

Princípios de Direito Financeiro e Tributário

Adilson Rodrigues Pires
Heleno Taveira Tôrres

Organizadores

Estudos em Homenagem
ao Professor

Ricardo Lobo Torres

RENOVAR

Adilson Rodrigues Pires
Helena Taveira Tôres

(organizadores)

PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

Estudos em homenagem ao
Professor Ricardo Lobo Torres

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2006



Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br

renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2006 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekkind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica: Severina Barbosa da Silva

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

00411

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P162 Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem
ao Professor Ricardo Lobo Torres / Adilson Rodrigues Pires e Heleno
Taveira Tôrres (organizadores). — Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
1.070 p.; 23 cm

ISBN 85-7147-541-5

1. Direito financeiro e tributário — Brasil. I. Título.

CDD 346.81052

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

Prefácio	IX
----------------	----

I

CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO

1. Nelson Saldanha. Justiça e Utopia. Reflexões na Entrada do Milênio.....	3
2. Celso de Albuquerque Mello. As Sanções e os Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional.	9
3. Heleno Taveira Tôrres. Fundos Especiais para Prestação de Serviços Públicos e os Limites da Competência Reservada em Matéria Financeira.	35
4. José Marcos Domingues de Oliveira. Direitos Fundamentais, Federalismo Fiscal e Emendas Constitucionais Tributárias.	63
5. Adilson Rodrigues Pires. O Processo de Inclusão Social sob a Ótica do Direito Tributário.....	75
6. Betina Treiger Grupenmacher. Justiça Fiscal e Mínimo Existencial.	99
7. Fernando Facury Scaff. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos	115
8. Gustavo Miguez de Mello. Justiça Tributária e Estado Social na Constituição.	133

9. Marco Antonio Ferreira Macêdo — A Positivação da Justiça na cf/88 e o Contratualismo Constitucional Rawlsiano como Chave de sua Justificação	139
10. Nadia de Araújo. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em um caso Difícil: Resp 440.150 e o Direito à Imagem	163
11. Sergio André R. G. da Silva. A Tributação na Sociedade de Risco.	179
12. Letácio Jansen. Considerações sobre o Conceito Jurídico Atual de Valor.....	225

II

PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

13. José Souto Maior Borges. O Princípio da Segurança na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações Fiscais.	245
14. José Osvaldo Casas. El Principio de Generalidad en Materia Tributaria.....	273
15. César García Novoa. Simplificación de los Sistemas Tributarios.	319
16. Humberto Ávila. Direitos Fundamentais dos Contribuintes e os Obstáculos à sua Efetivação.....	345
17. Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça. Por uma Visão Jusfundamental do Tributo.	363
18. Luís Eduardo Schoueri. Tributação e Liberdade	431
19. Alejandro C. Altamirano — Objeción de conciencia en materia tributaria	473
20. Paulo Caliendo. Princípio da Neutralidade Fiscal. Conceito e Aplicação	503
21. Condorcet Rezende. A Liberdade por Princípio e a Lei por Base; a Sociocracia por fim.....	541
22. Marcos André Vinhas Catão. Novas Perspectivas no Princípio de Não-afetação e Destinação da Receita Tributária	565
23. Silvia Faber Torres. A Ponderação nas Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico.	583

24. Sacha Calmon Navarro Coêlho. O Princípio da Legalidade. O Objeto da Tutela.	611
25. Octavio Campos Fischer. Algumas Notas sobre Medidas Provisórias, Tributação e Estado Democrático de Direito.	633
26. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. Lei Complementar e Lei Ordinária. Relacionadas com as Imunidades Tributárias.	659
27. Gustavo Brigagão. “Reformas Tributárias”.	669
28. Leonardo Antonelli. O Limite das Reformas Constitucionais em Matéria Tributária.	691
29. Fernando Osório — Por um novo Código Tributário Nacional.	719

III

DINÂMICA FISCAL E APLICAÇÃO DOS TRIBUTOS

30. Paulo de Barros Carvalho — O art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 — Princípio da Irretroatividade e Lei Interpretativa.	737
31. José Casalta Nabais. Avaliação Indirecta e Manifestações de Fortuna na Luta contra a Evasão Fiscal em Portugal.	761
32. Roque Antonio Carrazza. Serviço de Fornecimento de Conteúdo – sua Intributabilidade por meio de ICMS-Comunicação.	789
33. Ives Gandra da Silva Martins. O Princípio da Não-Cumulatividade e o FUST.	813
34. Pedro M. Herrera Molina — Aspectos Internacionales del Impuesto sobre la Renta y Capacidad Económica.	831
35. Helenilson Cunha Pontes. A Tributação dos Lucros do Exterior e os Tratados para evitar a Dupla Tributação da Renda.	863
36. Marcus Lívio Gomes. El Principio de la Territorialidad, el Principio de la Fuente y el Principio del Pago. La Tributación de los servicios Internacionales Prestados por no Residentes sin Establecimiento Permanente. Análisis de las Normativas Española y Brasileña.	891
37. Marco Aurélio Greco. Alíquota de IPI: Controlar o Decreto de Fixação e a Ação Administrativa de Aplicação.	931

38. **Carlos Vaz.** CPMF como dedução do Imposto de Renda: um Sonho que poderá se tornar Realidade.951

IV

PACIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA – PRINCÍPIOS E INSTRUMENTOS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

39. **Misabel Abreu Machado Derzi.** A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e suas Conseqüências961
40. **Aurélio Pitanga Seixas Filho.** A Certeza Jurídica da Dívida Tributária993
41. **Agostinho Toffoli Tavoraro.** O Direito ao Silêncio do Contribuinte Frente à Administração Tributária.....1011
42. **Ronaldo Redenschi.** A Coisa Julgada e os Efeitos da Declaração de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.....1033
43. **João Luís de Souza Pereira.** O Direito a um Processo Administrativo Fiscal com Duração Razoável1055

Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos

Fernando Facury Scaff*

I – Posição da questão

01. Dentre várias contribuições teóricas apresentadas por Ricardo Lobo Torres ao aprimoramento e à humanização do Direito Tributário no Brasil, uma se destaca aos meus olhos: a que vincula os Direitos Humanos à Tributação.

A construção efetuada é extremamente interessante e passa inicialmente pelo conceito de imunidade tributária. Ele deixa de lado aspectos formalistas sobre as imunidades tributárias e avança ao vinculá-las aos direitos humanos. Será *immune* o que for uma expressão dos direitos de liberdade; tudo que extrapolar este escopo, de exercício de liberdades, não será mais do que uma desoneração elevada a nível constitucional. Em sua obra *Direitos Humanos e Tributação*¹, arremata esta distinção de maneira lapidar ao dizer que “os juristas de índole positivista é que não encontram dificuldade maior para oferecer a definição pronta e acabada dos direitos fundamentais, até porque a reduzem aos aspectos periféricos e superficiais, o que acontece

* Advogado, Professor da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela USP.

¹ Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário – vol. III – Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. RJ, Renovar, 3ª. ed., 2005.

também com as imunidades tributárias.”² Para ele, “a imunidade tributária se expressa como princípio vinculado à idéia de liberdade (...) As imunidades recíprocas, dos templos e das instituições de educação e assistência social consubstanciam princípios vinculados à liberdade individual no federalismo, à liberdade religiosa e às condições de liberdade ínsitas à cidadania fiscal. As imunidades ao tráfego de bens se vinculam ao princípio da liberdade de comércio, da mesma forma que a proibição de tributos confiscatórios está indissoluvelmente ligada ao direito de propriedade.”³

O Supremo Tribunal Federal não assumiu esta tese humanista, mantendo-se dentro do perfil positivista, pois considera a imunidade como “não-incidência qualificada constitucionalmente, forma de autolimitação do poder tributário, estendendo-a a qualquer limitação conjuntural desvinculada dos direitos humanos.”⁴ No julgamento da ADI 939, onde se discutia a incidência do IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, surgido no bojo da Emenda Constitucional nº 3, o Supremo Tribunal Federal debateu as duas vertentes, porém, ao final, não firmou posição pois este aspecto não foi determinante para o deslinde da questão⁵, o que mantém intacta a orientação doutrinária anterior.

02. Desta linha é que, segundo Ricardo Lobo Torres, brota o conceito do *mínimo existencial*, o qual se configura como uma espécie de *imunidade fiscal* para todo aquele que se situa *aquem* de um determinado patamar de capacidade contributiva⁶. Segundo o Autor, o *mínimo existencial* é composto por um *status negativus libertatis*, um *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*.

No que se refere ao *status negativus libertatis* verificam-se as imunidades tributárias, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI; do mínimo existencial familiar, quanto ao IR; da moradia quanto ao IPTU; quanto à gratuidade para o acesso à justiça na defesa de seus direitos; de imunidade tributária para as instituições assistenciais; do ITR para as pequenas glebas rurais; de proteção à saúde no SUS – Sistema Único de Saúde (com críticas em face de sua univer-

2 Ob. Cit., pág. 41.

3 Ob. Cit., pág. 49.

4 Ob. Cit., pág. 58.

5 Ob. Cit., págs 63-66.

6 Ob. Cit., pág. 186.

salização, pois extrapola o *mínimo existencial* ao permitir seu uso inclusive pelos economicamente abastados); à educação através dos sistemas de ensino públicos e gratuitos (com novas críticas à universalidade, pois a gratuidade atinge também aos ricos).

Quanto aos dois demais âmbitos, do *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*, Ricardo Lobo Torres nos reme a outra de suas obras, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*⁷, quando relata com mais pormenores seu entendimento acerca desses atributos do *mínimo existencial*.

O *status positivus libertatis* pode ser garantido primeiramente "pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como vimos a propósito da prestação jurisdicional, da educação primária, da saúde pública, etc.". Outra forma de garantir este *status* é através de subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades tributárias. Há também a entrega de bens públicos em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente, independente de pagamento, que também podem estar inseridos nesse *status*.⁸

Por fim, designa o Autor que se deve entender por *status positivus socialis* "as prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social".⁹ Este *status* "depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos susceptível a crises seja o Estado, motivo que não tem dimensão originalmente constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais *não são obrigatórias*, posto que derivam da idéia de justiça; aí está outro aspecto distintivo para o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão."¹⁰

7 Revista de Direito Administrativo nº 177, págs 29-49, jul/set-1989. RJ, Ed. Renovar.

8 Ob. Cit, pág. 40.

9 Ob. e loc. cit.

10 Ob. Cit, pág. 41.

É neste passo que Ricardo Lobo Torres introduz o conceito de “reserva do possível”: “O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é sob a ‘reserva do possível’, ou na conformidade da autorização orçamentária.”¹¹ “O *status positivus socialis* constitui-se pelas prestações positivas outorgadas pelo Estado por meio de suas políticas públicas e sociais. Nada tem que ver com o mínimo existencial, ao contrário do que acontece com o *status positivus libertatis*. A entrega de prestações estatais ligadas ao *status positivus socialis* não está protegida pela imunidade, devendo a gratuidade ser prevista pela própria lei concessiva.”¹²

Assim, entende o autor fluminense que o mínimo existencial é composto por duas dimensões, ambas ligadas à *liberdade*: uma *negativa*, que impede o exercício do poder tributário por parte do Estado em razão da situação econômica da pessoa; e uma *positiva*, que são os serviços públicos dirigidos diretamente à manutenção da liberdade da pessoa. O mínimo existencial gera direito público subjetivo aos seus beneficiários, pelas limitações positivas e negativas à liberdade.

Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. Além disso, tais direitos estariam limitados em sua implementação pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias.

03.O presente ensaio visa discutir este conceito de “reserva do possível”, sua limitação e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como a proximidade necessária dos direitos sociais fundamentais ao mínimo existencial nos países periféricos.

II — Notas sobre o mínimo existencial (*status positivus libertatis*)

04.Sabe-se que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. E que a cada desenvolvimento tecnológico surgem novas necessidades para seu atendimento. Não custa nada lembrar que em tempos não muito remotos não havia

11 Ob. e loc. cit.

12 Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário – vol. III – Os Direitos Humanos e a Tributação, pág. 203-4.

fotocopiadoras, computadores, telefones celulares, Internet, e todo este aparato tecnológico que foi criado para facilitar o desenvolvimento humano, mas que, na sua esteira fez surgir outras várias necessidades de novas tecnologias para seu atendimento. Na Internet discada sentimos a necessidade de criação de uma via de comunicação mais expressa, e daí surgiu a Internet de banda larga; do sistema de telefonia fixa, surgiu a telefonia celular, e, mas recentemente o sistema de transmissão de voz e imagem via IP, cujo programa Skype é um dos ícones do mercado. E assim sucessivamente, e em vários âmbitos da vida humana.

Ao lado dessas soluções tecnológicas permanece a premência de solução de outras necessidades humanas, como revelam os Objetivos do Milênio — ODM, que congregam esforços para a solução do problema da fome em nosso mundo, o que é impensável ainda existir em uma civilização que se pretende avançada e desenvolvida. Portanto, existem, e sempre existiram, necessidades humanas a serem atendidas pelos escassos recursos financeiros disponíveis.

De outra banda, várias dessas necessidades só podem ser atendidas pelo Estado, uma vez que o sistema de mercado é inadequado para atendê-las, o que é reforçado nas sociedades periféricas, como a brasileira. Deste modo, o atendimento de necessidades básicas como educação, saúde, habitação, saneamento etc. devem ser atendidas pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado. Afinal, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar estas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto. Como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebe da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que gerencia, seja através de arrecadação própria ou de empréstimos obtidos junto ao mercado. *Quem estabelece para o Estado estas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade através de seu ordenamento jurídico.*

05.O prêmio Nobel de Economia de 1999, Amartya Sen, em uma obra fundamental para compreender o sistema de liberdades, preleciona que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente.”¹³

13 Desenvolvimento como Liberdade. SP, Companhia das Letras, 3ª. reimpressão, 2000, pág. 10.

Para Amartya, “capacidade” é um tipo de liberdade para ter estilos de vida diferentes. Não comer por desejo de fazer jejum ou emagrecer é uma opção de quem pode comer; não comer por falta de alimento não decorre de uma opção da pessoa, mas de falta de capacidade (condições) de fazê-lo.¹⁴ Afinal, diz o Autor, “a privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez inevitável ou fome involuntária).”¹⁵

A partir dessa observação, bem como em outras partes de sua obra, pode-se ver que o conceito de liberdade não está vinculado apenas a um sistema econômico de trocas no mercado, mas também à possibilidade de efetivo exercício de liberdades políticas. Demonstra Amartya que na hipótese de obtenção de resultados econômicos idênticos entre uma economia de mercado competitivo e uma economia centralizada, as pessoas certamente prefeririam viver em uma sociedade que privilegiasse as liberdades públicas¹⁶.

O Autor destaca a ação democrática entre pessoas que possuem a capacidade para exercer sua liberdade. “A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.”¹⁷

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos. “A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que

14 Ob. cit., pág. 94.

15 Ob. cit., pág. 31.

16 Ob. cit., pág. 42.

17 Ob. cit., pág. 46.

garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população.”¹⁸

O *status positivus libertatis* está vinculado à efetividade do exercício das capacidades que podem permitir ao ser humano alcançar o desenvolvimento, sejam estas políticas, civis, econômicas ou culturais.

III — Pontos de contato entre o mínimo existencial (*status positivus libertatis*) e os direitos fundamentais sociais nas sociedades periféricas

06. Robert Alexy, ao expor as razões em favor dos direitos fundamentais sociais apresenta duas teses.

A primeira é que a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor.¹⁹ Reproduz Lorenz von Stein que disse: “A liberdade só é real quando se possui as condições para seu exercício, os bens materiais e espirituais pressupostos de sua autodeterminação.” E ainda transcreve decisão do Tribunal Constitucional Federal: “o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele.”²⁰

A segunda é que a liberdade fática de um sem número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em seu meio, mas dependem essencialmente de atividades estatais.²¹

Segue o autor alemão dizendo que para justificar a vinculação dos direitos sociais com um argumento de liberdade é necessário fundamentar que a liberdade que os direitos fundamentais deve assegurar é a da liberdade *fática*. E prossegue afirmando que para um indivíduo tem importância existencial não viver abaixo de um nível de existência mínimo, não estar condenado a um permanente desemprego ou a não ficar excluído da vida social de sua época. Se o objetivo dos direitos fundamentais é que a pessoa humana se desenvolva livremente,

18 Ob. cit., pág. 170-1.

19 Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 486.

20 Ob. cit., pág. 487.

21 Ob. e loc. cit.

eles também apontam para as liberdades *fáticas*, a fim de assegurar também os pressupostos do uso das liberdades *jurídicas*.²²

Verifica-se, portanto, vários pontos de contato entre os conceitos de *mínimo existencial* e de *direitos fundamentais sociais* em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social. No Brasil, como em vários países, periféricos, as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país, atingem níveis alarmantes, que fazem com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade.

Neste sentido, é imperioso notar que o conceito de mínimo existencial ancorado no primado da liberdade, deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo. Afinal, *só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la. E para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais.*

Deste modo, e paradoxalmente, verifica-se que *quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas. Para assegurar o "mínimo existencial" no âmbito positivo (status positivus libertatis) é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade.*

IV. Limites à teoria da "reserva do possível"

07. Ensina Andreas Krell que o conceito de "reserva do possível" é oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitu-

22 Ob. cit., págs. 488-9, *passim*.

cional daquele país, em que ficou assente que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.”²³ Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos.

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.” A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficientes de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.²⁴

Daí a afirmativa de vários autores brasileiros no sentido de que não cabe aos juízes a análise de direitos fundamentais sociais por se tratarem de algo que depende de disponibilidade orçamentária, logo, de uma matéria de interesse público cujo alcance não cabe ao Poder Judiciário, mas apenas ao Legislativo e ao Executivo.²⁵

Andreas Krell segue em sua obra seminal criticando os adeptos da teoria e demonstrando razões de ordem política para sua não-observância. Porém, fica a questão: quando e em que situações é ou não pertinente o uso da “reserva do possível” pelo Estado para se escafe-der de suas responsabilidades sociais?

08.A Constituição brasileira estabeleceu vários objetivos a serem alcançados, o que pode ser vislumbrado no art. 3º:

Art. 3º — Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II — garantir o desenvolvimento nacional;

III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

23 Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 52.

24 Ob. e loc. cit.

25 Para os autores brasileiros que seguem este perfil, ver a obra de Andreas Krell, cit., nota de rodapé 115 na pág. 52 e referências na mesma página.

IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estes *objetivos* devem ser perseguidas pelos governos que se sucederem no comando do Estado. Toda a estrutura de Estado deve servir à obtenção destes desígnios. Daí que todo o sistema de *planejamento* que a Constituição de 1988 estabeleceu para o desenvolvimento nacional deve estar voltado para a consecução desses objetivos.

No âmbito orçamentário, fundamental para que o Estado demonstre a origem das receitas (oriundas de seu patrimônio, de imposições fiscais e de empréstimos) e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento constituído por um conjunto de 03 leis que se sucedem e se completam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os Planos e Programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição deverão ser elaborados em consonância com o plano plurianual (art. 165, §4º, CF), e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, §4º, CF).

Estas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas-objetivo²⁶ traçadas no art. 3º, bem como com outras espraiaadas no texto constitucional.

Por outras palavras, não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade²⁷ ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limites a esta Liberdade do Legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é *conformada* pela Supremacia da Constituição.

Existem limitações no âmbito da *receita*, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1ª dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros.

26 Para o conceito de normas-objetivo ver Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, SP, Revista dos Tribunais, 1978.

27 Um dos trabalhos que melhor analisa a questão da discricionariedade administrativa é o de Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: O controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre, Editora do Advogado, 2004.

Existem também limitações no âmbito da *despesa*, impedindo que o gasto público aconteça ao bel prazer dos legisladores. Estes limites podem ser *formais*, tais como o Princípio da Não-Afetação (que estabelece algumas vinculações de receitas a despesas; art. 167, IV, CF), limitações aos gastos com pessoal (art. 169, CF), obrigatoriedade de gastos com educação (art. 212, CF) e com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º, CF), entre outros.

Ocorre que as limitações aos gastos públicos também podem ser *materiais*, pois o uso de recursos públicos deve se dar de forma a permitir que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição sejam alcançados. Para tanto *é imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer sua liberdade real* (Alexy). Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com suas livres consciências, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.

09. Uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal, bem demonstra esta vinculação entre objetivos propostos pela Carta e a obrigatoriedade de realização de despesas adstritas àquela finalidade. Nela a discussão se dava entorno da vinculação dos recursos arrecadados pela União sob a rubrica da CIDE-Petróleo, cujo dispêndio deveria se dar para as finalidades especificadas no próprio texto constitucional.²⁸ Ocorre que o ano de 2002 findou sem que a totalidade dos recursos arrecadados com a CIDE fosse gasto, e a Lei Orçamentária Anual para 2003 previa a possibilidade de que estes recursos fossem remanejados para serem gastos em finalidades distintas daquelas estabelecidas de forma vinculativa no texto constitucional diretamente para a arrecadação com a CIDE. O Supremo Tribunal Federal decidiu ser isto inconstitucional. O voto do Ministro Carlos Mário bem espelha o teor do pronunciamento do Tribunal: "A Constituição estabelece a destinação do produto da arrecadação da CIDE. Estamos todos de acordo em que a destinação dessa contribuição não pode ser desviada porque não há como escapar do comando constitucional, art. 177, §4º, II. Mas

28 CF, art. 177: II — os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

o que ouvi dos debates e das manifestações dos advogados é que o desvio está ocorrendo. (...) Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, §4º, II.”²⁹

Este posicionamento do STF é novo e deve ser saudado como um passo adiante no reconhecimento de limites à liberdade de conformação do legislador. Até este julgamento, a posição do STF era de não reconhecer o direito ao controle concentrado de constitucionalidade, o que inviabilizava o debate, pois a discussão desse tipo de matéria através de controle difuso é um exercício impossível³⁰.

10. O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática que determinou o arquivamento da Medida Cautelar na ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 por perda superveniente de objeto, procede a diversas considerações acerca da Reserva do Possível, conforme pode ser visto desde a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³¹

29 Voto do Ministro Carlos Mário na ADI 2925, cuja ementa não reflete a riqueza dos debates ocorridos.

30 Para conferir a posição anterior do STF, ver, por todos, a ADI 1640-7, cujo Relator foi o Ministro Sydney Sanches, na qual se debatia a vinculação da CPMF aos gastos com saúde.

31 Revista Interesse Público. Porto Alegre, Ed. Notadez, maio 2004. Site consultado em 13-07-2005.

O que se debatia nessa ADPF era o veto presidencial a um artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (Lei 10.707/03) que afastava a imposição constitucional que estabelece percentuais mínimos para aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde. A perda de objeto se deu em razão de que, após a propositura da ADPF, o Poder Executivo voltou atrás e enviou um Projeto de Lei, o qual foi transformado na Lei 10.777/03 que reproduziu o preceito vetado, fazendo com que a disposição constitucional fosse mantida íntegra quando aos patamares de vinculação de receita destinada à saúde.

Na análise efetuada, o Ministro Celso de Mello explicitou que “a cláusula da ‘reserva do possível’ — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” E no mesmo sentido do que se encontra exposto neste trabalho, mas com adequado arrimo em Ana Paula de Barcellos³² e em Andreas Krell³³, assevera: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, recebam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.”

11. Situação semelhante à que acima está descrita, mas que ainda não foi submetida ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à Desvinculação de Receitas da União – DRU, que há vários vem afastando das vinculações constitucionais 20% de toda a arrecadação tributária brasileira. Trata-se de mais uma violação ao princípio da Supremacia da Constituição, corolário necessário das limitações à Liberdade de Conformação do Legislador, e do Administrador público.

Por já ter tratado deste tema em outra obra, remeto o leitor interessado para aquela publicação³⁴, não podendo deixar de fazer referência à similitude de situações encontradas com as decisões acima

32 A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. RJ, Renovar, 2002.

33 Direitos Sociais ..., acima citado.

34 Justiça Constitucional e Tributação. Fernando Facury Scaff e Antonio G. Moreira Maués. SP, Dialética, 2005.

expostas: da CIDE (ADI 2925), do veto à vinculação de receita às ações de saúde (ADPF 45) e da CPMF (ADI 1640, cuja decisão foi dissar, mas é anterior às demais).

12.O caso da CIDE acima relatado nos permite bem delinear os limites da liberdade de conformação do legislador, e, a partir daí, os limites da “reserva do possível”.

Estabeleceu o STF que o Governo (leia-se, o Poder Executivo) poderia gastar os recursos arrecadados com a CIDE apenas nas finalidades constitucionalmente estabelecidas no art. 177, §4º, II, quais sejam:

- a) pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

O legislador *não* possui liberdade para realizar gastos em outras finalidades que não sejam estas; mas *possui* liberdade de escolher *onde, quando e de que forma* realizará estes gastos. Apenas a título de exemplo, observemos que no item “b” podem ser financiados projetos ambientais com vários perfis. Pode-se privilegiar a questão da economia ambiental, ou aspectos do estudo jurídico-ambiental, ou ainda incentivar análises geológicas, ou vários outros aspectos. Os projetos podem ser propostos por universidades ou institutos de pesquisa, podem congrega grupos emergentes ou consolidados, nacionais ou estrangeiros, etc. Enfim, há uma multiplicidade de aspectos que devem ser valorados e sobre os quais que o legislador tem liberdade. O que ele não pode é fugir do escopo constitucional que vinculou as receitas com este tipo de tributo à finalidade do dispêndio.

Este tipo de limitação não existe apenas no que tange à CIDE, mas a toda e qualquer despesa pública, jungido que está o legislador aos objetivos previstos no art. 3º da Carta de 1988, dentre outras normas-objetivo espalhadas pelo texto, fruto da teoria da Supremacia da Constituição, que já foi acatada inclusive por nosso Supremo Tribunal Federal na ADI 2010-MC, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

“RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS
PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. — A invocação das razões de Estado — além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas — representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. *A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental.* A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política."

13. Como exposto, a liberdade de conformação do legislador não é tão ampla como se pensa, pois vinculada à Supremacia da Constituição, e a teoria da "reserva do possível" está vinculada a estes limites.

Como os direitos fundamentais sociais são, por definição, direitos a prestações, não é razoável que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação. Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais (Robert Alexy), ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos (Amartya Sen).

A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo dispo-

*nibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados*³⁵, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.

Observe-se que este procedimento acarretará a necessidade de implementação de políticas públicas diversas em distintos lugares e para diferentes populações, pois os problemas são distintos e peculiares a cada grupo de pessoas³⁶.

14. Duas últimas observações devem ser ainda efetuadas.

Deve-se notar que este tipo de análise permite que diferentes opções políticas sejam implementadas visando alcançar os objetivos constitucionalmente estabelecidos. Certamente partidos políticos com espectro mais à esquerda optarão por intensificar políticas públicas que privilegiem a igualdade, enquanto os partidos mais à direita implementarão estas políticas com um perfil mais voltado para o mercado. Este fato, por si só, não acarretará nenhuma violação constitucional, desde que comprovado que os desideratos prescritos na Carta de 1988 estejam sendo perseguidos de forma ampla, democrática e transparente. A singela argumentação não deve ser suficiente para comprovar o alegado, sendo necessária a comprovação de que os meios utilizados são aptos a conseguir os fins estabelecidos. O sistema de planejamento instituído pela Constituição de 1988 permite a comprovação disso, especialmente o subsistema de planejamento orçamentário acima descrito, que obriga a compatibilização do Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Outro aspecto a ser destacado é que este procedimento nada tem a ver com o candente debate hoje existente no Brasil, acerca da *judicialização da política*, através do qual se alega estar o Judiciário praticando uma espécie de *ativismo* em prol dos mais necessitados. No Brasil o que se pede é apenas a aplicação da lei, em consonância com a Constituição. Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas oriundas de lacônicos Princípios por um delicado, custoso e árduo processo exegetico. Não é o caso brasi-

35 A necessidade de ponderação de valores na aplicação dos direitos fundamentais sociais é preconizada por Ingo Sarlet, contudo, sem a análise financeira aqui referida (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2ª. edição, 2001, pág. 265).

36 Amartya Sen aponta as diferenças de análise entre a China, com desrespeito aos direitos civis e políticos e a Índia, com desrespeito aos direitos econômicos. Ob. cit., pág. 152-3.

leiro. O caráter analítico de nossa Carta, permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um maior grau de Justiça Social, sem que os juízes sejam acusados de fazer *ativismo judicial*, o que, em outras plagas, é um imperativo ético. *Aqui o singelo ato de aplicar a Constituição — o que não é habitual —, é um imperativo ético de Justiça.*

V. Conclusão

15. Como acima exposto, nos países periféricos onde a situação sócio-econômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (*status positivus libertatis*) e os direitos fundamentais sociais. Este fator não invalida a tese de Ricardo Lobo Torres conforme exposta na parte inicial deste trabalho, mas apenas coloca diferenciais de sua aplicabilidade e enfoque para países que se encontram na periferia do capitalismo, como o Brasil.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade *real* a fim de poder gozar da liberdade *jurídica* (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta.

A teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º., dentre outras normas-objetivo. *Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Roberto Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen).*

Tal procedimento não implica judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas de aplicação da Constituição brasileira.