contempla ainda a: contribuição de intervenção no domínio econômico e a contribuição de interesse das categorias profissionais e econômicas.

social; pelas receitas dos concursos de prognósticos, bem como pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou a quem a lei a ele equiparar.

Por sua vez, com relação a qual manifestação econômica que poderá ser utilizada como fato gerador do tributo em comento, extrai-se do texto constitucional que poderá ser tributada, por exemplo: a) a folha de salários; b) os demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física; c) a receita ou o faturamento; d) o lucro; e) o valor aduaneiro das importações.

Ainda que esteja constitucionalmente prevista a existência de espécie tributária destinada a fazer frente aos gastos com as ações na seara da seguridade social, imperioso se faz ressaltar, *e é este é o nexa com a denominada dimensão fática da reserva do possível que se quer destacar*, que a obtenção de tais recursos é limitada. Se não vejamos.

O poder de tributar, ou seja, a busca coercitiva de recursos junto aos particulares na forma de tributos, deve se pautar pelas normas estabelecidas no direito, e, em especial, aquelas inseridas no texto constitucional. As limitações constitucionais ao poder de tributar demarcam, delimitam, e assentam as divisas de atuação do Estado nesta seara. São instrumentos definidores da competência tributária dos entes políticos no sentido de determinar o “que pode ser tributado e como pode sê-lo”. (AMARO, 2009, p. 107).

Tais limitações (previstas de forma não exaustiva no Título VI da Constituição) se constituem em: a) princípios jurídicos a serem obedecidos quando da elaboração da norma instituidora do tributo; b) em competências tributárias privativas e exclusivas, e c) na proibição expressa no texto constitucional de tributar certas coisas ou pessoas. (imunidades).

Nesta trilha, é forçoso convir que há trâmites constitucionais a serem obedecidos para obtenção dos recursos previstos para o custeio/implementação dos direitos da seguridade social. De forma simplória podemos exemplificar tal situação com o exemplo de que o aumento de uma contribuição especial para a seguridade social somente terá eficácia depois de decorridos noventa dias da publicação da lei que o determinou, conforme §6º do artigo 195 do texto Constitucional. Não há assim como aumentar receitas de imediato para fazer frente a despesas não previstas na peça orçamentária.

Ainda no campo das limitações constitucionais ao Poder de Tributar, e sua relação com os direitos sociais, há de se evidenciar a questão da competência tributária, assim entendida a aptidão para criar tributos.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não têm fonte constitucionalmente prevista e destinada a custear direitos sociais, visto que tal competência tributária, à luz do disposto no artigo 149 da Constituição é exclusiva da União⁴. Sendo assim, aqueles entes políticos estão a depender dos repasses efetuados pela União, ou da aplicação de suas re-

⁴ Exceção feita ao §1º do artigo 149 da Constituição.

ceitas próprias. Contudo, devem contribuir para as ações de saúde conforme estatui a Lei Complementar nº 141/2012, e que disciplina §3º do art. 198 da Constituição Federal.

Por sua vez, e ainda sobre a relação existente entre fonte de recursos e dispêndios públicos, releva salientar as ações judiciais impetradas em face de Estados e Municípios, os quais por vezes são condenados a entregar/disponibilizar medicamentos e tratamentos de saúde (e tal sujeição está arrimada no artigo 4º da Lei 8.080/90)⁵, porém sem considerar que tais entes políticos não têm o domínio das receitas que custeiam (ou ao menos são constitucionalmente previstas para este desígnio) tal direito social.

O segundo aspecto a ser tratado quando nos remetemos às limitações financeiras à atuação do Estado, e sua relação com a reserva do possível na seara da efetivação dos direitos de seguridade social, diz respeito às manifestações econômicas que podem ser utilizadas enquanto fonte de custeio desses, e, como destacamos adrede, se referem a remuneração do trabalho assalariado ou não, a receita e o faturamento das empresas, o lucro das empresas, o valor aduaneiro das importações.

Tais fontes de custeio são influenciáveis e sujeitas a oscilações. Se não vejamos: Em tempos de crise econômica, as receitas das empresas diminuem, o lucro tende a encurtar, a folha de pagamento é amenizada para cortar gastos, as importações caem pela perda do poder aquisitivo da moeda, e como consequência, a arrecadação tributária também decresce. Eis o paradoxo a ser enfrentado.

Se considerarmos que em um Estado Social e Democrático de Direito o Estado tem o papel de proteger os desvalidos, e que em tempo de crise é quando mais se necessita desta intervenção estatal, é justamente neste momento que as fontes constitucionalmente previstas para custear o Estado decrescem. E mesmo que os direitos sociais sejam reduzidos ao mínimo, ainda assim há efeitos financeiros. (ALEXY, 2011, p. 512).

Posto isto, o que se quer anunciar é que o nível de prestação de direitos sociais está intimamente relacionado como o momento econômico vivido pela sociedade. Ou seja, a efetiva realização das prestações reclamadas depende da conjuntura econômica. (SARLET, 2012, p. 286).

Outro ponto a destacar é que a previsão de receitas pode não se confirmar, se não pelos motivos já alentados anteriormente, mas também pelo simples fato de a sociedade não adimplir com a sua parcela. Há um componente subjetivo a influenciar a arrecadação tributária. Ou seja, mesmo havendo a norma de incidência e ocorrendo o fato gerador, poderá que o sujeito passivo resolva por motivos diversos não pagar o tributo. Tal situação, e por conta de como está estruturado nosso sistema tributário nacional, também há de ser considerada.

⁵ Este dispositivo legal assevera que o Sistema Único de Saúde, representa “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”

Os tributos que guardam relação com direito sociais (em especial as contribuições para o custeio da seguridade social) estão sujeitos ao lançamento por homologação, que vem a ser a modalidade de cumprimento da obrigação tributária na qual cabe ao *sujeito passivo antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa*, conforme artigo 142 do CTN.

Conclusão inevitável do exposto é que o Estado espera que o contribuinte cumpra sua obrigação voluntariamente. Para melhor acompanhá-lo criam-se obrigações acessórias (as mais conhecidas são as declarações) onde sujeito passivo, ainda que não recolha, confessa o seu débito, e então instrumentaliza a União para que esta possa no futuro cobrar judicialmente (após a inscrição em dívida ativa) tais exações, sem que tenha que se valer de algum procedimento administrativo de fiscalização.

Porém, o que se tem visto é que montante do crédito tributário lançado de ofício em face do sujeito passivo tem aumentado anualmente,⁶ o quê demonstra a falta de cumprimento espontâneo da obrigação tributária, ou ao menos a confissão por parte do sujeito passivo de que tal obrigação existiu (pela ocorrência do fato gerador). Por sua vez, a busca coercitiva deste crédito tributário está sujeito a prazos decadenciais e prescricionais, ou mesmo, a rígidos procedimentos administrativos e judiciais, e com isto parcela desta potencial arrecadação nunca se concretizará.

Também como óbice a efetivação das receitas tributárias potencialmente possíveis, podemos comentar as renúncias (desonerações) tributárias. Tais desonerações dizem respeito a existência de outros interesses (ou valores) constitucionalmente protegidos, em especial os previstos nos dispositivos que regem a ordem econômica e social, e que também podem afetar de forma incisiva a arrecadação tributária.

O que se quer dizer é que com o objetivo de garantir outros princípios previstos no texto constitucional (a exemplo da busca do pleno emprego, proteção da economia nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais, dentre outros) abdica-se de arrecadação tributária, mesmo aquelas constitucionalmente destinadas a custear direitos sociais.

Como exemplo desta situação, podemos mencionar a redução a zero da alíquota da Cofins, (contribuição social para o *custeio da seguridade social* criada pela lei complementar nº 70/91) sobre os produtos da cesta básica.⁷ Neste caso, ao abrir mão da arrecadação, esta desoneração atua como instrumento para que produtos alimentícios possam ser consumidos pelas populações mais pobres. (em tese pela redução dos seus preços). Deste modo, estar-

⁶ Até junho de 2013, os créditos tributários lançados de ofício pela Receita Federal do Brasil importam em R\$ 84.563.472.094,00 (oitenta e quatro bilhões, quinhentos e sessenta e três milhões, quatrocentos e setenta e dois mil e noventa e quatro reais). Revista Caderno Fato Gerador nº 5 - Resultado do 1º Semestre de 2013. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em 22/12/2013.

⁷ Lei nº 12.839/2013.

-se-á a se priorizar, respectivamente, o direito social à alimentação previsto no artigo 6º da Constituição. Trata-se de escolhas.

Sobre o disciplinamento da renúncia (desoneração) tributária, ou seja, não exercício da competência tributária, o parágrafo 6º do art. 165 da Constituição Federal⁸ compele ao Poder Executivo apresentar demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza tributária, financeira e creditícia.

Segundo o Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária – (Gastos Tributários) – PLOA 2014 – elaborado pelo Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal do Brasil⁹ tais desonerações se prestam, dentre outros: *compensar gastos realizados pelos contribuintes com serviços não atendidos pelo governo; compensar ações complementares às funções típicas de estado desenvolvidas por entidades civis; promover a equalização das rendas entre regiões, bem como a incentivar determinado setor da economia.*

De acordo com o referido demonstrativo, essas desonerações irão arvorar-se em possibilidades às “ações Políticas de Governo”, e tem como propósito o impulso do desenvolvimento econômico ou social, não concretizadas pela via orçamentária e sim por meio do sistema tributário. Tal grupo de desonerações irá formar o que se convencionou denominar de “gastos tributários”.¹⁰ O gasto tributário para o ano de 2014 foi estimado em R\$ 249.761,19 milhões, representando 4,76% do Produto Interno Bruto e 20,66% das receitas administradas pela RFB. Ou seja, 20,66 % das receitas tributárias potenciais não se converterão em arrecadação.

Do exposto, se infere que a arrecadação de recursos destinados ao custeio de direitos sociais, e em especial, a seguridade social, está sujeita a situações jurídicas e fáticas que devem ser consideradas. Não podemos dissociar o binômio receita/despesa.

O pacto do Estado brasileiro com a eficiência no dispêndio dos recursos públicos é hoje uma exigência constitucional, conforme prevê o artigo 37 da Constituição. Ou seja, “o planejamento da ação do Estado, mediante a racionalização no uso dos recursos, é uma necessidade”. (TIM, 2010, p. 54-55).

Neste sentido, há de se ter presente que os recursos financeiros públicos envolvem sempre dois tipos de ação: a obtenção e o dispêndio. A obtenção de recursos pelo Poder Público é assunto fundamentalmente delimitado pelo direito constitucional, “desde as clás-

⁸ No mesmo sentido, o inciso II do art. 5.º da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, estabelece que o projeto de lei orçamentária anual (LOA) será acompanhado de documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal.

⁹ Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal>. Acesso em 20/12/2013.

¹⁰ A Receita Federal do Brasil, no citado demonstrativo, adotou como conceito para a expressão “gastos tributários” que estes seriam gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais. São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. Têm caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal>. Acesso em 20/12/2013.

sicas limitações ao poder de tributar, até as modernas regras que regem o endividamento público”. Deste modo, se para a obtenção de receitas o Estado deve se sujeitar às normas jurídicas correlatas o quê falar das despesas? (BARCELLOS, 2001, p. 282). Eis a relação da dimensão fática da reserva do possível com o tema políticas públicas.

5 A DIMENSÃO FÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA RELAÇÃO COM O TEMA POLÍTICAS PÚBLICAS

Em primeiro lugar, cabe salientar a vista do até aqui exposto, que não se está a defender que a concretização dos direitos sociais esteja na dependência absoluta da arrecadação dos tributos que lhe são constitucionalmente afetados, mas sim, que a reserva do possível na dimensão ora analisada impõe uma adequação entre a tributação (fonte dos recursos) e a realização destes direitos, o que torna cada vez mais imperioso verificar onde são aplicados estes haveres, bem como quais direitos sociais deverão possuir prioridade em sua concretização, considerando que os recursos disponíveis são determinados. (CALIENDO, 2010, p. 186). Trata-se de opções a serem feitas.

Neste caminho, nos confrontamos com o conceito das denominadas políticas públicas que se constituem nos meios pelos quais os fins constitucionalmente previstos podem ser realizados de forma sistemática e abrangente. Ou seja, a definição do conjunto de gastos do Estado (e que abrange o conceito de políticas públicas) é exatamente o momento no qual a realização dos objetivos constitucionais poderá e deverá ocorrer, e dependendo das escolhas articuladas aqueles fins constitucionalmente previstos poderão ou não ser atingidos. (BARCELLOS, 2010, p. 106).

Para a correta compreensão das políticas públicas, e que deve ser compreendida enquanto processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo é essencial entender o regime das finanças públicas, visto que as políticas públicas precisam estar inseridas no direito/dever que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas também o de traçar o desenvolvimento nacional. (BUCCI, 2002, p. 258-259).

Neste ponto especial importância há de ser dada às denominadas sentenças aditivas que vem a ser aquelas que implicam em aumento de custos para o Erário, obrigando o Estado ao reconhecimento, ou mesmo a implementação, de um direito social “não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”. (SCAF, 2010, p. 133).

Ainda que seja incontestável a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle judicial, e se justifica esta possibilidade por conta do raciocínio de que o Poder Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que estas se expressam em direitos, a ingerência do Poder Judiciário sobre a efetividade das políticas públicas deve ser analisada à luz da reserva do possível (os direitos sociais tem custo) visto que a pulverização de demandas judiciais que reivindicam de forma individual a concessão de direitos sociais pode

desaguar na desorganização das políticas públicas por empecer o seu cerne, qual seja, o planejamento. (BUCCI, 2006, p. 35-36).

Por sua vez, e ainda na seara judicial, não se pode olvidar que o impacto da reserva do possível certamente poderá ser minorado mediante o controle judicial das decisões políticas sobre a alocação de recursos, “inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político”. (FIGUEIREDO, 2010, p. 34).

Quando o Estado decide investir os seus recursos em determinada área isto poderá ter como conseqüência deixar de atender outras necessidades. O tema é extremamente complexo, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolhas que poderão alternar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais urgentes. (BARCELLOS, 2010, p. 281). Resta então evidente a relação entre a escassez relativa de recursos (dimensão fática da reserva do possível) e as escolhas que haverão de ser feitas. (planejamento sob a forma de políticas públicas).

6 CONCLUSÃO

A efetivação dos direitos sociais abstratamente previstos no texto constitucional depende, em primeira linha, da existência de recursos que possibilitem ao Estado este desiderato. Tais recursos, e que tem origem na sociedade, em especial na forma de tributos, estão sujeitos a limitações de ordem jurídica, econômicas e comportamentais que exigem do Estado o planejamento de suas ações.

As limitações de ordem jurídica abrangem deste o necessário processo legislativo para a criação de fontes de receitas até a exigência de autorização, também legislativa, para definir onde e como gastar o dinheiro público. Por sua vez, as limitações econômicas dizem respeito às bases econômicas constitucionalmente autorizadas a serem tributadas pelo Estado as quais são sujeitas a alterações que escapam à compreensão do Direito, encontrando guarida na Ciência Econômica, daí a necessidade de conjugar ambos.

Por fim, a limitação de ordem comportamental tem a ver com um conteúdo subjetivo que afeta a arrecadação tributária. Opera-se quando a despeito da existência da norma legal e da ocorrência do fato gerador, mesmo assim a sociedade (especificamente o sujeito passivo) por motivos diversos (que vão desde a influência da mídia promovida por setores mais organizados da sociedade até a simples eleição de outras prioridades pessoais) não cumpre espontaneamente com sua obrigação tributária.

A compreensão de que a efetividade dos direitos sociais esta a depender da existência de recursos para que o Estado possa concretizá-los, e que estes recursos são limitados, tanto no que se refere a sua origem como no que diz respeito a sua efetivação, nos remete a denominada “reserva do possível”, neste texto abordado sob a denominada dimensão

fática, a qual impõe que exista uma coerência entre a realidade social-econômica e a ordem jurídica, por parte dos aplicadores do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflitos entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Revisita e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais; o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27^a. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas; reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. . In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- LEDUR, Jose Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.