UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MICHEL HABER NETO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
**A TRIBUTAÇÃO E O FINANCIAMENTO DO DIREITO À
SAÚDE NO BRASIL**

São Paulo

2012

Michel Haber Neto

A TRIBUTAÇÃO E O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico, Financeiro e Tributário.

Orientador: Professor Doutor Fernando Facury Scaff.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2012

HABER NETO, Michel.
A tributação e o financiamento do direito à Saúde no Brasil /
Michel Haber Neto – 2012.
238 f.

Orientador: Professor Doutor Fernando Facury Scaff.
Dissertação de mestrado (Mestrado em Direito) -
Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

1. Financiamento da Saúde Pública. 2. Tributação. 3.
Orçamento Mínimo da Saúde. I. Título.

Michel Haber Neto

A TRIBUTAÇÃO E O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de
Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo como exigência
parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Professor Doutor Fernando Facury Scaff

Instituição: Faculdade de Direito – USP Assinatura: _____

Professor Associado José Maurício Conti

Instituição: Faculdade de Direito – USP Assinatura: _____

Professor: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Aos **meus pais**, como sempre foi e para sempre será.
Recebam esta singela homenagem que lhes dedico com todo
o amor como sinônimo de gratidão pelos valores e
ensinamentos que me transmitiram.

AGRADECIMENTOS

Há algum tempo li *Into the Wild*, livro do jornalista Jon Krakauer que conta a história verídica de Christopher McCandless, jovem norte-americano de classe média que, fortemente influenciado por leituras de Liev Tolstói, Jack London e Henry David Thoreau, decide sair em busca da liberdade e da evolução espiritual, pois somente assim encontraria a si próprio.

Para concretizar seu plano, Chris deixou para trás um lastro de pessoas que o amavam e rumou ao inóspito Alasca selvagem, refugiando-se solitariamente no Parque Nacional Denali. Abandonou, portanto, a vida gregária para experimentar um período *thoreauniano* de contemplação eremita, pois entendia que só assim poderia alcançar a felicidade, que não estava nos relacionamentos entre os homens.

Após alguns meses sobrevivendo do que encontrava pelas montanhas, já com a saúde muito debilitada e só com a companhia de seus livros, McCandless repensou suas convicções, e pouco tempo antes de morrer escreveu, ironicamente nas páginas de seu único companheiro, a seguinte frase: *happiness only real when shared*.

A produção de um trabalho acadêmico requer certos momentos de isolamento, para fins de reflexão e de produção do texto. Adotei esta postura nesses dois últimos anos, ora por necessidade intelectual, ora compulsoriamente, por estar a quilômetros de distância de minha querida Belém. Entretanto, jamais caí no equívoco inicial de McCandless, e sempre fui sabedor de que o contato com as pessoas que estimamos é imprescindível, seja para fins de trocar experiências acerca do objeto de estudo, seja para dar o ânimo e o apoio necessário quando o cansaço e a descrença parece assolar-nos.

Assim, arvorando-me nas lições finais deixadas pelo jovem idealista, aproveito para compartilhar minha felicidade com as pessoas que amo, agradecendo expressamente a algumas delas que participaram diretamente dessa árdua, porém indescritivelmente gratificante experiência que é estudar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São elas:

O meu orientador, **Professor Fernando Facury Scaff**. Há dois anos e meio, quando cheguei na entrevista seletiva para as vagas de mestrado não tinha a menor noção do quanto meu mundo se expandiria em tão pouco tempo. Saio um homem melhor do que entrei, e tu tens grande parcela de responsabilidade por isso. Sou grato por teres confiado em mim e nas minhas ideias, e por teres me mostrado a face humanista que o direito

possui, servindo, quando bem utilizado, como poderosa ferramenta para o desenvolvimento social. Enfim, receba meus agradecimentos por ter me orientado com mãos firmes, sinceridade e transparência, elogiando quando conveniente, mas sem descurar das críticas construtivas quando estas se fizeram necessárias para guiar meus estudos. Faço minhas as palavras de Santo Agostinho, que disse, “prefiro os que me criticam porque me corrigem, aos que me adulam, porque me corrompem”.

Os **Professores Régis Fernandes de Oliveira, José Maurício Conti e Estevão Horvath** – em nome de quem agradeço a todos os professores do Largo de São Francisco, em especial do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Nunca esquecerei as conversas que travamos acerca do Direito Financeiro, que se iniciavam nas salas de aula e se estendiam pelos corredores do histórico prédio da Faculdade de Direito da USP. Em um país em que treinador de futebol é chamado de professor, e professor de tio, nada mais justo do que aproveitar o ensejo para render homenagens aos nossos verdadeiros mestres.

O **Professor Octávio Luiz Motta Ferraz** da Warwick School of Law – University of Warwick – pela elegante e precisa arguição quando da banca de qualificação de minha dissertação, acrescentando preciosas críticas acerca do direito à saúde, que vieram para abrir minha mente e dar novos rumos a minha pesquisa.

O **Professor Paulo de Barros Carvalho**. Por ter me recebido de braços abertos na Rua Bahia, nº. 1.233, endereço do saber jurídico no Brasil. O meu muito obrigado por toda a confiança depositada em mim e por todas as oportunidades acadêmicas que o senhor me proporcionou. Sinto-me privilegiado e honrado pelo simples fato de ter convivido com o mestre de todos os mestres.

As **Professoras Fabiana Del Padre Tomé e Aurora Tomazini de Carvalho**, em nome de quem agradeço a todas as pessoas que fazem da PUC-SP/COGEAE um ambiente tão propício ao desenvolvimento da Ciência do Direito. Vocês serão minhas eternas credoras por todas as oportunidades que me deram.

Priscila de Souza, coordenadora do IBET-SP, e que muito me envaideceu ao me convidar para lecionar no curso de pós-graduação em Direito Tributário desta instituição. E **Márcio Costa**, meu parceiro de turma. Agradeço-lhes por terem me recebido com tanto carinho. Posso dizer que o IBET-SP me presenteou com dois grandes amigos que carregarei por toda a vida.

Fernando Favacho e Eduardo Brasil, conterrâneos que tive a honra de conhecer em São Paulo, e que juntamente comigo deram vida ao sonho IBET-Belém. Sou grato pelo companheirismo diuturno, pela amizade incondicional e pela confiança desmedida. Não tenho a menor dúvida de que a Família IBET-Belém ainda crescerá muito. É como diz o carimbó: “viemos de nossa terra fazer barulho na terra alheia”.

Flávio Rubinstein, Gustavo Gonçalves Vettori e Henrique Diniz de Sousa Foz, que abriram as portas de seu escritório em São Paulo para mim. Agradeço imensamente pela oportunidade de conviver com grandes advogados como vocês, que ademais de cultores do saber jurídico, exercitam como poucos os valores éticos nos quais a advocacia deve se pautar.

Meus amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da velha e sempre nova Academia: **Gabriel Lochagin, Andressa Torquato, Celso de Barros Correia Neto, Matheus Assunção, Caroline Martins, André Castro Carvalho, Alexandre Silveira e Francisco Silveira**. Vocês tornaram meu caminho muito mais suave.

Os meus companheiros de todas as horas, **Lennon** (*in memoriam*), **McCartney, Jagger, Richards, Mercury** (*in memoriam*), **Page, Plant, Vedder e Kobain** (*in memoriam*), que me foram apresentados por meu pai quando eu ainda era criança, e que até hoje me fazem companhia onde quer que eu esteja. O rock apanha, mas não morre!

Meus amigos de São Paulo, verdadeiros irmãos que a *Terra da Garoa* me proporcionou. Cada um teve, ao seu jeito, parcela de colaboração para que esse dia se concretizasse: **Márcio Sanjar, Michelle Manaia, Rodrigo Griz, Jean Simeí, Lucas Galvão de Brito, Rodrigo Dalla Pria e Marcos Oliveira**.

Meus amigos de infância, que assistiram à minha trajetória acadêmica desde os tempos do Colégio Moderno, quando nossos sonhos pareciam tão distantes, mas a cada soar da “campanha”, *impiedosamente* mais pertos: **Luís André Guedes de Oliveira, Rodrigo Motta, Luiz Paulo Rêgo, Rafael Maroja, Carlo Teixeira, Augusto Meira e Lutti Souza**.

Tio Mario e Tia Mônica Tostes, família que aprendi a amar e respeitar como se fosse a minha própria. Sentimento que estendo, com carinho fraternal, ao **Bruno** e a **Marcela Duarte**. Os finais de semana paulistanos que compartilmos foram inesquecíveis.

Meus **primos**, em especial ao **Daniel**, que compartilha comigo o amor pela Ciência do Direito e pela centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, minha *alma mater*.

Meus **tios**, a quem agradeço nas pessoas dos tios **Isaac e Milene Bentes**. Nunca se esqueçam que tenho uma admiração imensurável por vocês e que tenho muita sorte e orgulho de tê-los como meus segundos pais.

Meus **Avós**, que construíram a história de minha família com base em sólidos valores, permitindo a cada um de nós seguirmos nossos caminhos de cabeça erguida e de maneira honrada. Agradeço em especial a minha avó **Rachel Soares**, grande guerreira e entusiasta dos estudos acadêmicos, que se sacrificou para formar os sete filhos na Universidade Federal do Pará, em tempos que o ensino superior era para poucos. *Vó Rac*, pode começar a preparar a estante de fotos do filhos/netos mestres, que essa eu quero inaugurar.

Minhas afilhadas **Hanna e Geysa**. Princesinhas que guardarei para sempre no meu coração. Vocês, cada uma ao seu jeito, encham-me de esperanças por um Brasil melhor e menos desigual.

Meu irmão **Guga**. Insisto no orgulho indescritível que tenho de ser o único a poder te chamar de *mano*. A distância física antes de nos separar, só fez nos unir ainda mais. Ruy Barata, poeta da nossa terra, tinha toda a razão ao dizer: “quem pensa que a distância faz esquecer, esquece que a saudade faz lembrar”. É meu irmão, tu continuas o *mais certo nas horas incertas. F.lli F. per sempre*, lembrás?

A minha querida **Mel**, companhia insubstituível. Esse momento também é seu, que há sete anos torce por mim, vibrando nas vitórias e me dando ombro nas derrotas. *However far away, I'll always love you!*

Os meus pais, **Gustavo e Meg Haber**, pelo berço que me proporcionaram. Não o esplêndido, mas o dos valores como a educação, a retidão e a humildade, que são meus maiores patrimônios e com os quais vou tateando a minha vida. Sou conhecedor de todos os esforços que empreenderam para educar ao meu irmão e a mim. Vocês são a minha fonte inesgotável de inspiração! Hoje, após algum tempo longe de casa, eu entendo o que John Dryden quis dizer ao afirmar que “o amor calcula as horas por meses e os dias por anos; e cada pequena ausência é uma eternidade”. **Mãe**, obrigado pela inesgotável

paciência na correção ortográfica, e acima de tudo por todo o apoio e incentivo ao longo desses anos. Estimo demais o carinho, a transparência e a cumplicidade que predica o nosso relacionamento.

A **Ele**, que sempre me deu muito mais do que eu precisava. Muito obrigado por me acompanhar e me abençoar a cada passo da minha vida. Amém!

Praia do Farol Velho, Salinópolis – Pará.

Verão de 2012.

“Vectigalia nervi sunt reipublicae”

Marcus Tullius Cicero (106 a. C. -43 a. C.)

“Lutar com as palavras é a luta mais vã.

Entanto lutamos mal rompe a manhã”

Carlos Drummond de Andrade (1902-1987)

RESUMO

Este trabalho tem como escopo o estudo da sistemática de financiamento da saúde pública no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, firmam-se premissas acerca dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, cuja efetivação demanda análises financeiro-orçamentárias. Neste sentido, são trabalhados conceitos como o de “custo dos direitos”, “solidariedade tributária”, “escassez de recursos”, “reserva do possível” e “escolhas trágicas”. Após, analisam-se os instrumentos tributários por meio dos quais a sociedade brasileira transfere ao Estado parte de suas riquezas para o custeio da saúde pública, bem como os instrumentos tributários que, utilizando-se da extrafiscalidade, sobreoneram ou desoneram situações ou pessoas buscando induzir comportamentos sociais favoráveis à efetivação do direito à saúde, perquirindo, ademais, as consequências destas medidas no que tange à saúde pública. Examina-se, ainda, o arranjo federativo brasileiro no tocante à repartição da receita pública entre os entes federativos, para que, em seus respectivos âmbitos de atuação, implementem tal direito social. Nesta senda, estuda-se o papel fundamental do Fundo Nacional de Saúde e das “Transferências Fundo a Fundo” no que tange à gestão financeira dos recursos do SUS e à busca pela redução das desigualdades regionais no que toca à qualidade na prestação das ações e serviços públicos de saúde. Investigam-se, também, os mecanismos orçamentários por meio dos quais o ordenamento jurídico brasileiro vincula a receita de determinados tributos ao gasto sob a rubrica da saúde pública, e obriga o poder público a incorrer em despesas mínimas obrigatórias com a saúde, formando o denominado “orçamento mínimo da saúde”. Finalmente, são levantados os gargalos atualmente existentes no Brasil, e que maculam a lógica jurídica do financiamento da saúde pública.

Palavras-Chave: Financiamento da Saúde Pública. Tributação. “Orçamento Mínimo da Saúde”.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the Brazilian public health funding system. Initially, premises about the human rights are signed up, especially the right to health, whose effectiveness demands a budgetary analysis. In this regard, concepts as “cost of rights”, “tax solidarity”, “scarcity of resources”, “under reserve of the possibilities”, and “tragic choices” are worked. Afterward, the tax instruments by which the Brazilian society transfers to the State portion of their wealth to fund the public health are analyzed, as well as the tax instruments that, using the extrafiscality, overburden or lessburden situations or people seeking social behaviors favorable to the implementation of the right to health, looking for, moreover, the consequences of these measures in relation to public health. This work examines, also, the Brazilian federal arrangement concerning the allocation of public revenue amongst the federal entities so that within their respective spheres of action implement this social right. In this sense, this research study the role of the National Health Fund and the “Fund to Fund Transfers” regarding the financial management of SUS’s resources and the pursuit of regional inequalities reduction, concerning the quality in the public health services. Also Investigates the budgetary mechanisms through which the Brazilian legal system binds certain public revenue to predetermined public expenditures in public health, and compels the government to incur in “minimum expenditures on health”, forming the so-called “minimum budget of health”. Finally, this research raises problems that currently exist in Brazil, and that taint the logic of the public health funding.

Keywords: Public Health Funding. Taxation. “Minimum Budget of Health”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
RELEVÂNCIA DO ASSUNTO NA ATUALIDADE: A REALIDADE EMPÍRICA BRASILEIRA COMO PONTO DE PARTIDA DA PESQUISA	17
APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA	19
DELIMITAÇÃO DO OBJETO	25
PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS	27
MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA	28
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RECEITA TRIBUTÁRIA E GASTOS PÚBLICOS	30
1.1 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELINEANDO-SE PREMISSAS.....	30
1.1.1 As diversas perspectivas de análise dos direitos fundamentais: tomada de posição	30
1.1.2 A busca por uma definição conceitual e terminológica dos direitos fundamentais.....	32
1.1.3 Perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais: do sistema geracional (dimensional) ao unitário	37
A) Direitos fundamentais de primeira dimensão	39
B) Direitos fundamentais de segunda dimensão	42
C) Direitos fundamentais de terceira dimensão	46
1.1.4 Críticas à “Teoria Geracional dos Direitos Fundamentais” (ou ao estudo dos direitos fundamentais em dimensões) e a tentativa de implementação de uma compreensão unitária e indivisível.....	48
1.1.5 Direitos fundamentais. Garantias fundamentais. Remédios constitucionais	53
1.1.6 As características dos direitos fundamentais	55
1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A ORDEN SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	61

1.2.1 Noções introdutórias sobre os direitos sociais, econômicos e culturais	61
1.2.2 Posições acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais.....	64
A) A tese da negação da jusfundamentalidade dos direitos sociais	66
B) A tese da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao “mínimo existencial”	68
C) A tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais sociais.....	70
1.2.3 Regime jurídico da jusfundamentalidade formal e material dos direitos sociais	72
1.2.3.1 A eficácia dos direitos sociais: análise da aplicabilidade imediata prescrita no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal	73
1.2.3.2 Os direitos fundamentais e o poder de reforma da Constituição: os direitos sociais como cláusula pétrea.....	74
1.3 A SEGURIDADE SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	76
1.4 O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	77
1.5 TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS. ESCASSEZ DE RECURSOS. RESERVA DO POSSÍVEL. ESCOLHAS TRÁGICAS: OS PROBLEMAS FÁTICO-ECONÔMICOS E JURÍDICOS NA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	87
1.6 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS, A SOLIDARIEDADE SOCIAL NA TRIBUTAÇÃO E O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE	91
2 O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO E OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	97
2.1 À GUIA DE INTRODUÇÃO: A TRIBUTAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	97
2.2 O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: COMO O ESTADO ORGANIZA A SUA ATIVIDADE FINANCEIRA	100
2.2.1 Breve esboço histórico do orçamento público	102

2.2.2 Breve evolução histórica do orçamento público no Brasil: uma visão a partir das Constituições	105
2.2.3 Definição do conceito de orçamento público: a percepção de novas funções orçamentárias	107
2.2.4 A realidade orçamentária brasileira a partir da Constituição Federal de 1988.....	109
2.2.5 A natureza jurídica da lei orçamentária	116
2.2.6 O princípio da não-afetação orçamentária e suas exceções: as vinculações constitucionais das receitas públicas e as despesas mínimas obrigatórias constitucionalmente prescritas	121
2.2.7 Esclarecimentos acerca da polissemia do termo “vinculação”	126
2.2.8 O orçamento mínimo da saúde no Brasil: uma garantia fundamental do cidadão.....	128
2.3 FEDERALISMO FISCAL E “SOLIDARIEDADE FEDERATIVA”	132
2.3.1 Receitas tributárias: a principal fonte de financiamento público do direito à saúde no Brasil.....	135
<i>2.3.1.1 Definição conotativa do conceito de tributo no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>137</i>
<i>2.3.1.2 As diversas espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro: classificação pela análise intranormativa e internormativa</i>	<i>141</i>
<i>2.3.1.3 Os impostos e o financiamento do direito à saúde no Brasil</i>	<i>147</i>
<i>2.3.1.4 As contribuições especiais e o financiamento do direito à saúde no Brasil</i>	<i>148</i>
A) Contribuições sociais: destinação do produto da arrecadação e espécies	148
B) As contribuições sociais para a seguridade social ordinárias e o financiamento do direito à saúde	149
C) As contribuições sociais para a seguridade social residuais e o financiamento do direito à saúde	150
<i>2.3.1.5 A extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) e a natimorta Contribuição Social da Saúde (CSS).....</i>	<i>151</i>

2.3.2 Análise do sistema brasileiro de repartição (das fontes de receita e do produto da arrecadação) tributária entre os entes federativos: a busca pela implementação do direito à saúde de forma mais homogênea	154
<i>2.3.2.1 Repartição das fontes de receita: a distribuição da competência tributária</i>	<i>155</i>
<i>2.3.2.2 Repartição do produto da arrecadação tributária: os reflexos das transferências intergovernamentais na formação do “orçamento mínimo da saúde” de cada ente federado</i>	<i>157</i>
<i>2.3.2.3 As transferências intergovernamentais de receitas tributárias como mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais na implementação do direito à saúde</i>	<i>160</i>
2.3.3 A extrafiscalidade e o direito à saúde	162
<i>2.3.3.1 Incentivos fiscais e o direito à saúde: os instrumentos jurídico-tributários que desoneram parcela da sociedade do financiamento da saúde pública como forma de incentivar práticas favoráveis à mesma</i>	<i>163</i>
A) A redução da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza do montante integral dos dispêndios com serviços e planos saúde privada.....	164
B) Imunidades tributárias que promovem o direito à saúde	167
C) Isenção de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – sobre os medicamentos quimioterápicos e de combate à AIDS	168
<i>2.3.3.2 Desincentivos fiscais e o direito à saúde: os instrumentos jurídico-tributários que sobreoneram parcela da sociedade como forma de desincentivar práticas desfavoráveis à saúde pública</i>	<i>169</i>
2.3.4 Fundo Nacional de Saúde (FNS)	171
2.3.5 Outras receitas do Sistema Único de Saúde	177
2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA INOBSERVÂNCIA DO “ORÇAMENTO MÍNIMO DA SAÚDE”: ANÁLISE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	178
2.4.1 Na Constituição Federal de 1988.....	178
2.4.2 Na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2001).....	179
2.4.3 No artigo 315 da Lei nº. 8.080/1990 (Lei do SUS) c/c o artigo 315 do Código Penal.....	181
2.4.4 Na “Lei Ficha Limpa” (Lei Complementar nº. 135/2010).....	182

3 RUÍDOS ATUAIS NA LÓGICA JURÍDICA DO FINANCIAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	184
3.1 INTRÓITO	184
3.2 INCENTIVOS FISCAIS INCIDENTES SOBRE IMPOSTOS + CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS + DESVINCULAÇÃO DA RECEITA DA UNIÃO (DRU) = REDUÇÃO DO “ORÇAMENTO MÍNIMO DA SAÚDE”	184
3.3 A “PRIVATIZAÇÃO” DOS RECURSOS DO SUS PELO PODER JUDICIÁRIO: A CAPTURA DE RECURSOS PÚBLICOS PELO INDIVÍDUO EM DETRIMENTO DA SOCIEDADE OU O “RESGATE DO INDIVÍDUO E O SEQÜESTRO DA SOCIEDADE”	188
3.4 A “LIBERDADE” NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS DO ORÇAMENTO MÍNIMO SOCIAL SOB A MOLDURA DO DIREITO À SAÚDE: AFINAL, O QUE É GASTO EM “AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE”?	193
3.5 CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA INTERFACE COM A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A MÁ GESTÃO DA MÁQUINA PÚBLICA E O DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO COMO PRÁTICAS AGRESSIVAS AO DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE PÚBLICA	195
3.6 O CONTINGENCIAMENTO DE VERBAS DA SAÚDE PÚBLICA	200
3.6.1 O Contingenciamento realizado pela União Federal no exercício financeiro de 2012 e seus impactos no financiamento da saúde pública: a inconstitucionalidade do Decreto n.º 7.680/2012	204
4 CONCLUSÃO	206
REFERÊNCIAS	213

INTRODUÇÃO

RELEVÂNCIA DO ASSUNTO NA ATUALIDADE: a realidade empírica brasileira como ponto de partida da pesquisa

O Brasil é um dos países com a maior carga tributária do mundo, chegando a cerca de 35% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010). Este número é compatível com o dos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e bem acima do praticado pelos países vizinhos latino-americanos (IMMERVOLL, 2006, p. 1).

Vale ressaltar que do total da carga tributária brasileira no ano de 2010, cerca de 52% da receita corrente da União Federal foi oriunda de contribuições sociais, cujo gasto é vinculado constitucionalmente à consecução e implementação de determinados direitos fundamentais de 2ª dimensão, dentre os quais o direito à saúde (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2011).

A despeito das reiteradas críticas de especialistas e da sociedade civil, o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em entrevista à TV Senado, defendeu a alta carga tributária brasileira, aduzindo inexistir qualquer país desenvolvido que apresente baixa carga tributária (MARTINS, 2007a; VIANNA, 2010). O argumento que subjaz à afirmação de Lula é o de que o Estado necessita de recursos públicos para fazer frente às suas despesas.

Andou bem o Ex-Presidente da República ao afirmar inexistir país desenvolvido que pratique baixa carga tributária, mas foi muito mal ao comparar o Brasil com aqueles, haja vista que a despeito da alta carga tributária brasileira, nosso país persiste em figurar abaixo de todos os membros da OCDE, bem como de inúmeros países latino-americanos, no *ranking* do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)¹. Ademais, a pontuação brasileira fica abaixo da média da América Latina, região mais desigual do planeta (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2011).

¹ Nesse sentido, Antonio Delfim Netto (2011, p. 2) afirma que no Brasil “o problema não é a alta tributação, mas o lamentável nível de sua devolução à sociedade com serviços públicos oferecidos em pequena quantidade e baixa qualidade, que saltam aos olhos nas comparações internacionais”.

A situação da desigualdade social no Brasil não é distinta, e o assunto persiste como tema central dentre as preocupações de natureza socioeconômica no Brasil. O país vem se apresentando, reiteradamente, com péssimo “Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade (IDHD)”², ocupando a antepenúltima posição, empatando com o Equador, e ficando a frente apenas de países como Bolívia, Camarões e Madagascar (últimos colocados) e África do Sul, Haiti e Tailândia (penúltimos colocados) (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2010).

No tocante à realidade da saúde pública brasileira a situação ganha tons de dramaticidade, tanto em razão da desigualdade de acesso aos serviços, quanto pela própria falta de qualidade dos serviços prestados pelo poder público. A saúde pública é o “espelho da desigualdade da sociedade brasileira”, conforme consignado pelo Ex-Ministro de Estado, Roberto Mangabeira Unger, em documento oficial da Secretaria de Assuntos Estratégicos ligada à Presidência da República, denominado “Redução das Desigualdades e Melhoria da Qualidade do Sistema de Saúde no Brasil” (UNGER, 2009, p. 7).

Não foram por outros motivos que a Organização Mundial da Saúde³, tendo como base a qualidade da saúde pública oferecida por um Estado aos seus cidadãos, classificou o Brasil na 125ª posição no *ranking* mundial entre 191 países (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011).

Diante de tais números e indicadores, é intrigante observar que o Brasil, a despeito de ter uma alta carga tributária, na qual a arrecadação das contribuições sociais (vinculada a gastos sociais) alcança índices cada vez maiores, não consegue dar vazão a políticas públicas que implementem os direitos fundamentais sociais (dentre os quais a saúde pública) de forma eficaz.

Interessante notar que a análise da efetividade do direito à saúde, perpassa, inevitavelmente, por uma apreciação das fontes de financiamento de tal direito, eis que a saúde pública, como todo e qualquer direito fundamental, exige despesas para que se veja implementada.

Neste contexto, é fundamental, portanto, que se estude: (i) quais os instrumentos jurídico-tributários por meio dos quais os cidadãos brasileiros “pagam a conta do direito à saúde”⁴; (ii) quais os instrumentos jurídico-tributários que, utilizando-se da extrafiscalidade, sobreoneram ou desoneram situações ou pessoas buscando induzir

² Trata-se de um índice que analisa, especificamente, a desigualdade social na população de um país.

³ Braço da Organização das Nações Unidas – ONU – para o trato das questões atinentes à saúde.

⁴ Expressão cunhada por Fernando Facury Scaff (2010, p. 26).

comportamentos sociais favoráveis à efetivação da saúde pública, e quais as consequências destas medidas no que tange à saúde pública; (iii) de que maneira os entes federativos repartem a receita pública entre si para que, em seus respectivos âmbitos de atuação, implementem tal direito social; (iv) quais os problemas, atualmente vivenciados no Brasil, que maculam a lógica jurídica do financiamento da saúde pública; bem como (v) os mecanismos por meio dos quais o ordenamento jurídico brasileiro (v.a) obriga o poder público a incorrer em despesas mínimas obrigatórias com a saúde, e (v.b) vincula a receita de determinados tributos ao gasto sob a rubrica da saúde pública.

De posse de tais informações, franqueia-se a possibilidade de analisar se os valores arrecadados para o dispêndio com a saúde são, ou não, efetivamente alocados dentro desta rubrica, permitindo, no limite, um controle mais atinado de tais gastos públicos.

Assim, cientes de que a implementação do direito à saúde pressupõe gastos públicos, e, portanto, receitas que lhes façam frente, conclui-se que a pesquisa acerca da sistemática de financiamento do direito à saúde no Brasil corrobora na busca de uma conclusão do porquê este país, a despeito de ter uma alta carga tributária, com uma parcela considerável vinculada aos gastos com o setor social, apresenta-se como um dos piores do mundo no quesito “saúde pública”.

APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

Nos dias atuais, não resta qualquer dúvida a respeito de que os direitos fundamentais podem ser considerados como uma construção definitivamente integrada ao patrimônio do ser humano (SARLET, 2007a, p. 25).

A propósito, esta afirmação pode ser facilmente demonstrada por meio: (i) dos inúmeros diplomas legislativos (nacionais e internacionais) que asseguram direitos e garantias fundamentais; (ii) dos intermináveis tratados dogmático-jurídicos e jusfilosóficos sobre a temática; (iii) da constante, e cada vez mais intensa, intervenção dos tribunais e juízes singulares na busca pela efetivação desta categoria de direitos; bem como por meio (iv) do sem-número de organismos locais, regionais e internacionais que se encarregam de preservar e promover tais direitos.

No que diz respeito à realidade brasileira, talvez o melhor exemplo da relevância dos direitos fundamentais encontre-se na Constituição Federal de 1988, extremamente

prolixa na enunciação destes. Ademais, não foi por outro motivo que Ulisses Guimarães (apud ESCOSTEGUY; PORTELA, 2008, p. 79) decidiu por denominá-la de “Constituição Cidadã”, além de afirmar que ela tem “cheiro de amanhã, e não de mofo”⁵.

O Diploma Constitucional de 1988 surgiu com a finalidade precípua de redemocratizar o Brasil, que tinha passado por “anos de chumbo”⁶ com a ditadura militar⁷, nos quais os direitos fundamentais foram ignorados e expurgados da realidade social brasileira. Flávia Piovesan (2010, p. 54) afirma que o novel Texto Constitucional “demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964 e reflete o consenso democrático ‘pós-ditadura’”.

Trata-se da primeira Constituição Brasileira a enunciar, logo no seu início, o capítulo acerca dos direitos e garantias fundamentais, para só então cuidar do Estado, dedicando-se à sua organização e ao exercício dos Poderes. É um forte argumento a comprovar o rasgo humanista da Carta Constitucional de 1988.

Aduz-se, ainda, que a relevância dos direitos e garantias fundamentais no referido diploma pode ser comprovada por meio da, até então inédita, inclusão dos mesmos no rol das cláusulas pétreas, compondo o núcleo material intangível da Constituição⁸, conforme a prescrição do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, do Diploma Constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 54).

Além disso, como se não bastasse o extenso rol de direitos fundamentais expressamente positivado e intocável pelo constituinte derivado, a Constituição ainda prescreve que tal lista é meramente exemplificativa, posto que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que possam decorrer do regime vigente, bem como dos princípios por ela adotados, ou ainda dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil for parte (BRASIL, 1988, art. 5º, parágrafo 2º).

⁵ Tratam-se de afirmações feitas pelo então Deputado Ulisses Guimarães para uma cadeia de rádio e TV convocadas pelo mesmo para exteriorizar suas convicções acerca da Constituição Federal, dias antes de sua promulgação (ESCOSTEGUY; PORTELA, 2008).

⁶ A expressão “anos de chumbo” foi inicialmente utilizada para denominar um período (de meados dos anos 60 até meados dos 80) vivido pelos países europeus, e que ficou caracterizado por violências políticas, luta armada, terrorismo de extrema esquerda e direito, bem como pelo endurecimento do aparato repressivo do Estado. Posteriormente, a expressão passou a ser utilizada na América do Sul para representar o período de radicalização política. Não é demais asseverar que a expressão deriva do título do filme, homônimo, da cineasta alemã Margarethe Von Trotta, “*Die Bleierne Zeit*”.

⁷ A Ditadura Militar no Brasil iniciou-se com o Golpe Militar de 31 de março de 1964 (que resultou no afastamento do Presidente João Goulart e na ascensão ao poder do Marechal Castelo Branco) e findou-se com a eleição de Tancredo Neves em 1985.

⁸ Reconhece-se a existência da infundável discussão doutrinária acerca da inclusão ou não dos direitos sociais no rol de cláusulas pétreas. O tema será melhor, e mais detalhadamente, discutido mais adiante.

O fato é que este cenário de efervescência política, econômica e social vivido à época da constituinte pelo Brasil culminou em uma busca legítima e incansável pela enunciação de uma enorme gama de direitos fundamentais no corpo da Constituição Federal de 1988, como se a positivação de tais direitos tivesse, por si só, a força para equalizar todos os problemas que o Brasil vivia apenas pela enunciação de suas soluções (SCAFF, 2011, p. 74)⁹.

Assim é que, muito embora os brasileiros tenham experimentado melhoras sócio-econômicas sensíveis sob a vigência do Diploma Constitucional de 1988, o passar do tempo encarregou-se de mostrar à sociedade brasileira que não basta enunciar os direitos fundamentais na Constituição Federal para ver seus problemas solucionados. O grande desafio está em buscar meios de operacionalizar a concretização dos inúmeros direitos fundamentais elencados, permitindo o seu gozo efetivo.

Em passagem do seu “A Era dos Direitos”, Norberto Bobbio (2004, p. 45) confirma o que foi dito ao asseverar que o maior problema enfrentado atualmente pela humanidade, no que diz respeito aos direitos fundamentais, não é o de buscar fundamentá-los, senão o de encontrar meios de protegê-los e torná-los efetivos.

Em outras palavras, Bobbio (2004, p. 45) afirma que o cerne da problemática acerca dos direitos fundamentais não reside mais em questões de cunho filosófico, mas sim jurídico e político, ou seja, o foco não está mais em perquirir quais e quantos são estes direitos, se são absolutos ou relativos, naturais ou históricos, entretanto, em buscar mecanismos e instrumentos para impedir que, a despeito dos diplomas legislativos que os assegurem, eles continuem sendo diuturnamente violados.

Atentos à realidade, bem como às lições de Norberto Bobbio (2004), os estudiosos do tema vem cada vez mais dedicando seu tempo à solução da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, como o direito à saúde, temática

⁹ Neste mesmo sentido caminham as lições de Oscar Vilhena Vieira (2001, p. 9-12), para quem a constitucionalização dos direitos deve ser vista como um primeiro passo na luta pela sua efetivação, mas não o bastante, sendo necessário, ainda, que a sociedade esteja disposta a assumir responsabilidade no sentido de dar-lhes efetividade, tendo em mente que a cada direito corresponde, necessariamente, uma obrigação. Este autor chama a atenção, ainda, ao sério problema de efetividade do seu sistema normativo vivido pelo Brasil (VIEIRA, 2004, p. 195). No mesmo sentido caminham as lições de Felipe Derbli (2010, p. 343). Ingo Wolfgang Sarlet (2008a, p. 292) também comunga deste entendimento ao afirmar que “a mera previsão de direito sociais nos textos constitucionais, [...] nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as resistências das mais variadas naturezas e impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais”. Luiz Edson Fachin (2011, p. A.16) não se furta, também, a tecer críticas a esta realidade, chamando a atenção para o antigo óbice brasileiro “relativo ao distanciamento entre a ‘proclamação discursiva das boas intenções e a efetivação da experiência’” na Constituição brasileira de 1988.

específica desta pesquisa. Destarte, as discussões passam a gravitar em torno de maneiras de proteger e garantir tais direitos.

Neste contexto, tema corrente é o que aborda o papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais por meio, majoritariamente, de ações individuais. Trata-se da “judicialização dos direitos sociais”¹⁰.

Porém, a discussão, na imensa maioria das vezes, vem desconectada de alguns “ramos do direito” de importância fulcral quando se fala em efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito tributário e o direito financeiro.

Esta relevância decorre, diretamente, de uma constatação feita, inicialmente pelos norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999, p. 48), posteriormente, encampada por inúmeros estudiosos brasileiros¹¹ e estrangeiros¹², a qual: a efetivação de todo e qualquer direito fundamental traz custos para o Estado, seja este um direito de primeira, segunda ou terceira dimensão.

Uma vez que “os direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005), eles demandam recursos públicos para sua implementação, que o Estado se incumba em buscar no seio privado, principalmente, por meio da tributação. Neste sentido, a sociedade financia a implementação dos direitos fundamentais.

A arrecadação tributária, por sua vez, não pode se dar à margem dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (como toda e qualquer ação do Poder Público), prescritos, respectivamente, nos incisos dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). E, arrecadar para investir em direitos fundamentais é uma das maneiras possíveis pelas quais a tributação atende aos fundamentos e cumpre os objetivos constitucionais, adquirindo legitimidade. Afigura-se, aqui, a perspectiva da solidariedade social na tributação¹³.

¹⁰ Não é pretensão desta pesquisa analisar se a melhor opção para a efetividade do direito à saúde seria o “ativismo judicial” ou a “contenção judicial” na busca da efetividade dos direitos sociais. Busca-se, na realidade, somente chamar atenção para a existência de inúmeras decisões judiciais dando vazão a pedidos de índole individual, em questões relativas ao direito à saúde, e que ignoram uma imensa rede de complexidades que envolvem a temática, como, por exemplo, a que diz respeito à escassez de recursos, gerando efeitos orçamentários danosos a uma política pública de acesso à saúde, uma vez que privilegia o direito à saúde do indivíduo que recorreu ao Poder Judiciário em detrimento da coletividade. Critica-se, ao bem da verdade, o que Virgílio Afonso da Silva (2010a, p. 596) chama de “ativismo judicial despreparado”.

¹¹ Dentre os quais destacam-se: Ricardo Lobo Torres (2006, p. 244); Fernando Facury Scaff (2010, p. 24); José Reinaldo de Lima Lopes (2010, p. 131-132); Virgílio Afonso da Silva (2010a, p. 591-592); Gustavo Amaral (2010, p. 38-44); Flávio Galdino (2007); Ana Paula de Barcellos (2010, p. 803); Daniel Sarmento (2010, p. 555); dentre outros.

¹² Citam-se: Victor Abramovich e Christian Curtis (2002) e José Casalta Nabais (2007, 175-178).

¹³ Neste sentido, *vide*: Juan Manuel Barqueiro Estevan (2002); Marco Aurélio Greco (2005); José Casalta Nabais (2005); Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2005); e Marciano Seabra de Godoi (2005).

Aí está caracterizada a necessária interdependência entre o direito tributário, o direito financeiro e os direitos fundamentais. O Estado tem o dever de implementar os “direitos fundamentais”, que, como se sabe, custam vultosas cifras aos cofres públicos. Este dinheiro é arrecadado por meio do “pagamento de tributos” (direito tributário), que, entretanto, somente se justifica se o “gasto público” (direito financeiro¹⁴) atentar aos objetivos constitucionalmente prescritos, alguns dos quais são atingidos mediante a implementação dos direitos fundamentais, que, por sua vez, também servem de limitações ao poder de tributar.

Neste contexto, tomando-se em consideração que o Estado arrecada a receita tributária tendo em vista, sempre, a necessidade de realizar gastos públicos que atendam às necessidades públicas (dentre as quais a implementação de direitos fundamentais), fala-se em “tributação” (tal qual posto no título desta pesquisa) como um fenômeno mais amplo que a mera “cobrança de tributos”, a albergar não somente a ponta da arrecadação, senão, também, a ponta da destinação dada aos recursos arrecadados (SCAFF, 2007a, p. III). Tal assertiva se justifica na medida em que a cobrança tributária é instrumental, pelo que não perfaz, no ordenamento jurídico brasileiro, um fim em si mesma, servindo, dentre outros, como fonte de financiamento dos direitos fundamentais.

Aliás, a mera interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 já seria suficiente para se chegar à conclusão da imprescindibilidade do estudo conjunto dos direitos fundamentais com o direito financeiro e tributário. Fernando Facury Scaff (2007b, p. 2) lembra que a Carta de 1988 realça o papel especial deste tipo de análise uma vez que trata, detalhadamente, do Sistema Tributário (primordialmente nos artigos 145 a 157 da CF), do Sistema das Finanças Públicas (basicamente ordenado nos artigos 157 a 169 da CF), bem como do rol de direitos fundamentais (precipualemente elencados nos artigos 1º a 11 da CF), pelo que o estudo apartado destes ramos do direito é o mesmo que ignorar a completude do Ordenamento Constitucional brasileiro. Em outras palavras, é admitir a interpretação da Constituição Federal em fatias.

¹⁴ A disciplina jurídica da atividade financeira do Estado perfaz o objeto de estudo do direito financeiro como ramo didaticamente autônomo do Direito. Neste sentido, Aliomar Baleeiro (2010, p. 4) afirma que a atividade financeira do Estado “consiste em obter, criar, gerir e despendar o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas pessoas de direito público”. Assim, o estudo das normas jurídicas que regulamentam o “gasto público” configura parcela do objeto de estudo do direito financeiro, não esgotando o mesmo.

Crítica-se, assim, aqueles que estudam as diversas “searas do direito”¹⁵ como se fosse possível isolá-las em ilhas, esquecendo-se que o direito é uno e incindível, e que os tradicionais “escaninhos da dogmática jurídica” (como o direito penal, direito civil, direito comercial, direito tributário, direito constitucional, dentre outros) servem, tão somente, para fins didáticos, não podendo ser tomados em consideração quando da análise do ordenamento jurídico como um todo. É neste sentido que Paulo de Barros Carvalho (2009a, p. 14) defende que, “mesmo em obséquio a finalidades didáticas, não deixaria de ser a cisão do incindível, a seção do inseccionável”.

Entretanto, deste estudo casado entre os direitos fundamentais, o direito tributário e o financeiro decorrem certas peculiaridades que tornam o tema mais complexo do que a primeira vista pode parecer.

O principal gargalo a dificultar a implementação plena dos direitos fundamentais decorre do fato de que os recursos são escassos, enquanto que as necessidades sociais são infinitas. O Poder Público, então, tem de realizar o que Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978) chamam de escolhas trágicas¹⁶, ou seja, em um cenário de recursos escassos, deve tomar decisões no sentido de escolher onde tais recursos serão alocados, privilegiando determinada política social em detrimento de outra igualmente legítima. Como diz a canção “amor barato” de Chico Buarque, “o cobertor é curto”, pelo que não dá para cobrir, ao mesmo tempo, os pés e a cabeça.

Destarte, pode-se dizer pela existência de limites jurídicos e fático-econômicos à efetivação dos direitos fundamentais, eis que o Estado não dispõe de recursos suficientes para implementar todos os direitos fundamentais. Trata-se da noção de “reserva do possível”¹⁷, construção teórica¹⁸, cuja origem remonta à Alemanha do início dos anos 70¹⁹, e cujo significado atesta que todo e qualquer orçamento tem um limite, o qual deve ser utilizado à luz de “exigência de harmonização econômica geral” (SCAFF, 2010, p. 26). Em

¹⁵ Neste sentido caminha a crítica formulada por Heleno Taveira Torres (1996, p. 71), ao afirmar que “esquecem os tributaristas que a especialidade deles encontra-se encastelada numa plataforma mais ampla, a ‘atividade financeira do Estado’, objeto do estudo do direito financeiro”. Interessante, também, é a crítica formulada por José Reinaldo de Lima Lopes (2010, p. 132) aos estudiosos do direito tributário no Brasil.

¹⁶ “Tragic Choices”.

¹⁷ Fernando Facury Scaff (2011, p. 97-98) realiza uma distinção entre o que se entende por “reserva do possível”, “escassez” e “impossibilidade técnica”.

¹⁸ Tratada no Brasil, dentre outros, por: José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 173); Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008a, p. 11); Ricardo Lobo Torres (1999, p. 292); Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 145); Fernando Facury Scaff (2008, p. 149); e Paulo Caliendo (2008, p. 195).

¹⁹ A expressão “reserva do possível” decorre do que os economistas chamam de “limite do orçamento”, e foi juridicizada, primeiramente, em uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, BVEFRGE 33, 303, de 18 de julho de 1972 (SCAFF, F., 2010, p. 25).

outras palavras, pode-se dizer que a efetividade plena dos direitos sociais a prestações materiais encontra uma barreira, qual seja, a reserva das capacidades financeiras do Estado (SARLET, 2008b, p. 29), pelo que se afigura impossível discutir a efetividade do direito à saúde sem perpassar por uma análise financeiro-orçamentária.

Diante de tais considerações, salta aos olhos o fato de que não há como tratar de efetividade dos direitos fundamentais, no caso específico deste trabalho de efetividade do direito à saúde, sem perquirir acerca das fontes de financiamento dos mesmos.

Assim, se a sociedade brasileira anseia em ver o direito à saúde efetivado, e se o mesmo tem um alto custo financeiro para o Estado, torna-se imperioso o estudo da sistemática do financiamento do direito à saúde no Brasil, ou, em outras palavras, é curial o exame: (i) dos instrumentos jurídico-tributários por meio dos quais a sociedade brasileira financia a saúde pública; (ii) dos instrumentos jurídico-tributários que, utilizando-se da extrafiscalidade, sobreoneram ou desoneram situações ou pessoas buscando induzir comportamentos sociais favoráveis à efetivação do direito à saúde, e quais as consequências destas medidas no que tange à saúde pública; (iii) da forma como os entes federativos repartem a receita tributária para, em seus respectivos âmbitos de atuação, implementarem o direito à saúde; (iv) dos mecanismos jurídico-financeiros por meio dos quais o Estado subvenciona o particular para que este implemente o direito à saúde em seu lugar; (v) dos artifícios jurídicos por meio dos quais o sistema de direito positivo brasileiro: (v.a) obriga o administrador público no sentido de efetuar despesas obrigatórias com a saúde pública, (v.b) ou, simplesmente, vincula determinadas receitas ao gasto com a saúde pública; bem como (vi) dos problemas de cunho jurídico financeiro e tributário atuais no que tange à efetivação do direito à saúde no Brasil.

DELIMITAÇÃO DO OBJETO

O estudo dos direitos fundamentais é tema candente seja em análises jurídico-dogmáticas, seja em pesquisas de cunho filosófico. Recentemente, passou-se a dar mais atenção ao trato da efetividade de tais direitos, mais especificamente do direito à saúde, haja vista a percepção da crescente intervenção judicial com vistas a tornar tal direito efetivo.

Acontece que este “intervencionismo” judicial, na ânsia de efetivar o direito à saúde, ignora a realidade das finanças públicas brasileira, e acaba abalando financeiramente o sistema orçamentário do país. E, num cenário de recursos escassos, as decisões judiciais acabam por privilegiar o acesso de determinados indivíduos (aqueles que recorrem ao Poder Judiciário), em detrimento do coletivo²⁰, dando ensejo ao que Antônio G. Moreira Maués (2010, p. 262-266) denomina de “resgate do indivíduo e sequestro da sociedade”.

É neste contexto, e tendo-se em mente que a implementação de direitos fundamentais custam dinheiro aos cofres públicos, que se destacam estudos acerca da efetividade dos direitos fundamentais que perpassam por análises de direito financeiro-orçamentárias e tributárias. E, nesta toada, o intento desta pesquisa é o de decompor a sistemática de financiamento público do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, optou-se por estruturar esta pesquisa em três capítulos.

No primeiro capítulo, trata-se de elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais, estabelecendo-se premissas sobre as quais o trabalho se desenvolve. Neste sentido, aponta-se a perspectiva jurídico-dogmática de análise dos direitos fundamentais como a escolhida, tomando-os como aqueles positivados no ordenamento jurídico brasileiro, e aproveitando para distinguir as diversas terminologias encontradas na doutrina (direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, etc.). Faz-se, ainda, uma breve incursão na perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, criticando a divisão dos mesmos em gerações, e pregando por uma compreensão unitária dos mesmos. No momento seguinte, busca-se distinguir as noções de direitos fundamentais, garantias fundamentais e remédios constitucionais, aproveitando para tecer uma análise acerca das características dos direitos fundamentais.

Posteriormente, ainda no primeiro capítulo, adentra-se no trato dos direitos sociais, perpassando pela análise dos diversos entendimentos acerca da *jus*fundamentalidade dos mesmos, e aproveitando para firmar o entendimento de que se tratam de direitos fundamentais. Em seguida, passa-se a discorrer, brevemente, sobre o que se entende por seguridade social, aprofundando o estudo no direito à saúde tal qual se encontra disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁰ Inúmeras ilações decorrem desta constatação. Este ponto será melhor abordado mais adiante no item 3.3 do Capítulo 3.

Finalmente, adentra-se na questão da reserva do possível, demonstrando os limites fático-econômicos e jurídicos no que tange ao implemento do direito à saúde, bem como na questão relativa ao dever fundamental de solidariedade tributária e seus reflexos no tocante ao financiamento do direito à saúde no Brasil.

O segundo capítulo trata, mais especificamente, da sistemática de financiamento do direito à saúde no Brasil. Ocupa-se em analisar os tributos que podem ter parcela de sua receita vinculada ao gasto em tal setor. Trata-se, também, neste capítulo, do mecanismo por meio do qual os entes federativos repartem a receita tributária permitindo que arrecadem para fazer frente aos seus gastos com a saúde pública. Fala-se, ainda, da questão atinente aos incentivos fiscais e seus reflexos no que diz respeito ao financiamento do direito à saúde. Analisa-se, também, neste capítulo, a questão do Fundo Nacional de Saúde – FNS, demonstrando seu papel na redução das iniquidades sócio-econômicas regionais enquanto braço da gestão financeira do Sistema Único de Saúde – SUS. E, finalmente, trata-se da organização orçamentária no Brasil, demonstrando os artifícios jurídicos por meio dos quais o sistema de direito positivo brasileiro vincula a atuação do administrador público no sentido de efetuar gastos com a saúde pública, seja por meio de despesas obrigatórias, seja por meio de vinculações da receita de determinadas espécies tributárias.

O quarto e último capítulo desta pesquisa, por sua vez, encarrega-se de trazer problemas atuais que causam distorções na lógica do financiamento da saúde pública, dificultando a efetivação deste direito fundamental na realidade social brasileira.

PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS

Em síntese, pretende-se estudar o financiamento do direito à saúde a partir da tributação. Neste sentido, as principais questões a serem analisadas são: (i) quais os instrumentos jurídico-tributários por meio dos quais o cidadão brasileiro financia o direito à saúde; (ii) quais os instrumentos jurídico-tributários que, utilizando-se da extrafiscalidade, sobreoneram ou desoneram situações ou pessoas buscando induzir comportamentos sociais favoráveis à efetivação do direito à saúde, e quais as consequências destas medidas no que tange à saúde pública; (iii) de que maneira os entes federativos repartem a receita pública entre si para que, em seus respectivos âmbitos de atuação, implementem tal direito social; (iv) como o Estado transfere receita pública para a

esfera privada para que esta implemente o direito à saúde em seu lugar; (v) os mecanismos por meio dos quais o ordenamento jurídico brasileiro (v.a) obriga o poder público a incorrer em despesas mínimas obrigatórias com a saúde, e (v.b) vincula a receita de determinados tributos ao gasto sob a rubrica da saúde pública; bem como (vi) os problemas atuais de cunho jurídico, financeiro e tributário, no custeio do direito à saúde.

MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

Esta pesquisa baseia-se em um estudo dogmático-jurídico, centrando-se na análise da legislação, mais especificamente naquela atinente ao sistema constitucional de direito positivo, tanto no que diz respeito ao seu subsistema que alberga os direitos fundamentais quanto no que tange aos seus subsistemas que regem as finanças públicas e a tributação.

Ainda dentro de uma perspectiva dogmático-jurídica, esta pesquisa não se furta a fazer análises da jurisprudência das cortes brasileiras que tangenciam a temática do financiamento do direito à saúde.

Cumprе ressaltar que o fato de esta pesquisa pautar-se em uma análise dogmático-jurídica não significa dizer que se coadune com ilações meramente formalistas do direito vigente. Muito pelo contrário. Busca-se interpretar as normas jurídicas vigentes com um alto teor crítico acerca não apenas de sua forma (análise formal), mas também de seu conteúdo (análise material), intentando sistematizá-las e ordená-las de maneira coerente e racional para que se chegue à solução dos problemas propostos.

A metodologia utilizada ancora-se em análises e pesquisas bibliográficas sobre o financiamento dos direitos fundamentais no Brasil, mais especificamente acerca dos instrumentos constitucionais que garantam o financiamento social do direito à saúde.

Neste sentido, busca-se um aprofundamento no tocante à literatura nacional e estrangeira sobre a temática, pautando-se em leituras de livros, monografias acadêmicas, artigos científicos, periódicos (como revistas e jornais), documentos na internet, dentre outras fontes.

Ressalta-se que, devido à necessária interdisciplinaridade que envolve a pesquisa que ora se propõe, esta não se restringe à exploração de trabalhos jurídicos, mas avança na análise de trabalhos realizados por estudiosos de outras áreas do conhecimento, como as ciências econômicas, as ciências das finanças e as ciências estatísticas.

Nessa esteira, as técnicas de pesquisa utilizadas podem ser resumidas em consultas às fontes primárias (a saber, Constituição Federal, Código Tributário Nacional, Lei n.º. 4.320/1964, Lei Complementar n.º. 101/2000, Lei n.º. 8.080/1990, dentre outras), assim como às fontes secundário-bibliográficas (livros, monografias acadêmicas, artigos científicos, dentre outros).

Optou-se pela utilização do método dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para se chegar às conclusões. Em outras palavras, este método preza pela apresentação de argumentos que se entendem verdadeiros, para em seguida chegar às conclusões por força da lógica das premissas estabelecidas²¹.

É nesse sentido que o primeiro capítulo serve, conforme dito anteriormente, para firmar as premissas, e, de posse delas, somente então, utilizando-se do silogismo (operação típica da lógica), chegar-se às conclusões.

Finalmente, assevera-se, ainda, o emprego de estudos de caso para o deslinde da pesquisa. Assim, são analisadas (criticamente) algumas decisões judiciais que determinaram prestações, por parte do Poder Público, no sentido de efetivar o direito à saúde, seja pela concessão de medicamentos, pela adoção de algum procedimento médico-hospitalar, ou outra ação qualquer.

Portanto, de posse de tais decisões, e cientes de que os recursos são escassos e as necessidades sociais infinitas, fazem-se ilações acerca de eventuais efeitos danosos que tais sentenças (ou acórdãos) poderão acarretar ao Orçamento Público no que tange ao financiamento do direito à saúde no Brasil.

²¹ Cf. Miguel Reale (2009, p. 145-148); Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1995, p. 53); Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 47); Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (2008, p. 65-66).

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RECEITA TRIBUTÁRIA E GASTOS PÚBLICOS

1.1 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: delineando-se premissas

1.1.1 As diversas perspectivas de análise dos direitos fundamentais: tomada de posição

Do estudo destas correntes jusfilosóficas surgem algumas perspectivas a partir das quais se pode enfrentar este tema de extrema relevância no “universo jurídico”.

Muito embora a abordagem destas correntes extrapole o objeto de exame desta pesquisa, afigura-se imprescindível uma tomada de posição quanto à perspectiva de análise que se adotará. Isto porque, a depender do prisma de análise dos direitos fundamentais, adotado pelo sujeito cognoscente, as conclusões a que este chegará serão distintas.

José Carlos Vieira de Andrade (2010, p. 17) sintetiza as principais perspectivas de análise dos direitos fundamentais ao asseverar que:

De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independente dos tempos e dos lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados – perspectiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista.

Ante o exposto, saltam aos olhos as três perspectivas mediante as quais os direitos fundamentais poderão ser analisados¹, as quais: (i) a perspectiva jusnaturalista, que toma os direitos fundamentais como sinônimo de direitos naturais², e, portanto, pertencentes a todos os homens, em todos os tempos e lugares; (ii) a perspectiva juspositivista, ou perspectiva

¹ Vale lembrar que estas não são as únicas perspectivas de análise dos direitos fundamentais, eis que não se podem ignorar as perspectivas ética, histórica, sociológica, política e econômica (SARLET, 2007a, p. 26).

² Para uma análise mais aprofundada acerca dos direitos naturais, *vide*: Miguel Reale (1984); Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 67-69); Gilmar Antonio Bedin (2006, p. 240-243) e Paulo Nader (2005, p. 155-172).

estatal, ou, ainda, perspectiva constitucional, como prefere Vieira de Andrade, que apregoa serem os direitos fundamentais aqueles plasmados no sistema de direito constitucional positivo de determinado Estado, e que, portanto, valem num determinado período de tempo e em lugar específico; e (iii) a perspectiva universalista (ou internacionalista) que toma os direitos fundamentais como aqueles direitos positivados na esfera do direito internacional, o que lhe atribui a característica de pertencer a todos os homens em todos os lugares e num certo tempo.

Opta-se, para os fins desta pesquisa, pela perspectiva estatal ou constitucional, pelo que se tomam os direitos fundamentais como aqueles positivados no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em normas constitucionais. Ademais, não se ignora a inequívoca e imprescindível interpenetração³ entre as perspectivas de estudo dos direitos fundamentais, reconhecendo-se a relevância de todas (SARLET, 2007a, p. 26).

Fala-se, portanto, em uma análise dogmático-jurídica. Isto, entretanto, não implica afirmar que a pesquisa seja formal-positivista, eis que se defende tanto a fundamentalidade formal, quanto a fundamentalidade material dos direitos fundamentais⁴.

A fundamentalidade formal, ligada à noção de direito positivo, pode ser deduzida do fato de tais direitos: (i) estarem positivados na Constituição Federal, mais especificamente no seu ápice, o que pode ser depreendido de seu preâmbulo, bem como da topografia constitucional, que albergou os direitos fundamentais logo no seu Título II, característica típica das Constituições de cunho humanistas; (ii) estarem protegidos de eventuais reformas e emendas constitucionais tendentes a aboli-los, à luz do prescrito no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal; e (iii) configurarem normas de aplicação imediata, vinculando tanto ao setor público quanto ao privado, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º da CF (SARLET, 2007a, p. 86).

Já a fundamentalidade material decorre do fato de a Constituição Federal de 1988 ter dado abertura ao reconhecimento de outros direitos fundamentais, ainda que não se encontrem positivados no Texto Constitucional, conforme prescrito no artigo 5º, parágrafo 2º, em razão do conteúdo substancial normativo de tais direitos (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 137). Neste mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 86) segundo leciona que a fundamentalidade material advém do fato de que tais direitos são

³ Como ficará melhor demonstrada no item 1.1.3 deste Capítulo 1.

⁴ Sobre a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material das normas jurídicas de direito fundamental, *vide* a “teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy (2008, p. 520-523).

elementos constitutivos da Constituição material, “contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.

1.1.2 A busca por uma definição conceitual e terminológica dos direitos fundamentais

A despeito da opção explícita pela utilização da expressão “direitos fundamentais” já na epígrafe do Capítulo 1 desta pesquisa, ficando estaca no que diz respeito à preferência terminológica adotada, entende-se necessária a sua justificação, haja vista a imprecisão e vaguidade com que o termo vem sendo tratado⁵, seja no direito constitucional positivo brasileiro, seja na doutrina nacional e estrangeira que se ocupa do estudo dos “direitos fundamentais”. É precisando o que se entende por “direitos fundamentais” que restará ainda mais clara a premissa adotada nesta pesquisa que ora se desenvolve.

O ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se de mais de uma expressão ao prescrever acerca dos “direitos fundamentais”. Além de a Constituição Federal trazer, em seu Título II, a expressão “direitos e garantias fundamentais” (que se repete no artigo 5º, parágrafo 1º), a mesma utiliza-se, ainda, das expressões: “direitos sociais e individuais” (no preâmbulo); “direitos individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II); “direitos humanos” (artigo 4º, inciso II; artigo 5º, parágrafo 3º; e artigo 7º dos ADCT); “direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, inciso XLI); “direitos e liberdades constitucionais” (artigo 5º, inciso LXXI); “direitos civis” (artigo 12, parágrafo 4º, inciso II, alínea b); “direitos fundamentais da pessoa humana” (artigo 17, *caput*); “direitos da pessoa humana” (artigo 34, inciso VII, alínea b); “direitos e garantias individuais” (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV); “direitos” (artigo 136, parágrafo 1º, inciso I); e “direito público subjetivo” (artigo 208, parágrafo 1º) (BRASIL, 1988 apud DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 46).

O emprego de termos distintos e imprecisos pela Constituição Federal de 1988, ao tratar dos “direitos fundamentais”, não é salutar por dois motivos que podem ser facilmente detectados: (i) os termos utilizados pela Carta de 1988 adquiriram cargas semânticas distintas no decorrer da evolução do direito constitucional (TAVARES, 2010a, p. 486-497); e, consequentemente, (ii) o uso equivocado de um termo ao invés de outro poderá dar ensejo a argumentos contra ou a favor da tutela de alguns direitos (DIMOULIS;

⁵ Sobre o tema, ocupou-se detalhadamente Antonio-Enrique Perez Luño (2005, p. 23-53).

MARTINS, 2009, p. 45), como no caso, por exemplo, do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que ao enunciar a expressão “direitos e garantias individuais”, acaba gerando discussões acerca da possibilidade ou não de os direitos sociais serem considerados cláusulas pétreas.

Pode-se, neste momento, com base no direito constitucional positivo brasileiro, trazer uma primeira justificação do porquê se optou pela utilização da expressão “direitos fundamentais” no decorrer deste trabalho. Ora, em se considerando a escolha por uma pesquisa dogmático-jurídica⁶, pelo que devem ser analisados os direitos positivados constitucionalmente⁷, entende-se que a expressão “direitos fundamentais” é a que melhor se adequa aos fins da pesquisa, haja vista que a própria Constituição Federal a adotou na epígrafe do Título II, deixando claro tratar-se de termo genérico e abrangente das demais espécies de direitos fundamentais, como: (i) os direitos individuais, prescritos no capítulo I; (ii) os direitos sociais, prescritos no capítulo II; (iii) os direitos políticos, prescritos no capítulo IV; dentre outros.

Portanto, é de se perceber que a própria Constituição Federal de 1988, a despeito de utilizar-se de inúmeras expressões para designar os “direitos fundamentais”, afirma ser este o gênero, abarcando, neste contexto, as demais espécies, como os já citados: direitos individuais, sociais, coletivos, etc.

Há também, conforme dito acima, na doutrina nacional e estrangeira que trata dos direitos fundamentais, uma infundável controvérsia acerca da terminologia mais adequada, bem como da definição mais apurada do conceito de “direitos fundamentais”. Nesse cenário, surgem outras tantas expressões para nomear tais direitos, que ora são tratadas como sinônimas e ora são tratadas como distintas.

Dentre as principais⁸ destacam-se: “direitos naturais”, “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos dos homens”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos fundamentais do homem”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos

⁶ Conforme especificado no item 1.1.1 deste Capítulo 1.

⁷ Não se olvidando a norma de abertura do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, que admite como direitos fundamentais aqueles direitos materialmente fundamentais, ainda que não se encontrem positivados a nível constitucional.

⁸ Não é o escopo deste trabalho detalhar o conteúdo e o alcance de cada uma das expressões elencadas. Sobre a temática há estudos aprofundados de Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 23-53) e José Afonso da Silva (2006, p. 175-179).

subjetivos”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos dos cidadãos”, “direitos políticos”, “direitos constitucionais”, “direitos civis e políticos”, dentre outras⁹.

Ricardo Lobo Torres (2006, p. 243), muito embora reconheça que parte da doutrina aponte algumas diferenças entre os termos supracitados, entende tratar-se de expressões sinônimas. Nesse sentido, afirma que

Os direitos fundamentais têm como sinônimos os direitos naturais, ou direitos individuais, ou direitos civis, ou direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou liberdades públicas. [...] É bem verdade que podem ser apontadas algumas diferenças de somenos importâncias, tanto mais que as dessemelhanças têm explicação ligada ao gosto nacional dos países cultos.

O posicionamento adotado por Lobo Torres (2006, p. 245) fica claro e coerente quando o mesmo assevera que os “direitos fundamentais (ou humanos, civis, naturais, da liberdade, individuais) são os direitos pré-existentes ao ordenamento jurídico”. Ora, partindo-se de premissas jusnaturalistas como a do autor em questão, realmente não há como afirmar distinções entre os termos “direitos fundamentais”, “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos humanos fundamentais”¹⁰.

No entanto, ainda dentro da premissa do jurista fluminense, discorda-se da possibilidade de igualarem-se termos como “direitos civis”, “direitos individuais”, ou ainda “direitos da liberdade” com a expressão “direitos fundamentais”, haja vista ser esta bem mais ampla do que aqueles, comportando direitos outros (como os sociais, coletivos e difusos, por exemplo) que não se enquadram na moldura dos termos elencados¹¹. Ademais, como afirma José Afonso da Silva (2006, p. 176), a utilização destas expressões como sinônimas de “direitos fundamentais”, “ressumbram individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII”.

Mas a verdade é que a maior parte destes termos perdeu força com o passar do tempo, posto que revelaram maior ou menor intensidade no que diz respeito à abrangência dos direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 175-179). Nesse sentido, já não podem mais ser admitidas a utilização de todas estas expressões como sinônimas. Este é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 35), ao afirmar que

⁹ Cf. José Afonso da Silva (2006, p. 175), André Ramos Tavares (2010b, p. 486-487) e Ingo Wolfgang Sarlet (2008b, p. 33).

¹⁰ Fábio Konder Comparato (2010, p. 70-71), também partindo de uma premissa jusnaturalista, trata as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos naturais” como sinônimas.

¹¹ Vale a ressalva de que Ricardo Lobo Torres (2005a, p. 12-14) exclui os direitos sociais e econômicos do âmbito dos direitos fundamentais.

A moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como ‘liberdades públicas’, ‘liberdades fundamentais’, ‘direitos individuais’ e ‘direitos públicos subjetivos’, ‘direitos naturais’, direitos civis’, assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais [...], além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

Assim é que modernamente restou a discussão acerca da distinção entre as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos humanos fundamentais” e “direitos do homem”, que são alvo de confusões, na medida em que são utilizadas indistintamente. Destarte, não é demais consignar que a depender do critério adotado, não há qualquer empecilho em se utilizar dos termos com a mesma carga semântica, ou seja, designando o mesmo conceito e conteúdo, desde que se explicita o sentido (qual a carga semântica) em que tais termos estão sendo utilizados (SARLET, 2007a, p. 35).

A primeira distinção, de cunho teórico, que se pode fazer entre tais expressões repousa no fato de que o termo “direitos fundamentais”¹² traduz os direitos reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo interno de um determinado Estado (CANOTILHO, 2003, p. 292). Nesse sentido, utilizando-se das palavras de Konrad Hesse (1982), os direitos fundamentais seriam aqueles que o ordenamento jurídico reconhece como tais.

O termo “direitos humanos fundamentais”¹³ é utilizado, no Brasil, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006a, p. 14), que o entende como sinônimo de “direitos fundamentais”, sendo esta expressão representativa de uma abreviação daquela.

Já a expressão “direitos humanos” alcançaria aqueles direitos plasmados nas declarações e tratados internacionais sobre o tema (WEISS, 2006, p. 19). Os “direitos humanos”, neste contexto, referem-se às situações jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de este possuir ou não um liame com determinado ordenamento jurídico, pelo que se caracterizam por sua validade universal, amelhando

¹² Surgido inicialmente na França como “*droit fondamentaux*”, no ano de 1770, no marco do movimento político e cultural que desembocou na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789. No entanto, foi na Alemanha, mais especificamente após a Constituição de Weimar de 1919, que a expressão ganhou mais relevância, sob a denominação de “*grundrechte*” (LUÑO, 1998, p. 29).

¹³ Expressão também adotada por Sérgio Rezende de Barros (2003, p. 29).

todos os povos e tempos, qualificando-se como supranacionais (internacionais)¹⁴ (SARLET, 2007a, p. 35-36).

Os “direitos do homem”¹⁵ estão, por sua vez, intimamente ligados à noção de direito natural (BONAVIDES, 2008, p. 562), que não se encontram positivados nem em ordenamento jurídico interno, nem tampouco em declarações ou tratados internacionais. Trata-se, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 36) “de uma ‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.

É lapidar a assertiva feita por José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 292) que, ao comparar as expressões “direitos fundamentais” e “direitos do homem”, conclui que

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Diante de tais distinções, pode-se fazer um *link* entre as perspectivas de análise dos direitos fundamentais¹⁶, e a utilização das distintas terminologias, de forma que cada expressão se encaixa perfeitamente para uma determinada perspectiva de análise.

Assim é que, para a perspectiva jusnaturalista, a expressão mais indicada seria “direitos do homem”, eis que reproduzem um conceito de direitos naturais, leia-se, não positivados em um ordenamento jurídico nacional ou internacional.

Já para a perspectiva universalista, a expressão que melhor se coaduna é “direitos humanos”, na medida em que representam os direitos positivados no plano do direito internacional.

E, finalmente, para a perspectiva constitucionalista, adotada nesta pesquisa, a expressão que melhor se adapta é “direitos fundamentais”, posto que caracteriza os direitos positivados no direito constitucional interno. É, portanto, por esta razão que se optou por adotar a expressão “direitos fundamentais” para os fins desta dissertação, eis que serão analisados, tais direitos, a partir do prisma do direito constitucional positivo brasileiro.

¹⁴ Neste mesmo sentido, *vide* Jorge Miranda (1993, p. 51-52).

¹⁵ Reitera-se que há autores como Fábio Konder Comparato (2010, p. 70-71) que se utilizam indistintamente das expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”, entendendo que ambas podem ser caracterizadas como sinônimos de “direitos naturais”.

¹⁶ Apresentadas no item 1.1.1 deste Capítulo 1.

1.1.3 Perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais: do sistema geracional (dimensional) ao unitário

Uma vez firmado posicionamento acerca da perspectiva de análise dos direitos fundamentais adotada nesta pesquisa (perspectiva constitucional), bem como justificada a opção pela terminologia “direitos fundamentais” (como aqueles constitucionalmente positivados), cumpre-se traçar um breve esboço da evolução histórica desses direitos, que desembocou no seu reconhecimento e positivação nas Constituições dos diversos modernos Estados Constitucionais.

É neste momento que fica latente a íntima relação existente entre as perspectivas de análise dos direitos fundamentais¹⁷, haja vista que uma parcela considerável das Constituições que surgiram após a 2ª Guerra Mundial (perspectiva constitucional) inspirou-se tanto na Declaração Universal de 1948¹⁸, quanto nos demais documentos internacionais e regionais que surgiram subsequentemente (perspectiva universalista) (SARLET, 2007a, p. 39), e estes documentos supranacionais, por sua vez, buscaram amparo nos chamados direitos naturais (perspectiva jusnaturalista).

Assim, resta claro que, historicamente, os “direitos fundamentais” (tais quais positivados nas Constituições atuais) inspiram-se nos “direitos humanos”, que por sua vez buscaram incorporar os “direitos do homem”. Logo, a partir de um prisma histórico, é possível realizar a análise da evolução dos direitos fundamentais perpassando por exames evolutivo-históricos dos direitos do homem e dos direitos humanos.

No entanto, foge ao âmbito desta pesquisa estender-se sobremaneira acerca de análises históricas¹⁹ anteriores à positivação dos direitos fundamentais. Portanto, esta abordagem circunscrever-se-á à análise da evolução histórica dos “direitos fundamentais” a partir de textos normativos reguladores da relação entre Estado e indivíduo (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 23). Trata-se, na realidade, de perquirir a inter-relação existente entre o Estado (e sua evolução histórica) e os direitos fundamentais (e sua evolução histórica).

Isto posto, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais foram sendo constituídos, em veículos normativos, ao longo do tempo na história da humanidade, como

¹⁷ Apresentadas no item 1.1.1 deste Capítulo 1.

¹⁸ Neste sentido, *vide*: Flávia Piovesan (1996).

¹⁹ Sobre o tema, aconselha-se a leitura de Fábio Konder Comparato (2010, p. 13-82); Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 110-133) e Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 42-66).

fruto de árduos trabalhos em diferentes momentos históricos. Segundo Fábio Konder Comparato (2010, p. 50):

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus efeitos, no curso da história, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Tradicionalmente, apresenta-se a evolução histórica dos direitos fundamentais a partir de três gerações²⁰, cujo surgimento cronológico acompanha o aparecimento de distintas formas de organizações do Estado, que vai reconhecendo-os e constituindo-os na esfera do direito positivo, ao longo do tempo²¹. Cumpre ter em mente que o estudo de “gerações” de direitos fundamentais “não passa de uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais” (CRUZ, 2007, p. 337).

Há inúmeras críticas formuladas contra a utilização da palavra “geração”. Isso porque, o reconhecimento e constituição dos direitos fundamentais como um processo histórico-evolutivo é caracterizado de maneira cumulativa, onde os direitos se complementam, enquanto que o signo “geração” conota uma idéia de alternância, como se o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais viesse para substituir a dimensão já existente. É por esta razão que parte dos estudiosos prefere, atualmente, a utilização da expressão “dimensões” de direitos fundamentais²², que será adotada neste item²³.

²⁰ Há quem defenda a existência de uma quarta, e até de uma quinta, geração de direitos fundamentais, como Paulo Bonavides (2008, p. 570-593). Entretanto, Ingo Sarlet (2007a, p. 58) chama a atenção para o fato de que ainda não há critérios científicos hábeis a conceder autonomia aos denominados “novos direitos fundamentais” frente àqueles integrantes das três gerações já conhecidas.

²¹ Dentre outros: Antonio-Enrique Pérez Luño (1998, p. 33); Antonio Porras Nadales (1991, p. 219-232); Alessandro Pizzorusso (2002, p. 291-307) e Paulo Bonavides (2008, p. 562-572).

²² Neste sentido, vide: Fernando Facury Scaff (2003, p. 339); Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, p. 25); Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 53-54); Flávia Piovesan (2003, p. 37); Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 268) e Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 46-47).

²³ Vale a ressalva de que há quem entenda, como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 31), que a palavra “dimensão” também não seria a mais adequada, eis que indica “dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento”, preferindo utilizar os signos “categoria” ou “espécie”. Estes autores guardam o termo “fenômeno” para se referir a dois aspectos ou funções de um mesmo direito fundamental, como, por exemplo, suas dimensões objetivas e subjetivas.

Ressalta-se, entretanto, que mesmo a expressão “dimensões de direitos fundamentais” será alvo de críticas mais adiante²⁴ em razão de reflexos negativos que a visão fragmentada dos direitos fundamentais (em gerações ou dimensões) traz quando da busca pela efetividade dos mesmos.

Neste sentido, o estudo das dimensões dos direitos fundamentais que, reitera-se, tem o seu valor quando da análise histórico-evolutiva dos mesmos, servirá como embasamento para uma posterior crítica e consequente tentativa de implementação de uma visão unitária dos direitos fundamentais, que melhor se coaduna com uma perspectiva jurídica de análise do tema em tela.

A) Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os estudiosos da evolução dos direitos fundamentais encontram na *Magna Charta Libertarum*, firmada na Inglaterra da Idade Média (no ano de 1215²⁵) pelo Rei João Sem-Terra, pelos bispos e pelos barões ingleses, o primeiro documento que denota uma positivação de direitos fundamentais (SARLET, 2007a, p. 48).

No entanto, critica-se este entendimento afirmando-se que este documento reflete, tão somente, os interesses de uma minoria (clero e nobreza inglesa), alijando o povo do acesso aos direitos consagrados no pacto²⁶.

Portanto, a despeito de ter servido como referência para certos direitos civis clássicos (como o *habeas corpus* e a garantia da propriedade privada), a *Magna Charta Libertarum* não pode ser tida como instrumento normativo veiculador de verdadeiros direitos fundamentais, haja vista que foi instituída em um contexto social e econômico marcado por desigualdades, deixando parcela considerável da população à margem do seu gozo. Este documento deve ser visto, na realidade, como veiculador de direitos estamentais (SARLET, 2007a, p. 48).

Fortes nestas premissas, o fato é que a primeira dimensão dos direitos fundamentais surge ao final do século XVII, plasmada em inúmeras Declarações de Direitos, como uma

²⁴ Item 1.1.4 deste Capítulo 1.

²⁵ Ressalta-se, entretanto, que somente veio a se tornar definitiva em 1225. (RIBEIRO, 2009, p. 32).

²⁶ Neste sentido vide: Fábio Konder Comparato (2010, p. 83-95); Enrique Ricardo Lewandowski (1984, p. 43-45); Fernando Facury Scaff (2003a, p. 338); Dalmo de Abreu Dallari (2001, p. 205-206); e Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 47-48).

reação ao regime absolutista, e visando conferir certos direitos aos indivíduos frente ao opressor e arbitrário Estado absolutista vigente à época (ARENDT, 1998, p. 369).

O regime absolutista caracterizava-se por um Estado que tudo podia. O Rei da França do final do século XVII e início do XVIII, Luís XIV de Bourbon (conhecido como o Rei-Sol), em frase lapidar para demonstrar o poder do monarca à época, afirmava que: “*L’État c’est moi*”²⁷.

Neste momento histórico, a soberania conferida ao Estado, na pessoa do monarca, era absoluta, não podendo, as leis dos homens, limitá-la (DALLARI, 2001). Em outras palavras, era o próprio Rei que “criava uma lei, estabelecia mecanismos para sua implementação e, caso descumprida a norma, julgava os infratores” (SCAFF, 2001a, p. 67).

É neste contexto que figuram afirmações, comuns à época, Como “*the king can do no wrong*”²⁸, na Inglaterra, e a versão francesa “*Le roi ne peut mal faire*” (MELLO, 2001, p. 807).

Este poder extremo conferido ao Estado/Rei no regime absolutista foi justificado por Thomas Hobbes em seu *Leviatã*, publicado em 1651, (BONAVIDES, 2010, p. 38), e que buscou, por intermédio de uma teoria contratualista²⁹, legitimar a supremacia dos poderes do monarca frente aos indivíduos (BONAVIDES, 2004, p. 126).

Diante deste caldo, com a ascensão econômica da classe burguesa (desejosa pelo poder político e pelo fim dos privilégios estamentais da nobreza), o fortalecimento da doutrina iluminista (que de uma perspectiva política pregava a necessária fundamentação racional das decisões dos governantes) e a situação de miséria na qual se encontrava a classe popular, aumentando a tensão social (DIMOULIS, MARTINS, 2009, p. 26), eclodem, tanto na Europa quanto na América do Norte, revoluções burguesas de cunho marcadamente liberal, como por exemplo: A Revolução Puritana e Gloriosa na Inglaterra, de 1642 e 1688, respectivamente; a Revolução Francesa do século XVIII³⁰ e a Guerra da

²⁷ “O Estado sou eu”.

²⁸ “O rei não faz nada errado”.

²⁹ Segundo Hobbes (2008), o homem, ao nascer, encontra-se em um “estado de natureza”, caracterizado por uma situação de desordem, na medida em que os homens não se submetem a uma forma de repressão, ameaçando a sociedade, eis que os seres humanos são, por natureza, egoístas. Para evitar o colapso social, os homens, utilizando-se da razão humana, celebram um “contrato social”, caracterizado por uma mútua transferência de direitos a um ente soberano (Estado), cujos poderes são ilimitados e cuja finalidade é a de manter os homens dentro dos limites consentidos.

³⁰ Durou do dia 05 de maio 1789 até o dia 09 de novembro de 1799.

Independência dos Estados Unidos da América (também conhecida como Revolução Americana) de 1776.

Estas revoluções conduziram ao perecimento do *ancien régime* (simbolizado, na França, pela queda da Bastilha), subtraindo o poder absoluto das mãos do Rei, bem como os privilégios odiosos dos quais gozavam a nobreza, e passando a defender a liberdade individual como um valor supremo.

Fala-se, nesse momento, na implantação de um Estado liberal, onde a burguesia assumiria as rédeas da máquina estatal, consolidando um Estado mínimo, ou seja, não interventor na política econômica, nem tampouco nos negócios privados, deixando-os fluírem ao “sabor do mercado” (SCAFF, 2001a, p. 68).

A teoria econômica do Estado liberal, defendida pelos fisiocratas franceses Anne R. J. Turgot e François Quesnay, resumia-se na célebre frase de Du Pont de Nemours (apud NUSDEO, 2008, p. 127), “*laissez faire laissez passer, le monde va de lui même*”³¹, encampada como o lema da burguesia “ansiosa por libertar as forças produtivas dos entraves do Absolutismo e das restrições da política mercantilista” (LEWANDOWSKI, 1984, p. 27). Ademais, foi esta tese econômica que deu azo, à expressão “mão invisível do mercado”³² cunhada por Adam Smith (2003) em seu “ensaio sobre a natureza e a causa da riqueza das nações”.

É, portanto, com a queda do Regime Absolutista que brotam as primeiras Declarações de Direitos cujo intuito, reitera-se, era o de resguardar os indivíduos frente a eventuais desmandos de seus governantes, por meio de mecanismos que viessem a submeter o poder à lei, bem como pela criação de um controle jurídico do poder, configurando o que se convencionou chamar de direitos fundamentais de primeira dimensão.

Dentre estes documentos, destacam-se: Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de Julho de 1776; a Declaração de Direito da Virgínia, de 16 de junho de 1776; o *Bill of Rights* norte-americano, de 25 de setembro de 1789³³; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 14 de julho de 1789; a Declaração de Direitos da Constituição Francesa, de 1791; da Constituição Francesa de 1793; e da Constituição Francesa de 1795 (SCAFF, 2003a).

³¹ “deixa fazer, deixe passar, o mundo vai caminhando por si só”.

³² De acordo com Adam Smith (2003), os agentes econômicos na sua atuação livre chegam, por si só, a uma situação de eficiência, sendo irrelevante uma ação estatal neste sentido.

³³ Ratificado em 15 de dezembro de 1791.

É pelas mãos dos liberais que surgem os primeiros direitos fundamentais. Estes, denominados de direitos civis e políticos, eram caracterizados por um viés fortemente individualista, e encontravam seu cerne na limitação do poder estatal de intervir na vida dos cidadãos (SARLET, 2007a, p. 54). Somente se aceitava esta intervenção mediante prévia autorização legal, a qual, “fruto do parlamento, representa a autorização do conjunto dos cidadãos, a partir dos primados da democracia representativa” (SCHÄFER, 2005, p. 19).

Podem-se citar como exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão, os seguintes: o direito à propriedade privada; o direito à legalidade; o direito à liberdade religiosa; o direito à igualdade formal (perante a lei); o direito à participação política (ao voto e à capacidade eleitoral passiva); o direito à liberdade de expressão; o direito a algumas garantias processuais (como o devido processo legal e o *habeas corpus*); dentre outros.

Vale ressaltar que, muito embora os direitos fundamentais de primeira dimensão sejam constantemente caracterizados como direitos negativos (no sentido de que se efetivam pela mera abstenção estatal), estes apresentam um cunho positivo (no sentido de exigirem atuação estatal para serem implementados) eis que não se pode falar, por exemplo, em direito à propriedade sem que haja uma atuação estatal no sentido de garanti-la, ainda que indiretamente, por meio da disponibilização de segurança pública.

Enfim, pela primeira vez até então, os direitos eram aplicados ao gênero humano, diferentemente dos “privilégios” que se dirigiam a uma camada social privilegiada e que se arrastavam nas sociedades já superadas.

B) Direitos fundamentais de segunda dimensão

Como demonstrou a história, muito embora os liberais tenham alcançado o reconhecimento dos direitos individuais face ao poder do soberano, demarcando, nas palavras de Celso Lafer (2001, p. 126), o espaço do Estado e do não-Estado, estes não foram suficientes para que a humanidade alcançasse a igualdade em sua plenitude. Muito pelo contrário, tais direitos individuais consolidaram e esconderam “um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais” (BONAVIDES, 2001, p. 61).

É nesse sentido que se pode afirmar que a igualdade dos liberais restringia-se, unicamente, ao seu aspecto formal. Eros Roberto Grau (2007, p. 22) lembra que o próprio suporte normativo do princípio, o qual, “*todos são iguais perante a lei*”, já denota sua inconsistência, haja vista “que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais”. Em outras palavras, este enunciado olvida-se que os homens, por natureza, são desiguais, pelo que, igualá-los (apenas) formalmente significa perpetuar as desigualdades.

Ademais de não ter alcançado a isonomia em sua perspectiva material, o Estado liberal apresentou, ainda, inúmeras outras mazelas. Geraldo de Camargo Vidigal (1977) pontua outros três vícios do Estado liberal que propiciaram a sua derrocada, dentre os quais: (i) a injusta repartição social da riqueza, consequência, dentre outras, da liberdade no “jogo mercantil”; (ii) a desenfreada concentração empresarial, que, paradoxalmente, decorria da pretensa liberdade de competição, que conduzia ao monopólio e oligopólio³⁴; e (iii) as crises socialmente empobrecedoras, caracterizadas por situações de estocagem e desemprego, decorrentes do próprio funcionamento das instituições do Estado Liberal, e que assombravam a sociedade em intervalos de aproximadamente dez anos³⁵.

Com o *boom* da Revolução Industrial e a omissão estatal pregada pelo liberalismo (e legitimada pelos direitos fundamentais de primeira dimensão), permitiu-se a perpetração de inúmeras violações à dignidade humana.

O Estado absenteísta, não intervinha nas relações de trabalho. Muito embora o monopólio do monarca tenha sido extinto e transferido ao Estado, quem de fato o detinha era a burguesia, que tomou o controle estatal, a qual não tinha qualquer interesse em regular as relações de trabalho (GRAU, 2007).

Neste sentido, como os trabalhadores formavam uma classe muito mais numerosa e pulverizada do que a do capital, este apresentava um maior poder de barganha no momento de contratar, levando vantagem frente à mão-de-obra, que acabava por aceitar as condições impostas pelo capital (SCAFF, 2001a). Corroborava, ainda, com esta situação, o impedimento às associações proletárias, bem como a crescente maquinização das

³⁴ Vital Moreira (1973, p. 84-85) lembra que, em razão do surgimento dos monopólios e oligopólios, advieram duas posições antagônicas: (i) a norte-americana, que mediante “leis antitrustes” visaram combatê-los; e (ii) a alemã, onde julgados reiterados consolidaram o entendimento de que a formação oligopolista era lícita, caracterizando uma concorrência perfeita.

³⁵ Fernando Facury Scaff (2001a, p. 88) lembra, ainda, que a Primeira Guerra Mundial serviu como um catalisador para a derrocada do regime liberal, eis que a guerra conduziu à destruição do mercado “natural”, gerando perdas, e tornando imprescindível uma atuação ativa por parte do Estado no sentido de reconstruí-lo.

indústrias, que conduzia ao aumento do desemprego, e consequentemente, a uma maior dependência do trabalhador frente ao capital.

J. P. Galvão de Sousa (1965) afirma que a maquinização das indústrias tinha como consequência o desemprego, e o resultado do desemprego refletia em salários mais baixos pagos aos trabalhadores, que preferiam aceitá-los a morrer de fome. Ainda nas palavras do jusfilósofo, desta situação decorriam ainda outros abusos como: o trabalho infantil; o trabalho noturno; o regime de até 16 horas de trabalho por dia; e a inexistência de férias e folgas aos domingos e feriados (SOUSA, 1965).

Neste contexto começam a surgir movimentos populares (Cartista e a Comuna de Paris-1848), em sua grande maioria impregnados pela ideologia marxista, pregando a necessidade de uma maior intervenção estatal, com o fito de implementar medidas que buscassem garantir a igualdade material, reduzindo a drástica desigualdade sócio-econômica vigente.

Em síntese, podem-se elencar os seguintes fatores que conduziram à derrocada do *État Gendarme*: (i) os reflexos da industrialização, bem como os inúmeros problemas sociais e econômicos que a acompanharam; (ii) o fortalecimento das doutrinas socialistas, que se materializaram em movimentos populares reivindicatórios de seus direitos; (iii) a percepção de que a igualdade meramente formal não permite seu efetivo gozo (SARLET, 2007a, p. 55); e (iv) a completa “cegueira” no que tange “à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade” (CANOTILHO, 2003, p. 1397).

Enfim, pode-se falar que a sociedade começou a “abrir seus olhos” para a chamada “questão social”, uma vez manifestado o “flagrante contraste entre as condições aflitivas da população operária e o bem-estar da classe burguesa” (SOUSA, 1965, p. 39). Não por outras razões, o Estado passou a deixar de lado sua passividade, para, ainda com timidez, começar uma busca pela correção das “distorções que comprometiam o regime” (GRAU, 1981, p. 17), deixando de lado o Estado liberal e passando a se caracterizar como um Estado Social³⁶.

Este Estado Social abdica do predicado de “absenteísta” e adota o de “intervencionista”, sendo apelidado de *Welfare State*, *Wohlfahrtsstaat*, ou Estado do Bem-Estar Social, cuja principal meta é a de ajudar os cidadãos, trazendo melhorias em sua

³⁶ Não se deve confundir Estado Social com Estado Socialista. Sobre o tema, *vide* a obra “Do Estado Liberal ao Estado Social” de Paulo Bonavides (2001, p. 183-187).

qualidade de vida e reduzindo as desigualdades sociais (AZEVEDO, 1999). Em outras palavras, o *Welfare State* intentava permitir aos cidadãos o “direito de participar do bem-estar social” (LAFER, 2001, p. 127).

Destarte, começa-se a falar em direitos fundamentais de segunda dimensão, também conhecido como os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou simplesmente, Direitos Sociais. Vislumbra-se uma expansão do conceito de direitos fundamentais (FARIA, 1986), ou como prefere José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 34), uma verdadeira transformação de tal conceito, na medida em que a expressão “deixou de referir-se à concepção simplesmente burguesa de lei e ordem e tornou-se significante de mudanças estruturais nas relações de poder”.

Celso Lafer (2001) alerta para o fato de que, muito embora as Constituições Francesas de 1791 e de 1848 fizessem menção a certas questões sociais, tratavam-se, na realidade, do reconhecimento de alguns deveres sociais do Estado, não podendo se falar em uma verdadeira proclamação de direitos dos cidadãos, que somente surgiram nos textos constitucionais do século XX, notadamente os do segundo pós-guerra, influenciados, sobremaneira, pela Revolução Mexicana de 1910 (que deu ensejo à Constituição mexicana de 1917), pela Revolução Russa de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919³⁷.

Muito embora os direitos fundamentais de segunda dimensão sejam, reiteradamente, definidos como de cunho positivo (no sentido de serem implantados/implementados por meio de uma atuação – prestação positiva – do Estado), o fato é que eles possuem tanto uma dimensão positiva, quanto uma dimensão negativa (no sentido de serem efetivados, também, por meio de uma abstenção estatal).

Assim, a partir de uma dimensão positiva, os direitos de segunda dimensão conferem, aos cidadãos, direitos a prestações sociais estatais, como, por exemplo: à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. (SARLET, 2007a).

Por outro lado, a dimensão negativa dos direitos sociais é atingida mediante uma abstenção do Estado, e pode ser exemplificada por meio das seguintes “liberdades sociais”: liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias dos trabalhadores, garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, etc. (SARLET, 2007a).

³⁷ Lafer (2001, p. 128) aduz que na realidade constitucional brasileira, os direitos de segunda dimensão somente foram positivados na Constituição de 1934.

Na realidade, qualquer direito social, bem como qualquer direito fundamental (reitera-se), terá, sempre, uma “dupla perspectiva de análise”³⁸, positiva e negativa, eis que para se ver efetivado requer, ora uma atuação estatal (perspectiva positiva), ora uma abstenção (perspectiva negativa). Nesse sentido, o direito à saúde necessita, para se ver efetivado, dentre outros, de prestações positivas do Estado (no sentido de construir hospitais, por exemplo) e de abstenções (no sentido de não tributar, em razão da imunidade tributária – entidades assistenciais sem fins econômicos que prestem o serviço de saúde à população).

C) Direitos fundamentais de terceira dimensão

A percepção da necessidade de se cuidar do meio ambiente como forma de preservação da vida humana na Terra; as atrocidades cometidas ao ser humano durante a Segunda Guerra Mundial; e o avanço experimentado pela sociedade moderna, fruto da massificação das relações econômicas, e que trouxe consigo uma maior complexidade nas relações intersubjetivas, demanda uma nova perspectiva ao exame dos direitos fundamentais.

Sua análise não mais se coaduna com uma perspectiva do homem-indivíduo como seu titular, passando a visar à proteção não mais de um único sujeito, senão de uma massa indeterminada de indivíduos, caracterizando-se por sua transindividualidade (povo, nação, etc.), pelo que sua titularidade passa a ser entendida como difusa (SARLET, 2007a).

Neste contexto, após a Segunda Guerra Mundial, e com o surgimento de certas entidades como a Organização das Nações Unidas, em 1945, passa-se a vislumbrar uma proteção internacional dos direitos humanos, modificando o foco de proteção dos direitos fundamentais que antes se voltava ao ser humano como indivíduo e que passa a albergar a humanidade como um todo. Começa-se, portanto, a proteger a essência do homem, pensando-se o ser humano como gênero, e não mais como mero indivíduo (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 149-150). Nas palavras de Fábio Konder Comparato (2010, p. 69), fala-se em “direitos dos povos e direitos da humanidade”.

³⁸ Como ficará melhor explicitado no item 1.1.4 deste Capítulo 1.

Assim, os direitos fundamentais não podem mais restringir-se a uma ética individual, senão a uma visão macroética, haja vista que as responsabilidades e as relações no mundo moderno se mostram cada vez mais capilarizadas (SCHÄFER, 2005, p. 31).

Com efeito, Paulo Bonavides (2008, p. 569) arremata afirmando que

um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Isto posto, percebe-se que a nota distintiva da terceira dimensão dos direitos fundamentais reside, basicamente, “na sua titularidade difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável”, o que implica a transindividualidade, ou até mesmo a universalidade destes, exigindo o emprego de esforços e a assunção de responsabilidade em escala mundial para que os mesmos se efetivem no plano fático (SARLET, 2007a, p. 56).

Portanto, frente aos novos problemas enfrentados pela humanidade³⁹ como, por exemplo, a questão ambiental, o estado crônico de beligerância (SARLET, 2007a), os impactos do surgimento de novas tecnologias, as dificuldades para proteção dos consumidores, dentre outros, em que não se pode individualizar o detentor do direito, vislumbrou-se os direitos de solidariedade e fraternidade como forma de tutelar tais direitos ditos difusos, entendidos como aqueles em que há uma indeterminabilidade entre o direito e seu titular, à medida em que, sendo direitos transindividuais, obviamente não possuem uma titularidade individual.

Paulo Bonavides (2008, p. 569) traz à luz cinco direitos da “fraternidade”, ou seja, da terceira dimensão, deixando claro que tal rol é meramente exemplificativo: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

Para fins meramente didáticos, eis que uma análise mais aprofundada refugiria ao âmbito desta pesquisa, vale a notificação da existência de autores, que defendem a

³⁹ José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 293-294) afirma que os direitos fundamentais de terceira dimensão conduzem à noção de que os seres humanos são “todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições de habitabilidade para as presentes e futuras gerações”.

existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais⁴⁰. Não se trata, entretanto, de posição unânime entre os estudiosos dos direitos fundamentais, havendo quem a refute⁴¹.

Norberto Bobbio (2004, p. 25-26), por exemplo, afirma que a quarta dimensão de direitos fundamentais, identificados com os direitos ao patrimônio genético, surge no sentido de estipular limites às manipulações genéticas que os avanços tecnológicos em pesquisas biológicas passaram a permitir.

No Brasil, Paulo Bonavides (2008, p. 570-572) entende que os direitos de quarta dimensão surgem como resultado de um processo de globalização dos direitos fundamentais, e se perfazem mediante o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo.

Finalmente, há, ainda, o posicionamento de Andre Ramos Tavares e Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 389) para quem a quarta dimensão de direitos fundamentais é composta por um direito universal ao desarmamento nuclear, para fins de preservação da própria espécie humana, ademais dos direitos à não intervenção genética (como, por exemplo a clonagem humana) e a uma democracia participativa.

1.1.4 Críticas à “Teoria Geracional dos Direitos Fundamentais” (ou ao estudo dos direitos fundamentais em dimensões) e a tentativa de implementação de uma compreensão unitária e indivisível

Árduo crítico da “teoria geracional dos direitos fundamentais”, Antônio Augusto Cançado Trindade (2000) afirma que, diferentemente do que se possa pensar, o “pai” desta teoria não é Norberto Bobbio, mas sim o franco-tcheco Karel Vasak. Segundo Trindade (2000), a expressão “gerações de direitos fundamentais” foi utilizada por Vasak, pioneiramente, em uma conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos, na cidade de Estrasburgo, no ano de 1979, e o próprio criador não a levou tão a sério.

⁴⁰ Vale ressaltar a existência, ainda, de autores que argumentam pela existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, dentre os quais: (i) Paulo Bonavides (2008, 570-593), que a identifica com o direito à paz; e (ii) José Alcebiades de Oliveira Júnior (2000, p. 97), ao propugnar os direitos decorrentes da moderna realidade virtual.

⁴¹ Em sentido contrário à existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, por todos *vide*: Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 404).

Burns H. Weston (1989, p. 16-17), por sua vez, aduz que o tcheco Karel Vasak, ao idealizar a “teoria geracional dos direitos fundamentais”, utilizou-se dos ideais trazidos pela bandeira francesa, a saber, *libertè* (liberdade), *egalitè* (igualdade) e *fraternitè* (fraternidade), correlacionando-os com as gerações de Direitos Fundamentais, para sustentar a sua teoria. Assim: (i) os direitos de primeira dimensão seriam aqueles relacionados à liberdade; (ii) os de segunda dimensão seriam aqueles relacionados à igualdade (em sua perspectiva material); (iii) enquanto que os de terceira dimensão seriam aqueles correlacionados à noção de solidariedade, ou, fraternidade.

A despeito de se reconhecer a afirmação de Pérez Luño (1991, p. 205), para quem os direitos fundamentais são categorias históricas, sendo essencial a sua contextualização, a “teoria geracional dos direitos fundamentais” não pode ser tomada de maneira acrítica para um estudo que se pretenda jurídico.

A primeira objeção que pode ser formulada reside na, já tratada, imprecisão terminológica da expressão “gerações de direitos fundamentais”, eis que transmite uma idéia de sucessão dos direitos fundamentais no transcurso da história, como se uma geração viesse para substituir a outra (SCHÄFER, 2005, p. 39). Na realidade, os direitos fundamentais não se substituem, mas se acumulam, se complementam. Assim, afigura-se mais coerente a utilização da expressão “dimensões de direitos fundamentais”.

Ademais, a utilização da expressão “geração de direitos fundamentais” induz à noção de que uma nova geração somente poderá ser reconhecida quando a anterior já estiver completamente estabilizada e efetivada. Esta interpretação conduz a uma dificuldade no reconhecimento de novos direitos em países subdesenvolvidos, na medida em que estes sequer possuem os direitos de primeira dimensão consolidados em um nível satisfatório. Tal concepção deságua em uma deficiência na busca pela efetividade dos direitos sociais e econômicos, posto que, por serem considerados direitos de segunda “geração”, não possuem prioridade na sua implantação/implementação (LIMA, 2003).

A segunda crítica, já não mais de natureza terminológica, encontra guarida no critério adotado pela classificação geracional (ou em dimensões), que é eminentemente histórico⁴², a saber, o “momento cronológico em que surgem os direitos”. Resta evidente que o critério eleito ignora a realidade da estrutura e do conteúdo dos direitos fundamentais

⁴² Norberto Bobbio (*apud* TAVARES, 2010a, p. 500) lembra que o critério cronológico de surgimento dos direitos fundamentais pode ser criticado mesmo a partir de uma análise histórica, na medida em que a “constituição” destes direitos não foi marcada somente por avanços, mas sim por interregnos de retrocesso e questionamentos.

(critérios mais afeitos a uma análise jurídica) na medida em que agrupa, sob o manto de uma mesma classe, direitos fundamentais com características (estruturais e de conteúdo) distintas.

Assim é que, partindo-se de um critério estritamente histórico⁴³, e sob forte influência da obra “Sistemas dos Direitos Públicos Subjetivos” de George Jellinek (1912) – que defendeu a existência de quatro *status*⁴⁴ representativos da posição dos indivíduos frente ao Estado – os estudiosos das “gerações de direitos fundamentais” passaram a teorizar que os direitos fundamentais de primeira “geração” teriam um caráter negativo (*status negativus*), configurando-se direitos implementados mediante uma abstenção estatal, ou em outras palavras, um não agir. Por outro lado, os direitos de segunda “geração” passaram a ser vistos como aqueles de índole positiva (*status positivus*), exigindo um agir estatal para que se vissem implementados.

Deste entendimento adveio, ainda, outro absurdo, o qual seja, o de se afirmar que os direitos de primeira “geração” por configurarem direitos de perspectiva negativa, não teriam qualquer custo, enquanto que os de segunda “geração” por configurarem direitos positivos, exigiriam altíssimos gastos públicos para que se vissem implantados/implementados. Este argumento, ademais de errôneo, gera justificativas (infundadas) para a baixa efetividade dos direitos sociais e econômicos (dentre os quais o direito à saúde), eis que apenas estes demandariam disponibilidade financeiro-orçamentária (TAVARES, 2010a, p. 500), entendimento que não pode prosperar.

A realidade é que tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, quanto os direitos civis e políticos possuem uma “dupla perspectiva – positiva e negativa – de análise”, em outras palavras, para que sejam efetivados necessitam, ora de um agir estatal, ora de uma abstenção⁴⁵. E mais, todo e qualquer direito fundamental, para que seja implementado, requer altos custos ao cofre público, seja ele um direito civil, político, social, econômico, etc.⁴⁶. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999).

⁴³ Eis que quando do “surgimento” dos direitos fundamentais de primeira dimensão, historicamente, vivia-se um Estado absenteísta, e, quando da “constituição” dos direitos fundamentais de segunda dimensão, tinha-se, historicamente, a presença de um Estado provedor (Estado do Bem-Estar Social).

⁴⁴ De acordo com George Jellinek (1912) os indivíduos poderiam se encontrar, frente ao Estado, por meio de quatro *status*, os quais: (i) *status negativus*, onde o indivíduo tem o direito de exigir uma abstenção estatal; (ii) *status positivus*, a partir do qual o indivíduo pode exigir do Estado que este se digne a realizar prestações positivas; (iii) *status activus*, no qual o indivíduo tem o direito de participação na formação estatal; e (iv) *status subiectiones*, no qual o indivíduo submete-se ao poder estatal.

⁴⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva (2010b, p. 78-79, 234-238).

⁴⁶ Como exemplo de “direito fundamental de 1ª dimensão” extremamente custoso, cita-se o provável novo referendo sobre o desarmamento que o Presidente do Senado, José Sarney, pretende propor, e que segundo

Nesse contexto, o direito de propriedade (tomado classicamente como um direito fundamental de primeira “geração” ou dimensão), para que seja efetivado, requer tanto uma abstenção estatal, no sentido de o Estado não poder violar a propriedade privada⁴⁷ (configurando uma perspectiva negativa), quanto uma atuação estatal, no sentido de prestar segurança pública mediante a disponibilização de um efetivo de policiais (caracterizando sua perspectiva prestacional). No mais, é de se perceber que o direito de propriedade traz custos ao Estado, na medida em que este deverá pagar os vencimentos dos policiais, adquirir viaturas, fardas, armamentos, dentre outros.

Não é outro o entendimento de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 40) ao afirmar que

talvez não haja direito tão caro para ser assegurado como o direito à propriedade, que pressupõe a existência de polícia, justiça, além de mecanismos para sua preservação em caso de acidentes, como um corpo de bombeiros. Ou a própria democracia, quanto custa? Assim, é equivocado falar que apenas os direitos sociais tem custo, e os direitos civis e políticos não.

Nessa esteira, o direito à saúde (tipicamente caracterizado como um direito de segunda “geração”) também possui uma dimensão negativa e outra positiva, sendo necessários uma abstenção e um agir estatal para que se veja efetivado.

Portanto, para que o direito à saúde se veja implementado, o Estado (no caso o brasileiro) não poderá, por exemplo, tributar entidades de assistência social sem fins lucrativos⁴⁸, como alguns hospitais, e nem realizar ingerências indevidas na saúde dos indivíduos (*status negativus*). Por outro lado, deverá proceder a realização de políticas públicas que confira à população o acesso a tal direito, como, por exemplo, por meio da construção de hospitais, contratação de novos médicos, etc. (*status positivus*).

Em síntese, há direitos fundamentais de primeira dimensão que apresentam natureza prestacional e custos altíssimos, bem como direitos fundamentais de segunda dimensão que apresentam uma perspectiva negativa e que não custam tanto ao Erário, bastando lembrar-se do direito à liberdade sindical. Logo, para fins de uma classificação jurídica dos direitos fundamentais, mais importante do que o momento histórico em que

estimativas de Ricardo Enrique Lewandowski, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, custará cerca de R\$ 300 milhões ao cofre público, conforme informação veiculada no jornal “O Globo”. (BRÍGIDO, 2011).

⁴⁷ Salvo se mediante regular processo expropriatório e prévia e justa indenização, de acordo com o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

⁴⁸ Hipótese de imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

estes surgem (critério eleito pela teoria geracional) é o conteúdo do qual os mesmos se revestem, bem como a estrutura que apresentam (SCHAFER, 2005, p. 40).

Assim, prega-se a necessidade de que os direitos fundamentais sejam tomados a partir de uma perspectiva unitária, de indivisibilidade, deixando-se de lado esta classificação em gerações (ou dimensões), que somente apresentam valor histórico, mas conduz a absurdos quando de uma análise jurídica, como a de conferir prevalência à efetivação dos direitos de “primeira geração”, deixando os direitos sociais (muitas vezes tomados como meras normas programáticas) à margem da sociedade.

Neste sentido, e confirmando o caráter unitário e indivisível dos direitos fundamentais, apresenta-se o exemplo do direito à propriedade privada. Este direito, classicamente tomado pela teoria geracional como um direito de primeira dimensão, não pode mais ter seu conteúdo adstrito, nos dias atuais, a esta classe de direitos fundamentais, podendo ser visto: (i) tanto como um direito individual (noção liberal de propriedade); (ii) quanto como um direito social, eis que a propriedade privada deve cumprir sua função social; (iii) quanto como um direito da solidariedade, eis que o exercício da propriedade deve atenção à qualidade ambiental (GUERRA FILHO, 1999, p. 26).

Nessa esteira, Antônio Augusto Cançado Trindade (2001, p. 4-5) tece a seguinte ponderação, que, embora longa, sintetiza com precisão o defendido nesta pesquisa

Do que vale o direito à vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à liberdade de locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso à instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito ao trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à liberdade de associação sem o direito à saúde? De que vale o direito à igualdade perante a lei sem as garantias do devido processo legal? E os exemplos se multiplicam. Daí a importância da visão [...] integral dos direitos humanos, tomados todos conjuntamente. [...] A visão compartimentalizada dos direitos humanos pertence definitivamente ao passado, e, como reflexos dos confrontos ideológicos de outrora, já se encontram a muito superada. O agravamento das disparidades sócio-econômicas entre os países, e entre as camadas sociais de cada país, provocou uma profunda reavaliação das premissas das categorizações de direitos. A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma sucessão, mas antes de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos.

Finalmente, adiciona-se, ainda, o fato de que, ao se tomar os direitos fundamentais como aqueles reconhecidos e positivados na Constituição de um Estado (não se ignorando

a perspectiva da fundamentalidade material dos direitos fundamentais), o momento histórico do seu surgimento se torna irrelevante, eis que sob esta óptica de análise, os direitos fundamentais são constituídos quando a própria Constituição passa a vigor, o que reforça a perspectiva unitária e indivisível dos direitos fundamentais.

1.1.5 Direitos fundamentais. Garantias fundamentais. Remédios constitucionais

André Ramos Tavares (2010b, p. 885) recorda que, a despeito da posição privilegiada que os direitos fundamentais possuem no ordenamento jurídico de um país, a mera posituação destes na Constituição não é o bastante para o atingimento de sua plena eficácia, figurando-se imprescindível que se tutelem tais direitos quando não observados.

Nesse contexto, afigura-se importante perquirir acerca das diferenças e similitudes existentes entre as noções de direitos fundamentais, garantias fundamentais, e remédios constitucionais, que, a despeito das incontáveis controvérsias doutrinárias – acerca das definições de seus conceitos – não devem ser confundidos.

Paulo Bonavides (2008) assevera ser comum, entre célebres dicionaristas brasileiros e estrangeiros, a confusão acerca das definições das noções de “direitos” e “garantias”. Segundo o autor, tanto o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, quanto o Dicionário da Real Academia Espanhola, ao delimitarem o conceito de “garantias”, o fazem transparecendo tratar-se de direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos de determinado país, sem maiores considerações. Neste sentido, Bonavides (2008, p. 526) clama pela distinção, afirmando ser a “garantia” um meio de defesa que se coloca diante do “direito”, mas que com este não se confunde.

Em se tratando da etimologia do signo “garantia”, há quem entenda que a referida palavra advém do francês *garantie* (CARVALHO, A., 2010, p. 128), quanto quem entenda que o termo é oriundo da derivação de *garant*, do alemão *gewähren-gewähr-leistung* (QUINTANA, 1956, p. 336). Entretanto, seja uma palavra oriunda da língua francesa, ou da alemã, o fato é que sua carga semântica conduz à noção de “segurança” e “certeza”.

Nesta toada, Ruy Barbosa (1978, p. 121), grande crítico da confusão conceitual entre direitos e garantias, posicionou-se no sentido de que o Texto Constitucional traz prescrições de cunho “declaratório”, que conferem existência jurídica aos direitos, bem como prescrições de matiz meramente “assecuratória”, cuja função reside em limitar o

poder em defesa dos direitos, pelo que as primeiras configurariam os “direitos fundamentais”, enquanto que as segundas, as “garantias”.

Muito embora Ruy Barbosa (1978) esteja correto na necessidade de se depurar o discurso jurídico por meio da correta distinção entre o que se entende pelas expressões ora em comento, entende-se que a linha divisória entre ambas é mais tênue do que se imagina, não podendo, simplesmente, serem tomados, os direitos fundamentais, como normas declaratórias de direitos, e as garantias como as assecuratórias dos mesmos, isto porque, ao assegurar um direito fundamental, a garantia, ao mesmo tempo, confere um direito público subjetivo ao seu titular de exercitá-la. Neste mesmo sentido seguem os ensinamentos de José Afonso da Silva (2006, p. 186), para quem não é de todo correta tal distinção, haja vista que “as garantias, em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.

Entende-se imprecisa a distinção que se baseia, única e exclusivamente, na afirmativa de que as garantias visam somente garantir os direitos. Elas traduzem, também, um direito. Neste sentido, a melhor forma de distingui-los encontra-se no argumento de que, a despeito de as garantias também traduzirem direitos, elas são “acessórios”, eis que somente podem ser compreendidos na sua inteireza quando da sua observância conjunta com os direitos fundamentais que visam tutelar.

Portanto, ante o exposto, pode-se concluir que as garantias fundamentais são instrumentos que conferem direito público subjetivo para a busca da efetividade dos direitos fundamentais, enquanto estes “constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos aos seus titulares” (SILVA, 2006, p. 189).

Enfim, a grande diferença entre os direitos e as garantias fundamentais reside no fato de que estas, a despeito de também conferirem um direito ao seu titular, não podem ser vistas como um fim em si próprio, detendo um caráter instrumental, eis que não fazem sentido se não há um direito fundamental para proteger. Estes, por sua vez, são um fim em si mesmo, possibilitando o gozo de suas vantagens sem a utilização das garantias⁴⁹ (SILVA, 2006, p. 189).

⁴⁹ O que não significa afirmar a existência de direito fundamental desprovido de garantias que o instrumentalize, ainda que não específicas.

Isto posto, cumpre ressaltar que a doutrina pátria costuma, ainda, classificar as “garantias fundamentais” em preventivas e repressivas, a depender do momento em que instrumentalizam o direito fundamental (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 69).

As garantias fundamentais preventivas são aquelas que visam garantir direitos fundamentais: (i) ou por meio da instrumentalização da busca pela sua efetividade; (ii) ou mediante o impedimento (prevenção) de sua violação.

Por outro lado, as garantias fundamentais repressivas, também denominadas de remédios constitucionais, visam, de maneira geral, sanar lesões decorrentes da violação de direitos fundamentais⁵⁰. São instrumentos processuais cuja razão de ser é a de controlar os atos estatais que possam atentar contra os direitos fundamentais (BOTTALLO, 2005, p. 184).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006b, p. 313-314), a expressão “remédios constitucionais” não é das mais felizes, haja vista a metáfora risível que contempla. Críticas à parte, o fato é que a doutrina pátria encampa a utilização do termo em questão para se referir as ações constitucionalmente previstas que visam assegurar os direitos fundamentais.

Como exemplos de garantias fundamentais preventivas, podem-se citar: (i) a proibição da censura, que intenta proteger a liberdade de expressão do pensamento; (ii) a proibição de confisco, cujo objetivo é o de proteger a propriedade privada; (iii) as despesas mínimas obrigatórias constitucionalmente previstas, que visam assegurar um orçamento mínimo social com vistas a lastrear o Estado, economicamente, para a implementação do direito à saúde⁵¹; dentre outras.

Já como exemplo de remédios constitucionais, podem ser elencados os seguintes: (i) ação popular; (ii) mandado de injunção; (iii) *habeas corpus* repressivo; (iv) mandado de segurança repressivo; e (v) *habeas data*.

1.1.6 As características dos direitos fundamentais

Parece claro que, a depender das premissas estabelecidas em um determinado trabalho, o pesquisador poderá chegar a diferentes características dos direitos

⁵⁰ Vale ressaltar a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança e *Habeas Corpus* preventivo, quando então não se fala em sanar lesões, mas sim em impedir uma lesão eminente.

⁵¹ Este é o entendimento, também, de Fernando Facury Scaff (2010).

fundamentais. Neste sentido, é curial, para a manutenção da coerência interna do discurso, que se reflita acerca das características de tais direitos a partir do sistema de referência adotado, não simplesmente reproduzindo enunciações clássicas (ancoradas em concepções jusnaturalistas), e que os caracterizam como: inatos, absolutos, invioláveis, dentre outros (SILVA, 2006).

Propõe-se, assim, neste item, uma leitura das características dos direitos fundamentais tomando por base as premissas firmadas até aqui, dentre as quais: (i) a adoção da perspectiva dogmático-jurídica dos direitos fundamentais, ou seja, a que toma os direitos fundamentais como aqueles positivados no sistema de direito constitucional positivo brasileiro (não ignorando a norma de abertura do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que abre ensejo a direitos fundamentais não positivados expressamente – noção de fundamentalidade material); e (ii) a de que os direitos fundamentais, em uma análise que se queira jurídica, não podem ser cindidos à luz do contexto histórico-cronológico em que foram sendo reconhecidos (o que dá ensejo à “teoria geracional dos direitos fundamentais” ou à sua análise em dimensões), devendo ser vistos de maneira indivisível, haja vista suas características estruturais e de conteúdo, bem como pelo fato de que foram constituídos (a partir de nossa perspectiva de análise), no direito positivo brasileiro (*hic et nunc*), com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na realidade desta pesquisa, os direitos fundamentais podem ser caracterizados como: (i) positivados em uma ordem jurídica interna a nível Constitucional; (ii) irrenunciáveis; (iii) inalienáveis; (iv) imprescritíveis; (v) indivisíveis; (vi) custosos; (vii) portadores de uma “dupla perspectiva – positiva e negativa – de análise”; (viii) relativos; e (ix) dotados de garantias constitucionais.

I. Tomando-se em conta uma análise jurídico-dogmática, diz-se que os direitos fundamentais são somente aqueles que se encontram positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado (no caso o brasileiro), mais especificamente a nível constitucional⁵². Esta característica refuta o rasgo absoluto e imutável que alguns doutrinadores⁵³ pretendem conferir aos direitos fundamentais.

⁵² Esta característica serve como traço distintivo das expressões: direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem.

⁵³ Como Carl Schmitt (s.d., p. 192) e Pontes de Miranda (1970, p. 619-625). Este último entendia pela existência de direitos absolutos e de direitos relativos.

Assim, os direitos fundamentais “nascem, modificam-se e desaparecem” (SILVA, 2006, p. 181) juntamente com a Constituição que lhe alberga. Pode-se dizer que eles “não são obras da natureza, mas de necessidades humanas” (BULOS, 2007, p. 406).

Reitera-se, mais uma vez, que tal assertiva não conduz esta pesquisa a uma mera análise formalista, eis que se considera a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, pelo que, à luz do prescrito no artigo 5º, parágrafo 2º da CF, admitem-se a existência de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro ainda que não positivados expressamente na Constituição Federal, em razão do conteúdo que carregam.

II. Quanto à irrenunciabilidade, tem-se que, a nenhum indivíduo é permitido renunciar aos direitos fundamentais, eis que estes são intimamente conectados à dignidade da pessoa humana, ademais de configurarem elementos estruturantes na ordem constitucional, como adverte Jorge Miranda (2000, p. 357).

José Afonso da Silva (2006) admite até que certos direitos fundamentais não sejam exercidos, no entanto, isto não abre portas para que sejam renunciados. Nada obsta, portanto, que o exercício de alguns direitos fundamentais se veja limitado em favor de uma finalidade que se encontre acolhida ou mesmo tolerada pelo sistema constitucional. Nesse sentido, levantam-se situações nas quais alguns direitos fundamentais são deixados à parte visando atingir determinada finalidade contratual, como a liberdade de expressão, por exemplo, que pode se ver tolhida com o fim de garantir o sigilo profissional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

III. A característica da inalienabilidade⁵⁴ impede que os direitos fundamentais sejam transferíveis e negociáveis, posto que não apresentam conteúdo econômico patrimonial (SILVA, 2006, p. 181). São, portanto, direitos indisponíveis, pelo que não podem ser comercializados.

IV. Já a imprescritibilidade atesta o fato de que os direitos fundamentais jamais deixarão de ser exigíveis, logo, seu não exercício jamais importará na perda de exigibilidade decorrente da prescrição (SILVA, 2006, p. 181).

V. No que diz respeito à sua indivisibilidade⁵⁵, conforme mencionado alhures⁵⁶, entende-se inexistir qualquer razão de cunho jurídico que sustente a divisão dos direitos fundamentais em três “gerações” (ou dimensões). À luz da estrutura e do conteúdo dos

⁵⁴ Para maiores informações acerca desta característica dos direitos fundamentais, sugere-se a leitura da obra “Los derechos humanos como derechos inalienables” de autoria de Antonio-Luis Martinez-Pujalte (1992).

⁵⁵ A indivisibilidade dos direitos fundamentais está prescrita na Convenção de Viena de 1993.

⁵⁶ Item 1.1.4 deste Capítulo 1.

direitos fundamentais (seja ele um direito civil, político, social, econômico, etc.), estes devem ser vistos de forma unitária, caracterizando-se por sua indivisibilidade.

Esta divisão dos direitos fundamentais repousa em um critério estritamente histórico, a saber, o momento cronológico em que os direitos foram sendo reconhecidos pelo Estado, ignorando critério mais afeito a uma análise jurídica. Ademais, traz séria consequência no que diz respeito à efetividade dos direitos sociais, como o direito à saúde por exemplo, eis que se convencionou afirmar que os direitos de segunda dimensão somente poderiam ser efetivados quando os de primeira dimensão já se encontrassem satisfatoriamente implementados.

Mais, a “teoria geracional” conduz a afirmativa de que somente os direitos de “segunda dimensão” teriam uma perspectiva prestacional (*status positivus*), e, portanto, custariam dinheiro ao cofre público, razão para sua baixa efetividade. Esta noção equivocase não só pelo fato de que todo e qualquer direito custa dinheiro aos cofres públicos, como também pelo fato de que todos os direitos fundamentais possuem perspectivas pluridimensionais, exigindo ora um agir, ora uma abstenção por parte do Estado para que se veja implantado/implementado.

VI. Como afirmado acima, a implementação de todo e qualquer direito custa altas cifras ao Erário. Esta proposição dá ensejo a outra qualidade dos direitos fundamentais, qual seja: serem, em regra, custosos ao Erário (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 49).

Não há que se falar em direitos implementados sem custos. Mesmo quando determinado direito fundamental não exige, em princípio, um agir estatal, ele trará despesas que deverão ser arcadas pelo Estado. Como exemplo, pode-se citar o direito à propriedade privada. Para que se garanta o direito à propriedade, o Estado, ademais de não poder expropriá-la (perspectiva negativa), deverá tomar medidas garantidoras da mesma (perspectiva positiva), quando então incorrerá em gastos públicos, como por exemplo, com o pagamento de policiais, com a compra de câmeras de vigilância, dentre outros.

VII. Ademais, os direitos fundamentais possuem uma “dupla perspectiva – positiva e negativa – de análise”. Conforme vem sendo defendido, não se pode afirmar que determinado direito fundamental exige, para que seja implementado, somente abstenções, ou prestações, por parte do Estado. Os direitos possuem tanto uma perspectiva positiva (exigindo atuação estatal) quanto negativa (exigindo que o Estado se abstenha em determinadas situações).

Para exemplificar o que foi dito acima, utiliza-se o exemplo do direito à liberdade de expressão. Para que tal direito do indivíduo se veja efetivado, é necessário que o Estado

não o censure, ou em outras palavras, que não crie embaraço ao particular para que o mesmo fale o que pensa. Por outro lado, caso um particular se veja impedido de exercer tal direito, o Estado poderá ser instado a agir no sentido de garantir tal direito ao cidadão, quando então deverá adotar uma postura prestacional.

VIII. Quanto à sua relatividade⁵⁷, esta decorre do fato de que os direitos fundamentais estão sujeitos a certas limitações de ordem jurídica, pelo que não podem ser tomados como absolutos (no sentido de não tolerarem restrições) como pretendiam os jusnaturalistas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 274-275).

Os direitos fundamentais guardam restrições jurídicas na medida em que há, dentro da própria Constituição Federal, outros direitos fundamentais, bem como valores constitucionalmente assegurados que limitam-se entre si⁵⁸. Assim é que o próprio direito à vida encontra limitações expressas na Constituição Federal, posto que ela admite a pena de morte em situações de guerra formalmente declarada, à luz do artigo 5º, inciso XLVII (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 275).

Ressalva-se que há restrições que, muito embora a primeira vista pareçam decorrer tão somente de questões meramente fáticas, também podem ser deduzidas como limitações jurídicas aos direitos fundamentais. Estas situações encontram-se vinculadas ao argumento da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*)⁵⁹. Em outras palavras, como admitir que os direitos fundamentais são absolutos, e que, portanto, cabe ao Estado implantá-los/implementá-los, cientes de que estes são extremamente custosos e que os recursos públicos são escassos? Diante desta situação, poder-se-ia concluir: se os direitos fundamentais não são efetivados por falta de dinheiro, então há uma situação fática (leia-se: escassez de recursos) que limita a efetivação de direitos fundamentais.

Muito embora tal afirmação seja verdadeira, deve-se atentar ao fato de que por detrás desta realidade fática, há questões eminentemente jurídicas que conduzem a tal panorama.

Uma vez que é a sociedade que financia os direitos fundamentais por meio (principalmente) do pagamento de tributos, e que, em contrapartida, a Constituição Federal

⁵⁷ Ressalta-se que por “relativismo” não se quer exprimir “relativismo cultural”, perspectiva que se choca com o “universalismo cultural”, produzindo interessante debate acerca dos fundamentos dos direitos fundamentais. Sobre o tema, *vide*: Flávia Piovesan (2011); Boaventura de Sousa Santos (2003); Jack Donnelly (1998); dentre outros.

⁵⁸ Alexandre de Moraes (2005, p. 27-28) lembra a existência de um princípio defendido entre os constitucionalistas, o qual, o da relatividade ou convivência das liberdades públicas, que prescreve serem os direitos fundamentais limitados pelos demais direitos igualmente consagrados na Constituição.

⁵⁹ Que será melhor tratado no item 1.5 deste Capítulo 1.

garante o direito à propriedade privada, sendo um de seus braços o princípio do não-confisco tributário (ademais de outras restrições previstas no estatuto do contribuinte⁶⁰), parece coerente afirmar que na realidade, não se trata de mera limitação fática à implementação dos direitos fundamentais (no sentido de inexistência de dinheiro), mas sim de uma limitação jurídica, posto que a própria Constituição Federal impede que o Estado busque verbas de forma irrestrita na medida em que garante limitações ao poder de tributar⁶¹.

Ademais, questões orçamentárias também figuram como limites jurídicos impostos pela “reserva do possível”. Isso porque somente se admitem despesas públicas quando previstas e autorizadas em peças orçamentárias.

IX. Finalmente, pode-se dizer que os direitos fundamentais caminham ao lado de garantias cuja função é a de instrumentalizá-los permitindo a sua concretização, bem como impedindo sua violação⁶².

Não se está a dizer que todo e qualquer direito fundamental terá uma garantia direta e especificamente voltada a sua efetivação. Num contexto de direitos custosos ao Erário, é de se observar que nem todos os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988 possuem, por exemplo, uma *garantia* de “orçamento mínimo” para a sua efetivação, como no caso da saúde.

Defende-se, senão, que o sistema jurídico brasileiro prevê, como forma de instrumentalização dos direitos fundamentais, ao menos, garantias indiretas genericamente direcionadas a sua efetivação. Nesta esteira figuram, por exemplo: (i) a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário no caso de lesão ou iminência de lesão a direito; (ii) as garantias institucionais, que visam a criação e a manutenção de instituições (direito público) e institutos (direito privado) que sustentem os direitos fundamentais (ARANHA, 1999, p. 194-212), como, por exemplo, a previsão de uma rede institucional (cartórios, tribunais, oficiais de justiça, polícia) que dê vazão ao direito de propriedade, *garantindo-o*

⁶⁰ Conjunto de normas de natureza garantista dos direitos dos contribuintes e limitativas do poder de tributar que regulam a relação entre o contribuinte e o ente tributante. Neste sentido, *vide*: Paulo de Barros Carvalho (1979, p. 7-8); Ricardo Lobo Torres (2005a, p. 23-33); Humberto Ávila (2001, p. 1-2) e Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 37); e Roque Antonio Carrazza (2003, p. 381).

⁶¹ Utilizando-se da expressão de Aliomar Baleeiro consagrada em sua obra homônima (2001).

⁶² Neste sentido, Maurice Hauriou (1927, p. 120) observa não bastar que um direito seja reconhecido e declarado, sendo necessário garanti-lo, uma vez que virão situações em que será discutido e violado.

no caso de esbulho ou turbação⁶³ (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 63-65); (iii) dentre outras.

Assim, não basta a declaração dos direitos fundamentais na Constituição de um país para que se possa falar na eficácia dos mesmos. É necessário que a própria Carta Magna prescreva “instrumentos” de tutela e implementação dos direitos fundamentais, os quais, as garantias constitucionais (garantias fundamentais e remédios constitucionais).

1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a ordem social na Constituição federal de 1988

1.2.1 Noções introdutórias sobre os direitos sociais, econômicos e culturais

Os direitos sociais, econômicos e culturais (comumente abreviados na expressão “direitos sociais” em sentido amplo ou “DESC’s”) adquiriram dimensão jurídica quando as constituições passaram a discipliná-los, sendo a Constituição Mexicana, datada de 1917, a precursora neste sentido (SILVA, 2006, p. 285), conforme salientado anteriormente⁶⁴. A partir deste marco, as Constituições já não mais se restringiram a tutelar os direitos civis e políticos, estendendo o seu manto protetor aos denominados direitos sociais, cuja marca distintiva reside na noção de solidariedade.

No que diz respeito à realidade jurídica brasileira, a primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, econômicos e culturais foi a de 1934, fortemente influenciada pela Constituição Weimariana⁶⁵. Esta Constituição foi alvo de severas críticas formuladas por Getúlio Vargas, para quem, a previsão de uma extensa gama de direitos sociais (caso

⁶³ Luiz Alberto David Araújo e Vida Serrano Nunes Júnior (2011, p. 159-160) elencam interessantes exemplos de garantias institucionais, as quais, a independência da Magistratura e do Ministério Público, cujo objetivo é o de proteger os direitos fundamentais.

⁶⁴ Vide item 1.1.3 deste Capítulo 1.

⁶⁵ A “Constituição de Weimar” (do alemão *Weimarer Verfassung*), oficialmente denominada de “Constituição do Império Alemão” (do alemão *Verfassung des Deutschen Reich*) vigeu na Alemanha durante a República de Weimar, que teve curta duração de tempo (1919-1933). Esta Constituição simbolizava o declínio do Estado liberal clássico (século XVIII), bem como o surgimento e a ascensão do Estado Social. Trata-se de um dos marcos do movimento constitucionalista que consagrou e positivou os direitos sociais no corpo das Cartas Constitucionais, reorganizando o Estado a partir de uma ótica social, e não mais meramente individualista.

implementados) geraria um aumento considerável nas despesas públicas elevando, conseqüentemente, o déficit público (ARRUDA; CALDEIRA, 1986, p. 8).

A despeito das críticas (e do fato de que tal Constituição foi a mais efêmera da história das Constituições brasileiras, vigendo por apenas três anos), a realidade é que após a Constituição de 1934, todas as seguintes passaram a prescrever a proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Entretanto, muito embora esta gama de direitos estivesse sendo reiteradamente encampada pelas constituições brasileiras (a partir de 1934), foi somente a Constituição Federal de 1988 que qualificou-os como direitos fundamentais⁶⁶ (SILVA, 2006, p. 285), conferindo-lhes todas as consequências jurídicas oriundas deste posicionamento⁶⁷.

Aliás, é a partir do processo de redemocratização do país, notadamente a partir de 1988, que o Brasil passa a ratificar relevantes tratados de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 57), inclusive versantes sobre os direitos sociais e econômicos⁶⁸, alargando a previsão desta gama de direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio⁶⁹.

Antes da Carta de 88, os direitos sociais, econômicos e culturais encontravam-se “pulverizados no capítulo atinente à ordem econômica e social” (PIOVESAN, 2010, p. 55), e, atualmente, encontram-se sob a epígrafe do título II, que prescreve acerca dos direitos fundamentais, o que leva Flávia Piovesan (2010) a afirmar que a Constituição de 1988 celebra a reinvenção do marco jurídico-normativo no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que toca aos direitos sociais.

Enfim, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 elenca, por meio de uma redação bastante genérica, os direitos sociais, dentre os quais destacam-se: a saúde, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social, a assistência

⁶⁶ São válidas as considerações de José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 36), para quem, a sociedade brasileira, desde 1979, identificando cada vez mais o discurso dos direitos fundamentais com as classes marginais, já encarava os direitos sociais como legítimos direitos fundamentais. Neste sentido, a partir da afirmação de Lopes, pode-se concluir que em termos sociológicos, os direitos sociais são considerados fundamentais, no Brasil, desde 1979.

⁶⁷ Em atenção à premissa adotada neste trabalho (*vide* item 1.1.1 deste Capítulo 1), entende-se que todos os direitos elencados como fundamentais na Constituição configuram direitos fundamentais. O que não significa afirmar que inexistam direitos fundamentais não elencados constitucionalmente. Defende-se, a partir da norma de abertura do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, a existência de: (i) direitos formal e materialmente fundamentais, aqueles previstos expressamente no catálogo constitucional de direitos fundamentais; e (ii) direitos materialmente constitucionais, aqueles que a despeito de não figurarem expressamente no texto constitucional, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, haja vista seu conteúdo e substância. Neste sentido *vide* (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 269).

⁶⁸ Dentre os principais destacam-se: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1992 e o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

⁶⁹ Haja vista a previsão constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

aos desamparados, dentre outros. E, finaliza este dispositivo, asseverando que tais direitos serão cumpridos na “forma desta Constituição”.

Mais adiante, no seu Título VIII, a Constituição Federal passa a prescrever acerca da “Ordem Social”. Entende-se que é neste Título VIII (que tem início no artigo 193 da Constituição de 88, estendendo-se nos enunciados seguintes) que se encontra a “forma” prescrita no supracitado artigo 6º. Em outras palavras, o Título da “Ordem Social” confere a disciplina dos direitos sociais (SILVA, 2006, p. 285).

Portanto, a abordagem acerca da “ordem social” deve ser vista como complementar ao estudo dos direitos sociais, “especialmente no que se refere aos órgãos e instituições que asseguram a efetividade dos direitos sociais” (TAVARES, 2010a, p. 830), como, por exemplo, a que tangencia a temática do financiamento da seguridade social (artigo 195 da Constituição Federal), e que desponta como de análise imprescindível ao deslinde desta pesquisa.

Neste contexto, à luz de uma leitura sistemática da Constituição Federal (que toma o Título da Ordem Social, como atinente e complementar ao Capítulo II do Título II, que trata dos “direitos sociais”), pode-se concluir que os direitos sociais (tomados em sentido amplo) englobam as seguintes temáticas: (i) a seguridade social, que se subdivide em (i.a) saúde, (i.b) previdência social e (i.c) assistência social; (ii) a educação; (iii) a cultura; (iv) o desporto; (v) a ciência e tecnologia; (vi) a comunicação social; (vii) o meio ambiente; (viii) a família; (ix) a criança e o adolescente; (x) o idoso; e (xi) os índios.

É válida a crítica tecida por José Afonso da Silva (2006, p. 828-829) ao asseverar que

[...] o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui algumas matérias que não têm conteúdo típico de ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos índios no seu conceito.

Por não apresentar tamanha relevância ao deslinde desta pesquisa, não se adentrará nesta celeuma (se a classificação constitucional foi precisa ou não), entretanto não será adotada a classificação constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, optando-se por outra, que se reputa mais coerente com o conteúdo e estrutura destes direitos.

Isto posto, pode-se elencar as seguinte categorias de direitos sociais econômicos e culturais: (i) os direitos sociais dos trabalhadores; (ii) os direitos sociais de natureza

econômica; (iii) os direitos sociais da cultura; e (iv) os direitos sociais da seguridade social⁷⁰.

Os direitos sociais dos trabalhadores, por sua vez, subdividem-se em: (i) direitos sociais individuais do trabalhador⁷¹ e (ii) direitos sociais coletivos do trabalhador⁷² (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2011, p. 249-250).

Os direitos sociais de natureza econômica abarcam as medidas estatais concernentes: (i) à busca do pleno emprego; (ii) à redução das desigualdades sociais e regionais; (iii) à erradicação da pobreza e da marginalização; e (iv) à defesa do consumidor e da concorrência (TAVARES, 2010a, p. 828).

No que diz respeito aos direitos sociais da cultura, estes tangenciam temas como: (i) direito à educação; (ii) direito à cultura em sentido estrito; e (iii) direito de escolha, sem qualquer interferência estatal, “da orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas” (TAVARES, 2010b, p. 777).

E, finalmente, os direitos sociais da seguridade social, que serão tratados de forma mais detida adiante⁷³, à luz do que prescreve o artigo 194 da Constituição Federal, conglobam: (i) o direito à saúde; (ii) o direito à previdência social; e (iii) o direito à assistência social (LEITE, 1992, p. 25-26).

1.2.2 Posições acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais

Nestes mais de vinte anos da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais foram e continuam sendo alvo de um sem número de pesquisas e discussões acadêmicas e

⁷⁰ Esta classificação é uma adaptação da adotada por André Ramos Tavares (2010a, p. 828).

⁷¹ Muito embora a expressão “direitos sociais individuais do trabalhador” pareça uma *contradictionem in terminis*, não o é. Diz-se tratarem-se de direitos sociais (elencados entre os direitos sociais na própria Constituição Federal de 1988), eis que visam a igualdade material, na medida em que realizam a igualização de situações sociais desiguais e possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. Por outro lado, o termo *individuais* (que compõe a expressão “direitos sociais individuais do trabalhador”) refere-se ao fato de que as normas de Direito Individual do Trabalho prescrevem acerca de direitos dos trabalhadores individualmente considerados, em contraponto ao Direito Coletivo do Trabalho.

⁷² Denominação levada a cabo por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 249-250). Via de regra, os estudiosos do Direito do Trabalho utilizam-se das nomenclaturas: direito individual do trabalho e direito coletivo do trabalho. Neste sentido *vide*: Alice Monteiro de Barros (2006), Maurício Godinho Delgado (2007) e Arnaldo Süssekind (1999).

⁷³ Ver item 1.3 deste Capítulo 1.

jurisprudenciais, tanto no âmbito do direito público, quanto (mais recentemente) no âmbito do direito privado brasileiro.

Levando-se em conta, ainda, que os direitos sociais encontram-se plasmados nos ordenamentos jurídicos de um grande número de países, sob a regência dos quais vive a maior parte da população do planeta (BARRETO, 2003, p. 111), pode-se afirmar que os embates teóricos e jurisprudenciais acerca dos direitos sociais não se restringem à realidade brasileira, alastrando-se pela realidade de inúmeros Estados.

Neste contexto, surgem questionamentos de quatro ordens, a saber: (i) o primeiro discute se existem, ou não, os denominados direitos sociais, havendo quem, como Fernando Atria⁷⁴ (2005), defenda a inexistência dos direitos de caráter social; (ii) o segundo discute, uma vez adotado o posicionamento da existência de direitos sociais, se o correto é inserir, ou não, os direitos sociais nas constituições, em outras palavras, questiona-se se tal ordem de direitos deveria se encontrar positivada nos textos constitucionais ou não; (iii) o terceiro discute se, uma vez positivados nas cartas constitucionais, tais direitos adquirem, ou não, *status* de autênticos direitos fundamentais; e (iv) o quarto questiona qual o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, uma vez tomados como direitos fundamentais, ou seja, perquire-se acerca da eficácia e efetividade desta sorte de direitos fundamentais (SARLET, 2009).

Levando-se em consideração que esta pesquisa parte da análise do ordenamento jurídico brasileiro posto (mais especificamente do subsistema de direito constitucional positivo), que constitucionalizou os direitos sociais, não se adentrará na análise do primeiro e nem do segundo tipo de questionamento⁷⁵, centrando atenções nas discussões acerca da jusfundamentalidade, ou não, dos direitos sociais (terceiro tipo de questionamento), bem como na análise da eficácia e efetividade dos direitos sociais, uma vez considerados como direitos fundamentais (quarto tipo de questionamento)⁷⁶.

No que tange à discussão da jusfundamentalidade (ou não) dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, três teses se fazem presentes, as quais: (i) a que defende a negação da qualidade de direitos fundamentais aos direitos sociais; (ii) a que defende a

⁷⁴ Há uma interessante crítica à obra de Atria formulada por Carlos Bernal Pulido (2010).

⁷⁵ A título de curiosidade, vale ressaltar que não são poucas as objeções levadas a cabo entre brasileiros e estrangeiros acerca da positivação dos direitos sociais em sede de Constituição Federal, não sendo por outra razão que, a despeito do processo evolutivo que a teoria dos direitos fundamentais experimentou nos últimos anos, bem como da existência de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, muitas constituições ainda persistem adotando a lógica da não inserção dos direitos sociais em seus textos (SARLET, 2009).

⁷⁶ Que será tratada no item 1.2.3 deste Capítulo 1.

redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial; e (iii) a que entende que os direitos sociais são sim tomados como direitos fundamentais, sendo estes caracterizados pela sua indivisibilidade.

A) A tese da negação da jusfundamentalidade dos direitos sociais

Muito embora os direitos sociais encontrem-se consagrados nos ordenamentos jurídicos de vários países, bem como em inúmeros diplomas internacionais de direitos humanos (como no artigo 22 da Declaração Internacional dos Direitos Humanos), poucos são os Estados que, na sua prática política e social, de fato protegem de maneira ampla esta categoria de direitos.

Historicamente, encontra-se entre os estudiosos do tema uma justificativa, reiteradamente utilizada, para a baixa efetividade dos direitos sociais, afirmando-se não se tratarem de verdadeiros direitos fundamentais.

Partindo-se desta afirmação, por não serem qualificados como “direitos fundamentais”, aos direitos sociais não se aplicaria o regime jurídico próprio daqueles, pelo que: (i) ficariam privados de sua aplicabilidade imediata (tal qual prescreve o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal); e (ii) não estariam protegidos pela garantia das cláusulas pétreas constitucionais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal).

Os argumentos de cunho jurídico-teórico mais utilizados para negar o caráter jusfundamental dos direitos sociais, reitera-se, repousam na análise de sua efetividade, e podem ser sintetizados em três: (i) o primeiro afirma que os direitos sociais encarnam normas meramente programáticas; (ii) o segundo assevera que os direitos sociais possuem altos custos, pelo que somente podem ser efetivados quando houver reservas financeiras para tanto; e (iii) o terceiro aduz que a implementação dos direitos sociais está a mercê de políticas públicas discricionárias do Poder Público.

Neste sentido, o primeiro argumento advoga a tese de que os direitos sociais diferenciar-se-iam dos direitos fundamentais (direitos civis e políticos) na medida em que

apresentam caráter meramente programático⁷⁷, dependendo de regulação infraconstitucional posterior para que possam ser aplicados⁷⁸, não apresentando, portanto, força de direito público subjetivo (BARRETO, 2003, p. 114). Tal noção conduz a uma reduzida efetividade dos direitos sociais.

Utiliza-se, ainda, como argumento para negar o viés de fundamentalidade dos direitos sociais a assertiva de que os mesmos somente podem ser implementados quando da existência de dinheiro no cofre público. Tal argumento pode ser tomado como falacioso na medida em que, conforme dito anteriormente, todo e qualquer direito fundamental (seja ele civil e político, ou ainda social, econômico e cultural), para que se veja efetivado, requer recursos orçamentários que lhe façam frente. Neste sentido, ao utilizar tal argumento para negar a fundamentalidade dos direitos sociais, estar-se-ia negando fundamentalidade aos direitos civis e políticos também.

Finalmente, argumenta-se, ainda, que os direitos sociais não podem ser tomados como fundamentais posto que dependem, para a sua implementação, de políticas públicas⁷⁹ de cunho discricionário (RODRIGUES, 2011, p. 324-325). Em outras palavras, defende-se a possibilidade de o Poder Público, mediante exame de conveniência e oportunidade, concretizar ou não tais direitos, pelo que não poderiam ser tomados como fundamentais. Este argumento, entretanto, tampouco resiste às críticas, haja vista que, ainda que fossem discricionárias, as referidas políticas públicas levada a cabo pelo Poder Público deveriam observar os objetivos constitucionais do artigo 3º, dentre os quais o que prescreve a redução das desigualdades sociais e econômicas, além da observância ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana⁸⁰ (art. 1º da Constituição Federal). Enfim, esta proposição inverte a lógica argumentativa acerca dos direitos sociais, que não deixam de ser fundamentais por dependerem de políticas públicas discricionárias, mas que, justamente, por serem fundamentais, não podem depender de mera discricionariedade administrativa na implantação/implementação de políticas públicas que os efetivem.

⁷⁷ Segundo Luís Roberto Barroso (2009a, p. 114), as normas programáticas seriam aquelas que indicam fins sociais a serem alcançados, tendo por objeto estabelecer determinados princípios ou programas de ação ao Poder.

⁷⁸ Cristina Queiroz (2010, p. 214) fala em “direitos fundamentais parciais” na medida em que necessitam ser concretizados pelo Poder Legislativo.

⁷⁹ De acordo com as lições de Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241), as políticas públicas podem ter seu conceito definido como uma ação do governo que visa coordenar os meios à disposição do estado, bem como as atividades privadas, com o fito de realizar os objetivos de relevância social e politicamente determinados.

⁸⁰ Sobre o tema *vide* Ingo Wolfgang Sarlet (2007a) e (2007b); Rizzatto Nunes (2007); e Ailton Cocurutto (2008).

B) A tese da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao “mínimo existencial”

A segunda tese, cujo principal adepto no direito pátrio é Ricardo Lobo Torres (2005a, p. 186), defende que “a jusfundamentalidade dos direitos sociais deve ser reservada ao mínimo existencial, expressão com a qual acaba por se confundir”⁸¹. Em outras palavras, afirma-se que, excetuando-se os direitos sociais que configuram o mínimo que o ser humano necessita para a sua sobrevivência digna, os demais não devem ser tomados como fundamentais.

O denominado “mínimo existencial”⁸² não se encontra enunciado na Constituição Federal⁸³, nem tampouco possui conteúdo específico, sendo de difícil definição e mensuração, posto que envolve mais os aspectos de qualidade que de quantidade (TORRES, 2010a), além de variar de lugar para lugar (até mesmo dentro de um mesmo país), não configurando uma “categoria universal” (SCAFF, 2006, p. 120).

Nesse sentido, sua definição ancora-se em valores como igualdade, liberdade, felicidade, dentre outros, o que torna seu conceito bastante fluído e de difícil definição, e, portanto, passível de atingir qualquer direito, como o direito à saúde, à educação, à alimentação, etc. (TORRES, 2010a).

Percebe-se que este posicionamento procura mitigar a radicalidade da tese anteriormente exposta, que nega qualquer traço de jusfundamentalidade aos direitos sociais, consolidando o entendimento de que o ser humano que não atinge o mínimo necessário a uma existência digna perde a sua condição inicial de liberdade (este sim

⁸¹ O tema encontra-se mais aprofundado em três artigos de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 349-374), os quais: “a jusfundamentalidade dos direitos sociais”; “o mínimo existencial e os direitos fundamentais” (TORRES, 1989, p. 29-49); “o mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária” (TORRES, 2008a, p. 69-86); e “o mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais” (TORRES, 2010a, p. 313-339). Interessante, também, são os trabalhos de Ana Paula Barcellos (2007, p. 97), dentre os quais: “o mínimo existencial e algumas fundamentações”; e “a eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana” (BARCELLOS, 2002, p. 247).

⁸² A expressão “mínimo existencial”, largamente difundida no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*), não é a única utilizada, sendo comum também o uso de “mínimo social”, como o faz John Rawls (1980, p. 370); “mínimos sociais”, como preferiu a Lei nº 8.742/93; “mínimo vital”, como utilizam os italianos; ou, ainda, “mínimo isento”, como adotado na Espanha (GRUPENMACHER, 2006, p. 113).

⁸³ Encontra-se, apenas, enunciado na Lei nº 8.742/93, que em seu artigo 1º prescreve que “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

caracterizado como direito fundamental), que se consubstancia na própria sobrevivência digna (TORRES, 1999).

A tese em questão afirma que, os direitos sociais não configuram direitos fundamentais na medida em que: (i) apresentam-se mediante normas programáticas⁸⁴, dependendo de legislação infraconstitucional para que surtam efeitos; (ii) dependem de opções de política econômica de cada Estado, pelo que não geram direito público subjetivo; e (ii) por dependerem da denominada “reserva do possível”, ficam a mercê de questões financeiro-orçamentárias.

Entretanto, defende que uma parte destes direitos sociais, que englobam o denominado “mínimo existencial” (direitos sociais mínimos que cada pessoa necessita para sobreviver dignamente), são dotados sim de jusfundamentalidade a partir da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil insculpido no artigo 1º, inciso III da CF), bem como dos objetivos constitucionalmente previstos de redução das desigualdades sociais e de erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inciso III da CF).

Portanto, direitos sociais representativos do “mínimo existencial” são direitos fundamentais, na medida em que visam assegurar a liberdade mediante uma sobrevivência digna, gerando direito público subjetivo à sua obtenção, que por sua vez é composto por duas dimensões: (i) a negativa (*status negativus*), que impede o Estado de tributar o “mínimo existencial”, como acontece, por exemplo, no caso das imunidades tributárias (TORRES, 2005a, p. 188-203); e (ii) a positiva (*status positivus libertatis*), que atribui ao Estado o dever de prestar serviços públicos específicos e divisíveis de maneira gratuita, como, por exemplo a educação primária e a saúde pública, no sentido de garantir o mínimo existencial (TORRES, 1989, p. 40).

Em síntese, para esta corrente, os direitos sociais que representam o mínimo necessário para uma sobrevivência digna (“mínimo existencial”) configuram direitos fundamentais. Entretanto, os direitos sociais que não fazem parte do “mínimo existencial” não possuem a qualidade de jusfundamentais, apresentando, de acordo com Lobo Torres (1989, P. 41), um *status positivus socialis*, constituído por prestações estatais veiculadas mediante políticas públicas que dependem da situação econômica e da riqueza do país, apresentando dependência à “reserva do possível”. Ademais, estes últimos estão protegidos

⁸⁴ Sobre as normas programáticas, *vide*: José Afonso da Silva (1998, p. 138) e Luís Roberto Barroso (2009a, p. 113-118).

pela imunidade tributária e a sua gratuidade deve vir prevista na própria lei concessiva (TORRES, 2005a, p. 204).

C) A tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais sociais

A terceira corrente defende que os direitos sociais são, em sua inteireza, qualificados pelo traço da jusfundamentalidade, razão pela qual podem ser denominados de “direitos fundamentais sociais”, para que se espanque qualquer controvérsia a respeito de sua natureza. Nesta senda, os direitos fundamentais são formados por direitos civis e políticos, bem como por direitos sociais, econômicos e culturais (dentre outros) de maneira indivisível.

Vicente de Paulo Barreto (2003, p. 123) é preciso ao enunciar que a principal questão que o estudioso se defronta, e que deve ser preliminarmente elucidada, quando procura estabelecer se os direitos sociais possuem ou não o traço de jusfundamentalidade, reside no próprio conceito de “direitos fundamentais” adotado. Continua o autor afirmando que os “direitos fundamentais” podem ser tomados como aqueles direitos inatos ao homem, e que lhe garantem a qualidade de ser humano (que denominamos, adrede, de direitos naturais ou direitos do homem⁸⁵) ou podem ser tomados como aqueles que além de garantirem a qualidade de ser humano à pessoa, são positivados pelo ordenamento jurídico como fundamentais (BARRETO, 2003, p. 123).

Adota-se, para os fins desta pesquisa, a segunda concepção de direitos fundamentais⁸⁶. Isto não quer dizer, entretanto, que se encampa uma visão meramente formal acerca dos direitos fundamentais, posto que se admite que os direitos fundamentais apresentam uma “dupla fundamentalidade formal e material”⁸⁷ (SARLET, 2007b, p. 2-3). Assim, diante da premissa anteriormente estabelecida, adota-se a tese de que os direitos sociais são sim direitos fundamentais, gozando do regime jurídico aplicável aos mesmos.

A jusfundamentalidade material dos direitos sociais repousa na relevância dos bens jurídicos que tais direitos tutelam (SARLET, 2007b, p. 3), principalmente em se levando em conta a realidade sócio-econômica brasileira, marcada por profundas desigualdades.

⁸⁵ Vide item 1.1.2 deste Capítulo 1.

⁸⁶ Vide item 1.1.2 deste Capítulo 1.

⁸⁷ Para um maior aprofundamento sobre a temática vide Ingo Wolfgang Sarlet (2007b, p. 87-89).

Neste sentido, partindo-se dos próprios objetivos elencados no artigo 3º da Constituição Federal, dentre os quais se destacam os que visam a redução das desigualdades sócio-regionais, bem como a redução da pobreza e da marginalização, é inegável o reconhecimento do traço “materialmente” jusfundamental que a Constituição conferiu aos direitos sociais.

Já a jusfundamentalidade formal dos direitos sociais pode ser justificada na medida em que os mesmo encontram-se positivados em nossa Constituição Federal, mais especificamente sob o manto do Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Ademais, mesmo os que não se encontram topograficamente localizados dentre os direitos fundamentais (como os insculpidos no Título VIII que versa acerca da “Ordem Social”), devem ser considerados como “formalmente” fundamentais em razão do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, que ao prescrever acerca da denominada “norma de abertura material do catálogo de direitos fundamentais” (SARLET, 2007b, p. 4), admite que direitos materialmente fundamentais plasmados na própria Constituição⁸⁸, de maneira explícita ou implícita, fora do Título II da Carta Constitucional, sejam tomados como formalmente constitucionais.

Assim, como direitos fundamentais que são, os direitos sociais não podem ser classificados como meras normas programáticas, eis que à luz do prescrito no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, as normas que encampam direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de maneira direta tanto o Poder Público, quanto os particulares.

Finalmente, não há que se alegar que os direitos sociais não são fundamentais por apresentarem custos o que, consequentemente, os conduzem ao pálido da denominada “reserva do possível”. Conforme vem sendo defendido nesta pesquisa, todo e qualquer direito fundamental apresenta uma dimensão prestacional para que se veja efetivado, demandando altos custos ao Erário (SUNSTEIN; HOLMES, 1999). Nesse sentido, utilizar-se do argumento de que os direitos sociais apresentam custos para negar-lhes fundamentalidade, seria o mesmo que afirmar que não existem direitos propriamente fundamentais, uma vez que todos apresentam custos.

⁸⁸ Ou ainda: (i) em tratados internacionais em matéria de direitos humanos dos quais a República Federativa do Brasil seja parte; ou (ii) decorrentes do regime de princípios por ela adotados.

1.2.3 Regime jurídico da jusfundamentalidade formal e material dos direitos sociais

Uma vez firmado o entendimento de que os direitos sociais devem ser considerados, no ordenamento jurídico brasileiro, como direitos fundamentais, sendo dotados, portanto, de jusfundamentalidade formal e material, cumpre analisar qual regime jurídico é aplicável aos mesmos.

Afirma-se, de antemão, a aplicabilidade plena do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais, eis que aqueles “somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional” (SARLET, 2008a, p. 298).

Enfim, visando assegurar posição privilegiada e preferencial aos direitos fundamentais (aqui incluídos os direitos sociais), estes devem encontrar-se protegidos contra esvaziamentos ou supressões arbitrárias levadas a cabo pelo Poder Público, bem como terem sua normatividade plenamente garantida (ALEXY, 2008, p. 521).

Neste sentido, Ingo Sarlet (2008a, p. 298) observa que a Constituição Federal de 1988, ao aderir a tal modelo, alinhou-se à “tradição constitucional contemporânea”, inserindo os direitos fundamentais (inclusive os sociais) no rol das denominadas “cláusulas pétreas” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF) e afirmando a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º, CF).

1.2.3.1 A eficácia dos direitos sociais: análise da aplicabilidade imediata prescrita no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal

Atualmente, a doutrina majoritária⁸⁹ vem defendendo a aplicabilidade imediata dos direitos sociais a partir de uma interpretação sistemática do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, superando a interpretação meramente topográfica⁹⁰ de outrora, que afastava a aplicabilidade deste dispositivo em matéria de direitos sociais.

Não há qualquer razão para se defender que a mera colocação topográfica do dispositivo em questão – no Capítulo I, do Título II da Constituição Federal, que versa sobre “Direitos e Garantias Individuais e Coletivas” – exclui a sua aplicabilidade aos direitos sociais – previstos no Capítulo II, do Título II. Isso porque, como salienta Sarlet, esta interpretação não corresponde “sequer à expressão literal do dispositivo”, cujo enunciado versa acerca da aplicabilidade imediata dos “direitos e garantias fundamentais”, tal qual consignada na epígrafe do Título II da própria Constituição, que alberga o capítulo dos “Direito Sociais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 299).

Portanto, ignorando-se interpretações meramente topográficas, e partindo para uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, não há como deduzir que o Poder Constituinte Originário pretendeu excluir os direitos sociais, políticos, de nacionalidade, entre outros, do âmbito do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, eis que esta afirmou, de maneira expressa, a jusfundamentalidade destes direitos, e não somente dos direitos individuais e coletivos.

Em outras palavras, em se considerando que a Constituição Federal prescreve que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, e que os direitos sociais são qualificados como jusfundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro, não há como negar a aplicabilidade do artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna a este conjunto de direitos.

⁸⁹ Vide, dentre outros, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008a, p. 277-292); Flávia Piovesan (1995, p. 90); Dimitri Dimoulis (2001, p. 22) e Clémerson Merlin Clève (2003, p. 295).

⁹⁰ Por todos que defendem a interpretação topográfica, vide: João Pedro Gebran Neto (2002, p. 158-159).

1.2.3.2 Os direitos fundamentais e o poder de reforma da Constituição: os direitos sociais como cláusula pétrea

De acordo com Luís Roberto Barroso (2009b, p. 146), o poder de reforma constitucional, intenta “permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade”, devendo, entretanto, “assegurar a continuidade e a identidade da Constituição”, razão pela qual se sujeita a limites de diversas naturezas.

A Constituição Federal de 1988, ao admitir o poder de reforma, impôs limites de ordem: (i) temporais, como no caso do art. 60, parágrafo 5º, ao prescrever que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”; (ii) circunstanciais, impedindo a reforma constitucional em momento de anormalidade institucional, decorrente de situações atípicas ou de crises, como no caso do estado de sítio, de intervenção federal e de estado de sítio (art. 60, parágrafo 1º da CF); (iii) formais, eis que prescreve a necessidade de observância de procedimentos específicos para a modificação do texto constitucional, quórum de aprovação e iniciativa diferenciados; e (iv) materiais, que constituem as denominadas cláusulas pétreas, positivadas nos incisos do artigo 60, parágrafo 4º da Carta Constitucional de 1988 (BARROSO, 2009b, p. 148), e que constituem o núcleo imodificável da Constituição (SILVA, 2006, p. 67).

Da leitura do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 88, surge a polêmica acerca da inclusão ou não dos direitos sociais no rol de limites materiais à reforma constitucional, eis que a literalidade do enunciado em questão fala em “direitos e garantias individuais”, e não em “direitos fundamentais”, gênero do qual os direitos individuais e os direitos sociais são espécies.

Uma análise meramente literal do artigo pode conduzir ao equivocado entendimento de que os direitos sociais não configuram cláusula pétrea, assim como os demais direitos fundamentais (como os de nacionalidade, os políticos, os coletivos, dentre outros), que não os individuais, também não configurariam. No entanto, não é este o entendimento que melhor se coaduna à sistemática da Carta Magna de 88, bem como com a noção de indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Há, na Constituição de 88, uma estreita correlação entre os direitos sociais e o conceito de Estado por ela consagrado, indicando que tais direitos participam da “essência

da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 258). Desde o seu preâmbulo, ela já faz referência no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, bem como da igualdade e da justiça são objetivos permanentes da República Federativa do Brasil. Ademais, ela consagra a noção de que o Brasil constitui um Estado Social e Democrático de Direito, o que pode ser deduzido de seus princípios fundamentais (especialmente os elencados nos incisos I a III), bem como dos objetivos previstos no seu artigo 3º, incisos I, III e IV (SARLET, 2008a, p. 302).

É de curial importância anotar, também, que os direitos fundamentais, e em especial os direitos sociais, visam dar azo ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal qual prescrito no artigo 1º, inciso III da CF. Esta percepção conduz a seguinte conclusão: a supressão de direitos fundamentais viola o próprio fundamento sobre o qual se erige toda a lógica constitucional brasileira.

Com efeito, pode-se, ainda, afirmar que o extenso rol de direitos sociais previstos constitucionalmente entre os direitos fundamentais não teria qualquer sentido, caso o constituinte tivesse, no mesmo ato, outorgado-lhes “proteção jurídica diminuída” (SARLET, 2008a, p. 303).

Neste contexto, tendo em conta que os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, integram os elementos essenciais da concepção de Estado acolhido pela Constituição Federal de 88, e que as cláusulas pétreas visam impedir a destruição de tais elementos, abarcando as normas fundantes do ordenamento jurídico, não resta qualquer dúvida que todo e qualquer direito fundamental, inclusive os sociais, devem ser considerados como cláusula pétrea, e não apenas os direitos e garantias individuais, tal qual uma interpretação literal do artigo 60, parágrafo 4, inciso IV da CF leva a crer (SARLET, 2008a, p. 300-305).

Trata-se, portanto, de uma “lacuna de informação”, haja vista que o constituinte “falou” menos do que queria, pelo que se deve ler os direitos sociais como cláusula pétrea ao lado dos direitos e garantias individuais⁹¹ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 259), dando azo ao que Anna Candida da Cunha Ferraz (2006, p. 139-141) denomina de

⁹¹ Vale ressaltar que as matérias previstas como “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 88, aqui incluídos os direitos fundamentais, não alcançam as dimensões de uma intangibilidade absoluta, posto que, tão somente uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra proibida (SARLET, 2008a, p. 430). Deve-se, portanto, preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, tolerando-se restrições que não comprometam seu cerne.

“princípio da intangibilidade” ou de “princípio da proteção reforçada dos direitos fundamentais”.

1.3 A SEGURIDADE SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o assentado anteriormente⁹², a seguridade social figura como direito social, que, à luz do artigo 194 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), compreende um conjunto integrado de ações, levadas a cabo pelo poder Público, ou pela sociedade, com o intuito de assegurar os direitos à: (i) saúde; (ii) previdência social; e (iii) assistência social⁹³.

Com base neste dispositivo constitucional, Sérgio Pinto Martins (2003, p. 43) define o conceito de seguridade social como

O conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Celso Barroso Leite (1992, p. 16), por sua vez, leciona que a expressão “seguridade social” foi empregada pela primeira vez, em termos jurídicos, nos Estados Unidos, com o *Social Security Act* (Lei da Seguridade Social). Nos anos subsequentes, a expressão ganhou força, firmou-se e conquistou aceitação internacional, passando a ser utilizada na França (*sécurité sociale*), na Itália (*sicurezza sociale*), na Espanha (*seguridad social*), no Brasil e em Portugal (que optou pela expressão “segurança social”).

Dentre as principais características da seguridade social, aplicáveis ao direito à saúde e à assistência social⁹⁴, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia (2007, p. 19-20), elencam as seguintes: (i) a abrangência a todo e qualquer cidadão em situação de necessidade; (ii) a idéia de benefício, entendido como o bem-fazer

⁹² Vide item 1.2.1 deste Capítulo 1.

⁹³ Celso Barroso Leite (1992, p. 16) acentua o acerto da Constituição Federal ao distinguir o todo (seguridade social) de suas partes (saúde, previdência social e assistência social), isso porque inúmeros países da América espanhola utilizam-se dos termos “seguridade social” e “previdência social” como sinônimos, criando algumas confusões.

⁹⁴ Cabe ressaltar que no tocante à previdência social, ela somente abrange os indivíduos que contribuem para o sistema, que, ademais, é diretamente contributivo.

destinado a tratar de necessidades vitais do homem; (iii) a existência de um risco, ou, em outros termos, a existência de um estado de necessidade; e (iv) o custeio que se dá por meio de contribuições de toda a sociedade.

José Afonso da Silva (2006, p. 830), com base nos incisos do artigo 194 da Constituição Federal, elenca alguns princípios informadores e regentes dos direitos sociais relativos à seguridade social, dentre os quais: (i) o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, eis que deve atender a todas necessidade de todos indivíduos surgidas no seio social; (ii) o princípio da igualdade ou da equivalência dos benefícios, uma vez que as proteções oferecidas são idênticas, não podendo haver distinções em razão de critérios subjetivos; e (iii) o da solidariedade financeira, eis que a Constituição prescreve que será financiada por toda a sociedade.

Como salientado alhures, o presente trabalho pretende focar-se na análise do direito à saúde, mais especificamente na estrutura de financiamento público, deste direito, no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, refoge-se ao âmbito desta pesquisa, adentrar em questões relativas à assistência social, bem como à previdência social.

1.4 O DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 foi extremamente prolixa no trato dos direitos fundamentais, podendo-se notar a positivação de uma determinada lógica de valores que encerra o protagonismo do ser humano no vigente ordenamento jurídico brasileiro, seja pela análise dos fundamentos, seja pela constatação dos fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito constituído.

É nesse contexto que a Carta Constitucional eleva a dignidade da pessoa humana à condição de norma fundante do sistema (art. 1º, inciso I, da CF), e prescreve, como objetivos a serem perseguidos, a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inciso III, da CF), bem como a promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, da CF).

Nessa mesma esteira, o artigo 6º da Constituição de 88 elenca o direito à saúde como um dos direitos sociais (ao lado do direito à educação, à moradia, dentre outros) a serem perseguidos e implementados pela República Federativa do Brasil⁹⁵.

Consequência direta desta constatação é a afirmativa de que, na ordem jurídica estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, como direito social que é, deve ser considerado um direito fundamental⁹⁶, seja pela perspectiva da fundamentalidade formal (eis que positivada como direito fundamental na Constituição), seja pelo prisma da fundamentalidade material (haja vista a imprescindibilidade do bem jurídico tutelado, não havendo vida humana digna sem que se fale em saúde)⁹⁷.

Entretanto, parece coerente a consideração tecida por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2008b, p. 128-129), para quem, ainda que a Constituição Federal não fosse expressa no sentido de conferir a qualidade da jusfundamentalidade ao direito à saúde, este certamente poderia ser considerado como um direito fundamental implícito. Isto porque, a Constituição Federal de 88 salvaguarda inúmeros direitos que apresentam zona de convergência e de superposição com o direito à saúde, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à moradia, dentre outros. Em outras palavras, uma ordem constitucional que protege direitos fundamentais como os supracitados, evidentemente “deve salvaguardar a saúde sob pena de esvaziamento (substancial) daqueles direitos”.

Caso tal constatação já não fosse o bastante, o enunciado do artigo 5º, parágrafo 2º, prescritor da “cláusula de abertura material” do catálogo dos direitos fundamentais, se encarregaria de conferir o regime da jusfundamentalidade ao direito à saúde, tratando-o como um direito fundamental implícito.

⁹⁵ Ingo Sarlet (2007b, p. 3-4) pontua que a Carta Magna brasileira encontra-se em consonância com os diplomas internacionais sobre os direitos humanos, eis que a Declaração Universal da ONU, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, fazem previsão expressa ao direito à saúde. No plano do direito comparado, no mesmo sentido (de considerarem o direito à saúde como um direito fundamental) caminham as Constituições da Argentina, Paraguai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França.

⁹⁶ Sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, *vide* item 1.2.2, deste Capítulo 1.

⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2008b, p. 126) fazem menção à realidade da proteção do direito à saúde no ordenamento jurídico anterior à Constituição Federal de 1988, em que a saúde era protegida mediante normas esparsas, não se falando em acesso universal e igualitário (tal qual previsto atualmente na Constituição Federal). De acordo com os autores, a tutela do direito à saúde se dava de forma indireta, tanto no âmbito das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos, quanto das normas sobre a proteção à saúde na seara laboral e das disposições acerca da garantia de assistência social.

A Seção II (que se estende do artigo 196 ao 200), do Capítulo II (da seguridade social), do Título II (da ordem social), da Carta Constitucional de 88, disciplina o regramento constitucional do direito à saúde.

Da análise deste regramento, o primeiro questionamento que surge diz respeito ao conteúdo jurídico encerrado na expressão “direito fundamental à saúde”, em outras palavras, quais os limites e o alcance que a Constituição Federal traçou ao prescrever o direito à saúde⁹⁸. É diante desta dificuldade que Ana Paula de Barcellos (2010, p. 803) assevera ser

Agradável afirmar de forma singela que os direitos à vida e à saúde são protegidos constitucionalmente [...]. A verdade, porém, é que quando se busca mapear de forma mais precisa o sentido e o alcance dessa afirmação, problemas complexos surgem e não é possível fugir deles.

O ponto de partida na busca pelo conteúdo constitucional do direito à saúde é o artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Segundo este dispositivo, o direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem: (i) a *redução* do risco de doenças e de outros agravos; e (ii) a *promoção, proteção e recuperação* da saúde.

De acordo com Germano André D. Schwartz (2001, p. 27), a Constituição de 88, ao consignar: (i) o termo “recuperação”, está fazendo alusão à noção de “saúde curativa”, tomada como garantia de acesso aos instrumentos aptos a curar a doença; (ii) o signo “proteção” e a expressão “redução do risco de doenças e outros agravos”, está positivando a noção de “saúde preventiva”, tido como a implementação de políticas e ações, na área de saúde, cujo intuito é o de evitar o aparecimento de doenças; e, finalmente, (iii) a palavra “promoção” está prescrevendo a busca pela qualidade de vida, mediante políticas ensejadoras de melhorias na qualidade de vida e saúde das pessoas⁹⁹.

Em síntese, Schwartz (2001) afirma que a Constituição Federal de 1988, ao positivar o direito fundamental à saúde, prescreveu que este deve ser buscado por meio de políticas preventivas e curativas que permitam ao ser humano uma vida com qualidade,

⁹⁸ Na busca pelo conteúdo jurídico do direito à saúde, Mariana F. Figueiredo (2007, p. 77-80) e Luís Roberto Barroso (2010, p. 883-884) fazem interessante estudo acerca do desenvolvimento histórico da definição do conceito de saúde.

⁹⁹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana F. Figueiredo (2008b, p. 132), a positivação, por intermédio do direito à saúde, da busca pela qualidade de vida, demonstra sintonia da Constituição de 88 com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como com a busca pela implementação “do mais alto nível possível de saúde”, tal como prescrito, respectivamente, nos artigos 2º e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC).

superando o enfoque meramente negativo do direito à saúde, tomado como a “ausência de enfermidades”.

Neste mesmo sentido caminha o conceito de saúde propugnado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que a vislumbra como a busca pela “obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social”, resumindo-se na idéia de qualidade de vida (FIGUEIREDO, 2007, p. 81-82).

Portanto, o artigo 196 da Constituição Federal prescreve que o direito à saúde, ademais de um direito fundamental de todos, é um dever acometido ao Poder Público, que deve buscar a sua efetivação no plano social, mediante ações e políticas “curativas” e “preventivas” que permitam aos cidadãos o gozo de uma vida com o mais alto nível de qualidade possível.

Todavia, pensar que a saúde é um dever tão somente do Estado (em sentido amplo), é restringir-se a uma interpretação meramente literal do dispositivo em questão. Na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007b, p. 5), entende-se que o direito à saúde traz, de forma correlata, um dever fundamental de respeito e promoção, tanto para a administração pública quanto para o particular, haja vista serem todos destinatários das normas jurídicas que veiculam os direitos fundamentais. É esta a interpretação que se sustenta diante do postulado da unidade da Constituição, privilegiando uma hermenêutica sistemática do ordenamento constitucional e deixando de lado interpretações literais, que, ao tomar um dispositivo para interpretá-lo, o isolam do todo constitucional como se fosse possível interpretar a Constituição em tiras.

Enfim, tanto o Estado quanto os particulares têm o “dever de respeito ao direito à saúde”, abstendo-se de agir no sentido de impedir o gozo do direito à saúde, como têm o “dever de promoção do direito à saúde”, devendo agir, seja direta ou indiretamente, para promovê-lo.

Como exemplos de “dever de respeito ao direito à saúde” acometido à administração pública e ao particular, pode-se afirmar que o Estado não pode tomar medidas que provoquem o retrocesso do direito à saúde, como a revogação de uma lei concretizadora do mesmo (princípio da vedação do retrocesso), bem como um indivíduo não pode agredir ao outro, violando sua integridade física (tanto é que há normas jurídicas de cunho penal que regram tal situação ao tipificarem o crime de lesão corporal – art. 129 do Código Penal (BRASIL, 1940)).

Quanto ao “dever de promoção do direito à saúde”, o Estado, dentre outras medidas, deve agir no sentido de disponibilizar, gratuitamente, médicos da rede pública,

enquanto o particular, por exemplo, no caso de um acidente em que esteja presente, tem o dever jurídico de prestar auxílio ao acidentado (tal qual prescrito no artigo 135 do Código Penal (BRASIL, 1940), ao positivar o crime de omissão de socorro).

Esta constatação coaduna-se com a dupla dimensão dos direitos fundamentais, eis que o direito à saúde, tal qual os demais direitos fundamentais, apresenta uma dimensão positiva¹⁰⁰ (direito à prestação) e uma dimensão negativa (direito de defesa)¹⁰¹. Impede-se, portanto, que o Estado e os particulares atuem no sentido de impedir o gozo do direito à saúde, bem como, exige-se que, em determinadas situações, atuem no sentido de prestar tal direito, buscando efetivá-lo.

No que tange aos titulares do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, algumas ponderações devem ser feitas. Isto porque, uma interpretação meramente literal do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, pode conduzir à equivocada noção de que os direitos fundamentais consagrados somente podem ser usufruídos por brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, excluindo os estrangeiros não residentes. Entende-se que esta cláusula deve ser interpretada de maneira parcimoniosa, não se aplicando a todos e quaisquer direitos fundamentais, mas somente àqueles de titularidade restrita, como os direitos políticos e os direitos dos trabalhadores, por exemplo (SARLET, 2007b, p. 6).

Partindo-se de uma análise mais ampla da Constituição, percebe-se que esta cláusula restritiva não pode ser estendida ao direito à saúde, até mesmo em razão do que prescreve o artigo 196 da Constituição de 88, que estende tal direito fundamental a todas as pessoas que dele necessitem. Ademais, interpretação contrária levaria ao absurdo de se admitir que o Estado brasileiro atente contra a saúde de estrangeiros não residentes no país, uma vez que o direito à saúde, em sua dimensão negativa, não os protegeriam.

É inegável que esta interpretação não se coaduna com os fundamentos da Constituição Federal, que dentre outros preza pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º,

¹⁰⁰ Mariana Filchiner Figueiredo (2011, p. 36-37). divide o “direito a prestações” em: (i) direito a prestações em sentido lato, que por sua vez se subdivide em (i.a) direito à organização e procedimento, explicitado pelo conjunto de atos normativos e legislativos que tratam do direito à saúde, dentre os quais se destacam a Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 8.142/1990, e (i.b) direito de proteção, que alberga o correlato dever de o Estado executar ações que fomentem o direito à saúde (política sanitária, intervenção sobre o mercado de medicamentos e insumos, dentre outros); e (ii) direito a prestações em sentido estrito, ou direito a prestações materiais que “fundamenta posições jurídico-subjetivas concernentes à exigibilidade das mais variadas prestações, inclusive pela via judicial”.

¹⁰¹ Inúmeros juristas, dentre os quais, Humberto Ávila (2006, p. 30) e Eros Roberto Grau (2005, p. 23), destacam a distinção entre a norma jurídica e o texto do direito positivo. A norma jurídica é a interpretação que se faz a partir da leitura do dispositivo, pelo que da leitura de um único dispositivo pode-se chegar a mais de uma norma jurídica. É o que ocorre com o artigo 196 da Constituição, que ao prescrever o direito à saúde como um dever do Estado, exige que este não a viole (dimensão negativa), bem como a promova (dimensão positiva).

inciso I, da CF), valor que impescinde do gozo do direito à saúde, à vida, à integridade física, dentre outros. Enfim, o direito à saúde alberga toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou estrangeira, seja ela residente ou não no país.

Fala-se, neste contexto, na garantia de “acesso universal e igualitário” ao direito à saúde, positivada no artigo 196 da Constituição Federal, e que deve ser prestado de forma integral (artigo 198, inciso II, da CF). Estes são, portanto, os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS): (i) acesso universal; (ii) acesso isonômico; e (iii) atendimento integral.

Octávio Luiz Motta Ferraz (2007) adverte que um observador apressado poderia concluir pela contraditoriedade de tais princípios e pela consequente impossibilidade de sua realização concomitante, gerando um sentimento negativo de que o direito à saúde é promessa utópica.

Isto porque num cenário de recursos escassos como o do SUS, não é possível garantir acesso universal e igualitário conferindo, ao mesmo tempo, atendimento integral. Em outras palavras, a limitação dos recursos do SUS exige, inevitavelmente, restrições, seja no lado da oferta (atendimento), seja no lado da demanda (acesso), ou em ambos.

Para evitar o cometimento de tais equívocos, deve-se interpretar com cautela os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde. O que se quer dizer é que tais princípios não podem ser compreendidos no seu sentido literal, devendo-se empreender esforços para interpretá-lo à luz da sistemática constitucional.

Neste sentido pontuam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana F. Figueiredo (2008b, p. 10)

A universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais”.

Em outras palavras, a noção de “reserva do possível”, analisada conjuntamente ao princípio da igualdade (em sua faceta material), conduz à mitigação da gratuidade universal do acesso às prestações públicas do serviço de saúde¹⁰². Em outros termos, como o direito à saúde tem que ser prestado a todos, de maneira universal e igualitária e os recursos públicos são escassos, deve-se prezar por critérios que, pautados na isonomia

¹⁰² Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana F. Figueiredo (2008b, p. 149) trazem interessantes exemplos de políticas públicas que adotam esta concepção, bem como doutrinas e jurisprudências que sustentam este entendimento.

material, consigam atender a toda a população de forma a maximizar a efetivação do direito à saúde, dentro da realidade dos limites orçamentários.

Portanto, o critério da necessidade individual, que determina o gasto de acordo com a carência individualmente considerada de cada cidadão, é claramente insuficiente, diante da escassez de recursos, para dar vazão aos princípios da universalidade e da igualdade (material) na prestação de serviços que efetivem o direito à saúde¹⁰³.

Neste sentido, Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulpino Viera (2009, p. 240) afirmam que

Não é simples determinar, em situações concretas, o que os princípios abstratos de universalidade e igualdade requerem. Há, é claro, casos bem evidentes, como a proibição de discriminação. [...] Entretanto, para além desses casos claros, é extremamente complexo especificar com precisão o que a igualdade e a universalidade requerem, e o principal fator complicador é sem dúvida a escassez de recursos [...]. Se os recursos fossem infinitos, como popularmente se pensa que sejam, o princípio do acesso universal igualitário poderia ser facilmente concretizado pela alocação de recursos de acordo com as necessidades de saúde de cada um. Contudo, em face da escassez de recursos, a necessidade individual é claramente insuficiente como critério alocativo. Outros critérios são necessários para determinar quais, entre os inúmeros indivíduos necessitados dos recursos escassos, terão suas necessidades atendidas e quais não terão, o que, muitas vezes, apresenta consequências fatais.

Deve-se deixar de lado o conceito de direito à saúde como sinônimo de “ausência de doenças”, pois “no mundo real, não haveria e provavelmente jamais haverá recursos suficientes para implementar universalmente (isto é, *para todos*) um direito à assistência à saúde ilimitado”¹⁰⁴ (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 242).

Toma-se como adequado, portanto, o entendimento esposado pelo Comitê de Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, ao interpretar o artigo 12 do Pacto Internacional sobre tais direitos (ratificado pelo Brasil), entende que o direito à saúde não deve ser entendido como o direito a estar sempre

¹⁰³ Não se pretende, no seio deste trabalho, oferecer uma fórmula pronta e acabada para solucionar a problemática acerca da prestação equitativa de ações e serviços públicos de saúde em um cenário de escassez de recursos. Visa-se, por outro turno, reposicionar a discussão, pondo em foco o argumento da finitude dos recursos públicos para rechaçar posicionamentos que advogam a universalidade do direito à saúde como um princípio a obrigar o Estado a disponibilizar todo e qualquer meio para garantir as necessidades individuais de cada cidadão.

¹⁰⁴ Ressalta-se, porém, não ser esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 271.286-Agência Reguladora/RS; relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Neste julgamento decidiu-se que “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.”

saudável, senão como o direito a uma sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis (COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2012).

No tocante ao atendimento integral, este não deve ser entendido como aquele que açambarca toda e qualquer problema de saúde. Conforme lições de Octávio Luiz Motta Ferraz (2007), “a expressão ‘atendimento integral’ deve ser interpretada à luz do conceito de integralidade em saúde que a inspirou”. Este entendimento finca raízes no movimento da “medicina integral”, que

compreende três ideais inter-relacionados: enxergar o paciente como um todo, e não apenas como portador de uma doença específica; integrar ações preventivas com ações curativas; e integrar todos os níveis operacionais de atenção à saúde (primário, secundário e terciário) (FERRAZ, 2007).

Pode-se dizer que o “atendimento integral” se aproxima muito mais do conceito de “integração” do que propriamente do de “integralidade”, como classicamente vem sido defendido por constitucionalistas brasileiros. Não se fala, portanto, em cobertura ilimitada para toda e qualquer necessidade, mas sim de políticas prestacionais caracterizadas pela integração de todos os níveis operacionais de atenção à saúde¹⁰⁵ e pela integração de ações preventivas com ações curativas.

Uma vez compreendido o que se entende por atendimento integral, cumpre ressaltar que o mesmo encontra limites de ordem técnica e científica que acabam por abrandar o leque possível de ações públicas voltadas à implementação do direito à saúde, dando azo a prestações que prezam por “critérios de segurança e eficiência no tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se, também, às noções de economicidade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008b, p. 149), bem como à noção de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

¹⁰⁵ Vislumbram-se, na realidade brasileira, investimentos mais pesados no aspecto terciário, enquanto que o primário e o secundário são relegados a segundo plano. O nível primário diz respeito à atenção básica à saúde, que perfaz um conjunto de ações, de caráter individual e coletivo, situadas no primeiro nível de atenção do sistema de saúde, voltadas para a promoção da saúde, a prevenção de agravos, o tratamento e a reabilitação. É a primeira atenção que a população recebe, sendo a porta de entrada aos demais níveis. No nível primário quem atua são as Unidades Básicas de Saúde (UBS), popularmente denominadas de “posto de saúde”, que realizam ações e programas de caráter preventivo e curativo de saúde, sendo voltados para todos os cidadãos. O nível secundário é instrumentalizado mediante os ambulatórios especializados (como, por exemplo: ambulatórios de cardiologia, ambulatório de neurologia, etc.), atendendo às demandas de média complexidade. Para ser atendido nesse nível, o usuário necessita, obrigatoriamente, ter sido atendido no nível primário, ou em serviços de urgência e emergência. O nível terciário perfaz o atendimento de alta complexidade, compreendendo a reabilitação da saúde. Os hospitais instrumentalizam esse atendimento, sendo curial, para se chegar a esse nível, que se tenha passado pelos anteriores.

Neste contexto, sustenta-se uma presunção de vedação aos tratamentos e medicamentos experimentais custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja porque não se tem parâmetros precisos acerca da segurança do tratamento (pelo que o fundamento da dignidade da pessoa humana refuta a sua utilização), seja pelo desconhecimento acerca da real eficiência do mesmo (não podendo ser aceito ao se levar em conta critérios de economicidade).

Com efeito, a Constituição de 1988 prescreve, em seu artigo 198, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constitutiva de um sistema único de saúde (fundamento constitucional do SUS), cujas diretrizes a serem seguidas são: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade.

É com lastro neste dispositivo que o Congresso Nacional aprovou, em setembro de 1990, a Lei Orgânica da Saúde (Lei n°. 8.080/1990), que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a estrutura organizacional e o modelo operacional e funcional do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁰⁶ (BARROSO, 2010, p. 885).

O artigo 200 da Constituição Federal traz as atribuições afeitas ao Sistema Único de Saúde, que se encontram reguladas pelo art. 6º da Lei n° 8.080/1990 (BRASIL, 1990), as quais: (i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (ii) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; (iii) ordenar a formulação de recursos humanos na área de saúde; (iv) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (v) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; (vi) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; (vii) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e (viii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Já os objetivos constitucionais do SUS contidos na Constituição Federal, encontram-se listados no artigo 5º da Lei n°. 8.080/1990 (BRASIL, 1990), dentre os quais:

¹⁰⁶ Dentre os inúmeros estudos acerca da organização e do funcionamento do Sistema Único de Saúde, destaca-se o realizado por Mônica de Almeida Magalhães Serrano (2009).

(i) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; (ii) a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do dever do Estado de garantir a saúde; e (iii) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Refoje ao âmbito desta pesquisa entrar em maiores detalhamentos do trato infraconstitucional do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se, apenas, que estes objetivos e atribuições afeitos ao Sistema Único de Saúde (e presentes tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional) pressupõem vultosos gastos em todas as esferas de governo (LAZZARI, 2003, p. 22-26), afigurando-se, imprescindível, o estudo da sua sistemática de financiamento, objeto de trabalho desta monografia, e que será levado a cabo de maneira mais detalhada no seu capítulo II.

Cabe ressaltar que, ao lado do Sistema Único de Saúde, o ordenamento jurídico brasileiro admite o sistema de medicina privada, eis que o artigo 199 da Constituição Federal prescreve que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

À luz do parágrafo 1º do artigo 199, é possível, ainda, que as instituições privadas participem, também, de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo as diretrizes deste, por meio de contrato de direito público ou mesmo por convênio, sendo dada preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos (TORRES, 2008b, p. 376).

O sistema de medicina privada pode ser prestado: (i) diretamente por profissionais autônomos que exercem a medicina em âmbito privado, mediante contraprestação do paciente no ato da prestação do serviço; e (ii) indiretamente por profissionais autônomos, mediante intermediação do segmento dos planos e seguros privados de saúde, cujo financiamento é levado a cabo em âmbito particular (seja pelo próprio usuário, seja pelo seu empregador) (PIOLA; RIBEIRO; SERVO, 2006, p. 289-290).

No mais, fala-se, ainda, na prestação do serviço da saúde aos servidores públicos civis e militares, de acesso restrito aos mesmos, e custeado com recursos públicos e contribuições dos próprios servidores. Tal segmento perfaz o denominado “sistema de clientela fechada” (PIOLA; RIBEIRO; SERVO, 2006, p. 290).

Pode-se afirmar, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro comporta três sistemas de acesso populacional aos serviços de saúde: (i) o Sistema Único de Saúde, com acesso universal e gratuito, eis que financiado por verbas públicas; (ii) o sistema privado,

cujo acesso é seletivo na medida em que se configura contributivo¹⁰⁷; e (iii) o “sistema de clientela fechada”, segmento de atenção restrita aos servidores públicos (civis e militares), com acesso também seletivo e financiado por recursos públicos e com recursos decorrentes do pagamento de contribuições por parte de seus usuários.

Finalmente, não seria demasiado afirmar que nos três sistemas supracitados há, de alguma forma, dinheiro público financiando-os. No caso do SUS, de forma mais preponderante e direta; no do “sistema de clientela fechada” de forma direta, porém, menos preponderante; e no sistema privado, de maneira direta mediante subvenções e indireta mediante renúncias fiscais (desconto de gastos com médicos, laboratórios, hospitais e planos de saúde, nos rendimentos da pessoa física, para fins de abatimento da base de cálculo do imposto sobre a renda).

1.5 TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS. ESCASSEZ DE RECURSOS. RESERVA DO POSSÍVEL. ESCOLHAS TRÁGICAS: os problemas fático-econômicos e jurídicos na eficácia do direito fundamental à saúde

Como vem sendo defendido nesta pesquisa, amparando-se no trabalho de Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999), todo e qualquer direito fundamental, para que se veja implementado pelo Estado, implica em significativos gastos públicos.

Nesse sentido, não são apenas os denominados direitos sociais que geram a necessidade de alocação de recursos públicos materiais e humanos para sua proteção e efetividade, mas também os direitos civis e políticos. Refuta-se, com efeito, o senso comum segundo o qual apenas os direitos sociais são custosos (no sentido de exigirem dispêndios públicos).

Nesta esteira, não seria possível o exercício de direitos civis, como o direito à propriedade sem gastos públicos, por exemplo, no sentido de aparelhar polícia judiciária e administrativa que garanta-o no caso de sua violação. Na mesma toada, não há o que se falar em direito políticos, como o direito de voto, sem custos com o aparelhamento de

¹⁰⁷ São válidas as críticas tecidas por Ricardo Lobo Torres (2008b, p. 376) para quem o sistema público é precário, sendo reservado aos pobres e miseráveis, salvo no que concerne aos estabelecimentos universitários e modelares, que são objeto de predação pelas classes média e rica, que, ademais, são as que consomem o sistema privado de saúde.

órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições, o dispêndio de recursos para cobrir os custos atinentes à realização de uma eleição, bem como os repasses financeiros aos partidos políticos oriundos dos fundos partidários que a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 17, parágrafo 3º (WANG, 2007, p. 5).

Entretanto, ciente de que os recursos são escassos e as necessidades sociais são infinitas, o Poder Público deve fazer certas “escolhas trágicas”¹⁰⁸ (CALABRESI; BOBBIT, 1978), o que pressupõe direitos preteridos¹⁰⁹.

É por este motivo que Sunstein e Holmes (1999, p. 94) ponderam que “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”¹¹⁰. Em outras palavras, frente a uma realidade de recursos escassos, não há como efetivar todos os direitos (inclusive os sociais) em seu patamar máximo. Deduz-se, portanto, que “o grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar”¹¹¹ (SARMENTO, 2010, p. 555).

Diante deste pano de fundo surge a noção de “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”), conhecida entre os estudiosos da ciência econômica como “limite do orçamento”, cujo significado é coincidente, a saber, “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigência de harmonização econômica geral” (SCAFF, 2011, p. 96).

O fato é que a “reserva do possível” surgiu, em termos jurídicos, na Alemanha dos anos de 1970 (SARLET; FIGUEIREDO, 2008a, p. 29), tendo sido acolhida pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) no trato do caso¹¹² (que ficou conhecido como “*numerus-clausus Entscheidung*”) de um estudante que exigia o seu direito de acesso ao ensino superior no curso de “medicina humana”¹¹³, que apresentava elevada demanda e altos custos.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional Alemão firmou posicionamento no sentido de que, diante da escassez de recursos, garantir vagas irrestritas a todos no curso de “medicina humana” geraria altíssimos custos, haja vista a grande procura, bem como os

¹⁰⁸ “Tragic choices”.

¹⁰⁹ Com a realização destas escolhas trágicas, é possível constatar que certos direitos fundamentais (a partir de uma ótica individual) “não ultrapassam a barreira da promessa constitucional” (SILVA, 2010a, p. 592), ficando à margem de uma efetivação social plena.

¹¹⁰ “Taking rights seriously means take scarcity seriously”.

¹¹¹ Eros Roberto Grau (2006, p. 133-134) tece interessante crítica ao excesso de idealismo de algumas teorias quando da análise da temática da efetivação dos direitos sociais.

¹¹² BVERFGE 33, 303, de 18/07/1972. Os principais trechos desta decisão encontram-se traduzidos para a língua portuguesa na obra de Jürgen Schwabe (2005, p. 656-667).

¹¹³ Abrangente dos cursos de medicina e odontologia.

relevantes dispêndios que exige, o que conduziria ao sacrifício de inúmeros outros direitos. Portanto, considerando-se a “reserva do possível”, a decisão caminhou no sentido de que “não se podia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário de prover seu próprio acesso a um direito” (CALIENDO, 2008, p. 196-197).

Fernando Facury Scaff (2011, p. 97) alerta para o fato de que a jurisprudência brasileira vem maltratando e hostilizando a noção de “reserva do possível”, como se por detrás deste argumento estivesse um complô da Administração Pública cujo intuito fosse o de esconder recursos públicos para não implementar os direitos fundamentais sociais, e nem, tampouco, obedecer às determinações judiciais que a obrigue a tanto.

Nesta senda, prossegue o autor afirmando que a “reserva do possível” é conceito de lavra dos economistas e que decorre da constatação da escassez de recursos (seja público, seja privado), diante da infinitude das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais, o que deságua na afirmação de que o Poder Público, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades (por meio dos órgãos competentes para fazê-lo), deve levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas (SCAFF, 2011, p. 97).

Vale ressaltar a existência de autores, como Andreas J. Krell (2002, p. 51), que defendem a impossibilidade de utilização do argumento da “reserva do possível” no direito brasileiro, apontando a sua recepção no Brasil como “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”. A afirmativa se justifica na medida em que a utilização da “reserva do possível” no Brasil, país pobre e com um alto déficit sócio-econômico, esvazia a força normativa dos direitos sociais.

Daniel Sarmiento (2010, p. 570), por outro lado, aponta uma contradição no argumento de Krell (2002), haja vista que a maior carência econômica dos países do Terceiro Mundo, “torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais”. E conclui: “Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância”.

Com estribo na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2008b, p. 304-308), pode-se afirmar que a “reserva do possível” apresenta, ao menos, duas dimensões: (i) uma dimensão fático-econômica; e (ii) uma dimensão jurídica.

A perspectiva fático-econômica da “reserva do possível” diz de perto com a efetiva disponibilidade de recursos econômicos para a implementação dos direitos fundamentais¹¹⁴. Assim, diante da escassez de recursos, a escolha pública (escolha trágica) deve buscar a igualdade no sentido de somente conceder a um indivíduo o que poderá ser disponibilizado a todos os que se encontrarem na mesma situação. Em outro termos, deve-se prezar pela “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes” (SARMENTO, 2010, p. 571-572).

Já a faceta jurídica da “reserva do possível” pode ser vista a partir de dois primas: (i) um arrecadatório-tributário; e outro (ii) orçamentário-financeiro.

A perspectiva arrecadatório-tributária possui íntima ligação com a dimensão fática da “reserva do possível”. Explica-se. Partindo da premissa de que é a sociedade que financia o Estado (por meio do pagamento de tributos) para a implementação dos direitos fundamentais, a escassez de recurso no plano fático tem raiz, sobretudo, em normas jurídicas que limitam o poder de tributar.

Posto de outra maneira, a escassez de recursos é limitação fática que encontra raiz em limitações jurídicas, eis que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante o direito à propriedade privada, cujo corolário no direito tributário é o princípio do não-confisco (dentre outras limitações constitucionais ao poder de tributar constitucionalmente previstas, como os princípios da isonomia e o da capacidade contributiva), impedindo que o Estado busque receitas tributárias, no seio privado, de forma irrestrita e expropriatória.

Acrescenta-se, ainda, à perspectiva jurídica da “reserva do possível”, limitações de ordem orçamentário-financeira, que exigem, em nome do princípio da legalidade da despesa¹¹⁵, a previsão e a autorização orçamentária para que o Estado realize determinada despesa pública. Não se admite a alocação de recursos públicos contra as regras orçamentárias (LOPES, 2008, p. 180).

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro traz certas regras para que o Poder Público proceda à realização destas escolhas trágicas por meio do sistema orçamentário¹¹⁶, conectando as receitas públicas com gastos atinentes à implementação dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde. Aqui transparece um ponto fulcral de intersecção entre os direitos fundamentais e o direito financeiro, fincando estaca na

¹¹⁴ Interessante a afirmação feita por Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath (1997, p. 13), para quem, “o que deve o Estado atender, [...] e aquilo que dentro da realidade pode ele resolver, fica o imponderável econômico”.

¹¹⁵ Os princípios orçamentários serão tratados no Capítulo 2, mais especificamente no item 2.2.3.

¹¹⁶ Que será melhor esmiuçado no item 2.2 do Capítulo 2.

imprescindibilidade de uma análise financeiro-orçamentária quando da busca pela efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, como o caso do direito à saúde (SCAFF, 2011, p. 101).

Ademais, tendo-se em conta que as escolhas orçamentárias são frutos de decisões políticas, e não meras obras da natureza, devendo atenção às regras previstas no próprio ordenamento jurídico, a alegação de limites orçamentários por Parte do Poder Público sujeita-se a impugnações jurídica e judiciais (LOPES, 2008, 179).

1.6 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS, A SOLIDARIEDADE SOCIAL NA TRIBUTAÇÃO E O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme assentado no item anterior¹¹⁷, o Estado necessita angariar recursos para fazer frente aos gastos que conduzam à implementação dos direitos fundamentais. No Brasil, a parcela mais considerável¹¹⁸ da receita pública é oriunda da atividade tributária do Estado¹¹⁹, configurando o que se denomina de “Estado Fiscal”¹²⁰.

Em estudo acerca dos deveres fundamentais, José Casalta Nabais (2007, p. 164-165) assevera tratarem-se (juntamente com os custos dos direitos) de uma face oculta dos direitos fundamentais, sendo, a sua análise, “absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo [...] em sede dos direitos fundamentais”.

Portanto, a despeito do atual esquecimento dos deveres fundamentais¹²¹ (seja pelos Diplomas Constitucionais, seja pelos estudiosos do direito constitucional), estes não podem ser deixados à margem quando de uma análise de efetivação dos direitos

¹¹⁷ Item 1.5 do Capítulo 1.

¹¹⁸ Flávio Rubinstein (2010a, p. 52) demonstra que as receitas originárias, com a própria evolução do Estado, foram paulatinamente perdendo importância em favor da ascensão das receitas (derivadas) tributárias, movimento que acompanhou a própria redução do papel intervencionista estatal na economia e as conquistas democráticas. Ressalta, ainda, que nas últimas décadas, diversos países – inclusive o Brasil – presenciaram um movimento de fortalecimento da importância das receitas originárias, mais especificamente das provenientes da exploração de recursos minerais.

¹¹⁹ Trata-se de receitas derivadas, que, segundo Carlos M. Giuliani Fonrouge (1997, p. 241), são aquelas que o Poder Público busca no seio privado mediante o exercício do seu poder de império.

¹²⁰ Sobre a figura do “Estado Fiscal”, *vide* José Casalta Nabais (2009, p. 191-221). Ernst Forsthoff (1986, p. 71) defende a tese de que é somente a partir do Estado Fiscal que se pode garantir o correto desenvolvimento do Estado Social em consonância com o Estado de Direito.

¹²¹ José Casalta Nabais (2007, p. 166-167) constata tal esquecimento e o justifica em razão: (i) da conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, eis que era necessário exorcizar um passado dominado por deveres sem direitos; e (ii) da estrita visão liberal dos direitos fundamentais.

fundamentais, eis que são deveres correlativos de direitos fundamentais, constituindo a face passiva destes direitos (NABAIS, 2007).

Neste contexto, quando se fala em custo financeiro para a implementação dos direitos fundamentais, fala-se, em outras palavras, no dever fundamental de pagar tributos. Isto porque, se o Estado tem o dever de dar vazão aos direitos fundamentais, que, por sua vez, possuem custos financeiros que, em um Estado Fiscal como o brasileiro, são suportados pela sociedade mediante o pagamento de tributos, resta clara a conclusão de que o dever fundamental de pagar tributos e os direitos fundamentais são face e contraface de uma mesma realidade.

Entretanto, um leitor desavisado pode se perguntar o porquê da afirmação de que toda a sociedade deve suportar, financeiramente, os custos dos direitos fundamentais. Em outras palavras, poder-se-ia questionar porque o dever fundamental de custear os direitos fundamentais pelo pagamento de tributos recai sobre toda a sociedade e não somente sobre quem se beneficia do mesmo. É neste sentido que Fernando Facury Scaff (2010, p. 25) pontua a existência de estudiosos que defendem que “tais custos deveriam ser arcados por quem efetivamente utilize os serviços públicos disponibilizados”, afastando o peso do seu custeio dos ombros da sociedade, dando azo ao princípio do benefício¹²².

Juan Manuel Barquero Estevan (2002), dentre outros¹²³, insurge-se contra a assertiva de que cada cidadão deve arcar com os custos financeiros do serviço público que consumir, trazendo inúmeros argumentos que podem ser sintetizados sob a égide da noção de solidariedade social na tributação, valor positivados na Constituição de 88.

A tributação não pode ser vista como um fim em si própria, como algo bastante em si. Deve, por outro lado, ser interpretada dentro do contexto em que está inserida. Logo, prezando por uma interpretação sistemática da Constituição de 88, a atividade tributária estatal deve coadunar-se aos fundamentos (art. 1º da CF) e aos objetivos (art. 3º da CF) que a própria Carta Magna prescreve à República Federativa do Brasil. Nas palavras de Fernando Facury Scaff (2009), a tributação deve alinhar-se aos pontos de partida

¹²² Sobre o princípio do benefício *vide* as obras de: (i) Thomas Nagel e Liam Murphy (2005, p. 18-28); e (ii) Ricardo Lobo Torres (2005b, p. 343-347). Vale ressaltar que este princípio é, em geral, aplicável, no ordenamento jurídico brasileiro, para fundamentar determinadas espécies tributárias, como as taxas e as contribuições de melhoria. Fala-se “em geral”, visto a existência de determinadas desonerações de indivíduos mais pobres, como no caso da “isenção da taxa de acesso ao Poder Judiciário”.

¹²³ Como, por exemplo, José Casalta Nabais (2009); Ricardo Lobo Torres (2005b, p. 180); Marco Aurélio Greco (2005); Fernando Facury Scaff (2010, p. 25); dentre outros.

(fundamentos), bem como aos pontos de chegada (objetivos), que a sociedade brasileira elegeu para si.

Já em seu preâmbulo¹²⁴ a Constituição de 1988 assevera que o Brasil configura um “Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, e afirma a existência de um conjunto de “valores supremos de uma sociedade fraterna [...] fundada na harmonia social”, dentre os quais a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Assim, parece claro que o enunciado preambular denota os primeiros traços de que a Carta Constitucional trata a tributação como um dever fundamental pautado na noção de solidariedade social, eis que afirma que a República Federativa do Brasil deve assegurar os direitos sociais e individuais (que, como defendido, possuem um custo financeiro), ao mesmo tempo em que assevera a existência de um plexo de valores, dentre os quais a igualdade material e a justiça, que norteiam uma sociedade fraterna e fundada na harmonia social, o que denota a repartição social dos custos financeiros dos direitos.

A Constituição Federal, ao pontuar, em seu artigo 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil, prescreve tratar-se de um “Estado Democrático de Direito”. Trata-se, nas palavras de Elías Díaz (1983), do estado que se pretende aprimorado, haja vista não renegar, mas incorporar, dialeticamente, os modelos liberal e social, superando-os.

O “Estado Democrático de Direito” congloba os elementos ínsitos ao Estado de Direito – que protege a liberdade, propriedade e etc. – e ao Estado Social – modificador da realidade em função da igualdade material e da solidariedade¹²⁵ (GRECO, 2005). O constituinte foi além do mero Estado formal de Direito, visando também a justiça social, ou como bem pontuou Miguel Reale (1998, p. 3), “o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social”, afirmando ser este o “espírito da Constituição de 88”.

Aliando-se tal fundamento com o objetivo de contruir uma “sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, da CF), aflora o princípio da solidariedade social, cujo conceito remete à noção de ação conjunta (solidária) para o atingimento da Justiça Social. Isso conduz à conclusão da existência de um dever fundamental que cada cidadão tem de

¹²⁴ Sobre a defesa da força normativa do preâmbulo da Constituição Federal, *vide* Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 78-96).

¹²⁵ Ricardo Lobo Torres (2005c, p. 198) adverte que a solidariedade também era um valor fundante do “Estado de Direito”, estando presente na clássica tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), entretanto, o pensamento jurídico da época exacerbou a idéia de liberdade, diluindo-a no princípio da legalidade, esquecendo dos valores “justiça” e “solidariedade”.

contribuir a fim de financiar este Estado Social e Democrático de Direito (YAMASHITA, 2005, p. 60).

Ademais, pode-se aditar, ainda, como argumento a fundamentar a noção de solidariedade social na tributação, o princípio da capacidade contributiva¹²⁶, na sua faceta subjetiva¹²⁷. Isto porque, a partir da leitura do artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal, os tributos¹²⁸, sempre que possível, deverão ser pessoais, e graduados de acordo com a capacidade contributiva de cada indivíduo. Em outras palavras, contrapondo-se ao princípio do benefício, o princípio da capacidade contributiva (subjetiva) prescreve que todos deverão arcar, na medida de sua capacidade econômica, para com a manutenção da República, ou, “coisa do povo” (*res* = coisa; e *publicae* = “do povo”).

Não seria demais atentar para o fato de que, no caso específico do custeio do direito à saúde, a Constituição Federal, ao afirmar, em seu artigo 196, tratar-se de um dever também a ser cumprido pelos particulares¹²⁹, incute, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição que considere os dispositivos acima mencionados, que todos devem arcar com o ônus financeiro para a efetivação do direito à saúde.

Resumindo em uma frase que sintetise o argumento: o artigo 196 da Constituição Federal prescreve o dever fundamental, direcionado a todos os cidadãos (salvo determinadas exceções), de contribuir, mediante o pagamento de tributos, e na medida de seus haveres, para com o financiamento do direito à saúde no Brasil.

Na realidade jurídica brasileira, as relações entre a “tributação”, o valor da “solidariedade social” e a noção de “dever fundamental de pagar tributos” são mal compreendidas e recebidas de forma hostil, por se imaginar que esta construção credenciaria o Estado a cobrar dos contribuintes qualquer tipo de exação tributária, fazendo *tabula rasa* das limitações ao poder de tributar.

¹²⁶ Sobre o princípio da capacidade contributiva, *vide* os trabalhos de: (i) José Maurício Conti (1996); (ii) Marcelo Saldanha Rohenkohl (2007); Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 273-300); Klaus Typke e Douglas Yamashita (2002); e Thomas Nagel e Liam Murphy (2005, p. 28-43).

¹²⁷ De acordo com Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 301-307), o princípio da capacidade contributiva apresenta duas faces: (i) uma objetiva (ou absoluta), que diz respeito ao dever (pré-jurídico) de o legislador escolher fatos que exibam conteúdo econômico para figurarem como materialidade da hipótese de incidência tributária; e (ii) uma subjetiva (ou relativa), que diz respeito à repartição do impacto tributário, de tal forma que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com sua capacidade econômica.

¹²⁸ Entende-se que o constituinte foi tecnicamente impreciso ao prescrever que os “impostos”, e não os “tributos”, serão graduados, sempre que possível, de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, isto porque há, no ordenamento jurídico brasileiro, espécie tributária outra que não o imposto, que também se fundam no princípio da capacidade contributiva subjetiva, como é o caso das contribuições sociais.

¹²⁹ Sobre a interpretação sistemática do artigo 196 da Constituição Federal, que conduz à conclusão de que a saúde é dever do Estado e dos particulares, *vide* item 1.4.1 do Capítulo 1.

Marciano Seabra de Godói (2005, p. 158) elenca algumas razões, dentre as quais: (i) o distanciamento da grande maioria dos estudiosos do direito tributário nacional das doutrinas e jurisprudências estrangeiras; (ii) a postura excessivamente garantista dos tributaristas brasileiros¹³⁰ gerada em consequência do longo período de autoritarismo que se seguiu ao golpe de Estado de 1964; (iii) a alta carga tributária no país na última década; e (iv) uma já arraigada concepção (social e acadêmica) de que o tributo é algo ruim, abusivo, e, portanto, uma norma de “rejeição social”.

Trata-se, na realidade, do contrário. A ligação entre a “tributação”, a “solidariedade social” e o “dever fundamental de pagar tributos” surge exatamente para afastar a idéia autoritária de que o tributo se pauta no poder de império, e que sua instituição visa satisfazer, única e tão somente, ao interesse arrecadatário do Estado¹³¹ (GODÓI, 2005, p. 159). A partir deste novo paradigma, o tributo passa a ser visto como um instrumento de implementação dos direitos fundamentais, cuja instituição deve atenção aos fundamentos¹³² e objetivos¹³³ da República Federativa do Brasil.

Isto sem deixar de lado, obviamente, as limitações “formais” e “materiais” que a própria Constituição Federal impõe à instituição e cobrança de tributos no seio da sociedade. Em outras palavras, a solidariedade na tributação não é uma “desculpa” ou um “pretexto” para que se cobrem tributos em desrespeito ao estatuto do contribuinte (GODÓI, 2005, p. 158).

Enfim, encampando a noção de “dever fundamental de pagar tributos”, bem como o “valor da solidariedade social na tributação”, a Constituição Federal de 1988 prescreve, em seu artigo 195, que o direito à seguridade social – gênero do qual o direito à saúde é espécie (art. 194 da CF) – será financiada por toda a sociedade, mediante o pagamento de tributos¹³⁴.

¹³⁰ Esta observação é muito bem pontuada por Fernando Facury Scaff (2005, p. 547) ao afirmar que o direito tributário contemporâneo ainda se encontra em uma fase tipicamente iluminista, que se pauta na crença de que o Estado é mau e o indivíduo é bom. Assevera o autor, que se trata de um pensamento fundamentalmente liberal, no qual se crê que tudo deve ser dado ao indivíduo, e que cada centavo retirado do bolso do cidadão será mal aplicado pelo Estado. E arrebatava afirmando que de cada dez manuais escritos por tributaristas contemporâneos, ao menos sete trarão a expressão: “sanha arrecadatária do Estado”.

¹³¹ Ao menos em repúblicas democráticas como a brasileira.

¹³² Principalmente os que prescrevem o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF) e a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III da CF).

¹³³ Fundamentalmente os que prescrevem a construção de uma sociedade livre justa e solidária (artigo 3º, inciso I da CF) e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III da CF).

¹³⁴ Este, ademais, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A Corte em questão firmou o entendimento de que o artigo 195 da Constituição Federal se pauta pelo “princípio estrutural de solidariedade” pelo que a seguridade social deve ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta

Cabe, portanto, no capítulo seguinte, esmiuçar a sistemática de financiamento da saúde pública pela sociedade brasileira, tal qual prescrita no ordenamento jurídico, perquirindo-se: (i) quais os instrumentos jurídico-tributários por meio dos quais os cidadãos brasileiros pagam a conta do direito à saúde; (ii) quais os instrumentos jurídico-tributários que, utilizando-se da extrafiscalidade, sobreoneram ou desoneram situações ou pessoas buscando induzir comportamentos sociais favoráveis à efetivação da saúde pública, e quais as consequências destas medidas no que tange à saúde pública; (iii) de que maneira os entes federativos repartem a receita pública entre si para que, em seus respectivos âmbitos de atuação, implementem tal direito social; (iv) quais os problemas, atualmente vivenciados no Brasil, que maculam a lógica jurídica do financiamento da saúde pública; bem como (v) os mecanismos por meio dos quais o ordenamento jurídico brasileiro (v.a) obriga o poder público a incorrer em despesas mínimas obrigatórias com a saúde, e (v.b) vincula a receita de determinados tributos ao gasto sob a rubrica da saúde pública.

2 O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO E OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 À GUIA DE INTRODUÇÃO: a tributação e os direitos fundamentais

A cobrança de tributos não pode perfazer um fim em si mesma¹. Sua análise jurídica se encontra imersa em uma teia normativa cuja interpretação exige observância aos objetivos prescritos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, bem como aos fundamentos elencados no artigo 1º. Assim, o tributo deve ser tomado como meio a permitir que o Estado tenha recursos para fazer frente às necessidades públicas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico² (SCAFF, 2003a). Neste sentido, lapidar é o ensinamento de Eros Roberto Grau (2005, p. 40, grifo do autor) ao pontuar que “a interpretação do direito é interpretação do *direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras”.

O Estado-fisco, portanto, deve arrecadar tendo em vista, sempre, os gastos públicos que deverá efetuar³. Em outras palavras, o Estado arrecada para satisfazer as necessidades públicas⁴ que consubstanciem a implantação/implementação dos objetivos constitucionais,

¹ Neste mesmo sentido, Gabriel Ivo (2008, p. 872) afirma que “não há tributo sem uma finalidade, tecida politicamente e juridicizada pelo direito, a ser alcançada”. Não é distinto o entendimento de José Casalta Nabais (2009, p. 226), ao afirmar que o tributo “não constitui um fim em si mesmo, antes é um meio, um instrumento de realização das tarefas (finais) do estado. Por via de regra um instrumento indirecto, na medida em que é o suporte financeiro das despesas necessárias à realização de tais tarefas”.

² Neste mesmo sentido caminha Régis Fernandes de Oliveira (2005, p. 470) ao afirmar que a atividade de arrecadação dos recursos tributários é meramente instrumental, visando suprir o Estado dos meios para que possa cumprir seu dever básico, tido como o de cuidar dos interesses primários encampados pelo ordenamento jurídico.

³ Não se ignora, é bom salientar, a faceta extrafiscal das exações tributárias, cuja principal função não é a de abastecer os cofres públicos para fazer frente aos gastos, mas sim a de induzir comportamentos, seja por razões sociais, econômicas, etc. Sobre o tema *vide*, Luís Eduardo Schoueri (2005, 2011, p. 32-33). Quer-se, com isso, demonstrar a visão míope dos que enxergam o fenômeno da tributação apenas pela ótica da arrecadação, eis que esta não pode ser considerada de forma dissociada de sua finalidade: (i) seja a de abastecer os cofres para implementar os direitos fundamentais; (ii) seja como mecanismo de indução na economia, no setor social, ambiental, dentre outros.

⁴ Gabriel Ivo (2008, p. 872-873), após afirmar que todo o tributo persegue uma finalidade (tecida politicamente e juridicizada pelo direito), afirma que “a atividade financeira do Estado ficaria mais bem compreendida com o desenvolvimento dos laços existentes entre as receitas tributárias e as despesas públicas dispostas no orçamento, ou seja, a visão unitária dos meios postos nas mãos do Estado para a satisfação das necessidades públicas”.

dentre os quais a efetivação dos direitos fundamentais. Fala-se, portanto, não apenas em direito tributário, senão em tributação, “expressão mais ampla que aquela, e que estuda não só a arrecadação, mas também a destinação dos recursos arrecadados” (SCAFF, 2007a, p. III).

Assim é que o fenômeno da tributação deve alcançar duas perspectivas (funções) indissociáveis, as quais: (i) a arrecadatória, determinando a proporção dos recursos sociais que passarão ao controle do poder público, e a proporção que será conservada como propriedade pessoal, sob o arbítrio de indivíduos particulares; e (ii) a dos gastos públicos, permissivos do custeio das ações públicas tendentes à implementação dos direitos fundamentais.

É neste contexto que a tributação tangencia os direitos fundamentais: (i) seja garantindo os direitos dos contribuintes de somente serem tributados nos limites prescritos no ordenamento jurídico brasileiro, dando azo às limitações ao poder de tributar⁵ (perfazendo os, classicamente considerados, direitos fundamentais de primeira dimensão); (ii) seja garantindo o financiamento de determinados direitos fundamentais; (iii) ou ainda utilizando-se da extrafiscalidade para atingir objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos⁶. Em outras palavras, por mais paradoxal que possa parecer, os direitos fundamentais atuam tanto como fundamento quanto como limite à tributação (MEDAGLIA; NUNES, 2010, p. 152).

Não há, portanto, como o estudioso do direito tributário furtar-se a análises da atividade financeira⁷ do Estado como um todo, fechando-se, unicamente, ao aspecto arrecadatório desta⁸. Não é por outra razão que se afiguram desarrazoadas afirmativas que criticam a carga tributária brasileira sem atentar para a ponta dos gastos públicos⁹, levando

⁵ Expressão eternizada na clássica obra, homônima, de Aliomar Baleeiro (2001).

⁶ Como por exemplo a utilização de alíquotas altíssimas de certos tributos que incidem sobre a produção e a circulação de cigarros, como forma de inibir seu consumo e, indiretamente, promover o direito fundamental à saúde.

⁷ José Maurício Conti (2001, p. 3) define o conceito de atividade financeira do Estado como “o conjunto das atividades relacionadas à arrecadação, gerência e dispêndio de recursos públicos”, visando atender ao “conjunto de atividades atribuídas ao Estado pela sociedade, que podemos denominar de necessidades públicas”. Para um estudo aprofundado acerca da definição do conceito de atividade financeira do Estado, *vide*, Carlos M. Giuliani Fonrouge (1997, p. 3-28) e José Souto Maior Borges (1998, p. 9-90).

⁸ Neste sentido, José Juan Ferreira Lapatza (1997, p. 39) adverte que “el tributo, como institución jurídica, es inescindible e incomprensible si lo desgajamos del ciclo total de la actividad financiera”.

⁹ Antonio Delfim Netto (2011, p. 2) adverte que a idéia ingênua e simplista de que todos os problemas brasileiros seriam solucionados, tão somente, com a diminuição da carga tributária é irreal, pela simples razão de que “ela contraria a preferência ‘revelada’ na Constituição de 1988” que prescreve inúmeros gastos que o Estado deve incorrer como forma de redução de desigualdades sociais. Ademais, pontua Sebastião de Sant’Anna e Silva (1959, p. 17) que, enquanto nos orçamentos privados as rendas condicionam as despesas, nos orçamentos públicos são as despesas públicas que determinam a extensão das receitas (afirmação que

Thomas Nagel e Liam Murphy (2005) a constatar a “miopia” das teorias da justiça tributária que ignoram o destino que o governo dá a seus recursos.

Logo, defende-se que o direito tributário deve caminhar “lado-a-lado” com o direito financeiro, face e contra-face de uma mesma moeda, não podendo, os tributaristas, nas palavras de Heleno Taveira Torres (1996, p. 71), olvidar-se “que a especialidade deles encontra-se encastelada numa plataforma mais ampla, a ‘atividade financeira do Estado’, objeto do estudo do direito financeiro”.

Isto posto, é de se concluir que a justiça na tributação somente poderá ser alcançada na medida em que se atentar tanto para a ponta da (i) arrecadação, fazendo com que, efetivamente, quem tem mais recursos contribua com uma maior parcela para a manutenção da república (princípio da capacidade contributiva), quanto para a ponta do (ii) gasto público, fazendo com que tais recursos cheguem, de fato, à parcela da população que mais necessita dele (princípio da capacidade receptiva¹⁰), (ii.a) seja na forma de transferência direta de renda (como no caso de programas tais quais o “bolsa família”), (ii.b) seja por meio da implementação de políticas públicas que provejam as carências (necessidades públicas) desta parcela de cidadãos menos abastados, como, por exemplo, mediante a prestação de serviços de saúde¹¹.

É assim que a tributação atingirá os fundamentos e os objetivos preconizados, respectivamente, pelos artigos 1º e 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dentre os quais a busca pela redução das desigualdades sociais.

Diante de tal panorama, este capítulo, dedicar-se-á a analisar as fontes de financiamento público do direito à saúde no Brasil, perquirindo os instrumentos tributários por meio dos quais, a sociedade brasileira contribui para que o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro efetive tal direito fundamental.

deve ser tomada com cautela). São válidas, também, as palavras de Fernando Scaff (2005, p. 547) que critica a posição de alguns tributaristas brasileiros que, ignorando a ponta das despesas públicas do fenômeno da tributação, afirmam que a sanha arrecadatória do Estado deve ser contida, como se ele fosse um agente do mal, sendo o fisco uma entidade ignominiosa que serve a propósitos escusos.

¹⁰ Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 276) afirma que à luz do princípio da capacidade receptiva, os recursos devem ser distribuídos a partir de uma lógica inversamente proporcional à capacidade contributiva de quem os recebe.

¹¹ Neste mesmo sentido caminham as lições de Benvenuto Griziotti (1959, p. 58), para quem “por obra de los gastos públicos y también de los recursos públicos, se cumple una *redistribución de la riqueza* entre los ciudadanos. Por um lado, com los gastos públicos el Estado provee, com los medios de los pudientes, a satisfacer también necesidades em las cuales los menos pudientes no habrían podido pensar com sus medios. Por outro lado, com la mayor recaudación de los tributos sobre los más pudientes, aun cuando ellos effectúan, em comparación com los menos pudientes, el mismo consumo de los servicios públicos, se modifican los bienes – que posee cada individuo – a expensas de los más pudientes y em provecho de los que son menos”.

Ademais, cumpre-se esmiuçar a sistemática de repartição do produto da arrecadação tributária entre os entes federativos, examinando os impactos destas transferências intergovernamentais no que diz respeito à implementação do direito à saúde de forma mais harmoniosa e igualitária entre os mais diversos rincões do Brasil.

Caberão, ainda, análises acerca dos mecanismos utilizados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, para desonerar parcela da sociedade brasileira da contribuição para o financiamento da saúde, examinando as consequências que tais renúncias fiscais acarretam à efetivação do direito à saúde. Tratam-se dos benefício fiscais.

Investigar-se-á, ademais, o funcionamento do Fundo Nacional de Saúde (FNS), braço financeiro do Sistema Único de Saúde, e cuja análise é indispensável para a compreensão da sistemática de gestão do financiamento da saúde pública no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, porém, é fundamental a análise do sistema orçamentário previsto na Constituição Federal de 1988, ou seja, é curial perquirir-se como o Estado brasileiro organiza a sua atividade financeira, conectando as receitas públicas às despesas que implementem o direito fundamental à saúde.

2.2 O SISTEMA ORÇAMENTÁRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: como o Estado organiza a sua atividade financeira

Consoante se vem afirmando ao longo desta dissertação, para que o Estado atinja suas finalidades, dentre as quais a implementação dos direitos fundamentais, aí incluído o direito à saúde, é imprescindível a realização de gastos públicos, bem como a obtenção de recursos que a eles façam frente, configurando o que se denomina, a grosso modo, de “atividade financeira do Estado”.

Entretanto, a arrecadação e o manejo estatal das receitas públicas, bem como a decisão acerca das finalidades nas quais estas serão despendidas, devem ser calculadas e autorizadas de antemão (VILLEGAS, 1998), mediante um instrumento denominado de “orçamento público”. É neste contexto que a Constituição Federal de 1988, nas palavras de Fernando Facury Scaff (2007b, p. 6), estabelece um “sofisticado Sistema Orçamentário, que deve ser utilizado como uma formidável ferramenta para organizar a vida financeira do país”.

Em outros termos, pode-se afirmar que, em princípio, o sistema orçamentário serve como um mecanismo de planejamento da atividade financeira estatal, pelo que nenhum gasto pode ser efetuado, nem, tampouco, nenhuma receita pode ser percebida fora do que está incluído em tal plano (DUVERGER, 1960, p. 219).

Este item dedicar-se-á ao tratamento do orçamento público, perpassando por análises históricas e jurídico-doutrinárias, bem como pela descrição do sistema orçamentário brasileiro tal qual prescrito pela Constituição Federal de 1988, diploma que, conforme se verá, conferiu foros de extrema relevância e imprescindibilidade ao orçamento público, na medida em que determinou ser ele o *locus* apropriado aos debates – democráticos – para determinar quais as prioridades imediatas (dentro do rol de objetivos, do art. 3º da CF, que o Estado brasileiro deve perseguir) que a sociedade brasileira estabelece para si¹², fixando o *quantum* que será destinado aos gastos públicos que visem à efetivação dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à saúde, ou como prefere Fernando Facury Scaff (2010, p. 26),

É através do Orçamento que serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que será possível determinar o quanto de recurso será alocado para a implementação dos direitos sociais. A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em cada sociedade, em certo período.

Assim, o estudo do orçamento público deve ser “levado a sério”¹³, sobretudo ao se falar em efetivação dos direitos fundamentais (em especial no direito à saúde, cuja concretização exige altos custos ao Erário), haja vista que sua implementação impescinde de dispêndios, o que, conseqüentemente, acarreta em repercussões na atividade financeira do Estado.

Enfim, a verdade é que o orçamento público exerce grande influência na vida do Estado, que para satisfazer as necessidades públicas incorre em gastos, pelo que, a deficiência ou má-elaboração da peça orçamentária acarretará em “reflexos negativos na tarefa de consecução de suas finalidades”¹⁴ (ROSA JR., 2001, p. 73).

¹² Neste sentido, Alberto Deodato (1983, p. 271) afirma que o orçamento público representa o “espelho da vida do Estado e, pelas (suas) cifras, se conhecem os detalhes de seu progresso, de sua cultura e de sua civilização”.

¹³ Utilizando-se da terminologia empregada por Ronald Dworkin (2002) na epígrafe de seu “Levando os Direitos a Sério”.

¹⁴ A mesma ponderação é feita por Luma C. de Macêdo Scaff (2010, p. 295), ao afirmar que o orçamento é importante ferramenta para a organização financeira do país, e que seu manuseio equivocado vicia o sistema.

2.2.1 Breve esboço histórico do orçamento público

Com esteio na doutrina de Aliomar Baleeiro (2010, p. 522), pode-se afirmar que o orçamento público surgiu do encadeamento de um sem-número de lutas políticas, penosas e multisseculares, com o intuito de equilibrar interesses antagônicos em volta do poder.

Neste sentido, muitos séculos se passaram, bem como muito sangue foi derramado até que se firmasse o direito dos cidadãos de votarem (ainda que indiretamente por meio de seus representantes) por um orçamento público, em todos os seus aspectos (MOOJEN, 1959, p. 23).

A despeito da afirmação de Ricardo Lobo Torres (2008b, p. 3) acerca da inutilidade do estudo do orçamento público em momentos anteriores às revoluções liberais, inúmeros estudiosos do tema¹⁵ buscam, na Inglaterra do ano de 1215, mais especificamente na *Magna Charta*, seu primeiro antecedente.

De acordo com o que dispunha o artigo 12 do diploma em questão, nenhum tributo poderia ser criado sem o consentimento do Conselho do Reino – espécie de parlamento existente à época (SILVA, S., 2010, p. 109). Observa-se, portanto, que o primeiro passo dado no sentido de organizar/institucionalizar a atividade financeira do Estado (à época consubstanciado na figura do soberano), nasceu da necessidade que tiveram os nobres da Idade Média de opor limites aos tributos exigidos pelo seu soberano (VIDIGAL, 1973, p. 232), escapando do “até então ilimitado poder discricionário do rei em matéria tributária” (GIACOMONI, 2010, p. 31), o que configurou um importante passo na cisão de ambas as figuras (Estado/Soberano).

Entretanto, Geraldo de Camargo Vidigal (1973, p. 233) aponta para o fato de que a nobreza prematuramente percebeu que a mera estipulação e previsão das exigências tributárias não era suficiente. Era necessária a verificação da correspondência entre a sua efetiva aplicação e as finalidades para as quais foram autorizadas (BURKHEAD, 1971, p. 4). Isto porque, uma vez consumidos em despesas as receitas oriundas dos tributos pagos, “a imperiosa presença de necessidades do rei a satisfazer conduzia inevitavelmente a novas

¹⁵ Dentre os quais pode-se citar: Héctor B. Villegas (1998, p. 789); José Maurício Conti (2006, p. 57); Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 296); José Afonso da Silva (1972, p. 261-262); Guilherme Moojen (1959, p. 21); Geraldo de Camargo Vidigal (1973, p. 232); James Giacomoni (2010, p. 31); Luiz Celso de Barros (1999, p. 368); e Arizio de Viana (1950, p. 43).

imposições” (VIDIGAL, 1973, p. 233), razão pela qual se vislumbrou a necessidade de submeter-se, também as despesas públicas, a uma disciplina jurídica.

Contudo, Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 297) afirma ter sido, tão somente, na *Petition of Rights*, de 1628, e na subsequente *Bill of Rights*, de 1689 (resultante da “Revolução Gloriosa” de 1688, da qual o parlamento saiu vencedor de seu embate com a monarquia), que a Inglaterra estabeleceu, pioneiramente, a necessidade de aprovação de despesas públicas pelo Parlamento, ao tratar, especificamente, dos gastos com o exército. Nesta toada, Alvaro Rodríguez Bereijo (1979, p. XI) afirma que

El presupuesto es la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones populares (Parlamentos, Asambleas, Dietas, Cortes) por conseguir el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero respecto de la imposición de tributos y cargas y, posteriormente, respecto a la administración de los ingresos y distribución de los gastos públicos¹⁶.

Neste contexto, ganha forma a configuração orçamentária (ainda embrionária) que alinha, lado a lado, para fins de aprovação parlamentar, não apenas as previsões e autorizações de exações tributárias, como também as de despesas públicas (VIDIGAL, 1973, p. 233).

Assim, a despeito de a gênese do orçamento público encontrar-se na *Magna Charta*, fala-se que este experimentou uma evolução progressiva no tempo, que acompanhou a evolução na organização estatal, encontrando, nos Estados oriundos das revoluções liberais o marco decisivo do início do orçamento público plenamente desenvolvido, tal qual se conhece atualmente.

Isso porque foi com tais revoluções, e com o consequente advento dos Estados liberais, que se derrubou o Estado absolutista que tudo podia, controlando tudo e não prestando contas aos seus súditos. Somente após os anos revolucionários é que passou a fazer sentido a existência de um orçamento público para controlar a atividade financeira do Estado, que passa a prestar contas, a partir deste documento, aos cidadãos.

Jesse Burkhead (1971, p. 5) aponta, especificamente, o ano de 1822 como o momento decisivo desta evolução do orçamento, eis que a partir deste ano o Chanceler do

¹⁶ “O orçamento é a instituição que, historicamente, moldou as lutas políticas das representações populares (Parlamentos, Assembléias, Cortes) para obter o direito de fiscalizar e controlar o exercício do poder financeiro: em primeiro lugar no que diz respeito à imposição de tributos e, em seguida, sobre a administração dos ingressos e da realização dos gastos públicos” (BEREJO, 1979, p. XI, tradução nossa).

Erário britânico passou a apresentar ao Parlamento um documento descritivo e justificativo de receitas e despesas públicas¹⁷.

A Revolução Francesa, por sua vez, também trouxe significativos avanços ao orçamento público, dentre os quais: (i) a anualidade do orçamento; (ii) a votação do mesmo antes do início do exercício; (iii) o princípio da universalidade (previsão de todas as despesas e receitas); e (iv) o princípio da não-afetação das receitas, na medida em que impedia a vinculação de determinados recursos a despesas específicas (GIACOMONI, 2010, p. 34).

Pode-se dizer, portanto, como o faz Guilherme Moojen (1959, p. 23), que as origens do orçamento público possuem íntima conexão com o nascimento do governo representativo, corroborando no sentido de distinguir entre a pessoa do soberano e a figura do Estado. Em outras palavras, pode-se deduzir, à luz das lições de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. (2001, p. 75), que o orçamento público surgiu em decorrência de razões de natureza política e não meramente financeira.

De acordo com José Maurício Conti (2006), é neste momento que nasce a convicção da necessidade de leis que instituem tributos e autorizem despesas, com vistas a organizar a atividade financeira do Estado, permitindo que o parlamento (representativo dos cidadãos) controle a “relação existente entre a previsão e o resultado da execução de cada orçamento” (SILVA, S., 2010, p. 110) e, por conseguinte, a atividade do gestor público. Não é por outro motivo que Giovanni Ingrosso (1956, p. 56, 1954, p. 75) afirma ser o orçamento do Estado “a maior das leis de organização”.

¹⁷ O Orçamento é denominado de: (i) *budget* nos países de língua inglesa; (ii) *bougette* nos países francófonos; e (iii) *presupuesto* nos países de língua espanhola. José Teixeira Machado Jr. (1963, p. 54) traz interessantes informações acerca da origem da palavra em inglês, dizendo que a palavra *budget* é originária da francesa *bougette*, que significa “pequena bolsa de couro”, sendo utilizada para designar o “orçamento público” pois o Chanceler do Erário quando se apresentava diante do Parlamento com a lista das receitas e despesas, indicando o possível déficit ou superávit e solicitando a orientação e a aprovação para a mesma, a levava dentro de uma bolsa de couro.

2.2.2 Breve evolução histórica do orçamento público no Brasil: uma visão a partir das Constituições

Direcionando o foco da análise histórica do orçamento público para a realidade brasileira, percebe-se, como o faz Isaac Ramiro Bentes (2004, p. 40), que tão logo o país se torna independente (fato ocorrido em 1822, portanto, no auge do surgimento do orçamento público na Europa e nos Estados Unidos da América), dá-se a incorporação do conhecimento orçamentário assimilado no decurso da história mundial no ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, a Constituição Imperial de 1824 prescreve acerca das primeiras exigências atinentes à elaboração de um orçamento público formal por parte das instituições do, recém-instituído, Estado Brasileiro. Neste momento, era de responsabilidade do Poder Executivo a elaboração orçamentária, sendo, posteriormente remetido à aprovação da Assembléia Geral (atual Congresso Nacional), configurando um orçamento do tipo misto¹⁸ (EUSTÁQUIO; MONTEIRO, 2010, p. 23). Contudo, Aliomar Baleeiro (2010, p. 528) acentua que o primeiro orçamento nacional elaborado nos moldes da Constituição de 1824 foi o votado para o exercício 1831-1832, e aprovado por meio do Decreto Legislativo de 15 de dezembro de 1830 (GIACOMONI, 2010, p. 41).

Com a Constituição de 1891, que seguiu à Proclamação da República, houve radical modificação na distribuição de competências orçamentária. Neste momento, o Poder Legislativo passou a concentrar todos os atos de elaboração orçamentária, dando azo, ao menos em termos formais, a um orçamento do tipo legislativo. Diz-se tratar de um orçamento formalmente legislativo pois factualmente, como registra Arizio de Viana (1950, p. 76), era o Ministro da Fazenda que se encarregava deste mister. Ademais, foi por meio desta Constituição que se introduziu, pela primeira vez no Brasil, o Tribunal de

¹⁸ Tomando como referência a forma de elaboração orçamentária, pode-se falar em três tipos de orçamento público: (i) o executivo, cuja elaboração, aprovação, execução e controle cabem, exclusivamente, ao Poder Executivo; (ii) o legislativo, cuja elaboração, aprovação e controle cabem ao Poder Legislativo, restando ao Poder Executivo, tão somente, a execução orçamentária; e (iii) o misto, tomado como o resultado da interação entre órgãos do Poder Executivo e Legislativo na sua elaboração e aprovação, cabendo, ainda, ao primeiro a sua execução, e ao segundo o controle e a fiscalização (BARROS, 1999, p. 389-390). Interessante notar que o estudo histórico da forma de elaboração orçamentária eleita por cada Constituição permite, ao sujeito cognoscente, averiguar os momentos de maior e menor democracia no Brasil. Em outras palavras, analisando-se a forma de elaboração orçamentária, se concentrada nas mãos do Executivo, ou se compartilhada com o Legislativo, pode-se caracterizar certos governos como mais autoritários ou mais democráticos, respectivamente.

Contas como órgão de auxílio do Congresso no controle da execução orçamentária pelo Poder Executivo (BENTES, 2004, p. 40).

A partir de 1930, com a Revolução e o consequente golpe de Estado, houve uma (re)acomodação de novas forças políticas, de cunho marcadamente administrativo-burocrático (EUSTÁQUIO; MONTEIRO, 2010, p. 24). Neste contexto, a Constituição de 1934, influenciada pela revolução em questão, reconduziu a elaboração orçamentária à competência do Poder Executivo, ficando a votação e aprovação a cargo do Legislativo, retomando o orçamento do tipo misto.

Ademais, foi esta Constituição a primeira a tratar: (i) do princípio da exclusividade (no seu artigo 50, parágrafo 3º), vedando o tratamento orçamentário de matérias estranhas à previsão de receitas e à fixação de despesas, pondo fim às denominadas “caudas orçamentárias” (SILVA, S., 2010, p. 111-112); (ii) do princípio da unidade orçamentária, tal qual se deduz da interpretação do artigo 50, *caput*, da referida Constituição; e (iii) da solução para os casos de anomia orçamentária, prescrita no artigo 50, parágrafo 5º.

A Constituição de 1937 foi outorgada durante o regime autoritário do Estado Novo, como forma de reação à “ameaça comunista”. Frente a tal panorama, este diploma constitucional concentrou nas mãos do Poder Executivo todo o processo de elaboração orçamentária¹⁹.

Foi somente com a Constituição de 1946, que espelhava o momento de redemocratização vivido pelo Brasil, que o orçamento público passou a ser do tipo misto, ficando a elaboração e execução a cargo do Poder Executivo e a votação e a aprovação a cargo do Legislativo. Ademais, este diploma constitucional, em seus artigos 73 ao 77, reforçou e clareou o papel do Tribunal de Contas na labuta de fiscalização orçamentária. Vale ressaltar que durante a vigência desta Constituição editou-se a Lei nº 4.320/64, cujo principal intuito era o de racionalizar a criteriologia orçamentária.

Já a Constituição de 1967, decorrente do Golpe Militar de 1964, apresentou rasgos marcadamente autoritários, refletindo-se no equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo em matéria orçamentária. Durante a vigência desta Constituição, o Poder Executivo ficou incumbido de elaborar a proposta orçamentária, restando ao Poder Legislativo o papel figurativo de aprovar tal projeto de lei, haja vista o sem-número de

¹⁹ Vale notar que a Constituição de 1937 previa a necessidade de votação e aprovação da proposta orçamentária pela Câmara dos Deputados, conjuntamente com o Conselho Federal (espécie de Senado formado por dez membros escolhidos e nomeados pelo Presidente da República), que entretanto jamais chegou a ser criado, pelo que o orçamento público acabou, durante a vigência da Constituição em questão, sendo elaborado e decretado pelo próprio Poder Executivo (EUSTÁQUIO; MONTEIRO, 2010, p. 24-25).

limites constitucionais inviabilizadores do poder de emenda legislativa ao orçamento público²⁰.

Finalmente, chega-se à Constituição Federal de 1988, que comporta, do artigo 165 a 169, na Seção II (Dos Orçamentos), do Capítulo II (Das Finanças Públicas), do Título VI (Da Tributação e do Orçamento), o atual e vigente sistema orçamentário brasileiro²¹, e que será melhor detalhado mais adiante no 2.2.4 deste capítulo 2.

2.2.3 Definição do conceito de orçamento público: a percepção de novas funções orçamentárias

O orçamento público, em sua visão clássica (e restritiva) era tomado, nas palavras de René Stourm (1912, p. 4) como “um ato contendo a prévia aprovação das receitas e das despesas públicas”.

Imbuída do espírito liberal, esta concepção clássica de orçamento público concedia-lhe uma única função, a qual: conduzir a economia pública, por meio do manejo das receitas e despesas, “a uma situação de equilíbrio entre ingressos e gastos públicos ordinários”, permitindo o controle da atividade financeira do Estado²² (BARROS FILHO, 1958, p. 40).

Sebastião de Sant’Anna e Silva (1959, p. 15) insurge-se contra tal definição na medida em que restringe o orçamento público a um simples documento legislativo e de contabilidade pública, descaracterizando sua relevância política, econômica, financeira e administrativa.

Da mesma indignação comunga José Afonso da Silva (1972, p. 1) ao entender que tal definição simplista ignora as “necessidades reais da administração e da população”, bem como os “objetivos econômico-sociais a atingir com sua execução”.

Fernando Sainz de Bujanda (1962, p. 78), corroborando a crítica, afirma que atualmente esta finalidade estritamente financeira não se sustenta quando contrastada com os objetivos de política econômica e social aos quais o orçamento público se subordina.

²⁰ A Emenda Constitucional n°. 1/69, originada durante a segunda etapa do regime militar em nada alterou as prescrições acerca do orçamento público.

²¹ Registra-se a existência de enunciados prescritivos sobre o tema em outros pontos da Constituição Federal.

²² Interessante notar que a própria origem da palavra “orçamento” denota este entendimento. De acordo com José Paciulli (1973, p. 149), orçamento é palavra originada do italiano *orzare*, que significa “fazer cálculos”.

No mesmo caminho encontram-se as lições de Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 313), para quem a definição clássica do conceito de orçamento público olvida-se de relevantes questões como os planos governamentais e os interesses efetivos da população.

Assim, ainda antes do final do século XIX, com o abandono da neutralidade estatal, característica do Estado liberal, o consequente aumento do intervencionismo do mesmo, como corretor de distorções do sistema econômico e como propulsor de programas de desenvolvimento, e, ainda, com a percepção da importância do orçamento público na condução das políticas públicas, vislumbrou-se a insustentabilidade da visão liberal do orçamento público como uma peça meramente contábil-financeira (CONTI, 2006, p. 57).

A “Lei de Meios”²³ passa a ser vista como um importante instrumento de interferência nas relações de ordem econômica e social, passando a assumir novas funções que alargam a definição de seu conceito. Assim, parafraseando o ex-primeiro ministro britânico William Ewart Gladstone (apud SILVA, 1959, p. 17), “o orçamento não é apenas um trabalho de aritmética, mas, por milhares de caminhos, ele vai até a raiz da prosperidade dos indivíduos, das relações entre as classes”.

Refugiria o âmbito desta pesquisa o aprofundamento acerca das inúmeras funções que o orçamento público exerce atualmente, bastando a menção do suplantamento teórico e legislativo (a Constituição Federal de 1988, por exemplo, encampa inúmeras funções orçamentárias) da concepção clássica acerca do orçamento público, como mera peça legislativa de fria contabilidade pública²⁴, para encará-lo a partir de uma perspectiva “humanista”, como pondera Kiyoshi Harada (2004, p. 89).

Pode-se citar, a título meramente ilustrativo as seguintes facetas²⁵ do orçamento: (i) política, na medida em que solidifica os anseios sociais e regionais na escolha das destinações das verbas públicas, refletindo os objetivos que a sociedade pretende implementados; (ii) econômica, posto manifestar a atualidade econômica; (iii) técnica, uma vez que escrutina de maneira técnico-descritiva a coluna das receitas que entrarão e a coluna das despesas que serão realizadas; e (iv) jurídica, haja vista tratar-se de norma

²³ Termo utilizado por Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 315) para designar o orçamento público, haja vista sua natureza instrumental.

²⁴ Neste sentido *vide* Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 73-75).

²⁵ Interessante a observação cunhada por Isaac Ramiro Bentes (2004, p. 48) para quem, sob determinado prisma de análise, todas as facetas do orçamento público podem ser reduzidas à jurídica na medida em que é objeto de consagração normativa. No mesmo sentido caminha o entendimento de Eduardo Marcial Ferreira Jardim (2003, p. 67) ao consignar que “o orçamento, concebido como um planejamento de receitas e despesas públicas, que, aliás, é a sua significação material, ganha vida perante o direito ao ser juridicizado por meio da lei orçamentária”.

jurídica, pelo que as leis orçamentárias devem atenção aos critérios de subordinação hierárquica e de coordenação com as demais normas do ordenamento jurídico, tanto as constitucionais (por exemplo: (a) as que prescrevem acerca do processo de elaboração orçamentária; (b) as que estabelecem os objetivos constitucionais, diretrizes dos gastos públicos; (c) as que constituem o orçamento mínimo social; dentre outras), quanto as legais (como no caso da lei orçamentária anual, que deve guardar pertinência com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com o Plano Plurianual).

2.2.4 A realidade orçamentária brasileira a partir da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, retomando o ambiente democrático no Brasil, voltou a tratar da elaboração orçamentária de maneira mista, prescrevendo a competência do Poder Executivo para elaborar e executar o orçamento público, e a competência do Legislativo para votar e aprovar o mesmo, além de proceder à fiscalização (externa) da execução orçamentária com o auxílio do Tribunal de Contas (BRASIL, 1988, art. 71).

Ademais, a Constituição de 1988, alerta às novas concepções orçamentárias, alterou o foco da função do orçamento público, que até então restringia-se ao controle da atividade financeira do Estado, para alcançar outros objetivos, dentre os quais: (i) o melhor planejamento da administração pública com fito a alcançar uma maior efetividade no atendimento às necessidades públicas; (ii) o fomento da redistribuição de renda, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais²⁶, quer pela tributação, quer pela realização das despesas²⁷ (HARADA, 2004, p. 89); (iii) a prescrição de deveres a serem atendidos pelos administradores públicos, sob pena de responsabilização; (iv) o estabelecimento de um programa de governo, definitório da orientação político-ideológica do mesmo, ou em outras palavras, verdadeiro instrumento de realização de um plano

²⁶ Neste sentido, o artigo 165, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, prescreve o papel do orçamento público na redução das desigualdades regionais. Segundo José Maurício Conti (1998, p. 85-86), este mandamento constitucional prestigia o princípio da igualdade, inscrito no artigo 5º da CF, e visa “melhorar as condições de vida nas regiões mais pobres do país”. Entende-se, entretanto, que a inexistência de tal dispositivo não retiraria esta função do orçamento público, haja vista que deve atenção aos objetivos prescritos no artigo 3º da CF, dentre os quais encontra-se o que trata da redução das desigualdades inter-regionais.

²⁷ Kiyoshi Harada (2004, p. 89) fala na “teoria do filtro, segundo a qual o orçamento age como sistema hidráulico que aspira parte das rendas e capitais dos particulares e devolve-os numa redistribuição diferente”.

político; (v) o de servir como local apropriado às discussões democráticas acerca dos destinos a serem conferidos às receitas públicas; dentre outros.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 165, prescreve a existência de três leis orçamentárias²⁸ – plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual – de iniciativa do Poder Executivo, que devem ser utilizadas por cada ente federativo com vistas a planejar os gastos públicos e que, nos dizeres de José Maurício Conti (2006, p. 61), se vinculam no intuito de firmar “uma política de programação da atividade financeira do Estado”, na medida em que “procuram vincular as despesas aos resultados, em atenção às diretrizes fixadas pela técnica do orçamento-programa”²⁹.

Valendo-se das lições de Fernando Facury Scaff (2009, p. 95), cumpre atentar para o fato de que “o conteúdo de cada qual destas normas deve se encaixar nas demais, com uma compatibilidade não apenas formal, mas também material”. Assim, os objetivos firmados na Lei Orçamentária Anual (LOA) deve guardar pertinência com aqueles prescritos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que, por sua vez, deve convergir com aqueles plasmados no Plano Plurianual – PPA, cuja feitura deve atenção aos fundamentos (artigo 1º da CF) e objetivos (artigo 3º da CF) da República Federativa do Brasil. Em síntese, pontua o supracitado autor que

o sistema está previsto para funcionar tal como um funil, de forma a estabelecer primeiramente as grandes diretrizes dos gastos e investimentos, a fim de que, ano a ano, elas possam ser melhor delimitadas e implementadas, de conformidade com as receitas que forem obtidas, e com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos” (SCAFF, 2007b, p. 6).

O Plano Plurianual – artigo 165, inciso I, da CF – é lei com vigência de quatro anos, a ser remetida ao Congresso Nacional, pelo chefe do Poder Executivo, até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial³⁰, e devendo findar-se juntamente com o primeiro ano do mandato subsequente, tal qual

²⁸ De acordo com Ricardo Lobo Torres (2010b, p. 172), esta tripartição do planejamento orçamentário encampado pela Carta Constitucional de 1988 denota a forte influência alemã que orientou a sua feitura, na medida em que a Constituição Alemã prescreve a existência: (i) do plano plurianual (*eine mehrjährige Finanzplanung* – art. 109,3); (ii) o plano orçamentário (*Haushaltsplan* – art. 110); e (iii) a lei orçamentária (*Haushaltsgesetz* – art. 110).

²⁹ É válida a crítica de Celso de Barros Correia Neto (2010, p. 308), para quem, “mesmo com a estruturação, no plano legislativo e constitucional, de um modelo orçamentário voltado ao planejamento econômico e à atuação programática, boa parte dos juristas continua a aplicar à realidade orçamentária atual as mesmas idéias que julgava cabível ao orçamento clássico”.

³⁰ O Congresso Nacional, por sua vez, deverá devolvê-la ao chefe do Poder Executivo até o final do exercício financeiro para que este a sancione.

prescreve o artigo 35, parágrafo 2º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim, nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira (2005, p. 476), “quem foi eleito para mandato executivo no exercício seguinte terá de apresentar um plano, que deve representar o que foi prometido em praça pública”.

Saliente-se que o artigo 165, parágrafo 1º, da Constituição Federal, assevera que o Plano Plurianual estabelecerá, de maneira regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas correntes e para as relativas aos programas de duração continuada.

O parágrafo 4º do artigo 165 da Constituição Federal prescreve, ainda, que todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos no corpo do texto constitucional serão elaborados em consonância com o Plano Plurianual.

Enfim, o PPA positiva o “padrão do planejamento das ações do governo pelos próximos quatro anos” (PISCITELLI, 2011, p. 52), o que se deduz, dentre outros, do enunciado do artigo 167, parágrafo 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao prescrever que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”³¹.

No que diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) que se encontra genericamente prevista no artigo 165, inciso II, da Constituição Federal, pode-se afirmar que a mesma deve estar em harmonia com o Plano Plurianual, ademais de consignar “os primados e as diretrizes para o Projeto de Lei Orçamentária Anual, que se lhe deve seguir, e com ela deve estar alinhado” (SCAFF, 2011, p. 102). Assim, é de se concluir que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá fixar as “metas e prioridades” governamentais, estabelecendo os limites da Lei Orçamentária Anual, sem, entretanto, descurar do disposto no Plano Plurianual³² (OLIVEIRA, 2005, p. 477).

À luz do artigo 165, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias: (i) compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; (ii) disporá sobre

³¹ Estevão Horvath e Régis Fernandes de Oliveira (1997, p. 83) chamam atenção para o fato de que tal norma jurídica inibe que, por mera medida demagógica, os governantes iniciem obras apenas com objetivos políticos, haja vista a previsão de responsabilização por tais comportamentos.

³² Tathiane Piscitelli (2011, p. 53-54) afirma que a Lei de Diretrizes Orçamentária visa dar maior concretude ao Plano Plurianual, asseverando que “o PPA é um orçamento-programa, que define as grandes metas e prioridades da administração por um período maior de tempo – trata-se de norma com alto grau de abstração. Já a LDO, cuja vigência será apenas de um ano, deve garantir a concretização do PPA e conferir às metas ali fixadas a possibilidade de uma realização mais imediata; já no próximo exercício”.

as alterações na legislação tributária; e (iii) estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (artigo 165, parágrafo 2º da CF (BRASIL, 1988)).

Para tanto, esta lei, cuja vigência é de apenas um ano, deve ter seu projeto encaminhado ao Congresso Nacional até 15 de abril, para que reste aprovado até o final de junho, tal qual previsão do artigo 35, parágrafo 2º, inciso II, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Ante tal contexto, Régis Fernandes de Oliveira atenta para o fato de que no primeiro exercício financeiro do mandato executivo, haverá uma desconexão entre o Plano Plurianual (aprovado pelo antecessor do novo chefe do Poder Executivo) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (aprovada pelo atual mandatário), eis que ainda estará vigente o Plano Plurianual antigo (OLIVEIRA, 2005, p. 476-477).

Cumprido ressaltar que, diferentemente do que ocorre com o Plano Plurianual (que somente se encontra normatizado na Constituição Federal), a Lei de Diretrizes Orçamentária é regulada, também, pela Lei de Responsabilidade Fiscal –LRF (Lei nº 101/2000)³³.

Assim é que a Lei de Responsabilidade Fiscal (acrescenta (nas alíneas do inciso I do artigo 4º), como objetivos e funções³⁴ a serem cumpridos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias o estabelecimento: (i) da busca pela estabilidade entre receitas e despesas, ou em outras palavras, o equilíbrio orçamentário; (ii) de critério para a realização de limitação de empenho; (iii) de regras atinentes ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas que se utilizam de recursos orçamentários; e (iv) de condições e exigências para a realização de transferências de recursos a entidades público e privadas mediante subvenções.

A Lei de Responsabilidade Fiscal exige, ainda, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias contenha: (i) um Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando, ainda, as providências que deverão ser tomadas caso as contingências previstas se realizem (artigo 4º, parágrafo 3º, da LRF); e (ii) um Anexo de Metas Fiscais, em cujo se fincarão metas

³³ A título de curiosidade, é interessante mencionar que originalmente, o projeto da Lei de Responsabilidade Fiscal trazia, em seu artigo 3º, dispositivo que regulamentava o processo de elaboração do Plano Plurianual. Entretanto, o dispositivo em questão foi vetado pelo Presidente da República. (PISCITELLI, 2011, p. 52-53). O veto ao artigo 3º da LRF está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leia/Mensagens_Veto/2-000/Vep101-00.htm>.

³⁴ Fernando Facury Scaff (2011, p. 102-103) entende tratarem-se de “funções anômalas” da LDO, haja vista que não foram criadas pela Constituição Federal, o que não as tornam, entretanto, inconstitucionais.

anuais atinentes a receitas, despesas, resultados nominal e primário, ademais do montante da dívida pública (artigo 4º, parágrafo 1º, da LRF).

A última das três leis orçamentárias é a Lei Orçamentária Anual (LOA) prevista no artigo 165, inciso III da Constituição Federal, e cujo prazo de vigência é de apenas um ano, devendo existir uma Lei Orçamentária Anual para cada ente federativo. Trata-se do princípio da anualidade, prescrito no artigo 2º da Lei nº 4.320/1964, e que, de acordo José Maurício Conti, consagra a norma segundo a qual “o orçamento deve ser atualizado todos os anos, ou seja, para cada exercício financeiro³⁵ deve haver um orçamento” (CONTI, 1998, p. 87).

Em comparação com o PPA e com a LDO, a LOA se configura como a lei orçamentária dotada de maior grau de concretude, na medida em que dispõe, na imensa maioria de seus dispositivos, apenas e tão somente acerca de questões atinentes às receitas e às despesas do exercício financeiro subsequente, evidenciando a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo (artigo 2º da Lei nº. 4.320/1964).

Neste contexto, pode-se, portanto, falar em dois princípios do orçamento público, os quais: (i) o princípio da exclusividade, prescrito no artigo 165, parágrafo 8º, da Constituição Federal, e que estabelece que a lei orçamentária anual somente poderá conter dispositivos que digam respeito à previsão da receita e à fixação da despesa³⁶, o que visa impedir que na “lei orçamentária sejam incluídas matérias que a ela não se referem, evitando as chamadas ‘caudas orçamentárias’”³⁷ (CONTI, 1998, p. 86); e (ii) o princípio da universalidade, previsto nos artigos 165, parágrafo 5º da Constituição Federal e 3º, 4º e 6º da Lei nº. 4.320/1964, e segundo o qual todas as receitas e despesas devem estar previstas na Lei Orçamentária Anual.

De acordo com o artigo 35, parágrafo 2º, inciso III, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o Projeto de Lei Orçamentária Anual deve ser enviado ao

³⁵ Cumpre ressaltar que o exercício financeiro coincide com o ano civil, indo do dia primeiro de janeiro ao dia 31 de dezembro, segundo o artigo 34 da Lei nº 4.320/1964.

³⁶ Não se incluem na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei, tal qual prescreve o artigo 165, parágrafo 8º, da Constituição Federal.

³⁷ De acordo com os ensinamentos de Sebastião de Sant’Anna e Silva (1963, p. 134), antes da positivação do princípio da exclusividade incluíam-se, nos orçamentos, questões que nada tinham a ver com o mesmo, chegando-se a “alterar por meio de dispositivo incluído na lei orçamentária, o processo da ação de desquite”, o que denota a existência das “caudas orçamentárias”, que Ruy Barbosa denominava de “orçamento rabilongo”. Ressalta-se, ainda, que esta realidade não era exclusividade do Brasil, eis que em outros países este quadro também se verificava, sendo que tais “caudas orçamentárias” também foram batizadas em outros países, como: (i) na Inglaterra, que a denominava de *tacking*; (ii) nos Estados Unidos, de *riding*; (iii) na Alemanha, de *bepackungen*; e (iv) na França de *cavalier budgétaire*.

Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, devendo ser devolvido para sanção do chefe do Poder Executivo até o dia 31 de dezembro do exercício financeiro corrente, para que a Lei Orçamentária Anual seja sancionada e esteja publicada (dando azo ao princípio da publicidade da lei orçamentária) e vigente já no dia primeiro de janeiro³⁸.

Cabe ressaltar, ainda, que em nome do princípio da unidade orçamentária (previsto no artigo 2º da Lei nº. 4.320/1964), cada ente federativo somente poderá editar uma única Lei Orçamentária Anual³⁹, a cada exercício financeiro, e na qual deverá constar, a um só tempo, todas as receitas e despesas para o ano⁴⁰.

Ademais, como decorrência direta do princípio da unidade, a Lei Orçamentária Anual compreenderá três orçamentos, tal qual normatiza o artigo 165, parágrafo 5º, da Constituição Federal, os quais: (i) o orçamento fiscal, referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (ii) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha maior parte do capital social com direito à voto; e (iii) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Como bem lembra Fernando Facury Scaff (2011, p. 103), a Lei Orçamentária Anual deve, ainda, tratar das renúncias fiscais, o que se depreende do enunciado do artigo 165, parágrafo 6º, da Constituição Federal, ao estabelecer que o projeto de LOA será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

³⁸ É possível que se verifique uma situação anômala em que a Lei Orçamentária Anual não se encontre vigente quando do início do exercício financeiro, configurando o que se convencionou denominar de “anomalia orçamentária”. Sob o tema *vide* José Maurício Conti (2010, p. 122-124).

³⁹ José Afonso da Silva (1972, p. 144-145) chama a atenção para o fato de que a existência de três “leis orçamentárias” (PPA, LDO e LOA) não viola tal princípio, uma vez que, atualmente, enxerga-se além da mera unidade orçamentário-documental, mas sim, vislumbra-se uma unidade de orientação política e “de objetivos a serem atingidos pela unidade operativa decorrente da uniformidade das estruturas orçamentárias”.

⁴⁰ Nota-se, portanto, o *link* existente entre os princípios da anualidade, publicidade, unidade, universalidade e exclusividade. Explica-se: a LOA deve ser editada para vigor por apenas um exercício financeiro (princípio da anualidade), devendo, para tanto, estar publicada (princípio da publicidade) até o dia 31 de dezembro para que passe a vigor no dia 1º de janeiro do ano seguinte. Esta lei, que deverá perfazer um único documento a abranger os orçamentos fiscal, de investimento e da seguridade social (princípio da unidade), somente poderá tratar de temas atinentes à previsão de receitas e à fixação das despesas (princípio da exclusividade), devendo, ademais, prever todas as receitas e despesas (princípio da universalidade).

Uma vez vigentes todas as “leis orçamentárias”, cumpre ao Poder Executivo proceder a execução do orçamento público no decorrer do exercício financeiro. A fiscalização deste processo, por sua vez, pode ocorrer: tanto de maneira (i) interna, quando realizada *interna corporis* pelo próprio Poder fiscalizado (art. 70, CF); quanto de maneira (ii) externa, sendo realizada pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71, CF).

Assim, portanto, é que se organiza o Sistema Orçamentário plasmado no ordenamento jurídico brasileiro, conectando as receitas públicas às despesas a partir de uma teia normativa⁴¹ que fixa as prioridades dos gastos públicos, permitindo maior controle, publicidade, efetividade, segurança, e, acima de tudo, uma maior democratização na escolha do destino das verbas públicas que serão alocadas, inclusive, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde.

Portanto, não obstante as inúmeras funções exercidas pelo orçamento público em nosso ordenamento jurídico, desponta como mais relevante para fins desta monografia, aquela que o enxerga como o produto de um processo onde a sociedade (por intermédio de seus representantes) realizam *escolhas trágicas*, no sentido de determinar os destinos das verbas públicas⁴².

Neste contexto, são lapidares as palavras de Aaron Wildavsky e Naomi Caiden (2001, p. 1-2) ao afirmar que

*Budgets thus become links between financial resources and human behavior, in order to accomplish policy objectives. Only through observation, however, is it possible to determine the degree to which the predictions postulated in budget documents turn out to be correct. In the most general definition, budgeting is concerned with translating financial resources into human purposes. A budget, therefore, may also be characterized as a series of goals with price tags attached. Since funds are limited and have to be divided in one way or another, the budget becomes a mechanism for making choices among alternative expenditures*⁴³.

⁴¹ Esta teia normativa, como se viu, parte da Constituição Federal, que estabelece os fundamentos (art. 1º, CF) e os objetivos (art. 3º, CF) aos quais o Estado Brasileiro deve se ater; passando pelo Plano Plurianual, que estabelecerá os planos e projetos governamentais para o período de quatro anos; depois, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, cujo mister é o de orientar a feitura da LOA; e, finalmente, pela Lei Orçamentária Anual, que apresenta o maior grau de concretude, e que realiza o concerto de todas as receitas e despesas públicas.

⁴² José Maurício Conti (2010, p. 9) corrobora com tal entendimento ao afirmar que o orçamento público é a lei que estabelecerá a forma de distribuição dos recursos públicos.

⁴³ “Orçamentos, assim, tornam-se elos entre recursos financeiros e comportamentos humanos, a fim de realizar os objetivos políticos. Somente por meio da análise do caso, no entanto, é possível determinar o grau no qual as previsões postuladas nos documentos orçamentários foram atendidas. Em definição genérica, o orçamento público está preocupado em utilizar os recursos financeiros como meios para o atingimento dos propósitos humanos. Um orçamento, portanto, também pode ser caracterizado como um conjunto de

Em outras palavras, cientes dos altos custos de efetivação do direito à saúde, bem como da escassez de recursos e da infinitude das necessidades públicas, o estudo orçamentário adquire ainda mais relevância, figurando como o verdadeiro *locus* democrático onde a sociedade brasileira decidirá (sem descurar do orçamento mínimo social), à luz dos objetivos constitucionais (artigo 3º da CF), quanto pretende gastar para a efetivação do direito à saúde⁴⁴, bem como em quais setores específicos tais verbas públicas serão alocadas⁴⁵, optando, em síntese, pela sociedade que se pretende⁴⁶.

2.2.5 A natureza jurídica da lei orçamentária

Muito se discutiu, e ainda se discute, acerca da natureza jurídica do orçamento público. Há, dentre os estudiosos do direito financeiro, aqueles que entendem tratar-se, tal discussão, de mera “perfumaria jurídica”⁴⁷, sem qualquer relevância para o desenrolar do orçamento público, e aqueles que defendem⁴⁸ a sua importância, eis que dela dependeriam outras questões, como, por exemplo: (i) a da compulsoriedade de o Poder Executivo realizar as despesas previstas no orçamento público; (ii) a da possibilidade de se falar na criação de direitos subjetivos para terceiros; (iii) a da revogação das leis financeiras materiais (TORRES, 2010b, p. 177); e, (iv) a do equilíbrio entre os Poderes da República (no caso, mais especificamente, o Poder Executivo e o Poder Legislativo), perquirindo-se, em última análise, “com quem está a chave do cofre público”.

objetivos com etiquetas de preço coladas nos mesmos. Como os recursos são limitados e devem ser divididos de uma forma ou de outra, o orçamento se torna um mecanismo de escolha entre opções de gastos” (WILDAVSKY; CAIDEN, 2001, p. 1-2, tradução nossa).

⁴⁴ Em seu “A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade”, Ronald Dworkin (2005, p. 431-450) faz interessante estudo na tentativa de propor critérios para definir quanto a sociedade (norte-americana) estaria disposta a pagar com fito a efetivar o direito à saúde.

⁴⁵ Posto que dentro da rubrica “saúde”, pode-se escolher gastar em diversas variáveis, como: (i) saneamento básico; (ii) construção de novos hospitais; (iii) fornecimento de medicamentos; dentre outros.

⁴⁶ Neste mesmo sentido, Celso de Barros Correia Neto (2010, p. 303-304) pontua que, “se por detrás da receita pública há sempre uma decisão política, então discutir o orçamento público é, a cada exercício financeiro, repensar o Estado (e a sociedade) que temos”.

⁴⁷ Conforme atestam Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath (1997, p. 76).

⁴⁸ Neste sentido *vide* Ricardo Lobo Torres (2010b, p. 176-178); Alvaro Rodrigues Bereijo (1979, p. IX) e Eduardo Marcial Ferreira Jardim (2003, p. 69).

Há, basicamente, três correntes teóricas que pelejam acerca da natureza jurídica da lei do orçamento público⁴⁹, as quais: (i) a que defende tratar-se de lei no sentido formal; (ii) a que advoga a feição de lei em sentido material; e (iii) a que espousa o entendimento de que se trata de lei material no que tange à receita, mas de mero ato administrativo no tocante ao gasto público.

Paul Laband (1979, p. 28-29) foi o idealizador da teoria do orçamento público como lei em sentido formal⁵⁰. Utilizando-se da distinção entre “lei em sentido formal” e “lei em sentido material”⁵¹, o autor alemão defendeu que o orçamento público não passava de uma lei formal, na medida em que produzido em atenção ao procedimento legislativo, revestindo-se, portanto, de forma legal. Entretanto, a teoria labandiana não via o orçamento público como uma lei material, haja vista que seu conteúdo não era vinculativo, senão mero ato administrativo de contabilidade pública, estabelecedor, tão somente, de uma estimativa prévia de ingressos e gastos públicos.

Em outras palavras, Laband (1979) defendia que o orçamento público, a despeito de se apresentar formalmente como lei, não possuía um conteúdo propriamente jurídico, na medida em que não obrigava a administração pública a realizar os gastos positivados, e, consequentemente, não gerava direitos subjetivos aos cidadãos⁵². No Brasil, Ricardo Lobo Torres (2010b, p. 177, grifos do autor) defende este posicionamento, afirmando que

A teoria de que o orçamento é *lei formal*, que apenas *prevê* as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro.

⁴⁹ Não se ignora a existência de outros entendimentos acerca da natureza jurídica do orçamento, como, por exemplo, o encampado por Helly Lopes Meirelles (1979, p. 160-161) que defende que o orçamento público é, na realidade, um “ato-condição”, espécie do gênero ato administrativo, e que, ainda que seja impropriamente denominado de “*lei* orçamentária”, jamais terá a força normativa e criadora da lei propriamente dita, sendo, em boa técnica, verdadeiro ato administrativo. Neste sentido, concluir o autor que o orçamento poderia e deveria ser aprovado mediante mero decreto legislativo. Para Gaston Jèze (1948, p. 66), o orçamento público “nunca é uma lei propriamente dita”, nem, tampouco, reveste-se de caráter unitário, configurando, sim, uma mescla de atos jurídicos reunidos em um único documento.

⁵⁰ É inegável a relevância do estudo do panorama histórico-político alemão, da segunda metade do século XIX, para a melhor compreensão da teoria labandiana. Defende-se, a grosso modo, que a teoria de Laband serviu para defender os interesses da monarquia alemã do Chanceler Bismarck, sobrepondo o princípio monárquico ao princípio democrático. Sobre o tema, *vide* Alvaro Rodríguez Bereijo (1979) e Isaac Ramiro Bentes (2004, p. 49-57).

⁵¹ Sobre a distinção entre “lei em sentido formal” e “lei em sentido material”, *vide* Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 234-235).

⁵² Interessante a crítica de Francisco Sérgio Silva Rocha (2010, p. 279-280), para quem “conceber a norma orçamentária desta maneira não se amolda a sua finalidade e nem atende ao interesse público” eis que impede o exercício do controle da administração pública por parte do cidadão.

Em sentido diametralmente oposto, encontram-se os defensores da teoria segundo a qual o orçamento público tem natureza de lei em sentido material, configurando documento unitário e indivisível, emanado do Poder Legislativo no exercício de suas faculdades inquestionáveis, sendo, portanto, uma lei no sentido institucional da palavra, de conteúdo perfeito e com plenos efeitos jurídicos (FONROUGE, 1997, p. 177).

O principal defensor desta corrente é Sainz de Bujanda (1982, p. 453), que com base no direito orçamentário espanhol afirma que o orçamento tem eficácia material constitutiva e inovadora, não podendo ser derogado, nem tampouco modificado, por meros atos administrativos, além de poder derogar ou modificar leis precedentes de hierarquia igual ou inferior. No Brasil, Régis Fernandes de Oliveira (2005) defende a perspectiva do orçamento público como lei em sentido material⁵³, ao afirmar que “as despesas devem ser efetuadas de acordo com o que foi determinado na lei orçamentária”, pelo que o orçamento é impositivo, sob pena de “desmoralização do Congresso Nacional, que de nada serviria”, e de rompimento com o princípio da separação dos Poderes.

A teoria de Léon Duguit (1924, p. 384), por sua vez, defende que o orçamento público é ato-condição (espécie do gênero ato administrativo) no que diz respeito à despesa e lei material no que diz respeito à cobrança tributária. Em outros termos, o referido autor defende que: (i) na ponta dos gastos públicos, as disposições orçamentárias representam meros atos-administrativos, pelo que o Parlamento, ao aprová-las, reveste-se da função de agente administrativo; e (ii) na ponta da arrecadação, em havendo o princípio da anualidade, os enunciados orçamentários que versem sobre receita tributária devem ser vistos como lei material.

Uma vez vistas as posições predominantes acerca da natureza jurídica do orçamento público, e aderindo às lições de Héctor B. Villegas (1998, p. 791), para quem esta celeuma deve ser resolvida à luz do direito positivo de cada país, entende-se que no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro a questão se desata da seguinte maneira.

Em primeiro lugar cumpre-se, com base nos discursos dos financistas supracitados, analisar o que se entende por “lei em sentido material” e “lei em sentido formal”. Celso de B. Correia Neto (2010, p. 313) é preciso ao apontar, na discussão da natureza jurídica do orçamento público, o critério utilizado para caracterizá-lo como “lei material” ou mera “lei formal”, qual seja: a juridicidade do conteúdo que a lei orçamentária veicula, ou seja, analisa-se a obrigatoriedade, ou não, de o Executivo atender às despesas que ele prevê.

⁵³ O mesmo entendimento é esposado por Flávio Rubinstein (2010b, p. 114-116).

Trata-se de um critério equivocado na medida em que ignora as categorias da Teoria Geral do Direito. É fundamental, para a correta solução do caso, que se tenha em mente três pressupostos: (i) lei é diferente de norma jurídica⁵⁴; (ii) há uma homogeneidade sintática entre as normas jurídicas⁵⁵; e (iii) há uma interdefinibilidade dos modais deônticos⁵⁶ (CORREIA NETO, 2010, p. 313).

Firmada tais premissas, cabe desmistificar a dualidade “lei formal” x “lei material”, eis que obrigatoriedade não pode ser tomada como sinônimo de juridicidade. Assim, o orçamento público, no Brasil, é lei sim, conforme se depreende dos artigos 165 e 84, inciso XXIII da Constituição Federal, que estabelecem o princípio da legalidade orçamentária. Assim, na medida em que a lei do orçamento público é realizada pela autoridade competente, atendendo ao procedimento legislativo prescrito pelo sistema de direito positivo brasileiro (artigos 22 e ss da Lei n° 4.320/64), deve ser tomada como texto legal, inserido no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, qualificado com o atributo de juridicidade.

Questão distinta, porém, é a de perquirir se a norma jurídica que se chega a partir da leitura do texto de direito positivo é modalizada pelo functor “obrigatório”, “permitido” (facultado) ou “proibido”. Assim é que se chegará a conclusão se as normas jurídicas orçamentárias “vinculam” (leia-se: obrigam) ou não o Poder Executivo.

Não há como dizer de plano que todas as normas jurídicas obtidas pela leitura da lei orçamentária são modalizadas por um vetor ou por outro. Faz-se necessária uma análise mais apurada e sistematizada do ordenamento jurídico como um todo para se chegar a uma conclusão.

⁵⁴ Lei é tomada como o texto do direito positivo, suporte físico, sinônimo de texto legal. Já a “norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo”, é “o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito” (CARVALHO, 2009b, p. 8). Enfim, “a norma será sempre o resultado da interpretação do texto” (STRECK, 2009, p. 225). Vale ressaltar que de um único dispositivo legal pode-se chegar a várias normas, bem como uma única norma jurídica pode ser produzida a partir da leitura de inúmeros enunciados prescritivos (ÁVILA, 2006, p. 30).

⁵⁵ As normas jurídicas são homogêneas sintaticamente, ou seja, sua estrutura é sempre a mesma, não variando (CARVALHO, A., 2009, p. 272-276). Todas as normas jurídicas são idênticas no que diz respeito à sua estrutura formal: uma hipótese, que descreve um fato que, uma vez verificado no campo do mundo fenomênico, implicará uma consequência, que configura uma relação jurídica entre dois sujeitos, modalizada por um operador deôntico (VILANOVA, 1976, p. 111-115).

⁵⁶ O operador deôntico que estabelece a relação jurídica entre sujeitos, aparecerá, sempre e apenas, em uma das três formas possíveis: (i) obrigatório; (ii) permitido; e (iii) proibido. (VILANOVA, 2000, p. 91-95). Ademais, cada um deles pode ser definido pelo outro com auxílio do conector negativo, assim: “uma conduta será obrigatória se não for permitido omiti-la; será facultativa se não for obrigatório realizá-la e será proibida se não for permitido realizá-la.” (CARVALHO, P., 2010, p. 167-168).

A grosso modo, portanto, pode-se falar que há normas jurídicas orçamentárias: (i) que “obrigam” o Executivo, como por exemplo, as que estabelecem os gastos mínimos obrigatórios com a saúde, nas quais este Poder não tem a “faculdade” de gastar ou não, senão obrigatoriedade⁵⁷; e (ii) que “permitem”, como, por exemplo, as que estabelecem gastos facultativos⁵⁸, e que, portanto, não “obrigam” a realização do mesmo, como é o caso daquelas que versam acerca das despesas correntes e de investimentos.

Estas normas jurídicas de cunho orçamentário, e que estabelecem a obrigatoriedade de a administração pública proceder ao gasto público em determinada finalidade, são construídas a partir da leitura de inúmeros dispositivos legislativos.

Assim, a norma jurídica que “obriga” a administração pública a incorrer em despesas mínimas com a saúde, por exemplo, não é construída com base, unicamente, nos dispositivos da lei orçamentária, mas sim, considerando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo sistemático, a partir de inúmeros dispositivos legislativos, como, por exemplo, os artigos 198, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, c/c o artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tratam-se de vários dispositivos legais servindo de amparo à construção de uma única norma jurídica, que coloca o poder público como sujeito passivo de uma relação jurídica que o obriga a gastar determinado percentual (mínimo) orçamentário em pré-determinada finalidade, e os cidadãos como sujeitos ativos, com direito subjetivo de exigir que tais dispêndios sejam efetivamente levados a cabo.

⁵⁷ Outros exemplos de normas que estabelecem a obrigatoriedade no gasto são as que dizem respeito ao gasto com o pessoal ou previdência.

⁵⁸ Entendidos como aqueles “previstos pela própria lei orçamentária mediante a respectiva autorização de pagamento” (CARVALHO, A., 2010, p. 118), sem qualquer lastro em normas de superior hierarquia que obriguem a gastar nessa finalidade.

2.2.6 O princípio da não-afetação orçamentária e suas exceções: as vinculações constitucionais das receitas públicas e as despesas mínimas obrigatórias constitucionalmente prescritas

A Constituição Federal, enuncia, em seu artigo 167, inciso IV, o princípio da não-afetação, ou não-vinculação orçamentária⁵⁹. De acordo com Ricardo Lobo Torres (2008b, p. 336), tal princípio se dirige ao legislador, vedando-o de vincular a receita pública proveniente dos impostos⁶⁰ a certas despesas, órgãos ou fundos.

Portanto, com base no princípio da não-afetação orçamentária, o Poder Legislativo e o Executivo possuem certa liberdade⁶¹, quando da feitura do orçamento público, para determinar os destinos que serão dados às receitas públicas provenientes dos impostos pagos pelos contribuintes, optando pelos gastos com os investimentos e com as políticas públicas (sócio-econômica) que melhor correspondam às necessidades públicas as quais a realidade momentânea reclama.

Em outro termos, pode-se afirmar, como aliás o faz José Maurício Conti (1998, p. 103), que a finalidade deste princípio não é outra senão a de⁶² “evitar o “engessamento” das verbas públicas, que pode impedir o administrador público de ter liberdade para aplicá-las onde se mostrem necessárias, tendo em vista o interesse da sociedade”.

Porém, observa-se que a própria Constituição Federal, congrega uma série de exceções ao princípio ora em comento. Estas exceções afetam parte da receita pública oriunda dos impostos, prescrevendo os destinos que as mesmas deverão ter⁶³.

⁵⁹ André Castro Carvalho (2010, p. 172-178) faz interessante estudo acerca da origem e da evolução histórica do princípio da não-afetação orçamentária.

⁶⁰ Ricardo Lobo Torres (2008b, p. 336) adverte, ainda, para o fato de que o princípio da não-afetação orçamentária, no regime anterior (1967/1969) abrangia todos os tributos, e, atualmente, apenas os impostos, o que não impede a vinculação da receita pública proveniente de taxas e contribuições de melhoria. No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff (2003b, p. 50-51) chama a atenção para as reiteradas confusões que os intérpretes vêm fazendo em razão da diminuição da abrangência do princípio da não-afetação orçamentária, que na Constituição anterior (1967) alcançava todos os tributos e que, na atual, apenas os impostos.

⁶¹ Vale ressaltar que se trata de liberdade mitigada haja vista que os gastos públicos devem atenção aos fundamentos e objetivos estipulados, respectivamente, nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal.

⁶² Este também é o entendimento de Estevão Horvath e Régis Fernandes de Oliveira (1997, p. 81) ao afirmar que “O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos preferenciais. Não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, mingando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir”.

⁶³ A discussão acerca da “vinculação” ou “não-vinculação” na escolha do destino das receitas públicas configura verdadeiro *trade off*, eis que, se por um lado a vinculação permite um maior controle do gasto público, o excesso nas vinculações engessa a administração pública, que não terá meios financeiros para

Em outras palavras, a vedação à afetação (vinculação) das receitas oriundas dos impostos não se aplica em determinados casos, dentre os quais⁶⁴:

- a) o da repartição do produto da arrecadação dos impostos⁶⁵ (prevista nos artigos 158 e 159 da CF) do IPI, IR, ITR, IPVA e ICMS, que configura o quadro do “federalismo cooperativo brasileiro”⁶⁶;
- b) o das receitas públicas destinadas para as ações e serviços públicos de saúde, previstas nos artigos 198, parágrafos 2º e 3º da CF, c/c o artigo 77 dos ADCT;
- c) o das receitas públicas destinadas à manutenção e desenvolvimento do ensino, tal qual previsão do artigo 212 da CF;
- d) o das despesas relativas à realização de atividades da administração tributária (artigo 37, inciso XXII da CF);
- e) o das hipóteses de prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamentos de débitos para com esta (artigo 167, parágrafo 4º da CF);
- f) o das prestações de garantia às operações de crédito por antecipação de receita orçamentária, previstas no artigo 165, parágrafo 8º da CF;
- g) o do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza Federal⁶⁷, previsto nos artigos 79 a 81 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e que vincula 5% da receita pública oriunda do IPI incidente sobre produtos supérfluos e 100% da decorrente do IGF⁶⁸ (caso seja instituído), para o seu custeio;
- h) o dos Fundos de Combate à Pobreza Estaduais, prescrito no artigo 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e que vincula 2% da arrecadação do

enfrentar e solucionar os anseios momentâneos da sociedade. Deve-se, portanto, buscar um ponto ótimo. Sobre o tema, *vide* André Castro Carvalho (2010, p. 79-91), e Mauro Santos Silva (2003, p. 2-4).

⁶⁴ Ricardo Lobo Torres (2008b, p. 345) acrescenta a vinculação da taxa judiciária aos gastos do Poder Judiciário, trazida pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, como outra exceção ao princípio da não-afetação. Discorda-se do referido autor na medida em que o constituinte, ao enunciar o referido princípio não impediu a vinculação da receita oriunda de outras espécies tributárias que não as dos impostos.

⁶⁵ O tema será melhor tratado no item 2.3.2 do Capítulo 2.

⁶⁶ Gilberto Bercovici (2004, p. 58-59) define o conceito de “federalismo cooperativo” como a estrutura federativa cujo fundamento, “em termos fiscais, é a cooperação financeira, que se desenvolve em virtude da necessidade de solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e de compensação das disparidades regionais”

⁶⁷ Vale ressaltar que, a despeito de a Emenda Constitucional n.º. 31/2000 ter criado tal fundo para vigorar apenas até o ano de 2010, a recente Emenda Constitucional n.º. 67/2010 prorrogou sua vigência por tempo indeterminado.

⁶⁸ Muito embora o artigo 80, inciso VI dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias fale na possibilidade de a lei complementar regulamentadora do fundo estabelecer a vinculação de novas receitas a tal fundo, entende-se impossível tal prática sob pena de ofensa ao princípio da não-afetação, pelo que a lei seria passível de ser declarada inconstitucional. Em outras palavras, não poderia lei infraconstitucional restringir princípio constitucionalmente prescrito.

ICMS incidente sobre produtos e serviços supérfluos para o custeio do fundo do respectivo Estado arrecadador;

i) o do Fundo de Combate à Pobreza Distrital, previsto no artigo 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e que vincula 2% da arrecadação do ICMS incidente sobre produtos e serviços supérfluos, bem como 0,5% do ISS incidente sobre serviços supérfluos para o seu custeio;

j) o dos Fundos de Combate à Pobreza Municipais, prescrito no artigo 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e que vincula 0,5% do ISS incidente sobre serviços supérfluos para o custeio do fundo do respectivo Município arrecadador;

l) o do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), tal qual positivado pelo artigo 60, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ademais das vinculações das receitas de impostos constitucionalmente prescritas que excepcionam o princípio da não-afetação orçamentária, cumpre ressaltar a existência de outras receitas tributárias vinculadas a finalidades específica, como, por exemplo, as oriundas das contribuições especiais⁶⁹. Não se trata, porém, de exceção ao princípio da não-afetação orçamentária, posto que este, como dito anteriormente, somente alcança receitas provenientes de impostos. Assim é que, como exemplo de contribuição especial, cita-se a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), prescrita no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, e cujo produto da arrecadação é, integralmente, vinculado aos gastos com a seguridade social.

Isto posto, é curial que se chame atenção para a existência de algumas vinculações de receitas a gastos pré-determinados que apresentam um *plus* no que diz respeito à busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais. Há, portanto, determinados gastos que, além de vinculados a determinadas finalidade, são obrigatórios, configurando o que se entende por “despesas mínimas obrigatórias constitucionalmente prescritas”.

Neste sentido, a Constituição Federal de 88 estabelece alguns percentuais mínimos que obrigatoriamente devem ser despendidos em pré-determinadas áreas a fim de garantir o desenvolvimento nacional sócio-econômico do país, como por exemplo os gastos mínimos com a saúde (artigo 198, parágrafos 2º e 3º, c/c o artigo 77 dos ADCT) e com a educação (artigo 212 da CF).

⁶⁹ Tema tratado nos itens 2.3.1.2 e 2.3.1.4 do Capítulo 2.

André Castro Carvalho (2010, p. 119-120) critica o constituinte em razão da utilização indiscriminada do termo “vinculação” com a expressão “despesa ou gasto mínimo obrigatório”. O citado autor critica, também, alguns financistas nacionais como Ricardo Lobo Torres, Fernando Facury Scaff e Misabel de Abreu Machado Derzi por também utilizarem a palavra “vinculação” e a expressão “despesas ou gastos mínimos obrigatórios” como sinônimos. E finaliza asseverando que

com a devida vênia a todos os ilustres juristas citados, há, em nossa opinião, um critério diferencial que separa vinculação de receita de despesa obrigatória. O fator preponderante é, justamente, a obrigatoriedade no gasto. A despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece um elo normativo entre uma fonte e destino (CARVALHO, A., 2010, p. 120).

Portanto, André Castro Carvalho (2010) entende que a vinculação de uma receita a uma destinação específica, não gera a obrigatoriedade do gasto, podendo tal dispêndio vir a ser realizado em exercício financeiro posterior. Entretanto, quando tal receita vinculada for utilizada, deve-se atentar ao elo normativo entre a fonte e a finalidade, não podendo, tais recursos, serem tredestinados (artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Já os gastos obrigatórios são aqueles que devem ser realizados em determinado exercício financeiro. Em outras palavras, a norma jurídica obriga o ente federativo a realizar o gasto de pré-determinado percentual mínimo da receita auferida (seja a total, seja a oriunda de uma espécie tributária específica) em uma finalidade específica no exercício financeiro corrente, não podendo postergar tal gasto ao exercício vindouro. Tratam-se, logo, de gastos mínimos a serem realizados, mandatoriamente, dentro de um exercício financeiro. Como exemplo cita-se o “gasto mínimo com ações e serviços públicos de saúde” na forma do artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade, por parte de todos os entes federativos, de aplicarem, anualmente, um mínimo percentual estabelecido em lei complementar⁷⁰, na busca pela efetivação do direito à saúde.

Para fins desta pesquisa, entende-se tanto pela impossibilidade de se separar, em absoluto, a “despesa vinculada a determinada finalidade” da “despesa mínima obrigatória”,

⁷⁰ Como tal lei complementar ainda não foi editada, utiliza-se o prescrito no artigo 77, dos ADCT, para fins de determinar o mínimo percentual que deve ser aplicado por cada ente federativo em ações e serviços públicos de saúde.

tratando-as como se fossem coisas opostas, quanto pela impossibilidade de tratá-las como se designassem a mesma realidade.

Isso porque, se a vinculação da despesa diz respeito à existência de um elo normativo entre uma fonte e um pré-determinado destino, é possível que haja despesas mínimas obrigatórias cuja receita que lhe faça frente seja vinculada a tal gasto, bem como é possível que haja um despesa vinculada que não seja obrigatória, podendo ser realizada no exercício financeiro seguinte, desde que atenda à destinação especificada.

Assim é que haverá gastos: (i) vinculados e obrigatórios, ou seja, despesas que possuem uma destinação pré-determinada, e que, obrigatoriamente, devem ser realizar em todos os exercícios financeiros, como, por exemplo os gastos mínimos com saúde (artigo 198, parágrafos 2º e 3º, c/c o artigo 77 dos ADCT); (ii) vinculados, no sentido de apresentarem uma finalidade pré-determinada, e não-obrigatórios, eis que poderão ser utilizados em exercício financeiro posterior ao que foi arrecadado, desde que atendida a finalidade prescrita, tal qual prescreve o artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2000) , como os gastos com a seguridade social custeados pelas contribuições sociais; (iii) não-vinculados e obrigatórios, como os relacionados com as despesas com pessoal, que são custeados por recursos ordinários, ou seja, cuja receita é desvinculada de qualquer finalidade pré-determinada; e (iv) não-vinculados e não-obrigatórios, que se relacionam às despesas correntes, realizações de investimentos, dentre outros . Assim, ter-se-ia:

Figura 1

2.2.7 Esclarecimentos acerca da polissemia do termo “vinculação”

A palavra “vinculação” é utilizada, tanto no Direito Financeiro, quanto no Direito Tributário, para designar distintas situações, o que pode ser objeto de confusões, poluindo o discurso. Pretende-se, neste momento da pesquisa, elencar as diversas situações em que o termo é utilizado, distinguindo-as umas das outras.

Uma primeira situação em que se vislumbra a utilização do vocábulo “vinculação” é no artigo 3º do Código Tributário Nacional, para fins de definir o conceito de tributo. Prescreve tal dispositivo que o tributo deve ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente *vinculada*.

Neste caso, o Código Tributário Nacional incute a noção de que a cobrança do tributo, por parte da autoridade administrativa, não é discricionária, senão obrigatória. Não cabe a ela analisar questões acerca de conveniência e/ou oportunidade, mas deve seguir o que foi prescrito pelo legislador, bem como este, por sua vez, não pode conceder brechas ao administrador para que atue discricionariamente (SCHOUERI, 2011, p. 142).

Outra acepção semântica de “vinculação” é aquela empregada por Geraldo Ataliba (2009, p. 123), e encampada maciçamente pelos doutrinadores brasileiros, quando da classificação dos tributos. Segundo Ataliba (2009, p. 130-131), os tributos são classificados segundo a *vinculação* ou não de sua hipótese de incidência a uma atividade estatal.

Neste caso, o que é vinculado ou não, é o critério material da hipótese da regra-matriz de incidência tributária, ou seja, o evento que uma vez ocorrido no mundo fenomênico e vertido em linguagem jurídica competente dará ensejo à obrigação tributária. Assim é que: quando o evento previsto na hipótese de incidência tributária for relativo a uma atuação estatal, o tributo será vinculado, como nos casos das taxas e das contribuições de melhoria; por outro lado, quando o evento prescrito na hipótese de incidência tributária for algo não afeito a uma atividade estatal, tal tributo será não-vinculado, como no caso dos impostos.

Uma terceira acepção semântica emprestada ao termo em questão, no direito tributário, diz respeito à existência ou não de uma destinação específica do produto da arrecadação a uma finalidade pré-determinada constitucionalmente. Fala-se, neste contexto, em uma *vinculação* do produto da arrecadação a determinada finalidade pública pré-determinada.

Há tributos cuja natureza se distingue dos demais justamente por tal rasgo característico, ou seja, o de possuírem o montante arrecadado com a sua cobrança vinculado ao gasto em um determinado fim específico, impedindo que a administração pública tenha plena liberdade na escolha da rubrica sob a qual pretende despendar tal verba pública. Não é por outro motivo que a doutrina pátria fala, em “gastos públicos vinculados”, que, no limite, exprimem o mesmo sentido que a expressão “vinculação do produto da arrecadação”.

Como exemplo de tributo que apresenta uma destinação específica do produto da arrecadação a uma finalidade pré-determinada cita-se as contribuições sociais para a seguridade social, cujo gasto da receita auferida está vinculado, como o próprio *nomen juris* desta espécie tributária sugere, à seguridade social.

Acrescenta-se, ainda, a hipótese de destinação específica do produto da arrecadação a uma finalidade pré-determinada constitucionalmente no caso das transferências intergovernamentais *vinculadas*⁷¹, que são aquelas em que o ente beneficiário não tenha a liberalidade para optar pelo melhor fim para dar à receita transferida, devendo gastá-la em rubrica pré-determinada. Trata-se, também, de hipótese de gasto público vinculado.

Finalmente, conforme defendido alhures⁷², “gastos públicos vinculados” não devem ser confundidos com “gastos públicos obrigatórios”. Há despesas que são obrigatórias, ou seja, o Estado deve nelas incorrer anualmente, e outras que não são, quando então se fala em conveniência e oportunidade do gasto público. Essas despesas obrigatórias podem ser custeadas com receita pública vinculada, (como no caso dos gastos mínimo com saúde) ou não vinculadas (como no caso das despesas com pessoal, que a despeito de obrigatórias, não são custeadas com receitas vinculadas a gastos públicos pré-determinados constitucionalmente).

⁷¹ Vide item 2.3.2 deste Capítulo 2.

⁷² Vide item 2.2.6 deste Capítulo 2.

2.2.8 O orçamento mínimo da saúde no Brasil: uma garantia fundamental do cidadão

Neste sentido, é latente a existência de inúmeras receitas que são constitucionalmente vinculadas a gastos com o setor social⁷³. Percebe-se, com hialina clareza, a preocupação do constituinte (seja o originário seja o derivado) em assegurar um *quantum* de receita pública para ser gasto em tal finalidade, visando a solução da lastimável realidade sócio-econômica brasileira⁷⁴, bem como afinando-se à inteligência da Constituição de 1988, que, ademais de estabelecer um sem-número de direitos fundamentais sociais (que necessitam de gastos públicos para sua implementação), encampou como objetivos a serem perseguidos pelo Estado Social e Democrático brasileiro, dentre outros: a busca pela construção de uma sociedade livre justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sócio-econômica.

Assim é que, ademais de prescrever gastos vinculados ao setor social, o constituinte (derivado) de 1988 preocupou-se em estabelecer mínimos orçamentários a serem gastos em determinadas áreas como a saúde e a educação, buscando uma maior efetividade dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, que, como se sabe, necessitam de dinheiro para que sejam implementados.

Fala-se, portanto, no “orçamento mínimo da saúde” brasileiro, que estabelece as verbas (mínimas) que, a cada exercício financeiro, a lei orçamentária deve direcionar a tal rubrica, e a administração pública dispender, na busca pela efetivação do direito fundamental à saúde.

Em outras palavras, o “orçamento mínimo da saúde” estabelece gastos públicos obrigatórios, ou ainda, normas jurídicas modalizadas pelo functor deôntico “obrigatório”⁷⁵. Conclui-se, nesta toada, que as normas jurídicas que o compõe apresentam, no seu

⁷³ Como exemplo citam-se: gastos mínimos com saúde e educação; receitas vinculadas ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza Federal; receitas vinculadas aos Fundos de Combate à Pobreza Estaduais, Distrital e Municipais; receitas vinculadas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação; e as receitas oriundas das contribuições sociais.

⁷⁴ Para o contato com alguns índices sócio-econômicos brasileiros, *vide* a introdução deste trabalho.

⁷⁵ Não se deve confundir a “obrigação de gastar” com a “obrigação de atentar ao vínculo quando da realização da despesa”. O orçamento mínimo da saúde obriga o ente público a gastar, em cada exercício financeiro, determinado montante de verbas públicas, conforme se depreende do artigo 198, parágrafo 2º da CF (“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos [...]"). Situação distinta é a obrigação de mera observância do vínculo quando da realização do gasto, que enseja o gasto em uma pré-determinada finalidade, não obrigando, entretanto, que este ocorra em um exercício financeiro pré-determinado.

consequente, uma relação jurídica onde todos os cidadãos, que figuram como sujeitos ativos, possuem o direito público subjetivo de exigir do Estado, sujeito passivo, o dispêndio mínimo de verbas públicas na busca pela efetivação da saúde pública.

Destarte, os incisos do artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição Federal, dispositivos acrescentados pela Emenda Constitucional nº. 29/2000, estabeleceram, as bases⁷⁶ que deverão ser utilizadas para, após a aplicação de determinados percentuais sobre elas (estabelecidos pela Lei Complementar nº. 141/2012), calcular os recursos mínimos que cada ente federativo deve gastar sob o “carimbo” do direito à saúde, perfazendo o que se optou por denominar de “orçamento mínimo da saúde” no Brasil.

No que diz respeito aos valores percentuais mínimos a serem gastos com a saúde, o artigo 77, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias traz o percentual aplicável até o ano de 2004⁷⁷, quando então deveria ter sido editada legislação complementar regulamentadora do assunto, que, entretanto, somente foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2012, por meio da Lei Complementar nº. 141/2012.

A supracitada legislação complementar, que regulamentou a Emenda Constitucional nº. 29/2000, manteve os percentuais mínimos a seres despendidos com saúde pública pelos entes federativos, tal qual veiculados pelo artigo 77, dos ADCT. Isto posto, pode-se descrever os “orçamento mínimos da saúde”, de cada um dos entes federados” da seguinte maneira:

- a) União Federal: No ano de 2000 (em que entrou em vigor a Emenda Constitucional nº. 29/2000), o “orçamento mínimo da saúde” aplicado, tomou por base o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999, com o acréscimo de, no mínimo, 5%. A partir de 2001 até 2011, o valor-base deveria ser o apurado no exercício financeiro anterior, atendida a correção pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). A partir de 2012, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº. 141/2012, as despesas mínimas obrigatórias, da União Federal, com saúde, devem perfazer o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano

⁷⁶ Ressalta-se que no caso da União Federal, o artigo 198, parágrafo 2º, inciso II, da CF, deixa a cargo da lei complementar o estabelecimento da base a ser utilizada para o cálculo do orçamento mínimo da saúde que deve ser implementado por tal ente federativo.

⁷⁷ Antecipando a inação do Poder Legislativo (que perdurou até meados de 2011), o parágrafo 4º do artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, prescrevia a manutenção dos percentuais enunciados nos incisos do referido artigo.

anterior ao da lei orçamentária anual (artigo 5º, da Lei Complementar nº. 141/2012). Note-se que, embora sutil, houve uma modificação no que tange ao orçamento mínimo da União quando da entrada em vigor da lei complementar que regulou a Emenda Constitucional nº. 29/2000. Antes da LC nº. 141/2012, a União Federal deveria acrescentar o percentual de variação do PIB sobre o valor apurado. Entende-se que quando a Constituição enuncia, em seu artigo 77, inciso II, alínea b, dos ADCT, a expressão, “o valor apurado no ano anterior”, está ela afirmando que o orçamento mínimo da saúde será montado a partir dos “valores liquidados para gastos com saúde”, e não os simplesmente empenhados, eis que dentro do procedimento para a realização de gastos⁷⁸, é na fase da liquidação que se dá a apuração: (i) do valor exato que deve ser pago; (ii) da origem e objeto do que se deve pagar; e (iii) da pessoa a quem se deve pagar para extinguir a obrigação (artigo 63, parágrafo 1º, da Lei nº. 4.320/64). Assim, para o cálculo do orçamento mínimo da saúde aplicável ao período de 2001 a 2011, utiliza-se a seguinte fórmula: valores liquidados (ou seja, aqueles “valores apurados no ano anterior”) + o percentual correspondente à variação do PIB do ano anterior à lei orçamentária anual⁷⁹. Atualmente, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº. 141/2012, o orçamento mínimo da saúde do ente federativo em questão deve ser montado com base nos valores empenhados no exercício anterior, e não nos efetivamente apurados (leia-se: liquidados). Assim, a União Federal deve observar, quando da formação de seu orçamento mínimo da saúde, a seguinte fórmula: valores empenhados + o percentual correspondente à variação do PIB do ano anterior à lei orçamentária anual;

b) Estados-membros e Distrito Federal: à luz do artigo 6º, da Lei Complementar nº. 141/2012, deverão aplicar nos gastos com a saúde, em cada exercício financeiro, no mínimo 12% sobre a seguinte base de cálculo: (i) totalidade das receitas de

⁷⁸ Sabe-se que para a realização do gasto público o gestor deve atentar para o seguinte procedimento: (i) licitação (salvo nos casos de dispensa); (ii) empenho; (iii) emissão da nota de empenho; (iv) liquidação; (v) ordem de pagamento; e (vi) pagamento. Assim, no momento do empenho ainda não se fala em “apuração” do valor a ser gasto, mas apenas em vinculação de determinada receita a um gasto. Esta “apuração” somente se dará na fase da liquidação, quando serão apurados, conforme o artigo 63, parágrafo 3º, da Lei nº. 4.320/64: a origem e o objeto do que se deve pagar; a importância exata a pagar; e a quem se deve pagar a importância para extinguir a obrigação.

⁷⁹ Em sentido contrário entende João Batista Lazzari (2003, p. 40). Segundo o autor a expressão “o valor apurado no ano anterior”, enunciada no art. 77, inciso II, alínea b, dos ADCT, deve ser interpretada como “o montante efetivamente empenhado pela União em ações e serviços públicos de saúde no ano imediatamente anterior”. Assim, não haveria que se falar em mudanças no orçamento mínimo da saúde no caso da União Federal quando da entrada em vigor da Lei Complementar nº. 141/2012.

impostos de natureza estadual (ICMS, IPVA e ITCMD); mais (ii) as receitas transferidas provenientes da União Federal (quota-parte do FPE, quota parte do IPI-exportação e transferências da Lei Complementar n°. 87/96 – Lei Kandir); mais (iii) a receita oriunda do Imposto de Renda Retido na Fonte pago pelo Estado-membro e seus entes da Administração Indireta; mais (iv) o percentual devido em razão da criação de um eventual imposto residual; mais (v) outras receitas correntes (receita da dívida ativa tributária de impostos, multas, juros de mora e correção monetária); menos (vi) as receitas transferidas (transferências constitucionais e legais) dos Estados-membros aos Municípios (25% do IPVA, 50% do IPVA, 25% do IPI-exportação);

c) Municípios e Distrito Federal: conforme prescrito no artigo 7º da Lei Complementar n°. 141/2012, deverão aplicar nos gastos com a saúde, em cada exercício financeiro, no mínimo 15% sobre a seguinte base de cálculo: (i) totalidade das receitas provenientes dos impostos municipais (ISS, IPTU e ITBI); mais (ii) as receitas transferidas provenientes da União Federal (quota-parte do FPM, quota-parte do ITR80, quota parte da Lei Complementar n° 87/96 – Lei Kandir); mais (iii) a receita oriunda do Imposto de Renda Retido na Fonte pago pelo Estado-membro e seus entes da Administração Indireta; mais (iv) as receitas transferidas provenientes dos Estados-membros (quota-parte do ICMS, quota-parte do IPVA e quota parte do IPI-exportação); mais (v) outras receitas correntes: (receita da dívida ativa tributária de impostos, multas, juros de mora e correção monetária).

Uma vez vista a sistemática ordenadora dos percentuais mínimos a serem aplicados na busca pela efetivação do direito à saúde, não seria demais afirmar que o “orçamento mínimo da saúde” configura verdadeira garantia fundamental do cidadão, apresentando-se, no limite, como uma cláusula pétrea, haja vista a dicção do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 64) corrobora com a afirmação de que o “orçamento mínimo social” deve ser tomado como uma garantia fundamental, ao pontuar que

Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se

⁸⁰ O artigo 158, inciso III, da Constituição Federal admite a possibilidade de os Municípios ficarem com a totalidade do produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural - ITR, no caso de os mesmos procederem, na forma da lei, a fiscalização e cobrança do tributo em questão.

establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales⁸¹.

Deste modo, (i) se todo e qualquer direito fundamental possui custos para a sua implantação/implementação; (ii) se o direito à saúde, como direito fundamental que é, enseja altos custos aos cofres públicos para que se veja implementado; (iii) se as garantias fundamentais são instrumentos que conferem direito público subjetivo para a busca da efetividade dos direitos fundamentais⁸²; (iv) não há outra conclusão a se chegar senão a de que o “orçamento mínimo da saúde”, previsto na Constituição Federal de 1988, apresenta-se como uma garantia fundamental, posto que instrumentaliza a efetivação do direito à saúde, devendo, portanto, ser tido como cláusula pétrea.

2.3 FEDERALISMO FISCAL E “SOLIDARIEDADE FEDERATIVA”

O federalismo fiscal atem-se ao estudo do aspecto financeiro de um Estado que se organiza sob a forma federativa. Em outras palavras, é por meio da análise do federalismo fiscal que se chegará às informações acerca da maneira como as entidades federativas relacionam-se entre si do ponto de vista financeiro, perquirindo, quais competências lhes foram atribuídas, bem como qual fatia da receita pública lhe foi conferida para fazer frente aos gastos nos quais incorrerá quando do exercício de suas competências.

Assim, como leciona José Maurício Conti (2001, p. 24-25), o estudo do federalismo fiscal ocupa-se em avaliar

A maneira pela qual está organizado o Estado, qual é o tipo de federação adotado, qual é o grau de autonomia dos seus membros, as incumbências que lhes são atribuídas e, fundamentalmente, a forma pela qual serão financiadas.

Em síntese, pode-se afirmar que a distribuição das receitas públicas (tributárias e não-tributárias) na Federação, seja das fontes de receita, seja do produto da arrecadação, é a pedra de toque do federalismo fiscal, que busca ajustá-la de forma mais eficiente/justa

⁸¹ “Acima de tudo, enfim, não há dúvidas acerca da possibilidade de se elaborar novas técnicas de garantia. Nada impediria, por exemplo, que se estabeleçam, em nível constitucional, valores mínimos a serem computados orçamentariamente como despesas obrigatórias dentro dos gastos sociais” (FERRAJOLI, 2006, p. 64, tradução nossa).

⁸² Conforme assentado no item 1.1.5, Capítulo 1.

possível para que todos os entes federativos tenham recursos suficientes para levarem a cabo as despesas públicas inerentes ao exercício de suas competências⁸³.

Dentre as competências (concorrente) atribuídas aos entes federados encontra-se a busca pela implementação do direito à saúde, cuja realização apresenta altos custos financeiros. Portanto, ciente de que a efetivação do direito à saúde compete aos três níveis federativos, é de curial importância, dentro do federalismo fiscal brasileiro, que se encontre a medida correta da repartição da receita pública (em especial a tributária) entre os entes federativos, para que estes possam, de maneira uniforme, efetivar o direito fundamental à saúde.

Nesta senda, José Maurício Conti (2004, p. viii) pondera que a justiça do sistema tributário não deve se circunscrever à relação fisco/contribuinte – de forma que se transfiram adequadamente os recursos do particular para o poder público – mas deve, outrossim, estender-se à lógica da distribuição dos recursos entre os diversos entes federados, até porque tal equilíbrio refletirá, em última instância, em benefícios aos próprios cidadãos.

Aliás, é intuitiva a percepção de que somente com a correta repartição de recursos entre os entes federados, permitindo que estes tenham recursos para fazer frente às suas despesas, que se garante a autonomia financeira dos mesmos, requisito indispensável à existência de um Estado Federal⁸⁴.

A propósito, parece claro que a Constituição Federal de 88, na busca por um arquétipo de federalismo fiscal mais adequado à realidade do Brasil, adotou um modelo de “federalismo cooperativo”⁸⁵ (também denominado de “federalismo participativo”⁸⁶, “federalismo solidário”⁸⁷ ou “federalismo de integração”⁸⁸), no qual se vislumbra um pacto

⁸³ Vide artigos 15, 16, 17 e 18, da Lei nº. 8.080/1990.

⁸⁴ A forma federativa de Estado está constitucionalizada como cláusula pétrea no Brasil, conforme prescrição do artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição Federal. Não é por outro motivo que José Maurício Conti (2004, p. 8) afirma que o “federalismo é, para o Estado brasileiro, não só uma necessidade como também questão já decidida e insuscetível de modificação”. Portanto, já que a autonomia financeira dos entes federados é requisito essencial para que se fale em federação, sua violação configura inconstitucionalidade, bem como eventuais emendas constitucionais que suprimam tal autonomia serão consideradas inconstitucionais. O mesmo José Maurício Conti (2008, p. 908) conclui que, “sendo assim, na federação brasileira, União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios devem ter recursos que sejam, ao mesmo tempo, *suficientes* para fazer frente a todas as despesas decorrentes dos encargos que lhe cabem, e obtidos de maneira *independente* das demais unidades da Federação.”

⁸⁵ Outro não é o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1998, p. 277) ao afirmar que o processo de federalização no Brasil “mostra uma passagem progressiva de uma tônica segregacionista, com a insistência na autonomia das unidades parciais, para um federalismo orgânico, com a tônica da cooperação”.

⁸⁶ Cf. Fernando Facury Scaff (2007b, p. 14-15).

⁸⁷ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1998, p. 277).

⁸⁸ Cf. Antônio Roberto Sampaio Dória (1972, p. 150).

federativo pautado na colaboração (vertical e horizontal) dos entes federados e norteado pela solidariedade federativa, visando o atingimento de um interesse comum⁸⁹, o qual, a implementação dos objetivos constitucionalmente prescritos.

A impositividade da cooperação entre as diversas pessoas jurídicas de direito público interno fica latente quando da análise da repartição dos recursos públicos entre os mesmos, haja vista a existência de mecanismos constitucionais que perseguem a compensação de disparidades na arrecadação inter-regional (atendendo, nesta esteira, ao objetivo constitucional do artigo 3º, inciso III, da CF) como forma de por fim as iniquidades decorrentes de desequilíbrios regionais profundos (RUBINSTEIN, 2009, p. 216).

Sobre o tema, Gilberto Bercovici (2003, p. 158) pondera que

As transferências intergovernamentais de recursos são um instrumento de redistribuição de renda, com fundamento nos princípios da igualdade e da solidariedade, não um subsídio ou uma forma de caridade dos entes mais ricos para os mais pobres. A existência de um sistema de compensação financeira entre os entes federados enquadra-se dentro dos esforços constantes de manutenção ou estabelecimento de um equilíbrio federal, com o objetivo de evitar um grande distanciamento entre as regiões do mesmo país.

Sendo assim, cumpre-se analisar as formas por meio das quais se dá a repartição da receita tributária, no Estado Federal brasileiro, permitindo que os entes federados tenham meios financeiros para cumprir com seu dever de prestar uma saúde pública de qualidade. Foca-se nesta espécie de receita pública (a tributária) haja vista tratar-se da principal fonte de financiamento do direito à saúde no Brasil.

A Carta Constitucional de 1988, visando assegurar a autonomia financeira dos entes federados, repartiu a receita tributária de duas maneiras distintas: (i) mediante a discriminação pelas fontes de receita; e (ii) por meio da discriminação pelo produto da arrecadação.

Este item se propõe a analisar ambas. Antes, porém, de adentrar na forma de repartição da receita tributárias adotada pelo modelo brasileiro de federalismo fiscal, faz-se necessário que se dê um passo atrás, com vistas à realização de algumas ponderações acerca desta espécie de receita derivada.

⁸⁹ É interessante notar a observação de Gilberto Bercovici (2003, p. 150-151) de que o “federalismo cooperativo” não traz nenhuma inovação com a expressão “cooperativo”, haja vista ser impossível se conceber um Estado Federal em que não haja um mínimo de colaboração entre os níveis de governo. Assim, a diferença reside no “que se entende por cooperação, que, no federalismo cooperativo, é bem diferente do modelo clássico de colaboração mínima e indispensável”

Dessa forma, com os olhos voltados ao ordenamento jurídico pátrio, analisam-se: (i) quais receitas podem ser tomadas como tributárias; (ii) quais as espécies tributárias existentes; bem como (iii) quais tributos atuam como instrumentos de financiamento da saúde pública.

2.3.1 Receitas tributárias: a principal fonte de financiamento público do direito à saúde no Brasil

Como se vem repisando nesta pesquisa, para que o Estado implemente os direitos fundamentais, ele deve incorrer em uma série de gastos públicos, que, por sua vez, pressupõem a existência de receitas públicas que lhe confirmem lastro.

De acordo com Régis Fernandes de Oliveira (2003, p. 63), pode-se genericamente denominar de “ingresso” ou “entrada” todo e qualquer acréscimo de valores (dinheiro e bens) aos cofres públicos.

Como pontuado por Aliomar Baleeiro (2010, p. 148), nem todos os “ingressos”, entretanto, configuram receitas públicas, eis que alguns deles não passam de meros “movimentos de fundo” (ou ingressos provisórios), não incrementando o patrimônio público, “desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo”.

Atenta-se, deste modo, para o critério que distingue as receitas públicas das movimentações de caixa: a definitividade (não-restituibilidade)/provisoriedade (restituibilidade) da “entrada” ou “ingresso” com relação aos cofres Públicos⁹⁰. Por falar-se em: (i) ingressos definitivos, ou receitas públicas, que configuram a entrada definitiva de bens e valores nos cofres públicos, não sendo restituíveis, como por exemplo, a receita oriunda do pagamento de tributos; e (ii) ingressos provisórios, caracterizados como entradas que se destinam a serem restituídas, como, por exemplo, no caso de exigência um

⁹⁰ Critica-se esta classificação na medida em que os empréstimos compulsórios, entradas restituíveis que são, perderiam sua qualidade tributária. A questão se resolve, conforme lição de Luís Eduardo Schoueri (2011, p. 128), quando se percebe que “para o direito financeiro, a expressão ‘receita’ inclui aquelas oriundas de operações de crédito (Lei n°. 4.320/64, artigos 3° e 57). A definitividade, não é, pois, requisito das receitas públicas. Assim, afirma-se que a classificação em receitas públicas e meras movimentações de caixa, somente faz sentido no âmbito da Ciência das Finanças, não tendo sido, entretanto, encampada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

depósito por parte do particular com vistas a garantir proposta ou contrato no certame licitatório (ICHIHARA, 1979, p. 39).

Firme nesta distinção, define-se o conceito de receita pública como a entrada de valores (dinheiro ou bens) que se incorporam ao patrimônio público com foros de definitividade, acrescendo-o, e com vistas a fazer frente aos gastos públicos, atendendo, em última análise, as necessidades públicas.

Estas receitas públicas, por sua vez, podem ser classificadas das mais diversas maneiras, a depender do critério adotado pelo sujeito cognoscente. Dentre os critérios utilizados para classificar⁹¹ as receitas públicas, destacam-se: (i) o que leva em consideração a periodicidade da receita; e (iii) o que atenta para a origem da receita pública.

No que tange à periodicidade, pode-se dizer que as receitas públicas são: (i) ordinárias, quando recebidas com regularidade (periodicidade), no desenvolvimento regular da atividade estatal; e (ii) extraordinária, quando provenientes de fontes excepcionais, instituídas por motivos extraordinários, como no exemplo do imposto extraordinário de guerra (artigo 154, inciso II, da Constituição Federal).

Já no tocante à origem das receitas públicas, tem-se⁹²: (i) receitas originárias, decorrentes da riqueza produzida pelo próprio Estado, ou em outros termos, oriundas da atuação do Estado no mercado como agente econômico com vistas a gerar riqueza, como no caso do pagamento de preços públicos, quando o particular remunera atividade do Estado, ou no caso de remuneração pelo emprego do patrimônio do próprio Estado (ex: royalties pelo uso de bens públicos); e (ii) receitas derivadas, caracterizadas como aquelas que implicam “transferência ao Estado de riqueza gerada pelo particular” (SCHOUERI, 2011, p. 119), como no caso dos tributos, dos ingressos parafiscais e das multas e penalidade.

Este item do trabalho se dedica, de forma mais acurada, ao estudo das receitas derivadas, mais especificamente da oriunda do pagamento de tributos pelos particulares, que configuram a principal fonte de financiamento público do direito à saúde no Brasil.

⁹¹ Chama-se a atenção para o fato de que todos os critérios utilizados para classificar as receitas públicas podem ser considerados jurídicos na medida em que se encontram positivados no corpo do sistema de direito positivo brasileiro.

⁹² Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 105) acrescenta, ainda, as receitas transferidas, as quais, “embora provindas do patrimônio particular (a título de tributo) não são arrecadadas pela entidade política que vai utilizá-las”.

2.3.1.1 Definição conotativa do conceito de tributo no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme já explicitado alhures, esta pesquisa visa estudar o financiamento do direito fundamental à saúde no Brasil. Mais especificamente, restringe-se ao estudo dos mecanismos financeiro-tributários existentes no ordenamento jurídico brasileiro que permitem o atingimento deste mister.

Como é cediço, a receita oriunda do pagamento de tributos apresenta-se como a principal fonte de abastecimento dos cofres públicos⁹³. É por meio da receita tributária que o Estado promove os gastos públicos necessários à implementação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, em geral, são custeados pela receita provinda do pagamento de tributos.

Neste sentido é curial que se defina⁹⁴ o conceito de tributo para que: (i) finquem-se premissas acerca dos critérios que determinada exação precisa ter para que seja considerada como tributária (definição conotativa); bem como, em momento posterior, (ii) delimitem-se as diversas espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro (definição denotativa), perquirindo, analiticamente, quais delas possuem sua receita vinculada ao gasto com a saúde pública, assim como, quais delas permitem (facultam) que o administrador público, quando da feitura do orçamento, direcione o arrecadado para a implementação deste direito fundamental.

Deve-se, portanto, buscar no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal, e perpassando pela legislação infraconstitucional, o que se entende por *tributo*⁹⁵.

Nota-se, nesta senda, que a vigente Constituição da República, em seu artigo 146, inciso III, alínea a, prescreve à legislação complementar, a tarefa de definir o conceito de tributo. Percebe-se, entretanto, que não se pode falar na existência de uma “carta branca”

⁹³ Nesta mesma trilha, Ives Gandra da Silva Martins (2007b, p. 6) pontua que “a imposição tributária oferta a melhor forma de atendimento às necessidades públicas, visto que, das diversas receitas públicas conhecidas na doutrina e na prática, é aquela que mais recursos propicia ao Estado”.

⁹⁴ Determinado termo pode ser definido: (i) conotativamente, quando são indicados os critérios que deverão estar presentes para que algo se enquadre no conceito definido, ou seja, define-se a coisa pelas propriedades que ela tem; e (ii) denotativamente, quando são indicados os elementos que compõem a classe definida (GUIBOURG; CHIGHLIANI; GUARINONI, 1998, p. 41-42).

⁹⁵ Paulo de Barros Carvalho (2009a, p. 19-29) encontra, no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, nada menos do que seis acepções para o vocábulo tributo.

nas mãos do legislador infraconstitucional quando do mister de definir o conceito de tributo, eis que há parâmetros constitucionais que devem ser observados. Neste sentido, adverte Estevão Horvath (2004, p. 37-38) que

No Brasil, o direito tributário é, praticamente todo ele, disciplinado pela Constituição Federal, o que implica concluir que a lei infraconstitucional, se pretender definir esta categoria jurídica, não o poderá fazer desconsiderando as diretrizes da Lei Maior.

Isto posto, coube ao artigo 3º da Lei nº. 5.172/66⁹⁶ (Código Tributário Nacional) e ao artigo 9º da Lei nº. 4.320/64⁹⁷, definir o que, juridicamente, se entende por *tributo* no Brasil. Ressalta-se, de pronto, que, ademais de não se oporem um ao outro, os supracitados dispositivos legais se complementam no exercício da definição do conceito de tributo.

Assim, da interpretação casada de ambos os enunciados, chega-se à conclusão de que, no sistema de direito positivo brasileiro, o tributo é: (i) receita derivada; (ii) consubstanciada numa prestação pecuniária compulsória; (iii) cobrada, em regra, do particular; (iv) instituída por entidades de direito público; (v) mediante lei; (vi) que não constitua sanção por ato ilícito; (vii) cobrada por meio de atividade administrativa plenamente vinculada; (ix) e cujo produto da arrecadação destina-se ao custeio de atividades gerais ou específicas da administração pública.

Dito isto, passa-se a analisar, com maior grau de criticidade e detalhamento, as cláusulas (supracitadas), prescritas na legislação infraconstitucional brasileira, que compõem a definição conotativa do conceito de tributo no ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se de *receita derivada* por se caracterizar como riqueza transferida do patrimônio do particular para o patrimônio público. José Souto Maior Borges (1998) acentua que a receita derivada é obtida mediante o emprego do poder de império (*jus imperii*) estatal. Em síntese, como pondera Luís Eduardo Schoueri (2011, p. 128)

Na receita derivada, se o Estado recebe os recursos é porque alguém a auferiu, originariamente, e num segundo momento, a transferiu ao Estado. [...] não se trata de riqueza social nova do Estado; este nada produziu, nem tampouco seu patrimônio foi empregado.

⁹⁶ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁹⁷ Art. 9º. Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

O tributo é *prestação pecuniária compulsória*, pois deve ser pago em moeda⁹⁸, pelo que prestações ao Estado por outros meios (*in natura* e *in labore*), que não se expressam pecuniariamente, não devem ser entendidas como tributárias. É, também, prestada de maneira forçosa⁹⁹, não configurando mera liberalidade do contribuinte, senão dever jurídico de adimplir¹⁰⁰.

O artigo 3º, do Código Tributário Nacional, utiliza ainda a expressão “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, o que, segundo Paulo de Barros Carvalho (2009), conduz a uma ampliação exagerada do âmbito das prestações tributárias, eis que quase todos os bens são suscetíveis de avaliação pecuniária. Neste sentido, poder-se-ia falar em tributos pagos *in natura* (p. ex., desapropriação) e *in labore* (p. ex., serviço militar), pelo que se conclui que tal cláusula deve ser interpretada *cum grano salis*¹⁰¹.

Sobre o tema, Hugo de Brito Machado (2008, p. 56) encerra a discussão afirmando que o tributo deve ser pago, em regra, com moeda. Apenas em circunstâncias especiais admite-se o pagamento com outros bens cujo valor possa ser expresso em moeda, como no caso da dação em pagamento em bens imóveis, conforme prescrito no artigo 156, inciso XI, incluído pela Lei Complementar n.º. 104/2001.

Em regra, o tributo é *cobrado de particulares*. Destarte, não se admite a cobrança de impostos de pessoas jurídicas de direito público, haja vista a imunidade tributária recíproca consignada no artigo 150, inciso IV, alínea *a*, da Constituição Federal. Entretanto, em se tratando de outras espécies tributárias, nada impede que uma pessoa jurídica de direito público interno figure como sujeito passivo da exação¹⁰².

Aduz-se, ainda, que o tributo somente pode ser instituído pela pessoa política detentora da respectiva competência tributária. Em outras palavras, a competência

⁹⁸ Luciano Amaro (2005, p. 19-20), em feliz observação, afirma a redundância do artigo 3º do Código Tributário Nacional, na medida em que prescreve ser o tributo “prestação pecuniária [...], em moeda”. Ora, se é prestação pecuniária, já se subentende que é em moeda.

⁹⁹ Paulo de Barros Carvalho (2009b, 103-104) chama a atenção para a redundância do dispositivo, pois toda *prestação jurídica* já comporta, por si só, um comportamento de observância obrigatório, em outras palavras “inexiste prestação jurídica que não consista num comportamento obrigatório, que não seja compulsória”, assim, “parece redundante, portanto, a expressão ‘prestação pecuniária compulsória’, que poderia ter sido substituída, simplesmente, por ‘prestação pecuniária’, já que, para o Direito, as prestações são sempre as jurídicas e essas, essencialmente, coativas”.

¹⁰⁰ Assim, uma vez ocorrido o evento previsto no antecedente da regra-matriz de incidência tributária, e vertido em linguagem jurídica competente, surge, automática e infalivelmente, a obrigação de o sujeito passivo realizar a prestação pecuniária consubstanciada no pagamento do tributo devido.

¹⁰¹ Alfredo Augusto Becker (2007, p. 653-656), em sentido contrário, defende que o tributo abrangeria todo e qualquer tipo de exação (até as *in natura* e *in labore*) que o Estado venha a exigir do particular para seu financiamento, pelo que, a natureza do objeto da prestação seria irrelevante.

¹⁰² Neste sentido ver Geraldo Ataliba (2009, p. 36) e José Eduardo Soares de Melo (2010a, p. 18-19).

tributária é indelegável. Ressalta-se, porém, que competência tributária é conceito distinto do de capacidade tributária ativa. A primeira diz respeito a possibilidade de legislar no sentido de instituir o tributo, sendo intransferível, enquanto a segunda diz respeito à possibilidade de figurar no polo ativo da relação jurídica tributária, sendo, por sua vez, perfeitamente transferível. Assim, nada impede que, uma vez instituído o tributo, a lei prescreva um pessoa privada para figurar no polo ativo da relação jurídica tributária, desde que estas tenham finalidades de interesse público, configurando o fenômeno da parafiscalidade (CARRAZZA, 1977, p. 25-33).

Em nome do princípio da legalidade tributária, os tributos somente podem ser *instituído por meio de lei*¹⁰³. Mais do que isso – todos os elementos que comporão a regra-matriz de incidência tributária deverão estar prescritos em lei.

A lei instituidora do tributo não podera veicular, como hipótese de incidência tributária, um ato ilícito, sob pena de instituir uma penalidade, e não um tributo¹⁰⁴. *Mutatis mutandi*, o tributo *não poderá constituir-se em sanção por ato ilícito*.

A cobrança do tributo deve ser *plenamente vinculada*. Neste sentido, o procedimento para realizar a cobrança também deve estar regulamentado. Ademais, não deve haver qualquer discricionariedade da administração tributária no sentido de escolher quem será tributado, bem como se quer, ou não fazê-lo.

Finalmente, os valores arrecadados por meio dos tributos servirão para financiar o Estado, destinando-se ao *custeio de atividades gerais ou específicas da administração pública*, dentre as quais encontra-se a prestação do serviço público de saúde, conforme dito, custeado, de forma mais intensiva, por meio de receitas tributárias.

Portanto, todas as cobranças de valores pecuniários que apresentarem tais caracteres deverão atender ao regime jurídico tributário, que impõem uma série de limitações e condições, a começar pela atenção aos inúmeros princípios de índole tributária firmados no corpo da própria Constituição Federal de 1988.

Por outra perspectiva, diz-se, ainda, que a definição do conceito de tributo é imprescindível para que o Estado, ao impor exações ao particular no intuito de financiar-

¹⁰³ Interessante o posicionamento de Eduardo Marcial Ferreira Jardim (2011, p. 411), para quem, a legalidade tributária não é componente tipificador de um tributo, senão requisito de validade. Assim, todas as exações que perfizerem as demais características de um tributo, e que não estiverem instituídas em lei, serão tributos ilegais, e, portanto, passíveis de serem afastados do ordenamento jurídico.

¹⁰⁴ Vale ressaltar uma exceção constitucional a esta cláusula. Trata-se da hipótese veiculada no artigo 184, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal, que previu o IPTU progressivo no tempo como pena para o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

se, não extrapole os limites dentro dos quais pode, lícitamente (com observância dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais), sem mácula, dentre outros, ao direito fundamental à propriedade privada, transferir patrimônio da esfera privada à pública.

2.3.1.2 As diversas espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro: classificação pela análise intranormativa e internormativa

Muito se discutiu, e ainda se discute, acerca de quantas e quais são as espécies tributárias. Assim é que, tanto a jurisprudência pátria¹⁰⁵, quanto os estudiosos do direito tributário¹⁰⁶ persistem em discussões acaloradas no sentido de definir quantas e quais são as espécies tributárias positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, os debates se concentraram em torno de duas correntes: (i) a dicotômica, corrente minoritária defendida, dentre outros, por Alfredo Augusto Becker (2007, p. 402); e (ii) a tricotômica, corrente majoritária, capitaneada por Geraldo Ataliba (2009, p.123), e, encampada por Rubens Gomes de Sousa (1971, p. 309-310), Paulo de Barros Carvalho (2009b, p. 184-189), Roque Antônio Carrazza (2003, p. 457), dentre outros.

Ambas as correntes, partem da análise do fato descrito no critério material da hipótese de incidência tributária, para concluir pela existência de tributos: (i) com a hipótese de incidência *vinculada*, quando o fato descrito na materialidade (da hipótese de incidência) configurar uma atividade estatal; e (ii) com a hipótese de incidência *não-vinculada*, quando o critério material não perfizer atividade estatal, mas um fato do próprio contribuinte e denotador de capacidade contributiva.

Assim, a corrente dicotômica classifica os tributos em: (i) impostos, quando a hipótese de incidência albergar fato lícito qualquer não caracterizador de um serviço estatal

¹⁰⁵ Ver voto proferido pelo Ministro Carlos Mário Velloso no julgamento do RE n°. 138.284-CE, que concluiu pela existência das seguintes espécies tributárias: (i) imposto; (ii) taxas; (iii) contribuições de melhoria; (iv) e contribuições, que são divididas em (iv.a) contribuições de melhoria, (iv.b) contribuições parafiscais, que são (iv.b.1) contribuições de seguridade social, e (iv.b.2) contribuições outras para a seguridade social. Esta classificação não escapou das críticas de Tárek M. Moussallem (2007, p. 627).

¹⁰⁶ Esta pesquisa restringe-se a comentar algumas das classificações dos tributos empreendidas pela doutrina nacional, deixando de lado a doutrina estrangeira na medida em que se propõe analisar as espécies tributárias a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

ou coisa estatal; e (ii) taxas, quando a hipótese de incidência tomar por base um serviço ou coisa estatal (BECKER, 2007, p. 402-404).

Já a corrente tricotômica, por sua vez, classifica os tributos em: (i) não-vinculados, quando sua hipótese de incidência consistir num acontecimento inteiramente estranho a qualquer atividade estatal, situação em que se encontram os impostos; e (ii) vinculados, quando o aspecto material da hipótese de incidência consistir numa atividade estatal, comportando duas subespécies, (ii.a) diretamente vinculados, quando a atuação estatal for imediatamente referida ao contribuinte, situação em que se encontram as taxas, e (ii.b) indiretamente vinculados, quando a atuação estatal for mediadamente (obliquamente) referida ao contribuinte, situação em que se encontram as contribuições de melhoria (ATALIBA, 2009, p. 123-209).

Em síntese, pode-se afirmar que a corrente dicotômica encontra duas espécies tributárias (impostos e taxas) enquanto a tricotômica defende a existência de três espécies tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria).

As referidas correntes não ignoram a existência dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais, mas não as tratam como espécies tributárias independentes. Entendem, sim, tratarem-se de situações excepcionais em que uma das espécies tributárias existentes, em seus respectivos sistemas classificatórios, encontram-se travestidas com outro nomen juris¹⁰⁷. Portanto, conclui-se que, para as referidas correntes, os empréstimos compulsórios e contribuições especiais podem aparecer com a roupagem de qualquer uma das espécies existentes em suas respectivas classificações.

Ressalta-se que ambas as classificações das espécies tributárias acima utilizam um critério intrínseco à norma jurídica tributária, na medida em que levam em consideração, apenas e tão somente, o antecedente da regra-matriz de incidência tributária, sendo por tal razão denominada de “classificação intrínseca” ou “classificação intranormativa”.

Nesta pesquisa, defende-se que a utilização isolada do critério da “vinculação da materialidade da hipótese de incidência a uma atividade estatal” (classificação intrínseca) não é suficiente para alcançar a totalidade das espécies tributárias existentes no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que empréstimos compulsórios e contribuições especiais apresentam características próprias, o que os impede de figurarem ora como imposto, ora como taxa, ou ainda como contribuições de melhoria. Nas palavras

¹⁰⁷ Vale ressaltar que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 4º, inciso I, foi preciso ao afirmar a irrelevância da denominação dada ao tributo para a determinação de sua natureza jurídica.

de Eurico de Santi (1998, p. 138), “a classificação intrínseca dos tributos não esgota o repertório de variáveis do sistema constitucional tributário vigente”.

Ademais, o argumento de que a Constituição Federal, em seu artigo 145, prescreve a existência de apenas três espécies tributárias não resiste a uma análise mais depurada. Isso porque na mesma Seção I (Dos Princípios Gerais), do Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), do Título VI (Da Tributação e do Orçamento), mais especificamente nos artigos 148 e 149, estão presentes, respectivamente, as figuras dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais. A interpretação sistemática da Carta de 88 nos remete a conclusão de que o artigo 145 enumera as espécies tributárias de competência de todas as entidades federativas, enquanto os artigos 148 e 149 prescrevem espécies tributárias de competência reservada à União Federal. Não é outro o entendimento de Luís Eduardo Schoueri (2011, p. 155), ao afirmar que

O artigo 145 não declara que no Brasil existem apenas três espécies de tributos; ele apenas arrola as três espécies que podem ser instituídas tanto pela União, como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. As demais espécies (empréstimos compulsórios e as diversas contribuições) não aparecem no artigo 145 porque não podem ser instituídas por todas as pessoas jurídicas de Direito.

Isto posto, é curial, para que se chegue a uma classificação das espécies tributárias mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro, que se considerem, conjuntamente com o critério da (i) “vinculação, ou não, da hipótese de incidência a uma atividade estatal”, os critérios da (ii) “existência, ou não, de destinação do produto da arrecadação a uma finalidade pré-determinada”¹⁰⁸, e da (iii) “restituibilidade, ou não, do valor arrecadado, ao contribuinte, após determinado lapso temporal pré-determinado”.

Estes dois novos critérios podem ser considerados como extrínsecos na medida em que não são encontrados no interior da norma jurídica tributária, configurando uma “classificação internormativa” por se utilizar de outras normas jurídicas que não, estritamente, a regra-matriz de incidência tributária, passando-se a considerar a relação do tributo com o meio em que este se encontra inserido. (SCHOUERI, 2011, p. 159).

É, pois, da conjunção do critério intranormativo com o internormativo que se chega à classificação pentapartite dos tributos tal qual positivada no ordenamento jurídico

¹⁰⁸ Cumpre asseverar que o artigo 4º, inciso II, do Código Tributário Nacional, não ilide a possibilidade de utilização do critério da destinação do produto da arrecadação quando da classificação das espécies tributárias. Isto porque tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal haja vista que a mesma reconhece espécies tributárias que se qualificam, justamente, pela existência de uma destinação específica do produto da arrecadação.

brasileiro, que apresenta cinco espécies tributárias, as quais: (i) impostos; (ii) taxas; (iii) contribuição de melhoria; (iv) contribuições especiais¹⁰⁹; e (v) empréstimos compulsórios¹¹⁰.

O esquema abaixo, proposto por Tárek Moyses Moussalem (2007, p. 631) e Paulo Ayres Barreto (2006, p. 76), sintetiza as peculiaridades das diversas espécies tributárias.

Figura 2

Analisando-se o painel supra, pode-se observar que, do cruzamento das três variáveis eleitas para classificar os tributos, surgem cinco espécies tributárias bem delimitadas, as quais:

¹⁰⁹ Fábio Fanucchi (1975, p. 105-109), baseando-se na Constituição Federal de 1969, ao adotar a corrente pentapartite, denomina as “contribuições especiais” de “contribuições parafiscais”, cujas espécies seriam: (i) contribuição de intervenção no domínio econômico; (ii) contribuição de interesse da previdência social; e (iii) contribuição de interesse das categorias profissionais.

¹¹⁰ No que diz respeito à natureza jurídica tributária dos empréstimos compulsórios, há muita polêmica, com posicionamentos de autorizados estudiosos do direito tributário afirmando tratar-se de tributo, bem como de mera entrada (movimentação de caixa). Como defensor da natureza não-tributária dos empréstimos compulsórios encontra-se, dentre outros, Eros Roberto Grau. O referido autor (GRAU, 1975, p. 17-22) não confere natureza tributária aos empréstimos compulsórios, na medida em que estes não configuram receita pública, representando, assim, em razão do critério da restituibilidade, mero movimento de caixa (GRAU, 1975, p. 17-22). Neste mesmo sentido vide José Maurício Conti (1997, p. 48-49). Em sentido contrário, entendendo que o empréstimo compulsório configura uma das espécies tributárias positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se, dentre outros, Eduardo Ferreira Marcial Jardim (2003, p. 55-56). Para o autor em questão, a Constituição Federal de 1988 prescreveu o caráter tributário dos empréstimos compulsórios ao enunciá-los no versante acerca do “Sistema Tributário Nacional”. Assim é que a classificação dos ingressos em receitas públicas e meras movimentações, que leva em consideração a definitividade ou não do ingresso, somente tem valor em proposições afeitas à Ciência das Finanças, não tendo sido, entretanto, albergada no ordenamento jurídico brasileiro justamente em razão da peculiaridade trazida pelos empréstimos compulsórios. Neste mesmo sentido ver Aliomar Baleeiro (1985, p. 112-114), José Eduardo Soares de Melo (2010b, p. 95-98) e Anna Emília Cordelli Alves (2004, p. 235-238).

a) (viii) *impostos*, como tributos que apresentam a materialidade não-vinculada a uma atividade estatal, e, representativa de um fato econômico que “revela uma suposta capacidade para contribuir do sujeito passivo” (SOUZA, 2010, p. 696-697), configurando a faceta objetiva do princípio da capacidade contributiva. Ademais, a Constituição Federal reparte as materialidades dos impostos de forma rígida e exaustiva entre os entes da federação¹¹¹, impedindo que um interfira no âmbito de competência impositiva do outro¹¹².

Os impostos tampouco possuem a arrecadação vinculada a pré-determinada finalidade, devendo servir, em princípio, ao custeio das atividades gerais do Estado. Neste caso, esclareça-se que, a despeito de as receitas dos impostos não serem destinadas a nenhuma finalidade pré-determinada (em atenção ao princípio da não-afetação), a Constituição Federal de 1988 traz algumas exceções no seu artigo 167, inciso IV.

Cumpre gizar, ainda, que os impostos não são restituíveis, necessariamente, ao contribuinte, passado determinado lapso temporal;

b) (ii) *taxas e contribuição de melhoria* como tributos cuja materialidade é diretamente vinculada a uma atividade estatal, com previsão de destinação da arrecadação e sem o critério da restituibilidade. O critério material eleito para figurar na hipótese de incidência é que determinará se a situação descrita é tributável mediante contribuição de melhoria (obra pública da qual decorra valorização do imóvel do particular) ou taxa (exercício do poder de polícia ou prestação, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível);

c) (v) *empréstimo compulsório* (com materialidade típica de impostos) como o tributo sem vinculação de sua materialidade a uma atividade estatal, com previsão de destinação específica do produto da arrecadação para o custeio de: (i) despesas extraordinárias referentes à calamidade pública, guerra externa ou sua iminência; ou (ii) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. É, porém a característica da restituibilidade necessária ao contribuinte, do valor arrecadado após determinado lapso de tempo, o fator de caracterização mais acentuado dos empréstimos compulsórios;

¹¹¹ O tema é aprofundado no item 2.3.1 deste Capítulo 2.

¹¹² Ressalta-se que à União Federal foi conferida a competência extraordinária para a instituição do “imposto extraordinário de guerra” (artigo 154, inciso II, da CF) em situações extrema de iminência ou no caso de guerra externa, cuja materialidade esteja, ou não, compreendida em sua competência impositiva.

- d) (i) *empréstimo compulsório* (com materialidade típica de taxa ou de contribuição de melhoria) como o tributo que apresenta sua materialidade vinculada a uma atividade estatal, com previsão de destinação específica do produto da arrecadação para o custeio de: (i) despesas extraordinárias referentes à calamidade pública, guerra externa ou sua iminência; ou (ii) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Possui, também, o traço da restituição necessária, ao contribuinte, do valor arrecadado após determinado lapso de tempo;
- e) (iv) *contribuições especiais* como o tributo sem vinculação de sua materialidade a uma atividade estatal, com previsão de destinação específica da arrecadação e sem previsão de restituição necessária, ao contribuinte, do produto da arrecadação após determinado período de tempo.

As demais situações previstas nas hipóteses iii, vi e vii não guardam correspectividade com nenhuma das espécies tributárias positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale pontuar que não se deve confundir o critério da “vinculação, ou não, da hipótese de incidência a uma atuação estatal” com o critério da “existência, ou não, de destinação do produto da arrecadação a uma finalidade pré-determinada”. A confusão surge, pois, a utilização do termo “vinculação” também pode ser utilizada para definir o critério internormativo supracitado. Pode-se falar, portanto, em “vinculação, ou não, do produto da arrecadação à determinada finalidade específica” para designar tributos que apresentem pré-determinada destinação ao produto do que foi arrecadado com a sua cobrança. Situação distinta é a “vinculação, ou não de sua hipótese de incidência a uma atividade estatal”¹¹³.

Finalmente, assevera-se que, dentre as espécies tributárias constituintes do quadro tributário positivado no ordenamento jurídico brasileiro, os impostos e as contribuições especiais (mais especificamente as contribuições sociais para a seguridade social) são os mais importantes instrumentos de financiamento da saúde pública.

¹¹³ As diversas acepções semânticas que o termo “vinculação” pode apresentar no direito tributário e financeiro pátrio serão melhor elucidadas mais adiante no item 2.2.7 deste Capítulo 2.

2.3.1.3 Os impostos e o financiamento do direito à saúde no Brasil

A Constituição Federal firmou duas formas de financiamento da seguridade social: (i) o financiamento indireto, que se desenvolve mediante os recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e (ii) o financiamento direto, que se dá por meio do produto da arrecadação das contribuições sociais (mais especificamente aquelas voltadas, ao custeio da seguridade social) (TOMÉ, 2006, p. 105). É assim, portanto, que se dá o financiamento da saúde pública, parte componente da seguridade social (artigo 194 da CF).

O financiamento indireto se dá mediante o pagamento dos impostos, desembolsados por todos os cidadãos, e cujo produto da arrecadação compõe o orçamento público do ente federado dotado de capacidade tributária ativa para arrecadá-lo¹¹⁴.

Note-se, entretanto, que, em regra, o produto da arrecadação dos impostos não possui uma destinação pré-determinada, constatação que perfaz o conteúdo do princípio da não-afetação (prescrito na parte inicial do artigo 167, inciso IV da Constituição Federal). Assim sendo, cabe ao Estado, quando do processo de elaboração do orçamento público, em atenção à política governamental adotada, optar pelo *quantum* arrecadado a título de imposto que será gasto para fins de implementação dos direitos relativos à seguridade social.

Porém, no que tange, especificamente, ao financiamento indireto do direito à saúde, a Constituição Federal não concedeu “carta branca” ao legislador para determinar o quanto deve ser despendido com a saúde pública quando da confecção orçamentária. Isto porque a Carta Magna trouxe percentuais mínimos do que for arrecadado a título de impostos que deverão ser gastos com este direito fundamental, obrigatoriamente, a cada exercício financeiro, compondo o “orçamento mínimo da saúde no Brasil”, verdadeira garantia financeira da efetivação do direito à saúde¹¹⁵. Trata-se de exceção ao princípio da não-afetação, que se encontra prescrita na parte final do artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal, fazendo com que, ao menos uma parcela da arrecadação dos impostos tenha uma destinação pré-determinada, a qual, o gasto com a saúde pública.

¹¹⁴ Para maiores informações acerca da distribuição de competência tributária *vide* item 2.3.2.1 deste Capítulo 2.

¹¹⁵ Para análise mais aprofundada acerca do “orçamento mínimo social” *vide* itens 2.2.6 e 2.2.8 deste Capítulo 2.

2.3.1.4 As contribuições especiais e o financiamento do direito à saúde no Brasil

Conforme assentado, as contribuições especiais são tributos marcados pelo fato de: (i) não apresentarem a sua hipótese de incidência vinculada a uma atividade estatal específica; (ii) não exigirem a restituição do valor arrecadado, ao contribuinte, após determinado lapso temporal; e (iii) apresentarem uma destinação específica ao produto de sua arrecadação.

Neste contexto, note-se que o constituinte originário (artigo 149 da CF), baseando-se no destino que é dado ao produto da arrecadação, subdividiu as contribuições especiais em três espécies, as quais: (i) contribuição de intervenção no domínio econômico; (ii) contribuição de interesse de categorias profissionais ou econômicas; e (iii) contribuições sociais (GAMA, 2003, p. 116-117).

Ressalta-se, ainda, que a Emenda Constitucional n° 39/2002 acrescentou o artigo 149-A à Constituição Federal, que veicula uma nova modalidade de contribuição, de competência dos Municípios (e do Distrito Federal), e cujo produto da arrecadação é destinado ao custeio da iluminação pública¹¹⁶.

A) Contribuições sociais: destinação do produto da arrecadação e espécies

As contribuições sociais, a grosso modo, buscam financiar a atividade do Estado no setor social (CASTELLANI, 2009, p. 104). Logo, é de se concluir que tal modalidade de contribuição deve ter o produto de sua arrecadação destinado ao custeio das atividades estatais no campo da ordem social¹¹⁷, na busca pelo fomento dos direitos sociais: (i) culturais; (ii) econômicos; (iii) dos trabalhadores; e (iv) da seguridade social.

Nesse sentido, tomando-se em conta o setor específico da ordem social que busca financiar, as contribuições sociais podem ser subdivididas em: (i) contribuições sociais para a seguridade social – que podem ser (i.a) ordinárias (artigo 149, parágrafo 1°, e artigo

¹¹⁶ Trata-se de contribuição de constitucionalidade duvidosa. Paulo Ayres Barreto (2006, p. 118-120) e José Eduardo Soares de Melo (2010b, p. 114-115), dentre outros, defendem a inconstitucionalidade desta nova espécie de contribuição.

¹¹⁷ Vide item 1.2.1 do Capítulo 1.

195, da Constituição Federal) e (i.b) residuais (artigo 195, parágrafo 4º, da Constituição Federal) – quando visarem custear a atividade estatal na busca da implementação dos direitos sociais da seguridade social ; e (ii) contribuições sociais gerais (artigo 149, *caput*, da Constituição Federal), quando buscarem financiar a atividade estatal para efetivação dos demais direitos sociais (ex: Contribuição para o Salário Educação).

Para os fins deste trabalho, cumpre-se analisar de maneira mais depurada, as contribuições sociais para a seguridade social, cujo destinação do produto de sua arrecadação, como se disse, é direcionada ao custeio da seguridade social, conceito dentro do qual se encontra o direito fundamental à saúde, tal qual prescrito no artigo 194 da Constituição Federal¹¹⁸.

B) As contribuições sociais para a seguridade social ordinárias e o financiamento do direito à saúde

Conforme já assentado alhures, o produto da arrecadação das contribuições sociais para a seguridade social configura o mecanismo de financiamento direto da seguridade social, e, portanto, do direito à saúde.

É o artigo 195, da Constituição Federal, que estabelece as materialidade que poderão figurar nas hipótese de incidências das contribuições sociais para a seguridade social que a União Federal poderá instituir, as quais: (i) pagamento de salários e de rendimentos; (ii) percepção de faturamento; (iii) auferição de lucro; (iv) importação de bens; (v) auferição de rendimentos (a título de remuneração); e (vi) auferição de receita de concurso de prognósticos (CASTELLANI, 2009, p. 106).

Afora essas materialidades enumeradas no artigo 195, da Constituição de 88, é possível elencar, ainda, uma outra contribuição social para a seguridade social no texto constitucional, prevista no artigo 239, a qual, a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

Destaca-se, de antemão, que algumas dessas contribuições para a seguridade social não podem, por determinação expressa da Carta da República, terem o produto de sua arrecadação vinculado ao gasto com a saúde pública. São elas as seguintes: (i) as

¹¹⁸ Vide item 1.3 do Capítulo 1.

contribuições instituídas a partir da materialidade “pagamento de salários e rendimentos” (contribuições previdenciárias do empregador), que devem ser destinadas ao pagamento de benefícios do regime geral de previdência social (artigo 167, inciso XI, da CF); (ii) as contribuições instituídas com base na materialidade “auferição de rendimentos” a título de remuneração (contribuições previdenciárias do empregado), que também se destinam ao pagamento de benefícios do regime geral de previdência social (artigo 167, inciso XI, da CF); e (iii) a Contribuição ao Programa de Integração Social e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), e a Contribuição ao PIS/PASEP-importação, que se destinam ao custeio de atividades relacionadas ao pagamento de seguro-desemprego e abono salarial (artigo 239, da CF), componentes do conceito de assistência social.

Pode-se elencar as seguintes contribuições sociais para a seguridade social, instituídas no ordenamento jurídico brasileiro pela União Federal a partir do permissivo constitucional, e que podem ter a integralidade do produto de sua arrecadação direcionado aos gastos com a saúde pública: (i) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social¹¹⁹ (COFINS); (ii) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido¹²⁰ (CSLL); (iii) Contribuição sobre a Receita de Concursos e Prognósticos¹²¹; e (iv) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Importação¹²² (COFINS-importação):

C) As contribuições sociais para a seguridade social residuais e o financiamento do direito à saúde

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 195, parágrafo 4º, traz ainda a possibilidade de a União Federal instituir outras contribuições sociais para o financiamento dos direitos relativos à seguridade social, ademais das já arroladas nos incisos I, II, III e IV, do artigo 195. Trata-se de competência residual, conferida exclusivamente à União Federal, para a instituição de contribuições sociais para a seguridade social.

¹¹⁹ Encontra fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal.

¹²⁰ Encontra fundamento de validade no artigo 195, inciso I, alínea *c*, da Constituição Federal.

¹²¹ Encontra fundamento de validade no artigo 195, inciso III, da Constituição Federal.

¹²² Encontra fundamento de validade no artigo 195, inciso IV da Constituição Federal.

Quando do eventual exercício desta competência, a União Federal deve obediência ao disposto no artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, pelo que a instituição da contribuição social para a seguridade social residual deve ser feita mediante lei complementar.

Ademais, essas novas fontes de financiamento direto da seguridade social deverão atender à não-cumulatividade tributária, bem como deverão apresentar hipótese de incidência e base de cálculo distintas das discriminadas na própria Constituição Federal.

Portanto, uma vez atendidos aos requisitos de (i) veiculação mediante lei complementar, (ii) não-cumulatividade e (iii) hipótese de incidência e base de cálculo distintas das já discriminadas na Constituição, a União Federal poderá criar novas fontes de financiamento da seguridade social, possibilitando novas fontes de receita para o custeio da saúde pública.

2.3.1.5 A extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) e a natimorta Contribuição Social da Saúde (CSS)

A despeito de não se tratarem de fontes de financiamento da saúde pública vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, releva tratar, ainda que a grosso modo, das figuras da CPMF (extinta desde 31 de dezembro de 2007) e da CSS (que foi recentemente rechaçada pelo Congresso Nacional).

A gênese da CPMF encontrava-se no Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira – IPMF, cuja competência tributária para instituição foi conferida à União Federal por intermédio da Emenda Constitucional n.º. 3/1993¹²³. O referido imposto foi criado¹²⁴, como o próprio nome induz, com natureza provisória, tendo, efetivamente, sido retirado do ordenamento jurídico brasileiro em 31 de dezembro de 1994.

¹²³ Foi objeto da ADI n.º. 939-DF haja vista que intentava burlar o princípio da anterioridade, ademais de incluir Estados-membros, Distrito Federal e Municípios no âmbito de sua incidência, maculando a imunidade recíproca. O Supremo Tribunal Federal rechaçou a possibilidade de incidência do IPMF no ano de sua criação, bem como a possibilidade de incidência sobre os demais entes federativos. Incluiu-se, no referido julgamento, tanto o princípio da anterioridade, quanto a imunidade recíproca, no rol de cláusulas pétreas do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

¹²⁴ O instrumento legislativo que inseriu o referido imposto no ordenamento jurídico pátrio foi a Lei Complementar n.º. 77 de 13 de julho de 1993, que vigeu até 31 de dezembro de 1994.

Muito embora o IPMF tivesse sido criado para aliviar a crise fiscal vivida à época pelo Brasil, que refletia imediatamente na qualidade do serviço público de saúde prestado à população, o objetivo não foi atingido. Nesse sentido, Fernando Facury Scaff (2001b, p. 70) pontua que

A crise fiscal existente não foi arrefecida, e a saúde pública permaneceu sucateada, muito em função da obrigatória desvinculação dos impostos a uma destinação específica (artigo 167, IV, CF), que impediu que todo esse esforço fiscal fosse dirigido integral e diretamente para a área de saúde pública. Assim, através de manipulações orçamentárias denunciadas pela imprensa na época, ficou demonstrado que foi retirado do orçamento geral da saúde o equivalente ao que estava sendo arrecadado com o IPMF, gerando um jogo de empate orçamentário: tirava-se das provisões ordinárias o que se ia acrescer com a arrecadação extraordinária.

Pouco tempo depois da saída de cena do IPMF, entrou em vigor a Emenda Constitucional n°. 12/1996, que mediante a inserção do artigo 74 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – conferiu à União Federal a competência tributária para instituir a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira – CPMF, por um prazo de 2 anos.

A União Federal exerceu sua competência tributária criando a referida exação, inicialmente, por meio da Lei n°. 9.311/96, cuja vigência alcançaria até o dia 23/01/1997. Posteriormente sobreveio a Lei n°. 9.539/97¹²⁵ que alargou o prazo de vigência da CPMF pelos 2 anos permitidos pela norma constitucional derivada.

A utilização da designação “contribuição”, como num “passe de mágica”, solucionou alguns problemas que o IPMF, como imposto, vivenciava. Assim, a CPMF já não mais estava sujeita: (i) à imunidade recíproca (somente aplicável aos impostos); (ii) à anterioridade anual (artigo 150, III, *b*, da CF), mas apenas à anterioridade nonagesimal (artigo 150, III, *c*, da CF); e (iii) à partilha do produto da arrecadação com os demais entes federativos.

A característica mais relevante, entretanto, adquirida pelo novo tributo sobre movimentação financeira, era a possibilidade de vinculação do produto da arrecadação a determinada finalidade específica, eis que as contribuições não se sujeitam ao princípio da não afetação do artigo 167, IV, da Constituição Federal, sendo caracterizadas, justamente, pela destinação específica do montante arrecadado.

¹²⁵ Resultado de inúmeras Medidas Provisórias.

Foi assim que o artigo 74, parágrafo 3º, dos ADCT, determinou que o valor arrecadado a título de CPMF deveria ser, integralmente, destinado ao Fundo Nacional de Saúde, visando o financiamento das ações e serviços de saúde¹²⁶. Este tributo passou a ser tomado como uma relevante fonte de financiamento da saúde pública no Brasil, e no ano de 2006 chegou-se a investir cerca de R\$ 14 bilhões em saúde pública provenientes da arrecadação da CPMF¹²⁷.

Esgotado o prazo de 2 anos para a cobrança da CPMF, conferidos pela EC n.º. 12/96, sobreveio a Emenda Constitucional n.º. 21/1999, que prorrogou por mais 36 meses a cobrança da CPMF. A referida emenda, prescreveu a redução da alíquota proporcionalmente no tempo, pelo que: (i) nos primeiros 12 meses cobrar-se-ia o tributo sobre uma alíquota de 0,38%; e (ii) no tempo restante sobre uma alíquota de 0,3%.

Ressalta-se, ainda, a Emenda Constitucional n.º. 31/2000, que reinstituiu os 0,08% da alíquota da CPMF que havia sido minorada pela EC n.º. 21/1999. Pretendeu-se, com tal aumento, destinar o montante majorado ao Programa de Combate à Pobreza¹²⁸.

As conseguintes Emendas Constitucionais n.º. 37/2002 e n.º. 42/2003 prorrogaram o prazo de vigência da CPMF até o dia 31 de dezembro de 2007, ano em que o Senado Federal rejeitou a proposta de prorrogação da CPMF até 2011.

Mais recentemente, com a extinção da CPMF e diante do desolador quadro da saúde pública brasileira, a discussão acerca da criação de um novo tributo para o financiamento da mesma voltou para a agenda de debates de congressistas e especialistas. Assim é que, desde 2008, passou-se a debater acerca da criação de uma nova exação tributária cuja arrecadação objetivasse, integralmente, o financiamento da saúde pública.

Neste contexto, surgiu o Projeto de Lei Complementar n.º. 306/08, que, além de buscar regulamentar o que significa, efetivamente, “gastos com saúde pública” pretendia instituir a Contribuição Social para a Saúde – CSS, tomada como a sucessora da CPMF. Tal projeto utilizava-se do artigo 195, da Constituição Federal, que estabelece a competência tributária residual da União Federal para criar contribuições sociais para a seguridade social, para instituir a referida exação.

¹²⁶ Chama-se a atenção para o fato de que a partir de 1999, com a Emenda Constitucional n.º. 21, a CPMF passou a destinar parcela de seus recursos à previdência social e à erradicação da pobreza.

¹²⁷ Conforme dados obtidos pela UNAFISCO SINDICAL e publicados na nota técnica 06/2007, denominada “a arrecadação e o destino dos recursos da CPMF”.

¹²⁸ Não se pretende entrar na discussão acerca da constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional n.º. 31/2000. Sobre o tema, *vide* Fernando Facury Scaff (2001b).

As distinções entre as referidas contribuições podem ser resumidas da seguinte maneira: (i) a CSS pretendia ser permanente, enquanto a CPMF, a despeito das inúmeras prorrogações, pretendia-se provisória; (ii) a CSS teria o montante de sua arrecadação vinculado, integralmente, à saúde pública, enquanto a CPMF destinava-se, também, à previdência social e à erradicação da pobreza; e (iii) a CSS teria alíquota de 0,1% sobre as movimentações financeiras, enquanto a alíquota da CPMF era de 0,38%.

Com a nova contribuição, o planalto pretendia arrecadar cerca R\$ 45 bilhões anuais, que seriam integralmente destinados ao financiamento da saúde pública. Entretanto, a Câmara dos Deputados rejeitou¹²⁹ trecho do projeto que permitia a instituição da CSS, derrubando o que seria um novo tributo para o financiamento da saúde no Brasil.

A questão que fica é a seguinte: seria realmente necessário um novo tributo para o financiamento da saúde pública no Brasil (aumentando ainda mais a carga tributária), ou a solução do problema encontra-se em delimitar os gastos públicos no setor de forma a torná-los mais eficientes e qualitativos?

2.3.2 Análise do sistema brasileiro de repartição (das fontes de receita e do produto da arrecadação) tributária entre os entes federativos: a busca pela implementação do direito à saúde de forma mais homogênea

Como asseverado alhures¹³⁰, o Diploma Constitucional de 1988, visando assegurar a autonomia financeira dos entes federados, bem como a implementação homogênea do direito à saúde em todos os entes federativos, repartiu a receita tributária entre estes de duas maneiras distintas: (i) mediante a discriminação pelas fontes de receita; e (ii) por meio da discriminação pelo produto da arrecadação.

Este item do trabalho tem o condão de esmiuçar ambas as modalidades de repartição, demonstrando a importância da repartição do produto da arrecadação para fins de conferir meios para a efetivação homogênea do direito à saúde em todos os rincões do Brasil.

¹²⁹ 355 deputados federais votaram contra a instituição da CSS; 76 a favor; e 4 se abstiveram.

¹³⁰ Vide item 2.3 deste Capítulo 2.

2.3.2.1 Repartição das fontes de receita: a distribuição da competência tributária

No tocante à repartição das fontes de receita, também denominada de discriminação pela fonte¹³¹, a Constituição Federal de 1988 foi exaustiva em seu trato, atribuindo competência para a instituição e arrecadação de tributos a cada um dos entes federados¹³².

O desenho constitucional da repartição da competência tributária¹³³ se apresenta da seguinte maneira:

a) União Federal:

- competente para instituir taxa pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível;
 - competente para instituir contribuição de melhoria pela realização de obra pública que provoque o incremento de valor imobiliário do particular;
 - competente para instituir empréstimo compulsório quando presente um dos seguintes requisitos: (i) calamidade pública, guerra externa ou sua iminência; e (ii) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional;
 - competente para instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas;
 - competente para instituir os seguintes impostos: (i) de importação; (ii) de exportação; (iii) renda e proventos de qualquer natureza; (iv) produto industrializado; (v) operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (vi) propriedade territorial rural; e (vii) grandes fortunas;
 - competente para instituir impostos residuais;
 - competente para instituir impostos extraordinários de guerra;
- competente para, no caso de existência de Território Federal, instituir os impostos estaduais, e, não sendo tal território dividido em Municípios, competente, também, para instituir os impostos municipais.

b) Estados-membros

- competente para instituir taxa pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível;

¹³¹ Cf. Antônio Roberto Sampaio Dória (1972, p. 19).

¹³² Ressalta-se que no caso do Distrito Federal, a Constituição de 1988 atribuiu-lhe a competência de instituir, fiscalizar e cobrar tanto tributos de índole estadual quanto tributos de índole municipal.

¹³³ Sobre o tema da competência tributária *vide* Tácio Lacerda Gama (2009, p. 265-280).

- competente para instituir contribuição de melhoria pela realização de obra pública que provoque o incremento de valor imobiliário;
- competente para a instituição de três impostos, os quais: (i) transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos; (ii) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; e (iii) propriedade de veículos automotores;
- competente para instituir a contribuição social cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício dos mesmos, do regime previdenciário previsto no artigo 40 da Constituição Federal.

c) Municípios

- competente para instituir taxa pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível;
- competente para instituir contribuição de melhoria pela realização de obra pública que provoque o incremento de valor imobiliário;
- competente para a instituição de três impostos, os quais: (i) propriedade predial e territorial urbana; (ii) transmissão *inter vivos* de bens imóveis; e (iii) serviços de qualquer natureza;
- competente para instituir a contribuição social cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício dos mesmos, do regime previdenciário previsto no artigo 40 da Constituição Federal;
- competente para instituir a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

No tocante ao Distrito Federal, este detém a competência tributária conferida aos Estados-membros, vez que são a eles equiparados (artigo 155 da Constituição Federal), e dos Municípios, haja vista a impossibilidade de divisão de seu território (artigo 32, *caput*, e parágrafo 1º, e artigo 147 da Constituição Federal) (COSTA, 2009, p. 47).

2.3.2.2 Repartição do produto da arrecadação tributária: os reflexos das transferências intergovernamentais na formação do “orçamento mínimo da saúde” de cada ente federado

Cabe pontuar, neste contexto, que nem todo o valor arrecadado por um ente federado mediante o exercício da competência tributária, que lhe foi conferida pela Constituição Federal, fica em seu cofre. Em nome do “federalismo cooperativo”, a Carta de 1988¹³⁴ previu um sistema de repartição do produto da arrecadação tributária (partilha das receitas tributárias) entre as pessoas jurídicas de direito público interno, configurando o que se denomina de “transferências intergovernamentais de receitas tributárias”¹³⁵.

Nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath (1997, p. 57), a repartição do produto da arrecadação tributária

Visa dividir o ‘bolo tributário’ de forma equilibrada entre os diversos entes da federação, distribuindo os percentuais atribuídos a cada um deles, fixando os critérios para distribuição e a forma de calcular esses valores. (...) Significa a participação – estabelecida pela própria Constituição – de uma dada pessoa política no produto da arrecadação dos tributos de outra.

As “transferências intergovernamentais de receitas tributárias” são, tradicionalmente, classificadas de três maneiras distintas: (i) quanto à sua natureza; (ii) quanto à forma como se dá a sua transferência; e (iii) quanto ao destino que terão.

Levando-se em consideração a sua natureza, podem ser: (i) obrigatórias ou constitucionais; e (ii) discricionárias ou voluntárias. Quanto à forma com que se dá a sua transferência, podem ser: (i) diretas, ou seja, sem qualquer forma de intermediação; e (ii) indiretas, quando sua transferência se dá mediante fundos. Finalmente, as transferências intergovernamentais podem ser classificadas, quanto ao destino que terão, em: (i) vinculadas, quando a entidade beneficiária se encontrará na obrigação de aplicá-la em um fim específico; e (ii) não-vinculadas, quando essa obrigação inexistir.

Ademais das classificações mais tradicionais, Sérgio Prado (2006, p. 33-43) adiciona outra. De acordo com a interpretação do supracitado autor, as transferências

¹³⁴ Sobre a evolução constitucional da sistemática de repartição do produto da arrecadação tributária, ver Juliano Di Pietro (2004, p. 68-74).

¹³⁵ Vale ressaltar que a sistemática de “transferências intergovernamentais” abrange outras receitas que não as tributárias. Entretanto, como as receitas tributárias são as principais fontes de financiamento do direito à saúde, este item do trabalho restringir-se-á ao estudo das “transferências intergovernamentais de receitas tributárias”.

poderão ser: (i) devolutivas, quando o ente federado beneficiado pela transferência possui relação direta com o fato gerador da obrigação tributária, como no exemplo do IPVA, situação em que os Estados-membros repassam 50% do montante auferido aos Municípios que procederam à licença do veículo automotor; (ii) redistributivas, quando visam trazer equilíbrio à Federação, transferindo receitas, de acordo com algum critério escolhido, para Estados-membros e Municípios socioeconomicamente menos favorecido; e (iii) compensatória, que surgem como forma de compensar algum Estado-membro ou Município por perda de receita (ex: Fundo da Compensação pelas Desonerações Tributárias da Lei Kandir).

À luz do artigo 157 da Constituição Federal cabem aos Estados-membros: (i) 100% do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; e (ii) 20% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência residual.

Já o artigo 158, da Constituição Federal, prescreve pertencer aos Municípios: (i) 100% do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; (ii) 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo-lhe a totalidade da arrecadação no caso de convênio com a União que estabeleça a competência para o mesmo fiscalizar e cobrar o referido imposto; (iii) 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; e (iv) 25% do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, conforme os critérios estabelecidos nos incisos do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal.

O artigo 159, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), por sua vez, estabelece que a União entregará:

- a) excluídas as parcelas mencionadas nos artigos 157, inciso I, e 158, inciso I, da CF, 48% do produto da arrecadação do imposto sobre a renda e do imposto sobre produtos industrializados, divididos conforme o seguinte percentual (a ser calculado pelo Tribunal de Contas da União): (i) 21,5% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; (ii) 22,5% ao Fundo de Participação dos Municípios; (iii) 3% para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, à luz dos planos

regionais de desenvolvimento, assegurando-se, ao semi-árido do Nordeste, a metade dos recursos destinados à Região, conforme estabelecido na Lei nº 7.827/89; e (iv) 1% ao Fundo de Participação dos Municípios, a ser entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.

b) 10% do produto da arrecadação do IPI aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados. Cabe ressaltar que, à luz do parágrafo 2º do artigo 159, da CF (regulamentado pela Lei Complementar nº 61/89), o repasse para cada entidade não poderá ultrapassar 20% do montante total, devendo, o excedente, ser distribuído entre os demais entes federativos. Ademais, o parágrafo 3º do artigo 159, da CF, prescreve, ainda, que os Estados deverão repassar 25% dos recursos supramencionados aos respectivos municípios, em proporção idêntica à estipulada no artigo 158, parágrafo único, da Constituição Federal.

c) 29% do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prescrita no artigo 177, parágrafo 4º, da Constituição Federal, aos Estados e ao Distrito Federal, distribuídos conforme legislação infraconstitucional, devendo ser atendida a destinação estabelecida pelo artigo 177, parágrafo 4º, inciso II, alínea c, da Constituição Federal.

Ressalta-se, ainda, a existência dos incisos do artigo 153, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que prescrevem o repasse de 30% do que for arrecadado a título de IOF/ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, para o Estado (ou Distrito Federal ou Território) conforme a origem, e 70% para o Município de origem.

Analisando-se tais dispositivos constitucionais, percebe-se que todas estas modalidades de transferências intergovernamentais de receita tributária são da modalidade obrigatória, não havendo qualquer discricionariedade do ente arrecadador em optar por transferi-las ou não.

No mais, percebe-se que algumas transferências são diretas, passando diretamente do ente arrecadante aos cofres do ente beneficiário (como no caso dos artigos: 153, parágrafo 5º, incisos I e II; 157; 158; e 159, incisos II e III, da CF) e outras são indiretas, eis que a transferência é mediada por fundos (como no caso do artigo 159, inciso I, da CF).

Entretanto, o mais relevante para fins deste trabalho é notar que há certos valores arrecadados pelo ente beneficiário das transferências intergovernamentais que são vinculados ao gastos com a saúde, e que comporão o denominado “orçamento mínimo da saúde”¹³⁶, caracterizador de despesas mínimas obrigatórias nas quais o ente federativo deve, necessariamente, incorrer; bem como há certos valores repassados pelo ente arrecadador a título de transferências intergovernamentais que devem ser desconsiderados quando da formação do “orçamento mínimo da saúde” dos mesmos.

¹³⁶ Que foi esmiuçado nos itens 2.2.6 e 3.2.8, deste Capítulo 2.

Assim, pode-se falar, com base no artigo 77, inciso II dos ADCT, que do montante das transferências de que tratam os artigos 153, parágrafo 5º, inciso I, 157, 159, inciso I, alínea *a*, e 159, inciso II, da Constituição Federal, 12%, no mínimo, devem ser utilizados pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, obrigatoriamente, em gastos relativos à implementação do direito fundamental à saúde no Brasil.

Pode-se, também, afirmar, com base no artigo 77, inciso III, dos ADCT, que os Municípios deverão utilizar, obrigatoriamente, no mínimo 15% do montante das transferências que perceberem com base nos artigos: (i) 153, parágrafo 5º, inciso II; (ii) 158 da Constituição Federal; (iii) 159, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal; e (iv) 159, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Finalmente, quando da formação do “orçamento mínimo da saúde” dos Estados, estes excluirão as transferências intergovernamentais previstas nos artigos: (i) 158, inciso III, da Constituição Federal; (ii) 158, inciso IV, da Constituição Federal; e (iii) 159, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

2.3.2.3 As transferências intergovernamentais de receitas tributárias como mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais na implementação do direito à saúde

Vislumbra-se que a Constituição Federal, ao encampar a sistemática de “transferências intergovernamentais de receitas tributárias”, fazendo com que os entes federados repartam o produto de sua arrecadação tributária com os demais, cria um laço de “solidariedade federativa” ínsita à noção de “federalismo cooperativo”, direcionando os entes federados a trilhar um caminho de interesses comuns, dentre os quais, a persecução do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos do Estado Social e Democrático brasileiro, conforme prescrito no artigo 3º da Constituição Federal.

Não é demais asseverar que as transferências intergovernamentais são fundamentais para a implementação do direito à saúde de maneira uniforme entre os diversos entes federados.

Como é sabido, o Brasil é um país de imensos contrastes sócio-econômicos, que se reflete, sobretudo, nas disparidades existentes entre suas regiões. Corroboram com esta afirmação os números divulgados pelo Programa das Nações Unidas para o

Desenvolvimento (2011), que, ao analisar os índices de desenvolvimento humano por Estados brasileiros, apontou uma (empiricamente perceptível) severa desigualdade regional, na medida em que, das 27 unidades federativas que compõem a República Federativa do Brasil, as 11 primeiras no *ranking* do índice de desenvolvimento humano encontram-se localizadas nas regiões sul, sudeste e centro-oeste, enquanto que as 16 restantes encontram-se situadas nas regiões nordeste e norte.

Neste contexto, como leciona Gilberto Bercovici (2003, P. 158), as transferências intergovernamentais configuram instrumento de redistribuição de renda, na medida em que permitem a partilha do bolo tributário com estribo em critérios que instrumentalizem um esforço no sentido de “estabelecimento de um equilíbrio federal, com o objetivo de evitar um grande distanciamento entre as regiões do mesmo país”.

Isto posto, e ciente de que a Constituição Federal prescreve a igualdade entre os seres humanos (artigo 5º, da CF) e a “solidariedade federativa” mediante um “federalismo cooperativo”, deve-se buscar, com auxílio do ferramental das transferências intergovernamentais, a prestação homogênea da saúde pública entre as regiões brasileiras, permitindo que os cidadãos dos diversos rincões do Brasil tenham acesso à serviços públicos de saúde similares.

Não é novidade, ademais, que parte considerável dos Municípios brasileiros “sobrevivem” das transferências intergovernamentais, eis que suas respectivas realidades não permitem meios para auferir receita tributária relevante a partir das competências tributárias que lhes foram conferidas pela Constituição Federal de 1988¹³⁷. Assim, uma vez que o implemento do direito à saúde requer gastos públicos, as transferências intergovernamentais surgem como mecanismo de primordial importância no tocante à efetivação do direito à saúde pública nestes Municípios.

Enfim, as transferências intergovernamentais de receita tributária configuram precioso instrumento de promoção social no Brasil: (i) seja no sentido de dotar certos entes federativos de recursos mínimos suficientes para implementar os serviços públicos atinentes à promoção e implementação da saúde pública em seus territórios; (ii) seja no sentido de reduzir as desigualdades sócio-econômicas inter-regionais tão latentes no Brasil, visando conferir uma prestação de serviços atinentes à saúde pública, o máximo possível, homogênea entre as diversas pessoas políticas de direito público interno.

¹³⁷ Dados da Confederação Nacional dos Municípios afirmam que cerca de 90% dos Municípios brasileiros sobrevivem das “transferências intergovernamentais”. Informação retirada do texto de Fábio Campos (2009).

2.3.3 A *extrafiscalidade* e o direito à saúde

A instituição e cobrança de tributos, a despeito de configurar um instrumento de financiamento do Estado, pode, ainda, perfazer um importante mecanismo regulatório de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política (ATALIBA, 1968, p. 150-151).

Cumprе ressaltar que além do viés fiscal (no sentido de carrear recursos ao Erário), todos os tributos apresentam uma faceta *extrafiscal*, na medida em que se propõem a atingir objetivos diversos (além do arrecadatório), como, por exemplo: (i) a redistribuição da renda, buscando reduzir as desigualdades sociais, ao se retirar mais de uns e aplicar mais em favor de outros; (ii) a determinação da forma como se dará a divisão dos recursos a serem utilizados no setor público e no setor privado; (iii) a indução de comportamentos sociais, seja para incentivá-los (mediante uma tributação baixa ou inexistente), seja para reprimi-los (por intermédio de uma incidência tributária mais pesada)¹³⁸; dentre outros.

Atendo-se ao contexto da saúde pública no Brasil, percebe-se que não é apenas incorrendo em despesas públicas que o Estado consegue imprimir uma intervenção em tal setor social. É possível (e salutar que assim o seja) que o Estado utilize a própria exigência tributária como instrumento de promoção da saúde pública. Majora-se, portanto, a incidência tributária sobre atividades danosas a saúde pública e minora-se quando se tratar de práticas que a fomentem.

O *link* existente entre o “tributo” e a “saúde pública”, portanto, não deve se restringir apenas à perspectiva daquele como fonte de financiamento desta, configurando uma ótica na qual apenas mediante gastos públicos o Estado promove a saúde pública.

Deve-se ir além, atentando para a realidade na qual o tributo figura como instrumento, por si só (e independente de despesas públicas), de promoção da saúde pública, uma vez que a sua mera cobrança (ou não) já é capaz de induzir comportamentos no sentido de fomentar a mesma, seja mediante incentivos fiscais (quando se pretende estimular uma prática), seja por intermédio de uma tributação mais onerosa (quando se pretende inibir uma prática).

¹³⁸ Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (1984, p. 380-381) se refere à “utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade”.

É possível, neste momento, reforçar o que foi dito alhures, pois comprova-se que o direito à saúde (tomado como um direito de segunda dimensão), para que se veja efetivado, necessita tanto de uma atuação (dimensão positiva) do Estado (realizando despesas públicas), quanto de uma abstenção (dimensão negativa) do mesmo (que deixa de cobrar tributos em situações que fomentem a saúde pública), rompendo com a lógica segundo a qual os direitos ditos de “segunda dimensão” são caracterizados por serem “positivos”.

2.3.3.1 Incentivos fiscais e o direito à saúde: os instrumentos jurídico-tributários que desoneram parcela da sociedade do financiamento da saúde pública como forma de incentivar práticas favoráveis à mesma

Há inúmeras pessoas que deixam de contribuir direta e integralmente para o financiamento da saúde pública. Tratam-se de situações em que o Estado desonera determinados contribuintes do pagamento de tributos, seja por questões *intuitu personae*, seja em função da atividade ou situação em que o mesmo se encontra (SCAFF, 2011, p. 91), perfazendo o que a doutrina denomina de incentivos fiscais, ou renúncia fiscal, ou, ainda, *tax expenditure* (gasto tributário¹³⁹).

Esses incentivos fiscais podem ser materializados mediante uma enorme gama de instrumentos jurídicos, como por exemplo: imunidades tributárias¹⁴⁰, isenções parciais e totais, alíquotas-zero, reduções de base de cálculo, reduções de alíquotas, diferimentos, dentre outros.

Não se pretende imiscuir-se em definições e distinções de cunho dogmático entre os diversos mecanismos tributários utilizados pelo Estado para conceder incentivos fiscais. A

¹³⁹ Sobre o tema *vide* o trabalho de Elcio Fiori Henriques (2010).

¹⁴⁰ Optou-se por inserir, nesta pesquisa, a imunidade tributária como uma espécie de benefício fiscal. Não se ignora que a Constituição Federal, ao veicular as imunidades, está definindo o campo de competência tributária do ente federativo de maneira negativa, não caracterizando uma redução discriminada de receita. Sabe-se que não há como caracterizar como renúncia de receita uma situação em que o ente federativo sequer pode fazer incidir sua norma tributária (devido à imunidade). Ou seja, não se renuncia a algo que não se tem. Neste sentido, Sainz de Bujanda (1963, p. 447) adverte que as Constituições podem proibir, autorizar e regular o regime jurídico dos benefícios fiscais, não podendo, entretanto, instituí-los. Entretanto, em termos pré-jurídicos, a imunidade tributária pode sim ser vista como uma forma de renúncia de receita, haja vista a existência de uma decisão política deliberada neste sentido, pelo que pode, até mesmo, ser inserida na Constituição Federal mediante uma Emenda Constitucional, o que reforça tal posicionamento.

pretensão deste capítulo é sim a de demonstrar o ponto de intersecção existente entre a concessão dos mesmos e a promoção da saúde pública.

Para tanto, optou-se por descrever casos, a partir de uma leitura crítica, nos quais o poder público optou por conceder incentivos fiscais com o fito de promover o direito à saúde, bem como situações nas quais o mesmo entendeu por bem tributar circunstâncias que poderiam ser objeto de renúncia de receita.

A) A redução da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza do montante integral dos dispêndios com serviços e planos saúde privada

Exemplo emblemático de renúncia de receita que tem íntima ligação com a busca pela promoção do direito à saúde diz respeito ao abatimento da base de cálculo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, do montante integral que tiver sido pago em despesas médicas e de planos de saúde privada. Neste caso, o contribuinte do referido imposto, e que consome serviços de medicina privada, tem o direito legalmente reconhecido de “descontar” o quantum despendido quando da apuração do montante a ser pago a título de imposto sobre a renda, inexistindo qualquer limite para tal abatimento.

Muito embora uma primeira leitura destes incentivos possa conduzir à conclusão do acerto da medida, entende-se que tal posicionamento não resiste a uma interpretação mais atinada e pormenorizada, que parta de princípios constitucionais como o da solidariedade social, o da progressividade do imposto sobre a renda (e, por conseguinte, o da capacidade contributiva subjetiva) e o republicano. Acrescenta-se, ademais, que o benefício fiscal ora em comento não se coaduna com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o qual, o da busca pela redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III, da CF).

Diante de tais argumentos é possível afirmar-se, de antemão, pelo desacerto jurídico desta medida (redução da base de cálculo do imposto sobre a renda a partir de abatimentos integral de gastos do contribuinte com serviços e planos de saúde privadas), que se encontra maculada pelo vício da inconstitucionalidade, conforme restará demonstrado nas linhas que seguem.

É lugar comum, entre juristas, a afirmação de que o imposto sobre a renda é o tributo que, por natureza, encarna o princípio da progressividade. Aliás, a própria Constituição Federal prescreve tal cenário em seu artigo 153, parágrafo 2º, inciso I.

Por progressividade se depreende que “quanto maior for a base de cálculo do IR, maior terá que ser a alíquota utilizada para determinar o *quantum* deve ser pago” (CARRAZZA, 2009, p. 71). Em outros termos, a progressividade busca dar azo ao princípio da capacidade contributiva, fazendo com que quem tenha maior rendimento seja progressivamente mais tributado por meio do imposto sobre a renda. Fala-se, portanto, no imposto sobre a renda como mecanismo de redução das desigualdades sociais.

Entretanto, entre o mundo do *ser* e o do *dever ser* vai uma distância abissal, e o fato de o imposto de renda “dever ser” progressivo não significa que na prática ele venha sendo. E neste contexto, é inegável que o abatimento integral dos dispêndios com saúde privada vem corroborando neste sentido, além de ir de encontro com a lógica republicana que permeia o cerne do Sistema Único de Saúde.

Dados estatísticos levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2012) (IBGE) comprovam que, no Brasil, aproximadamente 87% do consumo, relativos à saúde¹⁴¹ da parcela mais rica da população (renda acima de R\$ 3.000,00) ocorre no âmbito da saúde privada, enquanto que no caso da fatia populacional mais pobre (renda de até R\$ 400,00) essa porcentagem cai para cerca de 44%.

Os números estatísticos supracitados denotam que, em sua esmagadora maioria, são os mais abastados que podem consumir serviços e planos de saúde privados, enquanto os mais pobres se encontram reféns da falta de disponibilidade financeira, tendo que recorrer ao SUS.

A conclusão a que se chega a partir desta assertiva é a de que são os mais ricos que, em sua esmagadora maioria, abatem integralmente os gastos com saúde privada da base de cálculo do imposto sobre a renda. Rompe-se, com isso, a lógica da progressividade que deve permear tal exação, posto que ao fim e ao cabo, o IR não estará, efetivamente, mensurando a capacidade contributiva de cada contribuinte, mas sim perpetuando um cenário em que os mais pobres acabam, ironicamente, pagando proporcionalmente um *quantum* maior, como se sua renda mais alta fosse.

Esta situação amesquinha, também, o princípios republicano. Como é sabido, em uma república todos devem contribuir para a manutenção da mesma, na proporção direta dos seus haveres. O argumento de que a utilização da saúde privada implica na não utilização do Sistema Único da Saúde, e que portanto o abatimento integral está justificado não pode prosperar. Bem se sabe que os impostos não são vinculados a uma atividade

¹⁴¹ Incluídos gastos com serviços de saúde, planos, seguros e medicamentos.

estatal específica, pelo que não se paga o imposto sobre a renda por ter utilizado o SUS, mas simplesmente por ter auferido renda. Ademais, o SUS está à disposição de todo e qualquer cidadão¹⁴², assim, a partir de um prisma republicano, não faz sentido que quem consoma saúde privada pague menos IR do que quem consoma saúde pública.

Ressalta-se, ainda, que este panorama faz tábula rasa do princípio da solidariedade social, bem como do objetivo constitucional de busca pela redução das desigualdades sociais. A partir da noção de solidariedade social, a tributação deve ser utilizada como forma de reduzir as desigualdades sociais.

Deve-se buscar tributar de forma mais firme, por meio do imposto sobre a renda, a parcela mais abastada da população, revertendo tal arrecadação em gastos que atinjam a camada populacional mais necessitada.

O caso do SUS é um excelente exemplo para se atingir tal meta. Entretanto, o mecanismo do abatimento integral dos gastos com saúde privada tem pervertido esse raciocínio, eis que os mais ricos tem deixado de financiar, mediante o pagamento do IR, a saúde pública, utilizada fundamentalmente pelo mais pobres.

Enfim, deixa-se de investir mais verbas na saúde pública, perpetuando um abismo de qualidade entre os serviços de saúde privada, utilizados pelos mais ricos, e o Sistema Único de Saúde, utilizado pelos menos abastados, o que, no limite, acaba por eternizar as desigualdades sociais no Brasil.

¹⁴² Inclusive, é exatamente a parcela populacional mais privilegiada em termos financeiros que, em sua grande maioria, aciona o Poder Judiciário quando necessita de tratamentos mais caros, exigindo que o SUS cubra os dispêndios. Estudos realizados no Estado de São Paulo por Fernanda Terrazas (apud SILVA, 2007, p. 9) demonstram que 60% dos beneficiados que receberam tratamentos ou remédios por decisões judiciais nunca haviam utilizado qualquer serviço do SUS e que 60% das prescrições saíram de consultórios médicos privados. Situação que acaba agravando ainda mais o quadro de desigualdades, pois os mais pobres acabam pagando pelos serviços de saúde pública prestados aos mais abastados. Acrescenta-se também o fato de que esta situação puxa, ainda mais, o SUS ao fundo do poço, eis que as verbas públicas que deveriam ser direcionadas a gastos com saúde básica acabam tendo que ser redirecionadas para atender às determinações do Poder Judiciário, prejudicando a parcela mais pobre da população, consumidora dos serviços básicos do SUS.

B) Imunidades tributárias que promovem o direito à saúde

A Constituição Federal, em seu artigo 197, admite a prestação de serviços de saúde pelo setor privado. Assim, convivem as prestações públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde, bem como as ações e serviços de saúde privada, cuja instituição prestadora poderá tanto apresentar finalidade lucrativa, quanto não-lucrativa, caracterizando-se como entidade de assistência social.

Às entidades assistenciais de cunho privado, sem fins lucrativos, que prestam serviços de saúde, e que atendam aos requisitos previstos em lei, aplica-se a imunidade tributária prescrita no artigo 150, inciso VI, alínea c, da CF. O ordenamento jurídico brasileiro veda, portanto, a instituição de impostos sobre estas instituições, aí incluídos os hospitais e clínicas médicas, desde que se enquadrem nos requisitos exigidos na Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional.

Regina Helena Costa (2006, p. 174) pondera acerca do por quê de tal imunidade, concluindo que a mesma encontra sua justificativa no fato de que as instituições, por ela beneficiada, realizam atividades próprias do Estado e de relevante interesse público, como: a educação, o acesso à cultura, a assistência social (médica, hospitalar, odontológica, etc.), dentre outras.

O fato é que esta imunidade tributária corrobora para dar efetividade ao direito à saúde, impondo ao Estado, uma abstenção no sentido de não adotar medidas que possam dificultar o acesso ao direito constitucional à saúde. Não se tributa como forma de fomentar esta prática.

Interessante trazer a lume, também, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n°. 115/2011, apresentada pelo Senador Paulo Bauer, do PSDB de Santa Catarina, e que visa alterar o artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal para incluir a imunidade tributária sobre medicamentos de uso humano, impedindo que sobre os mesmos recaiam toda a sorte de impostos.

Não resta a menor dúvida de que esta PEC, que foi enviada em dezembro de 2011 à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, obtendo a assinatura de todos os 81 senadores, corroborará, se convertida em emenda à Constituição, no sentido de dar maior efetividade ao direito à saúde, conforme restará demonstrado adiante.

Atualmente, a incidência de impostos sobre os medicamentos (tanto os convencionais quanto os genéricos) no Brasil alcança cerca de 34% do valor do mesmo.

Países como França, Suíça, Espanha, Portugal, Itália, Holanda e Turquia, alcançam, no máximo, 10%. Há, ainda, países como Canadá, Suécia, Estados Unidos, Venezuela e México, onde inexiste a incidência de impostos sobre os medicamentos.

Percebe-se, portanto, que o Brasil encontra-se na “contra-mão” no que tange à tributação de medicamentos. Esta situação traz uma séria de consequências nefastas à efetivação do direito à saúde.

Visualizando os gastos públicos com saúde de uma maneira mais ampla, percebe-se que a tributação exacerbada dos medicamentos, tal qual ocorre atualmente no Brasil, é danosa para o próprio Sistema Único de Saúde. É comum que pacientes que acabem de ter alta de hospitais públicos, não tenham recursos para comprar todos os medicamentos prescritos pelo médico devido ao seu alto custo. Ainda não estando totalmente curados, estes pacientes acabam tendo uma recaída em seu quadro de saúde, e tendo que remarcar consultas, internar-se novamente, ou, ainda, necessitando de medicamentos mais caros, sobreonerando o Sistema Único de Saúde.

O próprio Senador Paulo Bauer, ao defender a PEC 115/2011 no plenário do Senado Federal tomou como exemplo um hospital público de Santa Catarina e afirmou que a instituição tem custo anual de R\$ 100 milhões. Deste, R\$ 35 milhões são gastos na compra de medicamentos. Assim, com a eliminação dos impostos incidentes sobre os medicamentos, tal hospital passará a custar R\$ 12 milhões a menos em recursos públicos (BRASIL. Senado, 2012).

Tomando este exemplo e extendendo-o aos inúmeros hospitais públicos existentes pelo Brasil, tem-se uma noção do *quantum* de recursos públicos as entidades federativas poderão economizar, investindo-os em finalidades que darão ainda mais efetividades ao direito à saúde.

C) Isenção de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – sobre os medicamentos quimioterápicos e de combate à AIDS

Outra medida adotada de desoneração fiscal para dar maior efetividade ao direito à saúde, desta vez no âmbito da tributação estadual, foi a concessão de isenção de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, em todo o o território nacional, aos

medicamentos quimioterápicos e de combate à AIDS, que foi veiculada, respectivamente, pelos Convênios do Conselho Fazendário (CONFAZ) de nº. 104/1989 e de nº. 51/1994.

Tratam-se de duas doenças que se encontram entre as maiores causas de morte no mundo, segundo dados da Organização Mundial de Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011)¹⁴³ (OMS). Neste sentido, é coerente a desoneração do ICMS incidente sobre remédios prescritos para a cura destes males, até mesmo por se tratar do tributo que recai de forma mais pesada na circulação de tais produtos.

2.3.3.2 Desincentivos fiscais e o direito à saúde: os instrumentos jurídico-tributários que sobreoneram parcela da sociedade como forma de desincentivar práticas desfavoráveis à saúde pública

É possível, também, que a tributação atue como instrumento de desincentivo a determinadas práticas sociais tomadas como nocivas à saúde pública. O Estado, portanto, intervém no setor social, por meio da instituição de tributos que sobreonerem a situação entendida como prejudicial visando desestimular o indivíduo a incorrer na mesma.

Sem adentrar em polêmicas como a possibilidade ou não de, nesses casos, o o Estado deixar de lado o princípio do não-confisco na tributação¹⁴⁴ (artigo 150, inciso IV, da CF), pretende-se demonstrar como em determinadas situações o poder público majora a alíquota, ou então modifica a base de cálculo, visando coibir determinada prática atentatória à saúde pública.

Caso emblemático é o que envolve a tributação dos cigarros. Como bem se sabe, o hábito de fumar é um dos principais fatores de risco para o desenvolvimento de doenças crônicas, como o câncer e as enfermidades respiratórias. Conforme dados do Ministério da Saúde (NO BOM, 2011) a participação do tabagismo na mortalidade por doenças respiratórias crônicas no Brasil está acima da média mundial, sendo que oito em cada dez homens que morrem por esses males são tabagistas. A média mundial é de cinco em cada dez óbitos. Acrescenta-se, ainda, o fato de que um milhão de fumantes brasileiros, de

¹⁴³ Relatório 2004 da Organização Mundial de Saúde, com base em dados de 2002. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011).

¹⁴⁴ Sobre o tema, *vide* Renato Lopes Becho (2011, p. 418-469).

ambos os sexos, jovens e idosos, convivem com alguma doença respiratória crônica associada ao ato de fumar.

Diante desta realidade que assola a saúde pública brasileira, e levando em consideração que o mesmo gera altíssimos ônus financeiros ao SUS, o poder público, ademais de outras medidas¹⁴⁵ que visam diminuir o consumo de produtos fumígenos, adota uma alta carga tributária incidentes sobre os produtos desta natureza.

Assim, no final de 2011, modificou-se a sistemática de tributação dos cigarros, majorando o Imposto sobre produtos Industrializados – IPI – incidentes sobre os mesmos. A mesma passou a vigorar a partir do dia 1º de dezembro de 2011, tendo sido instituída, originalmente, pelos artigos 14 a 19 da Medida Provisória nº. 540/2011, posteriormente convertida na Lei nº. 12.546/2011, e regulamentada pelo Decreto nº. 7.555/2011.

O IPI é calculado utilizando-se de uma alíquota *ad valorem* de 300% aplicada sobre 15% do preço de venda a varejo dos cigarros, resultando em uma alíquota efetiva de 45% sobre o preço de venda a varejo dos cigarros. Com esta medida, a carga tributária incidente sobre o cigarro (incluídos todos os tributos que recaem sobre a produção e a circulação do produto em questão) saltou de 60% para 81%, refletindo no preço final da mercadoria e, consequentemente, desincentivando o consumo do tabaco.

Outra medida interessante é a que diz respeito à criação de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e comercialização de bebidas alcoólicas (CIDE-bebidas alcoólicas)¹⁴⁶, que apresentem entre 0,5 e 54 graus Gay-Lussac. Pretende-se, com isso, reduzir o consumo abusivo de álcool e financiar ações de controle do alcoolismo, pelo que a receita obtida será destinada a tal finalidade¹⁴⁷.

Trata-se do Projeto de Lei nº. 520/2007, de autoria do Senador (licenciado) Garibaldi Alves Filho, e que atualmente encontra-se tramitando no Senado Federal. Esta proposta intenta, principalmente, reduzir o consumo de álcool entre jovens e entre aqueles que ingerem uma grande quantidade de bebidas alcoólicas semanalmente.

¹⁴⁵ Como: (i) proibição de fumar em locais fechados; (ii) proibição de veiculação de publicidade favorável ao tabagismo; (iii) obrigatoriedade de veiculação dos males causados pelo tabagismo em qualquer produto fumígeno; dentre outras.

¹⁴⁶ Não se pretende analisar a constitucionalidade desta medida, senão demonstrar o potencial impacto da tributação na saúde pública.

¹⁴⁷ Vale ressaltar que determinados países utilizam-se do monopólio fiscal do álcool, como a Suíça e Holanda, como forma de tributá-lo ao mesmo tempo em que se mantém o controle de sua produção e consumo. O monopólio fiscal, de acordo com Alberto Deodato (1983, p. 41-43), configura a “reserva exclusiva ou parcial da produção e da venda, ou da produção, ou ainda da compra e venda de uma mercadoria, feita pelo Estado com o fim de tributação”, e complementa dizendo que “no monopólio, o imposto está incluído no preço que o Estado pede ao consumidor”, sendo a diferença entre o custo de produção e o preço de venda o próprio tributo. No Brasil inexistente exemplo de monopólio fiscal.

O consumo desmedido de álcool é sobremaneira danoso à saúde pública. Mais de 60 tipos de doenças estão associadas ao uso prejudicial de bebidas alcoólicas, dentre as quais destacam-se a cirrose, o câncer e distúrbios mentais. Está, também, associado à comportamentos arriscados como o sexo inseguro, o uso de outras substâncias psicoativas e o manejo de automóveis, pondo em risco a saúde dos demais indivíduos da sociedade (DUALIBI; LARANJEIRA, 2007, p. 840).

Números da Organização Mundial de Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011) atestam que o consumo abusivo de álcool foi responsável por 4% da carga global de doenças e 3,2% de todas as mortes prematuras mundiais ocorridas no ano de 2002. É de se inferir, portanto, que o consumo desmedido de álcool traz altos custos governamentais, que impactam sobremaneira o orçamento destinado à saúde pública¹⁴⁸.

Neste sentido, entende-se acertada a medida proposta que intenta a instituição de uma CIDE-bebidas alcoólicas, eis que além de servir como desincentivo ao consumo exagerado, ainda oxigenará os gastos com saúde pública na medida em que a receita proveniente de sua cobrança será destinada especificamente: (i) ao custeio de políticas que visem coibir o consumo abusivo de álcool; e (ii) ao financiamento das ações de controle do alcoolismo.

2.3.4 Fundo Nacional de Saúde (FNS)

Tendo em vista a relevância da seguridade social para fins de se efetivar os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF), a Constituição Federal prescreveu que as receitas de cada ente federativo, destinadas à seguridade social, serão objetos de uma proposta orçamentária própria, denominada de “orçamento da seguridade social” (sem prejuízo do princípio da unidade orçamentária), cuja elaboração, por sua vez, se dará de forma integrada entre os órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social, em tudo

¹⁴⁸ A título de curiosidade, ressalta-se que estimativas apontam que o custo econômico anual do abuso de álcool nos Estados Unidos gira em torno de US\$ 48 bilhões, dos quais aproximadamente US\$ 19 bilhões são de gastos com cuidados médicos (DUALIBI; LARANJEIRA, 2007, p. 840).

observadas as metas estipuladas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (AITH, 2006, p. 410).

Uma vez proposta e aprovada a Lei Orçamentária Anual, na qual se inserirá o orçamento da seguridade social, faz-se necessária a análise da gestão financeira dos recursos destinados à saúde pública. Neste sentido, o artigo 33, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.080/90, estipula que os recursos destinados ao SUS e que são oriundos do orçamento da seguridade social, de outros orçamentos da União Federal, bem como outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, mediante o Fundo Nacional de Saúde – FNS.

O Fundo Nacional de Saúde, cuja atuação se submete à fiscalização do Conselho Nacional de Saúde (art. 33, da Lei nº. 8.080/90) e do Ministério Público Federal, é tomado, portanto, como o gestor financeiro das verbas do Sistema Único de Saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde (art. 14 da Lei Complementar nº. 141/2012).

À luz do prescrito no artigo 34, da Lei nº. 8.080/90, uma vez efetivada a arrecadação prevista¹⁴⁹, as autoridades responsáveis deverão, de imediato, transferir ao Fundo Nacional de Saúde, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social a projetos e atividades a serem realizadas no âmbito do SUS.

No tocante às despesas públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde, o artigo 2º, da Lei nº. 8.142/90, estabelece que os recursos do Fundo Nacional de Saúde serão alocados como: (i) despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades da administração direta e indireta; (ii) investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional; (iii) investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde; e (iv) coberturas das ações e serviços de saúde¹⁵⁰ a serem implementados pelos Municípios, Estados-membros e Distrito Federal.

Em atenção ao federalismo cooperativo, percebe-se que parcela dos recursos do FNS serão repassados aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (art. 3º, da Lei nº. 8.142/90). Trata-se do “Repasse Fundo a Fundo”, transferência (regular e automática) de valores, diretamente do Fundo Nacional de Saúde aos Estados e Municípios, obedecida

¹⁴⁹ Ressalta-se que as receitas públicas destinadas ao financiamento da saúde pública já foram estudadas nos itens 1.3.1 e 1.3.2, deste Capítulo 1.

¹⁵⁰ Investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde (artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº. 8.142/90).

a programação do Tesouro Nacional, independentemente de convênios ou quaisquer instrumentos similares (artigo 1º, do Decreto Presidencial nº. 1.232/1994).

Este repasse destina-se ao financiamento dos programas do Sistema Único de Saúde e abrange recursos para procedimentos médicos de média e alta complexidade, para a atenção básica da saúde pública e para ações estratégicas no setor.

A legislação brasileira, nesse sentido, determina que os entes federados, para que gozem destes recursos transferidos, instituam seus respectivos Fundos de Saúde (Estaduais, Distrital e Municipais).

Assim é que o artigo 4º, inciso I, da Lei nº. 8.142/90, determina que os entes federativos “subnacionais” somente farão jus ao recebimento dos recursos referidos no artigo 2º, inciso I, da mesma lei, se vierem a instituir seus próprios Fundos de Saúde.

Caso alguma pessoa política de direito público interno não o institua, os recursos que deveriam ser repassados ao mesmo serão administrados pela União (no caso de negligência de um Estado-membro ou do Distrito Federal) ou pelo Estado-membro no qual se encontra o Município inerte (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº. 8.142/90)¹⁵¹.

Até a entrada em vigência da Lei Complementar nº. 141/2012, os critérios utilizados para fins de repartição do montante a ser transferido aos Estados, Distrito Federal e Municípios encontravam-se elencados no *caput* do artigo 35. da Lei nº. 8.080/90, os quais: (i) perfil demográfico da região; (ii) perfil epidemiológico da população a ser coberta; (iii) características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; (iv) desempenho técnico, econômico e financeiro do período anterior; (v) níveis de participação do setor de saúde nos orçamentos estaduais e municipais; (vi) previsão do plano quinquenal de investimento da rede; e (vii) ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

O enunciado do artigo 35, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.080/90, complementava a cabeça do artigo, ao prescrever que 50% dos recursos seriam repartidos com base nos critérios supracitados, enquanto que a outra metade dos recursos seria transferida segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes (critério populacional), independentemente de qualquer procedimento prévio.

O artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.142/1990, advertia, por sua vez, que na ausência da regulamentação dos critérios elencados no artigo 35, *caput*, da Lei do SUS, os

¹⁵¹ Ressalva-se a existência de outros requisitos para que o repasse possa ser levado a cabo, que se encontram enumerados nos incisos do artigo 4º, da Lei nº. 8.142/90. Não basta, portanto, a instituição de um Fundo de Saúde.

recursos seriam repassados com base única e exclusiva no critério populacional veiculado no parágrafo 1º, do artigo 35, da Lei nº. 8.080/1990.

Acontece que na prática, o artigo 35, da Lei nº. 8.080/1990, nunca foi observado, eis que não chegou a ser regulamentado pelas autoridades competentes sob o argumento da inviabilidade conjuntural pela dificuldade na operacionalização destes critérios. Seguindo a mesma sorte, o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.142/1990, que solucionava a partilha dos recursos na ausência de tal regulamentação, tampouco foi respeitado (OLIVEIRA JÚNIOR, 1998, p. 126).

Até a chegada da Lei Complementar nº. 141/2012, o regramento que prevalecia para fins de determinação dos critérios norteadores da partilha dos recursos em questão foi o veiculado em legislação infralegal, mais especificamente nas denominadas normas operacionais básicas do SUS (NOB-SUS 01/1991; NOB-SUS 01/1992; NOB-SUS 01/1993; e NOB-SUS 01/1996).

A primeira norma operacional básica do Sistema Único de Saúde foi a NOB-SUS 01/1991, editada pelo presidente do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, sob as vestes de Resolução nº. 258, de 07 de janeiro de 1991.

A função primordial desta norma era a de regulamentar a Lei nº. 8.080/1990 e a Lei nº. 8.142/1990. Entretanto, fundada no argumento da inviabilidade da regulamentação do artigo 35, da Lei nº. 8.142/1990, devido à dificuldade na operacionalização dos critérios estabelecidos, a NOB-SUS 01/1991 findou por reestruturar a lógica de rateio das transferências, enfatizando uma distribuição pautada na variável do “pagamento por produção de serviços ao setor público”.

O repasse, portanto, arvorava-se na prestação de serviços de saúde executados nas unidades ambulatoriais e hospitalares dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Em outros termos, os entes federativos beneficiários recebiam recursos que eram transferidos, com base na tabela nacional utilizada para o pagamento de prestadores privados de saúde, por serviços ambulatoriais e hospitalares realizados.

A NOB-SUS 01/1992¹⁵² (Portaria nº. 234, de 07 de fevereiro de 1992), por sua vez, não modifica o critério adotado pela NOB-SUS 01/1991, insistindo no mecanismo de

¹⁵² Também editada pelo presidente do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS.

pagamento por serviços (ambulatoriais e hospitalares) prestados pelos entes federativos “subnacionais”.

O critério utilizado por tais normas operacionais básicas pode ser duramente criticado. Em primeiro lugar, por denotar um sistema que privilegiava a *quantidade* de serviços públicos prestados e não a *qualidade* dos mesmos (o que viola, dentre outros, o princípio da eficiência da administração pública, insculpido no artigo 37, da Constituição Federal). Em segundo lugar, por restringir as transferências apenas aos gastos públicos (estaduais, distrital e municipal) com serviços ambulatoriais e hospitalares, deixando de lado as demais ações voltadas à implementação do direito à saúde no âmbito dos entes “subnacionais” (o que restringe o âmbito do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº. 8.142/1990¹⁵³). Em terceiro lugar, por favorecer a relação direta entre a União Federal e os Municípios, subtraindo-se a importante função articuladora dos Estados-membros. E em quarto lugar por não se caracterizar como um critério propício a fomentar a redução das desigualdades regionais na qualidade da prestação das ações e serviços públicos de saúde por meio dos repasses, tal qual idealizada no enunciado do artigo 198, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição Federal.

Já no ano de 1993 verificaram-se acontecimentos que conduziram a uma guinada na regulamentação dos critérios que presidiam as transferências financeiras do Fundo Nacional de Saúde.

A realização da IX Conferência Nacional de Saúde (cujo foco se assentava na defesa da descentralização e, conseqüente, municipalização das ações e serviços de saúde); a transição do governo federal após o *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor; e a apresentação, ao Conselho Nacional de Saúde, do estudo instrumentalizado no documento denominado “Descentralização das Ações e Serviços de Saúde – a ousadia de cumprir e fazer cumprir as leis”, criaram o caldo de cultura para que em janeiro de 1993 fosse elaborada a NOB-SUS 01/1993.

Buscou-se, neste momento histórico, a implantação de uma diretriz (efetivamente) descentralizadora das ações e serviços de saúde, fortalecendo as capacidades administrativas, institucionais e financeiras dos órgãos gestores nas três esferas federativas.

¹⁵³ Art. 2º, parágrafo único: Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Esta NOB-SUS 01/1993 implementou as transferências intergovernamentais de caráter automático, trazendo à tona a figura do “Repasse Fundo a Fundo”¹⁵⁴, instituidor do traslado obrigatório de recursos independentemente da prestação de serviços de saúde executados nas unidades ambulatoriais e hospitalares dos entes “subnacionais”, e que, a despeito de previsto na Lei n°. 8.080/1990, restou esquecido pela duas primeiras normas operacionais básicas do SUS.

O critério utilizado para fins de distribuição dos recursos foi, exclusivamente, o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, a partir de estimativas populacionais fornecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (artigo 1°, parágrafo 1°, do Decreto n°. 1.232/1994). Assevera-se que os critérios trazidos pelo artigo 35, da Lei n°. 8.080/1990, não foram utilizados, pois o “perfil epidemiológico da população” e as “características organizacionais dos serviços assistenciais” não chegaram a ser estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Se por um lado a NOB-SUS 01/1993, aproveitando-se do momento histórico-político brasileiro, foi apta a promover a tão desejada descentralização das ações e serviços de saúde, por outro não atingiu a desejosa redução das desigualdades sócio-regionais mediante as “Transferências Fundo a Fundo”, tal qual desejada e positivada pelo artigo 198, parágrafo 3°, inciso II, da Constituição Federal de 1988, eis que os critérios eleitos eram inaptos a tanto.

Ora, sembra óbvio o argumento de que a repartição das “Transferências Fundo a Fundo” com base, única e exclusiva, no critério populacional não viabiliza a redução de iniquidades entre as regiões. Não há qualquer dado (em absoluto) que vincule, em proporção indireta, o número de habitantes de uma região com o grau de desenvolvimento sócio-econômico da mesma.

A NOB-SUS 01/1996 (portaria n°. 2.203/1996), por sua vez, no que tange ao Fundo Nacional de Saúde, em nada modificou a sistemática então adotada pela legislação de 1993, mantendo o “Repasse Fundo a Fundo” com o mesmo critério até então adotado.

Finalmente, no ano de 2012, sobreveio a Lei Complementar n°. 141/2012, que, ao regulamentar o disposto no inciso II, do parágrafo 3°, do artigo 198 da Constituição Federal, estabeleceu os critérios (a serem reavaliados a cada cinco anos) que devem nortear os “Repasses Fundo a Fundo”.

¹⁵⁴ O “Repasse Fundo a Fundo” foi regulamentado, em nível infralegal, por meio do Decreto Presidencial n°. 1.232/1994.

Assim, o artigo 17, da Lei Complementar n°. 141/2012, estabelece que o rateio dos recursos da União Federal vinculados a ações e serviços públicos de saúde, será repassado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com base nos seguintes critérios: (i) as necessidades de saúde da população; (ii) as dimensões epidemiológicas, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e serviços de saúde; e (iii) os demais elencados no artigo 35 da Lei n°. 8.080/1990.

Para dar efetividade a tal mandamento, o parágrafo 1°, do artigo 17, da Lei Complementar n°. 141/2012, determina ser atribuição do Ministério da Saúde a definição e a publicação, anual, dos montantes a serem transferidos a cada Estado, ao Distrito Federal e a cada Município para custeio das ações e serviços públicos de saúde. Para tanto, o Ministério da Saúde utilizar-se-á da metodologia pactuada na comissão intergestores tripartite e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde – CNS.

Verifica-se, portanto, que os Fundos de Saúde, como braços da gestão financeira do Sistema Único de Saúde, detém um papel de extrema importância na busca pela efetivação homogeneamente qualitativa do direito à saúde no Brasil.

Portanto, devem ser bem estruturados e fiscalizados (seja pelos respectivos Conselhos de Saúde, seja pelo Ministério Público) para que os administradores da saúde pública tenham os recursos necessário para fazer frente às despesas nas quais deverão incorrer com o objetivo de dar azo a uma saúde pública de qualidade.

2.3.5 Outras receitas do Sistema Único de Saúde

À luz do disposto no artigo 198, parágrafo 1°, da Constituição Federal, sublinha-se a existência de outras fontes (não necessariamente pública) de financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil ademais das tributárias previstas no orçamento da seguridade social, que, entretanto, são de menor relevo financeiro, ademais de não se pautarem no princípio da solidariedade social.

De acordo com o artigo 32, da Lei n°. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde – LOS), estas “outras fontes” podem ser provenientes de: (i) serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; (ii) ajuda, contribuição, doação e donativo; (iii) alienações patrimoniais e rendimentos de capital; (iv) taxas, emolumentos, multas e preços públicos

arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde; e (v) rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA INOBSERVÂNCIA DO “ORÇAMENTO MÍNIMO DA SAÚDE”: ANÁLISE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro não se furta a impor sanções quando do descumprimento do “orçamento mínimo da saúde”. Pretende-se, com isso, que a jurisdicação do direito à saúde não fique apenas no papel, mas que projete no plano social todos os seus efeitos concretos.

Neste sentido, é possível encontrar consequências jurídicas pelo descumprimento do “orçamento mínimo da saúde” em diversos diplomas legislativos, desde a Constituição Federal até a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n°. 101/2000), perpassando pela Lei n°. 8.080/1990 (Lei do SUS), bem como pela novel “Lei Ficha Limpa” (Lei Complementar n°. 135/2010).

Tratam-se de normas jurídicas que denotam a cogência do “orçamento mínimo da saúde”, cuja inobservância enseja sanções tanto aos entes federativos (previstas na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal), quanto aos gestores da coisa pública (previstas na Lei n°. 8.080/1990 e na Lei Complementar n°. 135/2010).

2.4.1 Na Constituição Federal de 1988

À luz do prescrito no artigo 34, inciso VII, alínea e, da Constituição Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal, caso não cumpram com sua obrigação constitucional de aplicar as receitas mínimas exigidas constitucionalmente em ações e serviços públicos de saúde, sujeitar-se-ão à intervenção federal com vistas ao reestabelecimento do primado da rigidez constitucional.

Fala-se, portanto, que o “orçamento mínimo da saúde” perfaz um dos princípios constitucionais sensíveis. Sua importância é tamanha que seu descumprimento enseja a

mais grave sanção que se pode impor a um ente federativo: a intervenção federal, que lhe subtrai a própria autonomia organizacional.

Em outra escala, o mesmo ocorre com os Municípios que não observarem o “orçamento mínimo da saúde”. Conforme prescrição do artigo 35, inciso III, da Constituição Federal, os Estados-membros intervirão nos Municípios situados em seu território quando estes não aplicarem o mínimo exigido da receita municipal nas ações e serviços públicos de saúde.

O artigo 160, parágrafo único, da Constituição Federal traz, por sua vez, outra sanção aplicável aos entes federativos no caso de descumprimento do “orçamento mínimo da saúde”. Trata-se da possibilidade de a União Federal condicionar a entrega dos recursos, oriundos da repartição das receitas tributárias obrigatórias, ao cumprimento do “orçamento mínimo da saúde” pelos beneficiários (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

O mesmo ocorre no caso dos Estados-membros e do Distrito Federal, que também podem condicionar a transferência de receitas tributárias obrigatórias ao cumprimento do “orçamento mínimo da saúde” pelos Municípios.

Muito embora o constituinte tenha andado bem ao estabelecer sanções aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios que descumprirem o “orçamento mínimo da saúde”, o mesmo não se pode dizer no que tange a uma potencial negligência da União Federal.

Não há, na Constituição Federal de 1988, qualquer sanção prevista para o caso de este ente federativo vir a descumprir a norma jurídica que estabelece os gastos mínimos obrigatórios nos quais deve incorrer anualmente.

Visualiza-se, portanto, um desequilíbrio federativo, haja vista a existência de sanções aos demais entes federativos e a inexistência no caso da União Federal, bem como uma brecha para que a efetivação do direito à saúde (no plano federal), e, conseqüentemente, a própria dignidade da pessoa humana, se veja fragilizada e condicionada a circunstâncias políticas e conjunturais.

2.4.2 Na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n°. 101/2001)

A Lei Complementar n°. 101/2001 surge no contexto de busca pela responsabilização do gestor público. Assim, a legislação em comento imprime requisitos a

serem observados no âmbito das finanças públicas, ademais de prescrever instrumentos que aumentem a transparência fiscal como forma de controle das contas públicas, punindo o mau administrador público (aqui entendido como aquele que não cumpre os requisitos legislativos).

Nestes termos, o artigo 25, parágrafo 1º, inciso IV, alínea *b*, da Lei de Responsabilidade Fiscal, prescreve ser, o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde, uma exigência para a realização de transferências voluntárias.

Em outras palavras, caso os Estados-membros, o Distrito Federal ou os Municípios não cumpram o “orçamento mínimo da saúde” (dentre outros requisitos elencados nas demais alíneas do parágrafo 1º, do artigo 25, da LRF), restarão impedidos de receber recursos transferidos voluntariamente.

Interessante notar, ainda, a importância que o legislador infraconstitucional conferiu aos recursos destinados ao custeio da saúde pública. No artigo 25, parágrafo 3º, da LRF, determinou que a sanção de suspensão das transferências voluntárias não serão aplicadas quando as mesmas tiverem como destino os gastos com saúde, educação ou assistência social.

A despeito da intenção do legislador infraconstitucional de preservar os recursos (transferidos voluntariamente) destinados ao gasto com o direito à saúde, entende-se que esta prescrição poderá gerar algumas distorções em determinadas situações.

Isto porque, no caso da sanção com base no descumprimento do “orçamento mínimo da saúde”, a LRF criou um panorama que finda por incentivar os gestores que recebem transferências voluntárias para saúde, a não observarem as despesas mínimas constitucionais com tal direito fundamental, eis que, em última análise, terão verbas transferidas voluntariamente para dar vazão aos gastos com saúde pública.

Portanto, é de se perceber que o dispositivo legal pode não ter o efeito desejado, qual seja, o de, no limite, preservar os recursos destinados à efetivação do direito à saúde.

Ademais, cumpre-se notar que a própria Constituição Federal, no trato das transferências obrigatórias, adota posicionamento distinto. O Diploma Constitucional abre exceção à impossibilidade de retenção ou restrição dos repasses impositivos ao afirmar que o ente federativo que transfere (União, Estado ou Distrito Federal) poderá condicionar a entrega das verbas à observância das despesas obrigatórias com saúde pelo ente beneficiário (artigo 160, parágrafo único, da CF).

Configura-se um contra-senso o impedimento constitucional ao recebimento das transferências *obrigatórias* no caso de descumprimento do “orçamento mínimo da saúde”

pelo ente beneficiário, e a autorização da legislação infraconstitucional em se tratando de transferências *voluntárias*.

2.4.3 No artigo 315 da Lei n°. 8.080/1990 (Lei do SUS) c/c o artigo 315 do Código Penal

Em suas disposições finais, a Lei n°. 8.080/1990 prescreve, em seu artigo 52, constituir crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde – SUS – em finalidades diversas das previstas, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Trata-se, portanto, de dispositivo legislativo que pune a pessoa do mau gestor público, e não mais o ente federativo, como sói ocorrer nas prescrições insertas na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O crime ao qual o artigo 52, da Lei n°. 8.080/1990, se reporta, está previsto no Código Penal, em seu artigo 315. Assim, o enunciado prescritivo da Lei do SUS configura-se, na realidade, despiendo, eis que o próprio Código Penal já estipula o crime de “emprego irregular de verbas e rendas públicas”.

A crítica que se formula a tal sanção deita raízes na pena prescrita no artigo 315, do Código Penal, para tal crime, que é a de detenção de 1 a 3 meses ou multa. Trata-se de pena extremamente diminuta diante da gravidade do crime, conferindo certos benefícios aos acusados, o que finda por tornar socialmente inócua a prescrição sancionatória.

Assim, é possível que o mau gestor sequer chegue a ser processado criminalmente no caso da aplicação dos seguintes institutos de direito processual penal: (i) suspensão condicional do processo, proposta pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia (artigo 89, da Lei n°. 9.099/1995); e (ii) transação penal, também proposta pelo *Parquet* (artigo 76, da Lei n°. 9.099/1995).

Vislumbra-se possível, ainda, que o mau gestor da coisa pública, a despeito de processado e condenado na esfera penal, não cumpra a pena privativa de liberdade tal qual disposta no artigo 315, do Código Penal, eis que possível a aplicação dos seguintes institutos do direito penal: (i) suspensão condicional da pena (artigo 77, do Código Penal); e (ii) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (artigo 44, do Código Penal).

2.4.4 Na “Lei Ficha Limpa” (Lei Complementar n°. 135/2010)

Há tempos os cidadãos brasileiros anseiam por uma prática política mais proba, onde a corrupção e a desonestidade sejam de fato reprimidas, não somente pela imposição de sanções penais aos condenados, mas também pela cominação de sanções de ordem civis e administrativas, impedindo que o mau-administrador público seja novamente eleito, perpetuando-se no poder.

Foi diante deste caldo de cultura que a sociedade civil brasileira se mobilizou para propor a criação de uma legislação que punisse com mais rigor os políticos com a “ficha suja”, pondo fim à incômoda sensação de impunidade que sobrepaira o círculo do poder no Brasil.

Propôs-se, neste sentido, mediante iniciativa popular (que contou com a assinatura de cerca de 1,3 milhões de eleitores brasileiros), o Projeto de Lei n°. 519/2009, que deu origem à Lei Complementar n°. 135 de 4 de junho de 2010, popularmente denominada de “Lei Ficha Limpa”, e que modificou a Lei Complementar n°. 64 de 18 de maio de 1990 .

Deixando-se de lado questões de cunho formais que dizem respeito ao momento em que a Lei Complementar n°. 135/2010 deve passar a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁵, que refogem ao âmbito de análise desta pesquisa, o fato é que se trata de lei cujo intuito é o de estabelecer casos de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato político.

Uma das hipóteses trazida pela novel legislação torna inelegível, por oito anos, o administrador público (bem como todo e qualquer ordenador de despesas) que tiver suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário (artigo 1º, alínea g, da Lei Complementar n°. 64/1990).

Portanto, caso o Congresso Nacional¹⁵⁶, quando da realização do controle orçamentário (externo) com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), baseado no

¹⁵⁵ Sobre o tema *vide* a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 636359 AgR-segundo / AP – AMAPÁ, Ministro Relator Luiz Fux, data: 03.11.2011.

¹⁵⁶ Ressalta-se que o Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, realizará o controle orçamentário externo no âmbito federal. No âmbito dos Estados-membros, o controle se realiza pela Assembléia Legislativa com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado. Finalmente, em se tratando de

artigo 72, inciso II, da CF, venha a rejeitar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, estará tornando-os inelegíveis para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes.

Sem perder de vista o fato de que a não atenção ao “orçamento mínimo da saúde” conduz à rejeição das contas do gestor público, é de se concluir que a Lei Complementar n°. 135/2010 torna inelegível por oito anos o administrador público que não incorrer nas despesas mínimas obrigatórias com ações e serviços públicos de saúde constitucionalmente prescritas.

Trata-se de uma interessante interface entre a “Lei Ficha Limpa” e o “orçamento mínimo da saúde”, eis que cria uma sanção diretamente voltada ao administrador público que não cumprir com o comando constitucional de realizar as despesas mínimas com a saúde pública, corroborando para com uma maior concretude, no plano social, do direito à saúde.

3 RUÍDOS ATUAIS NA LÓGICA JURÍDICA DO FINANCIAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

3.1 INTRÓITO

O presente capítulo ambiciona desenvolver questões pontuais que dificultam a implementação, e, conseqüentemente, a efetivação, do direito constitucional à saúde no plano social brasileiro.

Entende-se que, uma vez vistos os mecanismos financeiros e tributários utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro para o financiamento da saúde pública, resta analisar situações cotidianamente vivenciadas nos últimos tempos, pelo ordenamento jurídico brasileiro, e que entravam os investimentos voltados para o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde.

É óbvio que a realidade social comporta inúmeras outras problemáticas que não foram arroladas nesta pesquisa. Trata-se de um corte metodológico, através do qual optou-se pelo trato de questões que tocam de perto a análise jurídica do financiamento da saúde pública.

3.2 INCENTIVOS FISCAIS INCIDENTES SOBRE IMPOSTOS + CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS + DESVINCULAÇÃO DA RECEITA DA UNIÃO (DRU) = REDUÇÃO DO “ORÇAMENTO MÍNIMO DA SAÚDE”

A concessão de incentivos fiscais, quando implantada mediante política fiscal bem pensada e planejada, é um importante mecanismo de indução social, econômica e cultural posto nas mãos do Estado, dando azo à faceta extrafiscal da tributação.

Quanto à tal relevância não há o que se discutir. Neste sentido, salientando a relevância da extrafiscalidade dos incentivos fiscais, Heleno Taveira Torres (2008, p. 79) afirma que os mesmos servem

como medida para impulsionar ações ou corretivos de distorções do sistema econômico, visando a atingir certos benefícios, cujo alcance poderia ser tanto ou mais dispendioso, em vista de planejamentos públicos previamente motivados.

Acontece que, a política de concessão de incentivos fiscais deve tomar como parâmetro os limites que o próprio ordenamento jurídico lhe impõe, seja pela atenção aos princípios arrolados na Constituição Federal de 88, seja pela necessária busca na efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, elencados nos incisos do artigo 3º da Carta Magna.

Em outros termos, não é dada à política de incentivos fiscais, extrapassar limites que o próprio ordenamento jurídico lhe comina. O atingimento do objetivo último da medida, seja ele na indução do setor social ou no fomento do setor econômico, não confere legitimidade jurídica *de per se* ao benefício fiscal concedido. É necessário que este se encontre em conformidade com a ordem jurídica posta e, principalmente, afinado aos objetivos prescritos no artigo 3º da Carta Constitucional.

Em recentes crises econômicas mundiais como a vivenciada em 2008¹, a economia globalizada pautada no liberalismo econômico foi posta a prova. Os países, para amenizar as catastróficas consequências da crise, tiveram que intervir na economia de diversas maneiras, inclusive mediante a utilização da tributação, a partir de sua faceta extrafiscal.

O Brasil não fugiu da regra e, adotando políticas anticíclicas, concedeu incentivos fiscais² sobre o IPI (imposto sobre produtos industrializados) para os automóveis e para a linha branca de eletrodomésticos, como forma de aquecer seu mercado interno, na medida em que, os preços dos produtos teriam uma retração a servir de incentivo ao consumo, e, portanto, à circulação de riqueza.

Muito embora a política fiscal empregada pela União Federal tenha logrado êxito no que tange ao fomento da economia brasileira no momento de crise, ela deixou cicatrizes no arranjo do federalismo fiscal brasileiro, rompendo com a lógica do cooperativismo adotado pela Constituição Federal de 88.

Tal afirmativa se confirma na medida em que as isenções de IPI conduziram à redução dos valores objetos das transferências intergovernamentais obrigatórias,

¹ Teve início com a falência do Banco Lehman Brothers, acarretando num fenômeno denominado de “efeito dominó”, que conduziu à quebra de outras grandes instituições financeiras, em processo conhecido como “crise dos subprimes”.

² No caso a modalidade de benefício fiscal concedido foi a isenção tributária, uma vez que houve redução à zero da alíquota do Imposto sobre Produto Industrializado, à luz da doutrina de Paulo de Barros Carvalho (2009a, p. 533).

indispensáveis à manutenção da saúde financeiro-orçamentária dos entes subnacionais, bem como à implantação/implementação de relevantes políticas sociais no âmbito de Estados e Municípios, como, por exemplo, ações e serviços de saúde pública.

Trocando em miúdos, os incentivos fiscais concedidos pela União Federal incidentes sobre o IPI afetaram os repasses obrigatórios aos Estados-membros e Municípios, reduzindo, por conseguinte, as suas receitas transferidas e, portanto, o valor que corresponde ao “orçamento mínimo da saúde” destes entes subnacionais, em fenômeno que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski, denominou de “cortesia com chapéu alheio”³.

O quadro se agrava quando da percepção de que a União Federal vem, a cada exercício financeiro, incrementando a arrecadação de contribuições especiais⁴ e reduzindo a arrecadação a título de impostos.

Trata-se de política fiscal por meio da qual a União Federal abre mão das receitas provenientes de impostos, cuja arrecadação deveria ser partilhada entre os entes subnacionais, para compensar sua arrecadação por meio de contribuições especiais, que, por sua vez, não se submetem ao sistema de partilha.

Assim, como as contribuições especiais, em geral, não se submetem ao sistema de partilha de receitas, a União Federal acaba por abocanhar a totalidade dos valores arrecadados por meio da imposição desta espécie tributária.

Essa política fiscal vem prejudicando o financiamento da saúde pública, na medida em que, reduz o orçamento mínimo da saúde dos entes subnacionais, eis que parcela dos mesmo é composto por receita transferida de impostos arrecadados pela União Federal.

A desvantagem das contribuições especiais, entretanto, reside no fato de que o produto de sua arrecadação encontra-se vinculado a determinada finalidade específica, o que finda por engessar o orçamento da União Federal. O valor arrecadado quando da cobrança desta espécie tributária não confere maleabilidade no gasto público, pelo que o

³ Vide o Recurso Extraordinário 572.762-9/SC. Ministro Relator: Enrique Ricardo Lewandowski. DOU: 18 de junho de 2008.

⁴ Em estudo estatístico, o economista Raul Velloso (apud SANTI; CANADO, 2009, p. 259) chegou a números que confirmam a assertiva: a parte da receita líquida da União, no que tange às contribuições especiais aumentou de 4,9% em 1987, para 39,1% em 2003. Já em 2010, as contribuições especiais perfizeram um total de 53,41% da receita líquida da União, conforme dados retirados do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União – TCU. Dados disponíveis em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/CG%202010%20Relatório.pdf>. Último acesso em: 15 de maio de 2012.

administrador público se vê obrigado a gastar nas finalidades constitucionalmente determinadas.

Como forma de amenizar este quadro, surge em cena a Desvinculação da Receita da União – DRU.

A DRU, existente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1994⁵, e prorrogada recentemente até 31 de dezembro de 2015, permite que a União Federal disponha livremente de 20% da receita proveniente das contribuições sociais⁶ (espécies de contribuições especiais) que, por determinação constitucional, seriam vinculadas a gastos no setor social, como na saúde pública.

Parcela da arrecadação das contribuições sociais, portanto, acabam desvinculadas da finalidade para as quais foram criadas, gerando uma distorção no federalismo fiscal brasileiro, posto que permite à União Federal utilizar-se de subterfúgios para romper com o mecanismo de partilha de receitas, logo com o federalismo cooperativo.

Deixa-se de lado aspectos como a boa-fé, que deve pautar a política fiscal dos entes federados, bem como a própria manutenção da autonomia financeira dos entes subnacionais (elemento fundamental para a manutenção do pacto federativo, cláusula pétrea⁷ na Constituição Brasileira), por não ser o foco desta pesquisa.

Quer-se, entretanto, reforçar os prejuízos que a mesma traz ao financiamento equânime da saúde pública no Brasil, seja por reduzir o orçamento mínimo da saúde dos entes subnacionais, seja porque, a despeito da criação de novas contribuições sociais, a DRU desvincula suas receitas que (a depender da modalidade de contribuição social) seriam aplicadas em despesas relativas a ações e serviços público de saúde.

Portanto, a concessão de incentivos fiscais deve, como qualquer atividade levada a cabo pela administração pública, pautar-se no artigo 3º da Constituição Federal, bem como no modelo cooperativo de federalismo adotado pela Constituição Federal de 1988.

Enxergando-se de forma estática, e de maneira individualizada, as concessões de incentivos fiscais incidentes sobre impostos, desde que instituídas à luz dos ditames constitucionais, não configuram de *per se* uma prática inconstitucional.

Por outro lado, ao se analisar o quadro a partir de um viés dinâmico, atentando aos nexos de causalidade existente entre as concessões de incentivos fiscais incidentes sobre impostos, o aumento da arrecadação a título de contribuições especiais, e a consequente

⁵ À época era denominada de Fundo Social de Emergência - FSE.

⁶ Excetua-se as previdenciárias.

⁷ Artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da CF.

criação e prorrogação da DRU, visualiza-se um quadro de inconstitucionalidade, seja por ferir o federalismo cooperativo adotado pelo constituinte de 88, seja por romper com os objetivos da República Federativa do Brasil, como o da busca pela redução das desigualdades sociais e regionais e o da promoção do bem de todos, mediante a erradicação da marginalização e da pobreza (artigo 3º, incisos III e IV).

Enfim, intenta-se reforçar que a política levada a cabo pela União Federal, de conceder incentivos fiscais sobre impostos e aumentar a sua arrecadação mediante a instituição de contribuições especiais (leia-se: substituir a arrecadação de impostos por contribuições especiais), desvinculando 20% da arrecadação para que seja gasto onde melhor lhe aprouver, apresenta-se danosa à efetivação da saúde pública na medida em que reduz o “orçamento mínimo da saúde” dos entes federativos e desvincula parcela de receita destinada constitucionalmente aos gastos com ações e serviços públicos de saúde.

3.3 A “PRIVATIZAÇÃO” DOS RECURSOS DO SUS PELO PODER JUDICIÁRIO: A CAPTURA DE RECURSOS PÚBLICOS PELO INDIVÍDUO EM DETRIMENTO DA SOCIEDADE OU O “RESGATE DO INDIVÍDUO E O SEQUESTRO DA SOCIEDADE”

É cada vez mais notória, no cenário brasileiro, a intervenção do Poder Judiciário no tocante à busca pela efetivação do direito à saúde. Trata-se de fenômeno conhecido como a “judicialização da saúde”, e se caracteriza pela propositura de ações judiciais que, com base nos artigos 6º e 196⁸ da CF, que preveem a saúde como direito fundamental do

⁸ Interessante notar que tanto os pedidos encartados na exordial, quanto as decisões judiciais que dão vazão a tais pedidos, atem-se, via de regra, à parte inicial do artigo 196 da CF, que, ao averberar ser a saúde direito de todos e dever do Estado, dá azo ao princípio jurídico do direito à saúde, de alta carga valorativa. Por outro lado, olvida-se o restante do dispositivo em questão, que prescreve ser a saúde garantida mediante políticas públicas de ordem sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário. Ademais, não se leva em consideração o disposto no artigo 197 da CF, que encarna regra jurídica determinativa da função do Legislativo de dispor, mediante lei, acerca da regulamentação das ações e serviços de saúde que deverão ser implantados/implementadas no âmbito do SUS. Nota-se, portanto, que a cláusula final do artigo 196 da CF interpretada conjuntamente com o artigo 197, também da CF, conduzem à conclusão de que as ações e serviços públicos de saúde que deverão ser oferecidos aos cidadãos no âmbito do SUS encontrar-se-ão em legislação específica. Ademais, tais ações e serviços deverão basear-se na noção de acesso universal e igualitário, comando que, em princípio, o Poder Judiciário não vem conseguindo implementar, eis que por vezes suas decisões de índole individual aumentam a iniquidade no financiamento da saúde pública na medida em que se retiram recursos que seriam destinados a todos para atender às necessidades de alguns poucos. Ademais, é de se observar que, a despeito do

cidadão e dever do Estado, tencionam obrigar o poder público: a fornecer medicamentos; a realizar tratamentos preventivos, terapêuticos ou curativos; a executar intervenções cirúrgicas reparativas; a disponibilizar leitos para internações de enfermos; etc.

Muito embora uma análise perfunctória possa conduzir o leitor à conclusão de que se trata de fenômeno salutar, posto que daria maior vazão ao direito à saúde constitucionalmente assegurado, há inúmeros juristas que vem relativizando tal entendimento⁹. Estes estudiosos repudiam a intervenção desmedida do Poder Judiciário, afirmando que a judicialização da saúde, quando realizada de maneira excessiva e sem critérios, dá ensejo a um quadro desastroso de captação, por alguns indivíduos, dos recursos destinados à saúde pública e que deveriam ser revertidos em prol de toda a sociedade.

Por óbvio que não se questiona a legitimidade do Poder Judiciário em determinar a obrigatoriedade de o Poder Executivo, por exemplo, distribuir remédios que se encontrem na lista do SUS ou realizar intervenções cirúrgicas possíveis de serem promovidas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Entretanto, tomando em conta o impacto orçamentário que determinadas decisões acarretam, gerando consequências funestas ao financiamento da saúde pública, há argumentos que não podem ser negligenciados, e que, portanto, devem ser levantados em defesa de um intervencionismo judicial mais responsável. Critica-se, ao bem da verdade, o que Virgílio Afonso da Silva (2010a, p. 596) chama de “ativismo judicial despreparado”.

É de se atentar que não é objeto desta pesquisa aprofundar-se na análise da judicialização da saúde. Nem tampouco de se posicionar se se trata de fenômeno benéfico ou maléfico para a efetivação do direito à saúde. Não é o escopo deste trabalho tomar partido a favor do “ativismo judicial” ou da “contenção judicial”.

Busca-se, na realidade, somente chamar a atenção para a existência de inúmeras decisões judiciais dando vazão a pedidos de índole individual, em questões relativas ao direito à saúde, e que ignoram uma imensa rede de complexidades que envolvem questões como a escassez de recursos, e a necessária realização de escolhas trágicas. Este panorama

princípio que garante o direito à saúde a todos, o constituinte positivou regra jurídica que determina ser do Poder Legislativo a incumbência de determinar quais serão as ações e serviços que serão disponibilizados aos cidadãos no âmbito do SUS. Trata-se de uma tomada de posição do constituinte que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário com base exclusiva em um princípio. Como assevera Humberto Ávila (2009, p. 17-19) quando a Constituição Federal concede ao Poder Legislativo a competência para regular determinada situação, e ele exerce regularmente seu direito/dever, não pode o Judiciário simplesmente ignorar a solução legislativa, utilizando-se do argumento da busca pela otimização de princípios, sob pena de ferir a própria Constituição, que exteriorizou tomada de decisão ao positivizar a regra que confere competência ao Poder Legislativo.

⁹ Vide, por todos: Virgílio Afonso da Silva (2007) e Antonio Moreira Maués (2010).

gera efeitos orçamentários danosos a uma política pública de acesso à saúde, uma vez que privilegia o direito à saúde do indivíduo que recorreu ao Poder Judiciário em detrimento da coletividade.

Pretende-se, deste modo, utilizar-se de alguns dos argumentos contrários à judicialização desmedida para demonstrar que, num cenário de escassez de recursos, e que implica em escolhas trágicas, tais decisões judiciais podem apresentar impactos orçamentários perniciosos, acarretando consequências nefastas no que tange ao financiamento da saúde pública, mais especificamente na busca pela distribuição equitativa dos recursos destinados a este setor.

Segundo Daniel Wei Liang Wang (2009, p. 11-23), os argumentos contrários à judicialização da saúde podem ser resumidos: (i) na falta de conhecimento técnico do Poder Judiciário para realizar escolhas trágica; (ii) no déficit democrático dos magistrados para decidir, em nome do povo, acerca da alocação de recursos em um cenário de escassez; e (iii) na “privatização” dos recursos do Sistema Único de Saúde, que deságua na iniquidade na distribuição dos recursos públicos voltados para a implementação do direito à saúde.

Fala-se na “privatização” dos recursos do SUS, pois, em um cenário de recursos escassos, determinadas decisões judiciais acabam por privilegiar uma pequena parcela da população (que recorreu ao Poder Judiciário) em detrimento de toda a sociedade. Em outras palavras, como os recursos são finitos, e, para atender à determinação judicial, o SUS compromete quantia significativa dos recursos que lhes são destinados¹⁰, o dinheiro

¹⁰ A título de exemplo, em reportagem veiculada no ano de 2007, o então Ministro da Saúde do Brasil, José Gomes Temporão, consignou que em atenção às decisões judiciais que determinam a compra de medicamentos, “os Estados [...] desembolsam, em média, R\$ 500 milhões por ano”. Só em São Paulo, no ano de 2008, gastou-se R\$ 86 milhões para atender às decisões judiciais que ordenaram o fornecimento de tratamentos médicos e de medicamentos, cifra que representa 30% do valor gasto no programa oficial de remédios de alto custo. Em quadro comparativo, contempla-se que os R\$ 86 milhões gastos por determinações judiciais beneficiaram 10 mil pacientes, enquanto que o gasto público de R\$ 284 milhões voltados ao programa de medicamentos mais caros disponibilizados pelo SUS beneficia 250 mil pessoas (WANG, 2009, p. 18). Tomando em consideração dados mais atuais, atesta-se que o Estado de São Paulo gastou, no ano de 2010, R\$ 700 milhões para atender às decisões judiciais que ordenavam o fornecimento de remédios a indivíduos que acessaram o Poder Judiciário. Trata-se, aproximadamente, do valor representativo da metade do orçamento estadual para a distribuição regular de medicamentos para toda a população paulista (SEGATTO, 2012), que é da ordem de R\$ 1,5 bilhão. O crescimento das ordens judiciais para gastos individuais com saúde é de cerca de R\$ 300 milhões por ano. No mais, não é demais ressaltar que a judicialização da saúde não se restringe ao fornecimento de medicamentos, devendo-se computar outros gastos judicialmente ordenados como, por exemplo, com tratamentos médicos, cirurgias médicas e internações. Ressaltam-se, ainda, ordens judiciais que, em nome da efetivação do direito à saúde, determinam o fornecimento de itens curiosos, que sembram mais com uma lista de supermercado, como: sabão de coco em pó, xampú anticaspa, escova de dente, copos descartáveis, chupetas, papel toalha, creme fixador de dentadura, óleo de soja, creme de leite, fubá, amido de milho, dentre outros (SEGATTO, 2012).

que seria utilizado para atender a uma gama maior da população é redirecionado para os indivíduos que acionaram o Poder Judiciário¹¹.

O cenário fica ainda mais indigesto quando se atenta para a parcela da população que, de fato, acessa o Poder Judiciário pleiteando questões relativas à saúde.

Em pesquisa recente, realizada no Estado de São Paulo, Fernanda Terrazas (2008) levantou as características socioeconômicas dos autores de ações que obtiveram pleito favorável no que tange à obtenção de medicamentos por meio do ajuizamento de ações judiciais. Segundo a pesquisadora, são os cidadãos com melhores condições socioeconômicas que obtêm, por meio de ações judiciais, decisões no sentido de obrigar o SUS a lhes fornecer medicamentos, seja por terem mais conhecimentos acerca de seus direitos e dos meios para alcançá-los, seja porque possuem reservas financeiras para arcar com os custos do pleito (advogados mais preparados, custas judiciais, dentre outros).

Ela conclui afirmando que o Judiciário, ao determinar o deslocamento de recursos que deveriam atender às políticas públicas universais para a satisfação de alguns poucos interesses individuais, acaba contribuindo para o acesso desigual aos bens públicos, gerando iniquidade na distribuição dos recursos destinados ao SUS e aumentando, ainda mais, as desigualdades sociais e econômicas existentes no Brasil.

Percebe-se, portanto, que algumas decisões do Judiciário, ignorantes do fato de que o falar em efetivação do direito à saúde pressupõe discussões acerca de questões orçamentárias, são extremamente prejudiciais à lógica do financiamento da saúde pública no ordenamento jurídico brasileiro, que busca repartir os recursos de forma equitativa como meio de alcançar a justiça distributiva. Isso porque, reitera-se, determinadas ordens judiciais são tomadas de maneira descontextualizada, como se os recursos públicos fossem suficientes para comportar toda a demanda da sociedade por saúde pública. Desprezam, neste contexto, que a eleição de onde serão alocadas as receitas públicas configura a denominada “escolha trágica”, ou seja, redundante na adoção de um ou alguns beneficiados em detrimento a muitos.

¹¹ Curiosa é a história veiculada na Revista Época, em março de 2012. A reportagem relata o caso de Rafael Fávaro, de 29 anos, que após acionar judicialmente o Estado de São Paulo, obteve decisão que ordenou ao ente federativo o custeio de um tratamento médico que absorve cerca de R\$ 800 mil por ano do cofre paulista. Em 5 anos, o tratamento custará cerca de R\$ 4 milhões ao SUS. Trata-se, como veiculou o periódico, do “tratamento mais caro do mundo”, que, entretanto, não cura o paciente, mas apenas reduz os sintomas da doença, pelo que perdurará por anos. Atualmente o Estado de São Paulo custeia cerca de 34 tratamentos dessa natureza. Os recursos utilizados para o custeio do tratamento destes pacientes saem do orçamento público para ações prioritárias, como a prevenção básica de problemas de saúde entre os mais pobres, aumentando a iniquidade do SUS (SEGATTO, 2012).

Tais escolhas, deste modo, devem ser tomadas por aqueles que possuem o mais alto conhecimento técnico-científico possível acerca da matéria, e, habitualmente, não é o magistrado a pessoa mais preparada para tanto, eis que muitas vezes desconhece dados médicos, estatísticos, contábeis e de finanças públicas necessários para a tomada de decisão¹².

Isso sem contar o déficit democrático do qual padece o Judiciário para tomar decisões acerca da rubrica na qual se alocarão os recursos públicos dentro de um cenário de recursos finitos. Deste modo, a própria Constituição Federal indica que o *locus* adequado para tal discussão é o Poder Legislativo, em suas deliberações quando da elaboração orçamentária¹³.

Ao menos a Lei Complementar n°. 141/2012 veio para arrefecer a situação, ao determinar que ações voltadas para a assistência da saúde que, no entanto, não atenderem ao princípio da universalidade, não poderão ser consideradas como despesas em ações e serviços públicos de saúde para fins de composição das despesas mínimas obrigatórias em saúde, determinadas pela Emenda Constitucional n°. 29/2000. Assim, a partir da entrada em vigência da novel legislação, as despesas com saúde, determinadas pelo judiciário, que não atendam ao princípio da universalidade, não poderão ser custeadas com recursos do “orçamento mínimo da saúde”, pelo que deverão ser financiadas ou por recursos “extras” destinados à saúde¹⁴, ou com recursos realocados de outras rubricas.

Finalmente, não se deve olvidar que as críticas ao Poder Judiciário, embora pertinentes, não são suficientes para tirá-lo do jogo. Deve-se, sim, incluí-lo na pauta de discussão. Entretanto, os magistrados devem reconhecer a complexidade existente por detrás da questão, que perpassa por sérias discussões orçamentárias, e que deságua em questões de justiça distributiva.

Como afirma Daniel Wang (2009, p. 38), deve-se modificar a forma como o Poder Judiciário age. A atuação judicial, ao invés de configurar medida antidemocrática e gerar desigualdades sociais, deve configurar legítimo canal de participação e contestação

¹² Entrou em vigência, em meados de outubro de 2011, a Lei n°. 12.401/2011, que estabelece parâmetros para a inclusão de medicamentos no sistema público de saúde. Dentre outros, a novel legislação prescreve a impossibilidade de o SUS fornecer medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais sem registro na ANVISA. A lei servirá de parâmetro técnico aos juízes, muito embora não impeça o pleito com base direta no mandamento constitucional.

¹³ Esse, aliás, é o entendimento esposado por José Joaquim Gomes Canotilho (1983, p. 377) ao afirmar que “a implementação dos direitos sociais, assim como aconteceu com os direitos políticos e civis, deve ser uma conquista da sociedade civil realizada por meios políticos”.

¹⁴ Entendam-se aqueles que ultrapassam a porcentagem de despesas mínimas obrigatórias nas quais o ente federativo deve incorrer.

democrática dos menos favorecidos, que muitas das vezes são subrepresentados no Poder Legislativo.

A pedra de toque, portanto, é perquirir de que maneira o Poder Judiciário deve agir nestas questões. Embora não seja objetivo desta pesquisa aprofundar neste ponto do debate, entende-se que tal poder não pode, quando da análise destes casos, descurar do fato de que está decidindo num cenário de escassez de recursos, e que escolhas trágicas no âmbito orçamentário já foram feitas, pelo que suas ordens irão sempre atender a alguém deixando outrem desamparado, pois “o cobertor é curto”. Sendo assim, sua decisão não pode, jamais, deixar de lado a busca pela distribuição equitativa dos recursos destinados à saúde pública, bem como a justiça distributiva, que encontra, no princípio da capacidade receptiva¹⁵, o seu corolário no âmbito da realização das despesas públicas.

3.4 A “LIBERDADE” NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS DO ORÇAMENTO MÍNIMO SOCIAL SOB A MOLDURA DO DIREITO À SAÚDE: AFINAL, O QUE É GASTO EM “AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE”?

A Emenda Constitucional n°. 29/2000 inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivos que determinam gastos mínimos obrigatórios com saúde, dando vida ao que se optou por denominar de garantia constitucional do orçamento mínimo da saúde.

Acontece que, muito embora a emenda em questão tenha determinado valores mínimos a serem despendidos com saúde pública, não esclareceu quais gastos podem, efetivamente, serem considerados para tal fim.

Deixou-se, portanto, uma lacuna normativa no que tange à definição do que pode, ou não, ser considerado uma despesa pública em “ações e serviços públicos de saúde”.

Assim, até a regulamentação da referida emenda pela Lei Complementar n°. 141 de 13 de janeiro de 2012, determinadas administrações públicas utilizavam-se de subterfúgios para burlar a legislação, em clara afronta aos princípios que devem reger sua atividade, como o da moralidade, por exemplo (artigo 37 da Constituição Federal).

¹⁵ Segundo Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 276), o princípio da capacidade receptiva prescreve que os recursos devem ser distribuídos, mediante a realização de despesas públicas, de acordo com a capacidade contributiva do indivíduo, de forma a aquinhear, com maior parcela de investimentos, a fatia populacional que apresenta menores condições socioeconômicas.

Isso porque, a título de “gastos com saúde”, alguns administradores públicos enquadravam despesas que, em princípio, seriam mais afeitas ao enquadramento numa outra rubrica orçamentária.

Percebeu-se, portanto, a complexidade que se esconde por detrás do controle da “liberdade” do administrador público no momento em que este realiza a escolha do setor no qual serão alocados os recursos públicos, mesmo aqueles já vinculados, de antemão, ao gasto com determinada finalidade específica.

Em outros termos, enxergou-se o quão difícil é a determinação do que venha ser, efetivamente, “gastos em ações e serviços públicos de saúde”, o que permite ao administrador público, em determinadas situações, “maquiar” certos gastos públicos como se fossem relativos à saúde pública, burlando, portanto, o “orçamento mínimo da saúde”.

A título exemplificativo, o jornal “Folha de São Paulo”¹⁶ (WESTIN, 2009) noticiou, recentemente, alguns casos em que Estados brasileiros “maquiaram” gastos com saúde pública para atingir as despesas mínimas obrigatórias, dentre os quais: (i) o Estado do Rio de Janeiro, que considerou como gastos com saúde pública a despoluição da Baía de Guanabara; (ii) o Estado do Paraná, que incluiu os gastos com uniforme de policiais militares e a merenda escolar como despesas relativas à saúde pública; (iii) o Estado de Minas Gerais, que considerou despesas relativas à construção de casas populares como gastos com saúde pública; dentre outros. A reportagem conclui afirmando que os subterfúgios tiraram da saúde pública, no ano de 2007, cerca de R\$ 3,6 bilhões, o que seria suficiente para: (i) sustentar o programa brasileiro de AIDS por três anos; ou (ii) construir 70 hospitais de médio porte (200 leitos).

O simples fato de existir uma emenda constitucional determinando que os entes federativos gastem valores mínimos com saúde pública não foi suficiente para o atingimento da finalidade intentada. Isto porque, ao administrador público ainda persistiu um espectro de liberdade para determinar o que é caracterizado como gasto em saúde pública, o que acabou por resultar em absurdos como os supracitados. As circunstâncias exigiam uma solução legislativa.

Como forma de por uma “pá de cal” na discussão, a Lei Complementar n°. 141/2012 veio para regulamentar a Emenda Constitucional n°. 29/2000, determinando, dentre outros, o que se entende por gastos em saúde pública (artigo 3° da Lei

¹⁶ Veiculado no dia 19 de setembro de 2009. A matéria tinha o seguinte título: “Governadores usam R\$ 3,6 bi da saúde em outros gastos”.

Complementar n°. 141/2012), bem como situações de penumbra que não devem ser tomadas como despesas nesta rubrica (artigo 4º da Lei Complementar n°. 141/2012) para fins de apuração dos gastos percentuais mínimos de que trata a lei¹⁷.

A novel legislação entrou em vigor em 13 de janeiro de 2012, pelo que se espera solucionar a problemática vivenciada cotidianamente em diversas entidades da Federação brasileira.

3.5 CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA INTERFACE COM A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A MÁ GESTÃO DA MÁQUINA PÚBLICA E O DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO COMO PRÁTICAS AGRESSIVAS AO DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE PÚBLICA

A corrupção não é um fenômeno recente na história da humanidade. Conforme relato de John T. Noonan (1987, p. 11 e ss), que levou a cabo estudo aprofundado acerca da evolução da corrupção, ela existe desde tempos longínquos, remontando ao período pré-bíblico (há mais de três mil anos).

Em análise de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 213), a corrupção assemelha-se a um fruto apodrecido, sendo, portanto, uma mazela que deteriora as vigas mestras do Estado, solapando seus fundamentos e corroendo a sociedade. Não é por outro motivo que a palavra advém, etimologicamente, do termo *corruptio*, que, em latim, exprime, metaforicamente, a analogia “da podridão física das frutas – que as destrói e traz

¹⁷ É cada vez mais crescente, entre os estudiosos da saúde pública, o reconhecimento da importância do saneamento básico para fins de se alcançar níveis satisfatórios de saúde pública. Pesquisas multidisciplinares recentes, como a empreendida por Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira (2009, p. 225-226), atestam a afirmativa anterior na medida em que comprovam que as condições ambientais são tão ou mais importantes para a proteção da saúde que a própria prestação de serviços de saúde e a distribuição de produtos farmacêuticos. A Constituição Federal, em seu artigo 200, inciso IV, é expressa em determinar, como atribuição afeita ao Sistema Único de Saúde (SUS), a participação na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico. No mesmo sentido caminha o artigo 3º da Lei n°. 8.080/1990, ao prescrever acerca da importância do saneamento básico como fator determinante na formação do conceito de saúde. Entretanto, por opção política, a legislação que trata do SUS, bem como a novel Lei Complementar n°. 141/2012, impedem que gastos com saneamento sejam postos sob a rubrica de despesas com a saúde pública. Assim, a despeito de o conceito de saúde abranger o saneamento, as despesas obrigatórias com saúde não podem ser utilizadas para esse fim, salvo exceções inscritas nos incisos VI e VII do artigo 3º da Lei Complementar n°. 141/2012. Enfim, embora a noção de saneamento básico seja elemento constitutivo do conceito de saúde, as despesas com aquele não poderão ser computadas, por determinação legal, dentro do “orçamento mínimo da saúde”, salvo no caso das exceções acima mencionadas.

a destruição para os que a elas tocam – com a podridão moral do homem – que o destrói e o torna destrutivo para a comunidade” (FERREIRA FILHO, 1991, p. 2-3).

Buscando definir o conceito de corrupção na administração pública¹⁸, partindo de uma noção mais atual, e com a qual se pretende trabalhar nesta pesquisa, pode-se dizer, arvorando-se em Samuel P. Huntington (1975, p. 72), tratar-se de “comportamento de autoridades públicas que se desviam das normas aceitas, a fim de servir a interesses particulares”.

A corrupção na administração pública, portanto, caracteriza-se quando determinado agente público, rompendo com os princípios que regem sua atividade (artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), age, em prejuízo da coisa pública, para favorecer a interesses privados (seus, de terceiros ou de partido político¹⁹), obtendo vantagem – monetária ou não – indevida²⁰.

O fato é que, nos dias de hoje, conforme relata Kimberly Ann Elliot (1997, p. 1), a corrupção se desenrola, em maior ou menor grau, na totalidade dos governos ao redor do mundo. Ela persiste como um mal a afligir tanto os países desenvolvidos como os subdesenvolvidos²¹; tanto os Estados submetidos a regimes democráticos, quanto os ditatoriais (sejam de extrema direita ou socialistas); tanto em Estados que apresentam economias abertas ao capitalismo, quanto naqueles em cuja economia é centralmente planificada.

Não é o foco deste trabalho adentrar nas causas que levam à corrupção²², nem, tampouco, nas medidas de combate a esta²³. Intenta-se, outrossim, perquirir os efeitos que a corrupção pode trazer, mais especificamente, no que diz respeito à efetivação do direito à

¹⁸ O presente trabalho enfoca-se na corrupção realizada no âmbito do poder público. Deixa-se de lado a corrupção praticada no âmbito privado, por particulares, ou por sociedades empresariais privadas.

¹⁹ Jesús González Pérez (2000, p. 64) adverte que o benefício auferido mediante a corrupção não precisa, necessariamente, ser imediato do sujeito que a pratica. O mesmo pode realizá-la como meio para beneficiar terceiros ou ainda partido político. Neste contexto, ao definir o conceito de corrupção, Pérez entende-a como “a utilização de poderes públicos para interesses particulares, qualquer que seja a forma de se manifestar, seja em benefício próprio, ou de terceiro ou do partido político; seja por razões de amizade ou por dinheiro ou por outras prestações”.

²⁰ Não se deve confundir a definição de conceito de corrupção aqui exposta com a definição do crime de corrupção no âmbito do direito penal. Trabalha-se, nesta pesquisa, com uma definição ampliativa do conceito de corrupção; enquanto o tipo penal, por sua própria natureza, e em nome da segurança jurídica e da liberdade individual, deve ser o mais restrito e fechado possível.

²¹ A autora, entretanto, sobreleva que os escândalos de corrupção vividos nos últimos anos por diversos Estados (como México, Japão, Equador, Itália, Rússia e Estados Unidos) permitem identificar diferentes formas pelas quais o fenômeno se apresenta, e que diferem substancialmente quando verificadas em países desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Assim, conclui que a corrupção apresenta consequências mais perversas quando desenroladas em países mais pobres (ELLIOT, 1997, p. 1).

²² Sobre o tema vide: Susan Rose-Ackerman (1999).

²³ Sobre o tema vide: Kimberly Ann Elliot (1997, 175).

saúde, posto que ela traz um prejuízo à coisa pública, materializado numa subtração de recursos públicos, inclusive os que seriam utilizados sob esta rubrica.

Paolo Mauro (1997) elenca uma série de consequências da corrupção, afirmando que a mesma retarda o crescimento econômico. Segundo o economista do Fundo Monetário Internacional (FMI), a corrupção: (i) diminui o fluxo de investimentos, na medida em que os investidores enxergam as propinas pagas aos corruptos como uma perigosa “espécie de tributo”, eis que cercada de incertezas, desincentivando, portanto, investimentos sérios; (ii) induz os talentos a se corromperem, posto que se afigura mais lucrativa que o trabalho produtivo; (iii) diminui as entradas de receitas públicas, como nos casos, por exemplo, de suborno de agentes de fiscalização ou de concessão de incentivos fiscais irregulares; (iv) diminui despesas públicas, vez que o administrador se apropria de parcela das verbas públicas quando da realização de determinado gasto, dando vazão ao fenômeno denominado, pelos economistas, de *rent seeking*²⁴; (v) distorce a lógica das despesas públicas, que passam a se basear em escolhas que privilegiam o interesse privado do administrador público em detrimento do interesse público.

Percebe-se, portanto, que as consequências da corrupção, ademais de inúmeras, são perversas e atingem, de forma mais acentuada, a parcela populacional de baixa renda, uma vez que dependem mais fortemente dos investimentos públicos. Isto posto, na medida em que a corrupção resulta, geralmente, numa diminuição do montante de verbas públicas (seja pela diminuição da arrecadação, seja pela apropriação indébita por parte dos administradores públicos) ou na sua gestão ineficiente, as despesas públicas serão, ou mais reduzidas, ou não serão direcionadas aos verdadeiros interesses públicos, prejudicando, em última análise, aqueles que mais dependem desta sorte de investimentos.

Trazendo a discussão para a realidade do Brasil, percebe-se tratar-se de um problema verificado durante todo o perpassar histórico brasileiro, e que ainda não abandonou a prática política deste país. Ela se encontra em todos os graus hierárquicos da administração pública, verificando-se tanto na prática do guarda de trânsito que recebe suborno para não multar o condutor que cometeu um ilícito de trânsito, quanto no alto escalão do Congresso Nacional, quando parlamentares receberam propinas em troca de apoio político, em episódio que ficou conhecido como o “mensalão”. Tomando este pano

²⁴ Segundo Paolo Mauro (1997), o *rent seeking* se caracteriza como o valor adicional pago para alguém de forma que tal valor se encontre acima do que deveria ser pago quando da opção pela melhor alternativa.

de fundo, Marcos Fernandes da Silva (1999, p. 30) chega a afirmar que “*brazilians ignore or tolerate corruption or just accept it as a cultural feature of the homus brasiliens*”²⁵.

Em recente *ranking* divulgado pela Organização Não-Governamental (ONG) Transparência Internacional (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2012), que mediu o nível de corrupção no setor público de diversos países no ano de 2011, o Brasil figurou na 73ª posição de um universo de 183 Estados avaliados. O país obteve a nota 3,8 de uma escala de 0 a 10 (quanto mais perto da nota 10, menor é a sensação de que o país é corrupto).

Segundo reportagem de Otávio Cabral e Laura Diniz (2011, p. 76-82), veiculada na revista *Veja*, em 26 de outubro de 2011, a corrupção no Brasil consome, anualmente, uma média de R\$ 7,2 bilhões. Em outros termos, fala-se em um desvio de aproximadamente R\$ 720 bilhões dos cofres públicos nos últimos dez anos, dinheiro com o qual seria possível: (i) formar 312.000 médicos em universidades privadas (atualmente formam-se 16.000 por ano); (ii) custear 17 milhões de sessões de quimioterapia para tratamento de câncer; (iii) construir 33.000 unidades de pronto atendimento; dentre outros.

De antemão é possível perceber os efeitos deletérios que os desvios de verbas públicas causam quando se fala em efetivação do direito à saúde. Dinheiro que poderia estar sendo despendido em investimentos na saúde pública não está alcançando este objetivo em razão da corrupção desmedida vivenciada no Brasil.

A situação fica ainda mais dramática quando se verifica que o ministério campeão de irregularidades é justamente o da Saúde. De acordo com auditorias da Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministério da Saúde foi responsável pelo desvio de R\$ 2,2 bilhões de reais, que deveriam estar sendo revertidos para o melhoramento da saúde pública (CABRAL; DINIZ, 2011, p. 77-80).

A corrupção atrapalha o desenvolvimento da saúde pública, não somente na sua modalidade “desvio de verbas públicas”, mas também quando da cooptação do poder público, por determinados agentes, no sentido de direcionar as políticas que serão realizadas, e que, muitas vezes não são as mais apropriadas para a sociedade, senão para aquele que exerce a pressão mediante o pagamento de suborno ou tráfico de influência (e, obviamente, ao político que cede à “pressão”).

²⁵ “Os brasileiros ignoram, toleram ou simplesmente aceitam a corrupção como um atributo cultural do *homus brasiliens*” (SILVA, 1999, p. 30, tradução nossa).

Como exemplo, cita-se o caso denunciado pela jornalista Claudia Colucci (2010), do jornal Folha de São Paulo, que envolve uma pesquisa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) financiada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS), na qual se entrevistou mais de 700 médicos, gestores e responsáveis pelas farmácias do SUS de 15 capitais brasileiras.

De acordo com o periódico, a pesquisa da ANVISA concluiu que tanto os gestores de saúde quanto os médicos das unidades básicas de saúde do SUS são assediados²⁶ e, conseqüentemente, influenciados pelas indústrias farmacêuticas quando da tomada de decisão pelos medicamentos que serão adquiridos, optando por estes em detrimento aos medicamentos genéricos. As farmacêuticas, visando cooptar a decisão dos agentes públicos, distribuem cortesias (inscrições em congresso, passagens, hospedagens em hotéis) e brindes que divulgam nome do medicamento em visitas, práticas que contrariam as normas brasileiras.

A corrupção é um fenômeno deletério. Quanto a isso não restam dúvidas. Entretanto, há quem entenda que vícios privados podem conduzir a benefícios públicos. Eduardo Giannetti (2007, p.138-159) expõe tal tese ao analisar a obra de Bernard de Mandeville (1924) que chegou a defender a prostituição em nome da castidade sexual e a ausência de educação pública como meio de o povo alcançar a felicidade, na medida em que a ignorância serviria como ópio aos menos favorecidos, impedindo-os de formar opiniões críticas.

Trazendo esta noção para a realidade atual, poder-se-ia dizer que a corrupção conduz ao desenvolvimento social (OLIVEIRA, 2008, p. 245). Isto porque as eventuais vantagens percebidas pelos administradores públicos corruptos serviriam como um estímulo aos mesmos para a realização de obras públicas que venham a trazer melhorias à vida da população.

Este argumento será deixado de lado por fugir aos lindes de uma pesquisa que se pretenda jurídica. Dentro da linha de raciocínio aqui esposada, a corrupção é uma mal que dificulta a implementação do direito à saúde, seja por reduzir a quantidade do gasto na área, seja por direcionar gastos a determinadas finalidades que nem sempre são as mais efetivas.

No mais, não se pode, em termos jurídicos, e à luz da Constituição Federal, admitir-se a corrupção como fator positivo para o desenvolvimento social, eis que a administração

²⁶ 75% admitem receber visitas de representantes da indústria farmacêutica.

pública, ademais de pautar-se no princípio da moralidade, age conforme a lei em busca dos objetivos constitucionais, pelo que, admitir-se práticas corruptas seria o mesmo que permitir ao administrador público agir em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Ante o exposto, observa-se que a solução para a saúde pública no Brasil, antes mesmo de se falar na criação de novos tributos para o seu financiamento, esbarra na gestão eficiente dos recursos públicos e no gasto qualitativo.

Enquanto a corrupção na administração pública se fizer presente de maneira tão extensiva, de nada adiantará aumentar as fontes de financiamento da saúde pública, que continuarão servindo, apenas e tão somente, para engordar as contas de corruptos.

Retomando a metáfora utilizada no latim para a palavra corrupção: o administrador público corrupto encarna a figura do fruto apodrecido, que espalha a podridão para aqueles que o cercam. Em outras palavras, este “fruto apodrecido” impede que sejam efetivadas melhorias na saúde pública, e, conseqüentemente, que a população tenha acesso ao seu direito constitucionalmente assegurado à saúde.

3.6 O CONTINGENCIAMENTO DE VERBAS DA SAÚDE PÚBLICA

É cediço que o orçamento público representa um documento de programação econômica, política e financeira, instrumentalizado mediante lei orçamentária e que veicula, em uma ponta, estimativas de receitas, fixando, noutra, as despesas, com vistas a atender às necessidades públicas que conduzirão ao atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados nos incisos do artigo 3º da Constituição Federal.

Da afirmativa supra deduz-se que a lei orçamentária, no que tange à arrecadação das receitas públicas, depende da conjuntura econômico-social experimentada durante o lapso temporal que compõe seu período anual de vigência (exercício financeiro).

Natural que assim o seja, uma vez que a lei orçamentária é elaborada no exercício financeiro anterior ao de sua entrada em vigência, pelo que resta impossível o prognóstico exato do cenário econômico-social com o qual se deparará. É por tal razão que se fala em *estimativas* de receitas, mas não em *fixação* dessas.

É provável que a percepção das receitas públicas estimadas na lei orçamentária não se verifique pela mais distinta gama de motivos, ficando aquém do montante orçado. A

realidade econômico-social é pródiga em variáveis que estancam a arrecadação prevista no orçamento público. Assim é que, eventuais recessões econômicas, catástrofes naturais, políticas de incentivos fiscais, dentre outras, podem conduzir a um quadro de retração da arrecadação pública inicialmente concebida, acarretando em um desequilíbrio financeiro-orçamentário.

Tomando em consideração o atual estágio de globalização econômica, em cujo capital já não mais apresenta nacionalidade definida e a interdependência entre os países se torna cada vez mais latente, o bom equacionamento das contas públicas é tomado como um pré-requisito para que um Estado ganhe credibilidade entre seus pares, bem como com os organismos internacionais (ASSIS, 2012, p. 192).

Intenta-se, nesta contextura, a criação de um “ambiente propício a atuação do capital financeiro, eliminando restrições locais, quer sob o ponto de vista institucional, quer em relação ao sistema legal” (ROCHA, 2010, p. 226). Trata-se de condição fundamental para o alcance de investimentos estrangeiros e de empréstimos.

Neste contexto, entra em cena o princípio do equilíbrio orçamentário, segundo o qual as contas públicas devem apresentar equivalência no que diz respeito às entradas e gastos públicos. Evita-se, em princípio, a presença de déficit ou superávit orçamentário²⁷.

À luz desse caldo de cultura, o Brasil, no final da década de 90 e início dos anos 2000, sofreu pressão do Fundo Monetário Internacional (FMI) com vistas a implantar legislação que fixasse uma gestão orçamentário-fiscal mais responsável e transparente, mediante a criação de mecanismos de responsabilização dos gestores da coisa pública, tendo em vista, no limite, a redefinição cultural da atividade pública no Brasil (OLIVEIRA, 2008, p. 399).

Surge, portanto, a Lei Complementar n°. 101/2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que, baseada no *Fiscal Responsibility Act* neozelandês,

²⁷ Não se ignora, entretanto, que a política de austeridade fiscal e equilíbrio orçamentário não é a única aplicável dentro do paradigma capitalista. Há a possibilidade de utilização de políticas anticíclicas, correspondentes ao modelo keynesiano, com vistas à superação de eventuais crises econômicas. À luz deste paradigma, prega-se, em tempos de recessões econômicas, uma maior intervenção estatal, com o escopo de minorar seus efeitos. O Estado age na economia para equilibrar o mercado em períodos de crise, realizando investimentos que gerem efeitos multiplicadores de renda na economia. Enfim, defende-se uma política fiscal pautada em aumentos de gastos públicos, sem o correspondente aumento da carga tributária, visando manter o nível de investimentos e consumo no setor privado (ROCHA, 2010, p. 227-229). Tal política, a despeito de gerar um déficit no exercício financeiro em que praticada, afigura-se de fundamental importância para a retomada do processo de desenvolvimento econômico. Enfim, neste cenário, o gasto público, ainda que em situações de desequilíbrio orçamentário, não é um mal de per si, senão um imperativo de política econômica com vistas à recuperação econômica em tempos de crise.

teve o condão de introduzir instrumental realizador do equilíbrio orçamentário mediante a regulamentação dos artigos 163 e 169 da Constituição Federal.

A exposição de motivos do documento já firmava tratar-se de medida voltada à estabilização fiscal, tendo como objetivo a “drástica e veloz redução do déficit público, além da estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia”.

Dentre as medidas de austeridade orçamentária, visando o equilíbrio das contas públicas, mediante o equacionamento das receitas com as despesas, encontra-se o contingenciamento.

É medida de controle que o próprio Poder Executivo exerce sobre a política de planejamento (programação financeira e orçamentária) que realiza no início de cada exercício financeiro, visando reestabelecer o equilíbrio antes que eventuais distorções no mesmo acarrete prejuízo à administração pública. Em suma, o contingenciamento caracteriza-se pela restrição à liberação de recursos com fulcro em questões de política fiscal (ASSIS, 2012, p. 229) e até a quantia exigida para que se reestabeleça o equilíbrio orçamentário, cumprindo-se a meta de superávit primário.

De acordo com o artigo 9º da LRF, o Poder Executivo deverá analisar, ao final de cada bimestre, o cumprimento das metas estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o período em questão. Uma vez verificado que a realização da receita não comportará o cumprimento das referidas metas, cada um dos Poderes da República, bem como o Ministério Público, deverá promover, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequente, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela própria LDO.

No caso de reestabelecimento da receita inicialmente prevista, ainda que parcialmente, as dotações que se sujeitaram ao contingenciamento deverão ser recompostas de maneira proporcional às reduções efetivadas (artigo 9º, parágrafo 1º, da LRF).

Vale ressaltar que não são todas as despesas que podem ser objeto desta sorte de restrição. A Lei Complementar nº. 101/2011, em seu artigo 9º, parágrafo 2º, exclui a possibilidade de se limitar três ordens de despesas, as quais: (i) despesas que configuram obrigações constitucionais e legais do ente; (ii) despesas destinadas ao pagamento do serviço da dívida; e (iii) despesas ressalvadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Percebe-se claramente que as dotações destinadas ao implemento dos direitos fundamentais são deixadas “desprotegidas”, admitindo-se a possibilidade de virem a ser objetos de contingenciamento. No que tange ao resguardo dos gastos com tais direitos, a

Lei de Responsabilidade Fiscal salvaguarda apenas aquelas despesas que o próprio ordenamento jurídico prescreve serem de caráter obrigatório, o que configura cláusula despcienda, haja vista tratar-se de determinação constitucional.

Por outro lado, as despesas atinentes ao pagamento do serviço da dívida restaram blindadas pela Lei Complementar n°. 101/2001, em clara sujeição brasileira à pressão e ao controle internacional.

Nestes termos, admite-se que restrições orçamentárias recaiam sobre verbas destinadas à saúde pública, desde que não firam o montante mínimo, constitucionalmente assegurado, de despesas nesta área, mas não se admite, entretanto, o contingenciamento dos recursos destinados à satisfação dos serviços da dívida brasileira.

Vislumbra-se uma evidente inversão valorativa, pelo que: deixa-se a implementação de políticas públicas voltadas à efetivação da saúde pública à mercê da discricionariedade do Poder Executivo, que poderá, mediante decreto, reter recursos destinados a este mister; mas o impede de fazer o mesmo no que tange à cortes no pagamento do serviço da dívida. Faz-se tábula rasa dos objetivos, prescritos nos incisos do artigo 3° da CF, e que devem ser perseguidos pela administração pública.

Não se está maldizendo a necessidade de, em determinadas situações, realizar-se o contingenciamento. É salutar, sim, o equilíbrio das contas públicas. Defende-se, em verdade, que este seja feito com mais critérios²⁸, com maior controle e com os olhos voltados ao artigo 3° da Constituição Federal. Inadmite-se, portanto, à luz dos objetivos constitucionais, a blindagem das despesas relativas ao serviço da dívida em detrimento daquelas atinentes à efetivação dos direitos fundamentais.

²⁸ Em 2011, por exemplo, a lei orçamentária aprovada no Poder Legislativo previu receitas de R\$ 990, 5 bilhões. O Poder Executivo, entretanto fez sua previsão para baixo, e estimou que suas receitas seriam da ordem de R\$ 971,4 bilhões, pelo que contingenciou a diferença. Entretanto, a quatro meses do término daquele ano, o volume de receita já havia atingido o montante de R\$ 997,4 bilhões (ALMEIDA; MANOEL; REBOUÇAS, 2012), demonstrando o segundo “equivoco” de previsão/planejamento do Poder Executivo.

3.6.1 O Contingenciamento realizado pela União Federal no exercício financeiro de 2012 e seus impactos no financiamento da saúde pública: a inconstitucionalidade do Decreto n°.7.680/2012

A retenção dos gastos vem demonstrando uma crescente nos últimos anos. Em 2010, o valor bloqueado foi da monta de R\$ 21,8 bilhões. No ano seguinte, o Poder Executivo contingenciou R\$ 50,1 bilhões. Já no exercício financeiro de 2012, o Decreto n°. 7.680, de 17 de fevereiro de 2012, determinou a redução das despesas em R\$ 55 bilhões (BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012).

Mais curioso é o fato de que o Decreto de Contingenciamento do ano de 2012 reteve, aproximadamente, R\$ 5,4 bilhões dos gastos primariamente destinados ao financiamento da saúde pública. Trata-se de uma alta quantia, que representa, cerca, 10% de todo o valor bloqueado. De posse deste dado, é possível constatar que a saúde pública foi preterida em relação a outras frentes de atuação, em claro descaso aos objetivos da República Federativa do Brasil, constitucionalmente estabelecidos no artigo 3°.

Como se não bastasse o pouco caso à prescrição do artigo 3° da Carta Constitucional, o Decreto n°. 7.680/2012, ao reter verbas destinadas à saúde, violou a garantia constitucional das despesas mínimas obrigatórias com saúde.

Há, porém, nesse cenário, uma questão de direito intertemporal acerca da legislação aplicável para fins de cálculo das despesas mínimas obrigatórias da saúde no exercício financeiro de 2012, que deve ser analisada preliminarmente.

Isso porque a Lei Complementar n°. 141/2012, a despeito de regular, no seu artigo 5°, o *quantum* mínimo que deve ser despendido pela União Federal em 2012, somente entrou em vigor em 13 de janeiro de 2012, quando o orçamento público para o ano de 2012 já havia sido aprovado.

Sendo assim, entende-se que o artigo 5°, da Lei Complementar 141/2012, somente será aplicável para o exercício financeiro de 2013²⁹, devendo-se utilizar, para fins de cálculo do “orçamento mínimo da saúde” válido para o exercício financeiro de 2012, o artigo 77, inciso I, alínea *b*, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

²⁹ Vale ressaltar que tal entendimento não se aplica aos dispositivos que regulam o que são gastos com saúde. Não há qualquer empecilho jurídico para que estes sejam aplicáveis de imediato.

Nesta toada, as despesas mínimas obrigatórias com saúde no exercício financeiro de 2012 deverão perfazer o montante correspondente ao valor liquidado (apurado) no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação do PIB ocorrido no ano anterior ao da lei orçamentária anual, conforme prescrição do supracitado artigo dos ADCT.

Assim, o orçamento mínimo da saúde para o ano de 2012 deveria prever gastos que perfizessem, no mínimo, o montante de R\$ 72.778.575.922,95. Trata-se do resultado da operação do valor liquidado para gastos com saúde pública no exercício financeiro de 2011 (R\$ 70.865.215.114,85³⁰) acrescido da variação do PIB ocorrida no ano em questão, de 2,7%³¹, perfazendo o valor de R\$ 1.913.360.808,10.

Isto posto, e levando em consideração que o contingenciamento das verbas destinadas a gastos com saúde pública no ano de 2012 reduziu a receita destinada a este setor do montante de R\$ 77.582.286.749 para R\$ 72.109.729.019³², não há outra conclusão a se chegar senão a de que o Decreto de Contingenciamento viola a garantia constitucional do orçamento mínimo da saúde, pelo que não observa os gastos mínimos a serem realizados pela União Federal no exercício financeiro de 2012.

Trata-se, portanto, de instrumento normativo maculado pelo vício de inconstitucionalidade, e que, portanto, deve ser expurgado do ordenamento jurídico brasileiro.

³⁰ Informação retirada do site <http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorProgGoverno.jsf>. Último acesso em 20 de março de 2012.

³¹ Dado retirado do site [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2093&id_pagina=1&titulo=Em-2011,-PIB-cresce-2,7%-e-totaliza-R\\$-4,143-trilhoes](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2093&id_pagina=1&titulo=Em-2011,-PIB-cresce-2,7%-e-totaliza-R$-4,143-trilhoes). Último acesso em 20 de março de 2012.

³² Conforme se depreende do anexo I do Decreto n°. 7.680/2012.

4 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais vêm ganhando cada vez mais importância em discussões no âmbito jurídico. Nessa esteira, os debates acerca do alcance e dos mecanismos jurídicos de efetivação do direito à saúde concentram parte relevante da agenda dos estudiosos dos direitos fundamentais.

Poucas, porém, são as análises que atentam para a afirmativa de que todo e qualquer direito fundamental, para que se veja implantado/implementado, requer que o Estado incorra em gastos públicos (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 48). Em outras palavras, quer-se dizer que “os direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005) pelo que incumbe ao Estado arrecadar, por meio da exigência de tributos (dentre outras fontes de receita), para fazer frente aos gastos que deem vazão aos direitos fundamentais.

Essa situação se verifica com muito mais força no tocante ao direito à saúde, eis que tal direito fundamental requer vultosos dispêndios estatais para que atinja um grau satisfatório de efetividade.

É impróprio, senão impossível, tratar com seriedade sobre temas ligados à efetivação do direito à saúde como: (i) o fornecimento de medicamentos; (ii) a realização de tratamentos preventivos, terapêuticos ou curativos; (iii) a execução de intervenções cirúrgicas reparativas; (iv) a disponibilização de leitos para internações de enfermos; dentre outros, sem analisar os custos que tais atividades exigem ao Erário.

As pesquisas jurídicas atinentes ao alcance e aos mecanismos jurídicos de efetivação do direito à saúde não podem ignorar conceitos como o da “escassez de recursos”, o da “reserva do possível” e o das “escolhas trágicas”. Assim, em um cenário orçamentário de recursos escassos e necessidades sociais infinitas, resta óbvia a assertiva de que o alcance do direito à saúde será limitado pela reserva do possível, pelo que o Estado deverá incorrer, inexoravelmente, em escolhas trágicas quando da alocação dos recursos.

Esta é a premissa que permeou a pesquisa que ora se conclui: para se falar no alcance e efetivação do direito à saúde, deve-se adentrar a fundo em questões afeitas à tributação e ao orçamento público.

No que diz respeito à tributação, cumpriu-se analisar sua faceta: (i) fiscal, caracterizada pelos mecanismos jurídico-tributários por meio dos quais a sociedade

brasileira financia a saúde pública; e (ii) extrafiscal, qualificada pelo uso de instrumentos jurídico-tributários que, ao sobreonerar ou desonerar pessoas e/ou situações, conduzem a sociedade no sentido de dar mais efetividade ao direito à saúde.

Já no tocante ao orçamento público, perquiriu-se acerca dos mecanismos financeiro-orçamentários que: (i) vinculam parcela da arrecadação pública aos gastos com saúde; e (ii) obrigam o poder público a incorrer em gastos mínimos nessa rubrica, perfazendo o que se denominou de “orçamento mínimo da saúde”.

O estudo em questão, portanto, utilizou-se de um corte transversal na realidade jurídica, perpassando por considerações interdisciplinares, na medida em que lidou com aspectos do direito tributário, do direito financeiro e dos direitos fundamentais.

Portanto, optou-se pelo exame da sistemática de financiamento da saúde pública no Brasil, a partir de análises dos mecanismos tributários e financeiros que corroboram como instrumentos permissivos da efetivação deste direito fundamental.

É a sociedade brasileira que, mediante o pagamento de tributos, custeia as ações e serviços públicos de saúde. A receita tributária configura a mais importante fonte de custeio do Sistema Único de Saúde brasileiro.

Esta observação, aliás, reforça a assertiva de que o Estado arrecada para fazer frente aos gastos públicos nos quais deve incorrer. Portanto, o intérprete do direito não poderá jamais perder de vista o fato de que a cobrança de tributos, como importante ferramenta arrecadatória à disposição do Estado, não pode ser estudada de forma isolada do contexto da atividade financeira¹ pública, senão como um meio para suprir o Estado dos recursos necessário para que, em realizando despesas², dê vazão às necessidades públicas³.

Isso posto, insta ressaltar a existência de tributos cuja receita encontra-se vinculada ao gasto em finalidades sociais, como, por exemplo, as contribuições sociais para a seguridade social. O pagamento destes tributos dão ensejo às receitas que configuram o denominado “orçamento da seguridade social”.

¹ José Maurício Conti (2001, p. 3) define o conceito de atividade financeira do Estado como “o conjunto das atividades relacionadas à arrecadação, gerência e dispêndio de recursos públicos”, visando atender ao “conjunto de atividades atribuídas ao Estado pela sociedade, que podemos denominar de necessidades públicas”. Para um estudo aprofundado acerca da definição do conceito de atividade financeira do Estado, vide, Carlos M. Giuliani Fonrouge (1997, p. 3-28) e José Souto Maior Borges (1998, p. 9-90).

² Partilhando desta mesma premissa, Estevão Horvath (2009, p. 140) adverte que “não há, pois, como dissociar a receita da despesa. Esta existe para que o Estado atue; aquela para levar recursos aptos a propiciar as despesas”.

³ Aqui tomadas como decisões políticas, inseridas no universo jurídico por meio de documentos legislativos. Diferem-se, sobremaneira, das necessidades individuais e das necessidades coletivas. Sobre o tema, vide (HORVATH; OLIVEIRA, 1997, p. 13-16).

A administração pública somente poderá utilizar as receitas oriundas destas espécies tributárias para fazer frente às despesas que configurem gastos com a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social). Não está obrigada, por outro lado, a gastar no exercício financeiro em que arrecadou, mas quando vier a gastar o fará na rubrica em questão.

O “orçamento da seguridade social” perfaz relevante fonte de receita do Sistema Único de Saúde. Há tributos cuja arrecadação pode ser vinculada integralmente aos gastos com saúde pública, como no caso da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Há, ainda, os inúmeros impostos que são pagos e que também são utilizados para custear, de forma indireta, a saúde pública. Como regra, não devem ter o produto de sua arrecadação vinculada a qualquer gasto. A Constituição Federal, em seu artigo 167, inciso IV, porém, excepcionou, dentre outros, o caso dos gastos com saúde pública, quando então, parcela da arrecadação dos impostos será vinculada às despesas com tal direito fundamental.

Nestes termos, partindo da análise conjunta dos artigos 167, inciso IV, e 198, parágrafo 2º, da Constituição Federal, falou-se na existência de um “orçamento mínimo da saúde”. Trata-se de uma parcela mínima da arrecadação de cada ente federativo que deverá, necessariamente, ser gasta, em cada exercício financeiro, com fito a implantar/implementar o direito à saúde (em tudo observadas as disposições da Lei Complementar nº. 141/2012, que prescreve o que pode ser considerado como gasto com saúde).

É um mínimo que deve ser gasto com a saúde pública, podendo a lei orçamentária anual fixar gastos além dos minimamente estipulados, mas jamais aquém.

Franqueia-se aos órgãos competentes, a possibilidade de realizarem o controle que lhes caiba para verificar se tal prescrição foi atendida. Caso inobservado o “orçamento mínimo da saúde”, cabe, inclusive, inúmeras sanções jurídicas pelo seu descumprimento.

Ademais, na medida em que se adotou a premissa de que a efetivação dos direitos fundamentais pressupõe gastos públicos e, portanto, receita que lhes faça frente, o “orçamento mínimo da saúde”, como instrumento imprescindível para a efetivação do direito à saúde, perfaz verdadeira garantia fundamental. Trata-se de genuína cláusula pétrea, pelo que não poderá jamais ser suprimida do texto constitucional.

Ressaltou-se, que além do viés fiscal (no sentido de carrear recursos ao Erário), todos os tributos apresentam uma faceta extrafiscal, na medida em que se propõem a

atingir objetivos diversos (além do arrecadatório), como, por exemplo: (i) a redistribuição da renda, buscando reduzir as desigualdades sociais, ao se retirar mais de uns e aplicar mais em favor de outros; (ii) a determinação da forma como se dará a divisão dos recursos a serem utilizados no setor público e no setor privado; (iii) a indução de comportamentos sociais, seja para incentivá-los (mediante uma tributação baixa ou inexistente), seja para reprimi-los (por intermédio de uma incidência tributária mais pesada)⁴; dentre outros.

Atendo-se ao contexto da saúde pública no Brasil, defendeu-se que não é apenas incorrendo em despesas públicas que o Estado consegue imprimir uma intervenção em tal setor social. É possível (e salutar que assim o seja) que o Estado utilize a própria imposição tributária como instrumento de promoção e de busca pela efetivação da saúde pública.

Majora-se, portanto, a incidência tributária sobre atividades indesejadas posto que danosas à saúde pública e/ou minora-se, quando se tratar de práticas desejadas e que deem vazão a tal direito fundamental.

O *link* existente entre o “tributo” e a “saúde pública”, deste modo, não deve se restringir apenas à perspectiva daquele como fonte de financiamento desta, configurando uma ótica na qual apenas mediante gastos públicos o Estado promove a saúde pública.

Deve-se ir além, atentando para a realidade na qual o tributo figura como instrumento (independentemente da realização de despesas) de promoção da saúde pública, uma vez que a sua mera cobrança (ou não-cobrança) já é capaz de induzir comportamentos no sentido de fomentar a mesma, seja mediante incentivos fiscais (quando se pretende estimular uma prática), seja por intermédio de uma tributação mais onerosa (quando se pretende inibir uma conduta).

Como exemplos da utilização da faceta extrafiscal dos tributos como forma de efetivar o direito à saúde, elencou-se: (i) a majoração das alíquotas do IPI incidente sobre a comercialização de cigarros, visando inibir o consumo massivo de tal produto, extremamente prejudicial à saúde pública; (ii) a existência de imunidades tributárias vinculadas às entidades de assistência social sem fins lucrativos que promovam o direito à saúde; (iii) a isenção de ICMS incidente sobre os medicamentos quimioterápicos e aqueles para o tratamento da AIDS; dentre outros.

Salientou-se, outrossim, a importância cabal da qual se reveste o Fundo Nacional de Saúde e as “Transferências Fundo a Fundo”, seja na gestão financeira dos recursos do

⁴ Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (1984, p. 380-381) se refere à “utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade”.

SUS, seja na busca pela redução das desigualdades regionais no que toca à qualidade na prestação das ações e serviços públicos de saúde.

Falou-se, ademais, em certos gargalos verificados atualmente na realidade brasileira, e que rompem com a lógica do sistema de financiamento da saúde pública.

São exemplos: (i) a judicialização intensiva de questões afeita ao direito à saúde, que acabam por gerar iniquidade da distribuição dos recursos públicos destinados ao Sistema Único de Saúde; (ii) os reiterados contingenciamentos realizados pelo Poder Executivo, que conduz a cortes orçamentários em gastos que seriam destinados, primariamente, aos gastos com a saúde pública; (iii) a crescente concessão de incentivos fiscais incidentes sobre impostos, o que reduz o “orçamento mínimo da saúde”; (iv) o alto índice de corrupção no Brasil, que conduz a desperdícios da receita pública que poderia estar sendo alocada em gastos com saúde pública; além (v) da liberdade na alocação de recursos públicos sobre a moldura de “gastos com saúde pública”, o que permite que parcela da receita pública seja direcionada para rubricas que, muitas vezes, não configuram, efetivamente, gastos com o direito à saúde.

Ante o todo exposto, conclui-se que a concretização de ações e serviços públicos de saúde que visem dar vazão ao direito à saúde exigem a realização de vultosas despesas públicas, que são majoritariamente custeadas pelas receitas tributárias. É, portanto, a sociedade brasileira que financia a saúde pública mediante o pagamento de tributos.

Contudo, a atividade tributária do Estado encontra limites normativos prescritos no próprio ordenamento jurídico brasileiro. Em outros termos, com fulcro nos direitos à propriedade privada e à liberdade⁵, não se admite que o ente público busque receitas tributárias, no seio privado, de forma irrestrita e expropriatória.

Assim, se a efetivação de ações e serviços públicos de saúde requer a realização de gastos públicos custeados pelo resultado da atividade tributária do Estado, que por sua vez encontra limites constitucionais, deduz-se que o direito à saúde, como direito fundamental que é, encontra limitações de ordem jurídico-financeira, não podendo ser tomado como um direito fundamental absoluto.

Ademais, a efetivação da saúde pública encontra baliza em questões orçamentárias, uma vez que a realização de despesas exige previsão em lei orçamentária. Assim, o poder público está juridicamente obrigado a realizar apenas as despesas com ações e serviços

⁵ Cujos corolários, no Brasil, são os princípios do não-confisco tributário, da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

públicos de saúde cujo custeio encontre lastro na lei orçamentária anual, que, por sua vez, deve atentar para o “orçamento mínimo da saúde”, sem prejuízo da opção por direcionar, para gastos com saúde pública, quantia que supere-o quando não for suficiente para arcar com as despesas atinentes às ações e serviços públicos de saúde constantes da lista do SUS.

Em suma, a lei orçamentária anual deve destinar à saúde pública montante suficiente para fazer frente ao custo das ações e serviços públicos de saúde garantidos em diplomas legislativos que conformam a lista do SUS, ainda que ultrapassem “o orçamento mínimo da saúde”.

De certa maneira, o grau de efetivação que se dará ao direito à saúde ficará a mercê de políticas públicas acertadas. Em termos jurídicos, os cidadão e os órgãos de controle podem (e devem) exigir que as despesas mínimas obrigatórias sejam realizadas, e que as ações e serviços públicos de saúde garantidas na lista do SUS sejam concretizadas e postas à disposição de todos, mesmo que seu custo ultrapasse a previsão orçamentária inicial para gastos com saúde pública.

Contudo, não se pode impor ao poder público a obrigação de incorrer em gastos com saúde não previstos na lista do SUS, com base única e exclusivamente num suposto direito absoluto à saúde, eivado de interpretação equivocada do artigo 196 da Constituição Federal.

Este entendimento errôneo de que o Estado deve garantir o direito à saúde a qualquer custo, parte de interpretação que se restringe à cláusula inicial do artigo 196, da Constituição Federal, que prescreve ser, a saúde, *direito de todos e dever do Estado*.

Tal entendimento cria um panorama que conduz os cidadãos a uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário com vistas a garantir o *seu* direito absoluto à saúde, seguindo a lógica do “quem chegar antes leva”. Assim, os recursos públicos que deveriam ser utilizados para ações e serviços públicos de saúde que atendessem a todos, são desviados para a realização de gastos que deem vazão, muitas vezes, a serviços públicos de saúde não previstos na lista do SUS, e que atendem à demanda individual em detrimento da demanda social, aumentando a iniquidade no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Olvidam-se, os defensores dessa construção interpretativa, que o referido artigo 196, da Constituição Federal, prossegue afirmando que o direito à saúde deve ser garantido mediante *políticas sociais e econômicas* que visem ao *acesso igualitário* das ações e serviços públicos de saúde.

O direito à saúde, portanto, é sim dever do Estado, mas que deve ser garantido a todos, indistintamente, de forma igualitária e mediante políticas sociais. Assim, e

reiterando que a efetivação da saúde pública exige custos, parece clara a impossibilidade de tomar tal direito como absoluto, sob pena de beneficiar uma minoria (por meio de políticas individuais) em detrimento da maioria (alcançada mediante políticas sociais), o que, no limite, rompe com o acesso igualitário à saúde pública.

Tomando-se um cenário de escasses de recursos, quais seriam então as ações e serviços públicos de saúde juridicamente exigíveis? A resposta encontra-se na interpretação concatenada do artigo 196 com o artigo 197, ambos da Constituição Federal. Assim, interpreta-se que ações e serviços públicos de saúde serão garantidas mediante políticas sociais, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação.

Percebe-se a existência de uma tomada de posição do constituinte, no sentido de atribuir ao Poder Legislativo a competência para determinar as ações e serviços públicos de saúde que deverão ser implantadas/implementadas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O Legislativo, por sua vez, deve levar em consideração a realidade orçamentária quando do exercício de sua competência, posto que, uma vez inserida determinada ação ou serviço público de saúde na lista do SUS, gera-se um direito subjetivo ao cidadão.

Enfim, a partir da análise conjunta da tributação com o direito à saúde na realidade jurídica brasileira, clama-se por uma releitura dos princípios da igualdade, universalidade e integralidade do Sistema Único de Saúde. Não se pode mais admitir que sejam tomados como fundamento ao dever do Estado de garantir todo e qualquer serviço público de saúde, para todo e qualquer cidadão que o pleiteie. Não é esta a interpretação correta à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se, outrossim, ter em mente que cabe ao Poder Legislativo, com os olhos voltados à realidade financeiro-orçamentária, e a partir de políticas sociais bem pensadas, optar por determinadas ações e serviços públicos de saúde (escolha trágica) que integrem os três níveis operacionais de atenção à saúde (integralidade) e que garantam acesso a todo e qualquer cidadão (universalidade) de maneira indistinta (igualdade).

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2006.

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

ALMEIDA, Mansueto; MANOEL, Alexandre; REBOUÇAS, Helder. Os impasses do contingenciamento. **Jornal Valor Econômico**, 02 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=663311&t=1>>. Acesso em: 20 mar 2012.

ALVES, Ana Emília Cordelli. Taxas de polícia e de serviço, contribuição de melhoria e empréstimos compulsórios. In: BARRETO, Aires F.; BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de iniciação em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. Traduzido por G. Solana. Madrid: Taurus, 1998.

ARRUDA, Marcos; CALDEIRA, César. **Como surgiram as Constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para a Assistência Social e Educacional) – Educação Popular para a Constituinte, 1986.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público**: função de controle do orçamento. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ATRIA, Fernando ¿ Existen derechos sociales? **Alicante**: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, Instituto jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Ruy. **República**: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis, RJ: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARCELLOS, Ana Paulo de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: regime jurídico, destinação e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS FILHO, Theotônio Monteio. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1958.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2006.

BARROS, Luiz Celso de. **Ciência das finanças**: fundamentos de direito financeiro e tributário. 5. ed. Bauru, SP: Edipro, 1999.

BARROS, Sérgio Rezende. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de direito tributário**: teoria geral e constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENTES, Isaac Ramiro. **Natureza e função do orçamento público no estado democrático de direito**. 2004. 175 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

BEREJO, Alvaro Rodríguez. Introduccion. In: LABAND, Paul. **Derecho presupuestario**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales: Madrid, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de direito público**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

BRASIL. Decreto n. 7.680, de 17 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7680.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 12, de 15 de agosto de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc12.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 21, de 18 de março de 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc21.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 37, de 12 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc37.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Emenda constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19311.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.539, de 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19539.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 77, de 13 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp77.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Transparência pública. Disponível em: <<http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorProgGoverno.jsf>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103473>. Acesso em: 25 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271.286. Paciente com HIV/ AIDS - pessoa destituída de recursos financeiros... Rel.: Min. Celso de Melo, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRÍGIDO, Carolina. Plebiscito sobre desarmamento teria custo de R\$ 300 Milhões, estima Lewandowski. **O Globo**, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2011/04/13/plebiscito-sobre-desarmamento-teria-custo-de-300-milhoes-estima-lewandowski-924235747.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda e Derecho**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. v. 1.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y derecho**: estudios de derecho financiero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Lecciones de derecho financiero**. Madrid: Universidad Complutense, 1982.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURKHEAD, Jesse. **Orçamento público**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

CABRAL, Otávio; DINIZ, Laura. A vingança contra os corruptos. **Veja**, edição 2240, ano 44, n. 43, 26 de outubro de 2011.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMPOS, Fábio. O direito de espernear sem razão. **Jornal O Povo**, Coluna Política, 17 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/www/opovo/colunas/politica/894122.html>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **O sujeito ativo da obrigação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte. In: **Revista de Direito Tributário**, n. 138. São Paulo: Malheiros, 1979.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009b.

CASTELLANI, Fernando F. **Contribuições especiais e sua destinação**. São Paulo: Noeses, 2009.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, Curitiba, 2003.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COLUCCI, Claudia. Lobby da indústria afeta SUS, diz ANVISA. **Folha de São Paulo**, São Paulo, C6 Cotidiano, 12 de novembro de 2010.

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. E/C.12/2000/4, General Comment n. 14. Disponível em:
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.EN](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.EN)>. Acesso em: 15 abr. 2012

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP, 2006.

CONTI, José Maurício. Apresentação. In: CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal**. Baureira: Manole, 2004.

CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal e fundos de participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e reforma tributária: utopia ou realidade? In: SCHOEURI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CONTI, José Maurício. Orçamento Público: a Lei nº. 4.320/1964 comentada. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. Dialética: São Paulo, 1996.

CONTI, José Maurício. **Sistema constitucional tributário interpretado pelos tribunais**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Orçamento público: uma visão analítica. In: **Revista de Direito Tributário**, n. 109, São Paulo: Malheiros, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELFIM NETTO, Antonio. Melhor gestão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jun. 2011. Caderno Opinião, p. 2.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DEODATO, Alberto. **Manual de Ciência das Finanças**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Juliano. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal**. Baureira: Manole, 2004.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1983.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais. Conceitos básicos. In: **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, ano 5, n. 2, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONNELLY, Jack. **Universal Human rights in theory and practice**. Boulder: Westview Press, 1998.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

DUALIBI, Sérgio; LARANJEIRA, Ronaldo. Políticas públicas relacionadas às bebidas alcoólicas. **Revista Saúde Pública**, v. 41, n. 5, p. 839-848, 2007.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Bocard, 1924. v. 4.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones financieras**. Barcelona: Bosch, 1960.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLIOT, Kimberly Ann (Editor). **Corruption and the global economy**. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1997.

ESCOSTEGUY, Diego; PORTELA, Fábio. Constituição: 20 anos. **Veja**, São Paulo, n. 2081, 8 out. 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/081008/p_074.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2011.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. **La función del tributo en el estado social y democrático de derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

EUSTÁQUIO, Leandro; MONTEIRO, Igor de Matos. **Direito financeiro: Lei nº 4.320/64**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. In: **Carta Forense**, abr. 2011.

FANUCCHI, Fábio. **Curso de direito tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. **Cadernos Liberais**, n. 16. São Paulo, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: EDIFIEO, 2006.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS? **Folha de São Paulo**, 20 dez. de 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, jul./set. 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, out./dez. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito à saúde**: Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

FONROUGE, Carlo M. Giuliani. **Derecho financiero**. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. v. 1.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del estado social de derecho. In: EGIDO, José Puente (Org. e Trad.). **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos?** A ética na riqueza das nações. São Paulo: Editora Cia. das Letras, 2007.

GODÓI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODÓI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Conceito de tributo e fontes do direito tributário**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1975.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODÓI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de la ciencia de las finanzas**. Traducción por Dino Jarach. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça Fiscal e Mínimo Existencial. In: TÔRRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues. **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais e teoria processual da Constituição. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTR, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUIBOURG, Ricardo; CHIGLIANI, Alejandro M.; Guarinoni, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1998.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HAURIOU, Maurice. **Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.

HENRIQUES, Elcio Fiori. **Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrecht der bundesrepublik Deutschland**. 13. ed. Heidelberg, 1982.

HOBBS, Thomas. **O leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HORVATH, Estevão. Classificação dos tributos. In: BARRETO, Aires F.; BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de iniciação em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

HORVATH, Estevão. **O direito tributário no contexto da atividade financeira do Estado**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial de concurso ao cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário. São Paulo: USP, 2009.

HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Manual de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HUNTINGTON, Samuel P. **A ordem política nas sociedades em mudança**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário: uma introdução**. São Paulo: Atlas, 1979.

IMMERVOLL, Herwing et al. The impact of Brazil's tax-benefit system on inequality and poverty. **Ibero American Institute for Economic Research Discussion Paper**, v. 117, 2006. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/iza/iz-adps/dp2114.html>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

INGROSSO, Giovani. **Diritto finanziario**. Napoles: Jovene, 1956.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pof/2008_2009/defaulttabpdf.shtm>. Acesso em: 20 fev. 2012.

IVO, Gabriel. Direito tributário e orçamento público. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Dicionário de direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003.

JELLINEK, George. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1948.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LABAND, Paul. **Derecho presupuestario**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Curso de derecho financiero español**. 19. ed. Marcial Pons: Madrid, 1997.

LAZZARI, João Batista. **As fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde**. São Paulo: LTR, 2003.

LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social. In: BALERA, Wagner (Coord.). **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTR, 1992.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Jorge Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n° 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUÑO, Antonio Enrique Péres. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Péres. Las generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Madrid, n. 10, set./dez. 1991.

LUÑO, Antonio Enrique Péres. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

MACHADO JR., José Teixeira. Evolução histórica do orçamento. In: JAMESON, Samuel H. (org.). **Orçamento e administração financeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANDEVILLE, Bernard de. **The fable of the bees**. Oxford: F. B. Kaye Editors, 1924.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. In: BALLESTEROS, Jesús (ed.). **Derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1992.

MARTINS, Ives Gandra. **O sistema tributário na Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

MARTINS, Ives Gandra. Uma carga tributária irracional. **Folha de São Paulo**, 13 nov. 2007a.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional – Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAURO, Paolo. Why worry about corruption? **International Monetary Fund**. 1997. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues6/#Author>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

MEDAGLIA, Felipe; NUNES, Renato. A não-incidência de IOF sobre as operações de câmbio simbólico. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.179. São Paulo: Dialética, ago. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de direito público VIII: assuntos administrativos em geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010b.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4.

MOOJEN, Guilherme. **Orçamento público**: estudo teórico e prático dos orçamentos estaduais do Brasil e da América do Norte. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1959.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

MOUSSALLEM; Tárek Moyses. Classificação dos tributos: uma visão analítica. In: CARVALHO; Paulo de Barros (Org.). **Tributação e processo**. São Paulo: Noeses, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

NADALES, Antonio J. Porras. Derechos e intereses: problemas de tercera generacion. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 10, set./dez. 1991.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. **O mito da propriedade**. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NO BOM Dia Ministro, Padilha fala sobre combate ao tabagismo, remédios gratuitos contra doenças crônicas e recursos para Unidades Básicas de Saúde. Planalto.gov.br, 25 ago. 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/bom-dia-ministro/no-bom-dia-ministro-padilha-fala-sobre-combate-ao-tabagismo-remedios-gratuitos-contradoencas-cronicas-e-recursos-para-unidades-basicas-de-saude>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

NOONAN, John T. **Bribes**. Berkeley: University of California Press, 1987.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, Mozart de. O financiamento do Sistema Único de Saúde no Brasil. In: GOULART, Flávio A. de Andrade (Org.). **Os médicos e a saúde no Brasil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não-tributárias: taxas e preços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Regime constitucional do direito financeiro. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACIULLI, José. **Direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PÉREZ, Jesus González. **La ética em la administración pública**. 2. ed. Madri: Civitas, 2000.

PIOLA, Sérgio Francisco; RIBEIRO, José Aparecido; SERVO, Luciana Mendes. Financiamento e gasto das políticas sociais: o caso do Ministério da Saúde, 1995 a 2005. **Bahia Análise e Dados**, Salvador, v. 16, n. 2, p. 289-301, set. 2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/financ_gasto_polit_sociais.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIRA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PIZZORUSSO, Alessandro. Las “generaciones” de derechos. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 5, 2002.

PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3524&lay=pde>. Acesso em: 09 jun. 2010.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.p-hp>. Acesso em: 11 jun. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

QUINTANA, Segundo V. Liñares. **Tratado de la ciencia del derecho constitucional**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1956. t. 5.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

REALE, Miguel. **Direito natural/ direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2. ed. Campinas, SP: Russell, 2009.

RIZZATTO, Nunes. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento público e o implemento dos direitos fundamentais sociais: discussão acerca da vinculatividade e controle. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional: Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. In: VITORELLI, Edilson (Org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. **O princípio da capacidade contributiva no estado democrático de direito: dignidade, igualdade e progressividade na tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROSA JR., Luíz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RUBINSTEIN, Flávio. A repartição de competências tributárias no Brasil sob a ótica da teoria normativa do federalismo fiscal. In: VASCONCELLOS, Roberto França (Org.). **Política fiscal**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**: série doutrina tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2010b. v. 3.

RUBINSTEIN, Flávio. Da receita. In: CONTI, José Maurício. **Orçamentos público**: a Lei 4.320/64 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1., 1998, São Paulo: IBET, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. Direito tributário e financeiro. In: VASCONCELLOS, Roberto França (Org.). **Política fiscal**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 Anos da Constituição Cidadã de 1988**: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: BINENBO, J.M. Gustavo; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.) **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2008a.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional: Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Apresentação. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007a.

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007b.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda geração. In: MEZZAROBBA, Orides. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003a. v. 1.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições sociais e o princípio da afetação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 98, jan. 2003b.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Financiamento público para as políticas dos direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito e poder: nas instituições do público e do privado contemporâneo - estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. São Paulo: Manole, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: TÔRRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues. **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Será constitucional a majoração da CPMF (EC 31)? **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 69. 2001b.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. A efetividade do direito à saúde no Brasil: entre o orçamento, o financiamento e as decisões individuais. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional – Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s.d.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. Revista Época, 24 de março de 2012.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento**: Programa no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

SILVA, Marcos Fernandes da. The political economy of corruption in Brazil. **Revista de Administração de Empresas**, v. 39. São Paulo: FGV, set. 1999.

SILVA, Mauro Santos. Vinculações de receitas não-financeiras da União. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 8., 2003, Panamá: [s.n.], out. 2003. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047828.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2011

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Sebastião de Sant'anna. **Introdução ao estudo dos orçamentos públicos**. Belo Horizonte: Instituto de Ciências Econômicas, 1959.

SILVA, Sebastião de Sant'anna. Os princípios orçamentários. In: JAMESON, Samuel H. (Coord.). **Orçamento e administração financeira**. Rio de Janeiro: Edição do Serviço de Publicações da Fundação Getúlio Vargas, 1963. v. 7.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 7., 2007, Atenas, 2007. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. São Paulo: Momento Atual, 2003.

SOUZA, José Pedro Galvão de. **Capitalismo, socialismo e comunismo**. São Paulo: Instituto Cultural do Trabalho, 1965.

SOUZA, Rubens Gomes de. Natureza tributária da contribuição para o FGTS. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 17, 1971.

SOUZA, Hamilton Dias. Contribuições Especiais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOURM, René. **Le Budget**. 7. ed. Paris: Librairie Félix-Alcan, 1912.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TERRAZAS, Fernanda. **O poder judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais por medicamentos. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a Seguridade Social**: à luz da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. A compensação financeira devida na exploração de petróleo e recursos minerais e na geração de energia elétrica. **Revista de Direito Tributário**: Cadernos de Direito Tributário, São Paulo, v. 74, 1996.

TORRES, Heleno Taveira. Incentivos fiscais na Constituição e o “crédito-prêmio” de IPI. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 18, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: BINENBOJN, Gustavo (Org.). **Direitos Fundamentais**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 12, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODÓI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005c.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008a.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b. v. 5.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005a. v. 3.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b. v. 2.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em: <<http://www.transparency.org/>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório e parecer prévio sobre as contas do Governo da República: exercício 2010, [2011]. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html>. Acesso em: 23 mar. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Versão simplificada das contas do Governo da República: exercício 2009, [2010]. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/Ficha%203%20-%20Carga%20Tributaria.pdf>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio. In: LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário dos Direitos Humanos das Mulheres: a proteção internacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 23 mar. 2011.

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

TYPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Redução das desigualdades e melhoria da qualidade do sistema de saúde no Brasil**. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2009. Disponível em: <www.law.harvard.edu/faculty/unger/>. Acesso em: 22 jun. 2011.

VIANA, Arizio de. **Orçamento brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1950.

VIANNA, Andrea Jubé. Lula defende alta carga tributária no Brasil. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,lula-defende-alta-carga-tributaria-do-brasil,569944,0.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Fundamentos do direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A conta dos direitos sociais ainda não foi paga pelo governo FHC. **Em Tempo**: Revista da Faculdade de Direito de Marília, Marília, v. 3, ago. 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? **Revista de Estudos Avançados da USP**, São Paulo, v. 18, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

WANG, Daniel Wei Liang. Escasses de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers – Berkeley Program in Law and Economics**, UC Berkeley. 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

WEISS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WESTIN, Ricardo. Governadores usam R\$ 3,6 bi da saúde em outros gastos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 set. 2009.

WESTON, Burns H. Human rights. In: CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (Editors). **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

WILDAVSKY, Aaron; CAIDEN, Naomi. **The new politics of the budgetary process**. 4. ed. New York: Addison Wesley Longman, 2001.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 15 jun. 2011.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.