

**FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO E
SEGURIDADE SOCIAL**

**O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

**POR
RICARDO PIRES CALCIOLARI**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito da Seguridade Social.

Orientador: Professor Associado Doutor Marcus Orione Gonçalves Correia.

**SÃO PAULO
2008**

Assim, não pode o Administrador, ao seu alvedrio, encarar as leis orçamentárias como simples sugestões de gastos autorizados feitas ao léu. São muito mais do que isso. Alguns valores e princípios constitucionais só encontram efetividade a partir da atuação estatal, o que infere a necessidade de gastos programados, orientados por metas e efetivados por ações. A programática dirigente constitucional é efetivada pelo planejamento da atividade, que tem como principais atos jurídicos as leis orçamentárias.

Já afirmamos que o valor dignidade humana, legitimador axiológico do Estado contemporâneo, só existe quando faticamente possível a liberdade e, por isso, quando subjetivados os direitos sociais. Assim, considerando que a efetiva fruição de parcela dos direitos sociais depende de aportes estatais e que há exações específicas destinadas constitucionalmente para o seu financiamento e realização, não podemos entender as leis orçamentárias, que estabelecem o aporte dessas receitas a programas e ações com objetivos de intervenção na ordem social, como simples autorização, atos administrativos ou meras sugestões de planejamento. Afastar a característica impositiva das leis orçamentárias não é simplesmente afastar ou enfraquecer o princípio da legalidade (como afirmou Ricardo Lobo Torres embasando-se em Habermas em citação no início desse item), é enfraquecer os valores que embasam o próprio texto constitucional, lhe garantido legitimidade.

Ainda acerca da questão, dentre as três principais leis de planejamento e orçamentação, a LOA é a que apresenta maior detalhamento, pois afeta recursos a programas, agora esmiuçados em ações específicas. No que tange especificamente aos direitos sociais e a garantia por intermédio das leis orçamentárias, uma parte específica da LOA tem relevância: o orçamento da Seguridade Social.

3.5 O Orçamento da Seguridade Social

3.5.1 Conceito e análise crítica

O chamado orçamento da Seguridade Social é figura recente, surgiu junto com a Constituição Federal de 1988. Incorporado à LOA nos termos do artigo 165, § 5.º, inciso III, da Constituição de 88, o orçamento da seguridade social, abrange todas as entidades a

ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Contudo, esse dispositivo constitucional não encontrou efetividade mínima na prática. De 1988 até 2008 nenhum governo implementou de fato a determinação constitucional. Somente em 2006, por pressão do Tribunal de Contas e em virtude de disposição expressa na LDO para o ano de 2006, é que passou a integrar o Orçamento Geral da União, em seus anexos, uma tabela denominada “demonstrativo de receitas e despesas da União – Seguridade Social”.

De fato, a idéia de um orçamento da Seguridade Social chegou a ser elaborada nos primeiros anos após a regulamentação dos Planos de Custeio e Benefício da previdência do Regime Geral (Leis n.º 8.212 e 8.213). Em 1993 e 1994 apareceu como uma proposta no Conselho Nacional de Seguridade Social, mas a iniciativa não logrou êxito. O Conselho tinha a missão de articular e sistematizar um orçamento previamente debatido com as áreas responsáveis pela previdência social, saúde e assistência social (SALVADOR, 2007). Porém, o conselho foi paulatinamente perdendo suas atribuições até ser extinto pela Medida Provisória n.º 1.799-5, de 13 de maio de 1999.

Acompanhando as edições da LOA, embora conste em dispositivo específico os gastos com a Seguridade Social, discriminando-se a receita e os gastos totais específicos dessa área, não há um plano anual de intervenção social, como parece apontar a nossa Constituição. Conforme apontamos, as leis orçamentárias têm função específica de planejamento econômico e financeiro do Estado e servem precipuamente para orientar a intervenção do Estado na esfera econômica e social. Acreditamos, permeados por essa visão, que o orçamento da Seguridade Social deveria estimar a captação dos recursos constitucionalmente vinculados à Seguridade Social e planejar a intervenção na seara social para o próximo exercício financeiro, integrando a LOA e tomando como base os programas no PPA e as metas da LDO.

A mera discriminação em planilha específica, como tem se apresentado em anexos da LOA, estimando-se a receita das contribuições sociais e somando o total de gastos com programas e ações beneficiadas com esses recursos, é redução drástica do papel de planejamento e intervenção social que deveria ter tal orçamento. Já houve sugestão de modificação desse paradigma que buscava alterar os dispositivos constitucionais

orçamentários, com vistas a garantir um papel mais firme desse orçamento¹⁸⁵. Atualmente o que temos não é, de fato, um orçamento da Seguridade Social, mas um simples balanço de receitas e gastos.

Alguns pesquisadores têm analisado esse balanço, dentre os quais destacamos a Associação Nacional dos Fiscais da Receita Federal – ANFIP, O Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada – IPEA e o Tribunal de Contas da União – TCU. Cada um desses agentes, em suas pesquisas específicas, utiliza uma metodologia singular, alguns considerando a contribuição incidente sobre produção rural e a contribuição do servidor público, outros somando participação do orçamento fiscal para custeio de alguns benefícios previdenciários. Pretendemos, na nossa análise crítica, utilizar metodologia própria, com base no que aqui expusemos.

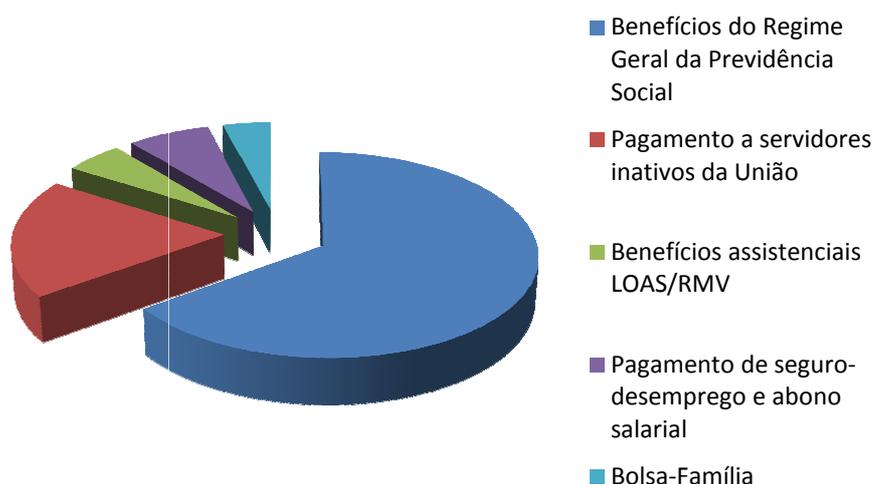
As receitas que integram esse orçamento deveriam ser, sem dúvida, as veiculadas pelo artigo 195, minimamente, e mais recursos oriundos do orçamento fiscal. Afirma o artigo 195 da Constituição de 88 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e a sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Já no que tange às despesas, esse orçamento deveria financiar exclusivamente ações e programas do sistema de Seguridade Social. Definimos mais claramente as ações da Seguridade Social em momento anterior (capítulo 1, item 1.2.2), e lá concluímos pela fundamentalidade dos direitos a elas relacionados.

Atualmente nos parece que o orçamento da Seguridade Social alberga o financiamento de ações superiores às constitucionalmente atribuídas à Seguridade Social, quais sejam, de assistência, de previdência do regime geral e de saúde. Desse modo nos parece, para além das desvinculações (que já acoimamos de inconstitucionais), há uma desvirtuação ainda maior da motivação constitucional das exações e prejuízo da efetividade dos direitos, como já apontamos nos exemplos citados no item anterior.

¹⁸⁵ A então senadora pelo PT, Marina Silva, entregou ao Senado a Proposta de Emenda Constitucional n.º 9 em 2002. Tal PEC apregoava a necessária publicação, em documento específico do orçamento da Seguridade Social (aí sob a rubrica de orçamento social), reunindo todas as receitas do artigo 195, vedando a vinculação estabelecendo características impositivas a essa parte da LOA. Encerrada a legislatura da referida Senadora a PEC foi arquivada.

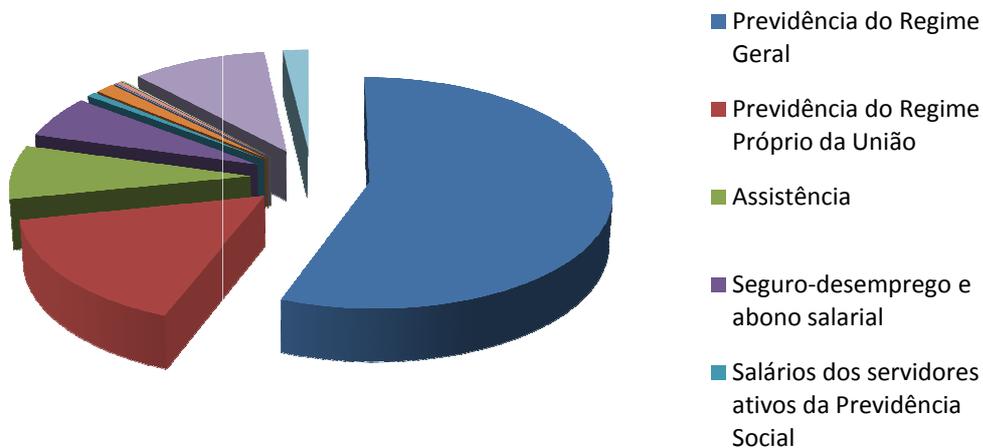
A LOA para o ano de 2008 (Lei n.º 11.647, de 24 de março de 2008) estimou R\$ 330.484,5 milhões em receitas para o orçamento da seguridade social e R\$ 416.355,7 milhões em despesas (artigos 2.º, inciso II e 3.º, inciso II), sendo que a diferença seria integrada por recursos do orçamento fiscal (artigo 3.º, parágrafo único). Contudo, segundo relatório da Secretaria de Orçamento Federal – SOF (SECRETARIA, 2008), o total de receitas efetivamente arrecadadas pertencentes ao orçamento da seguridade social para o ano de 2008 até o mês de outubro foi de R\$ 265.937,3 milhões, enquanto as despesas foram de R\$ 287.162,2 milhões, o que gerou um resultado negativo de R\$ 21.224,8 milhões.

Analisemos melhor os gastos que compõe o referido balanço. No que tange aos benefícios previdenciários e assistenciais temos o total de gastos de R\$ 245.145,2 milhões, divididos da seguinte forma (SECRETARIA, 2008):



Verificamos aqui que a maior parcela dos gastos de benefícios previdenciários e assistenciais é composta por benefícios do regime geral da previdência social (65%), seguida dos gastos com pagamento a servidores inativos da União (19%). Já os demais benefícios mencionados apresentam impacto comparativamente menor.

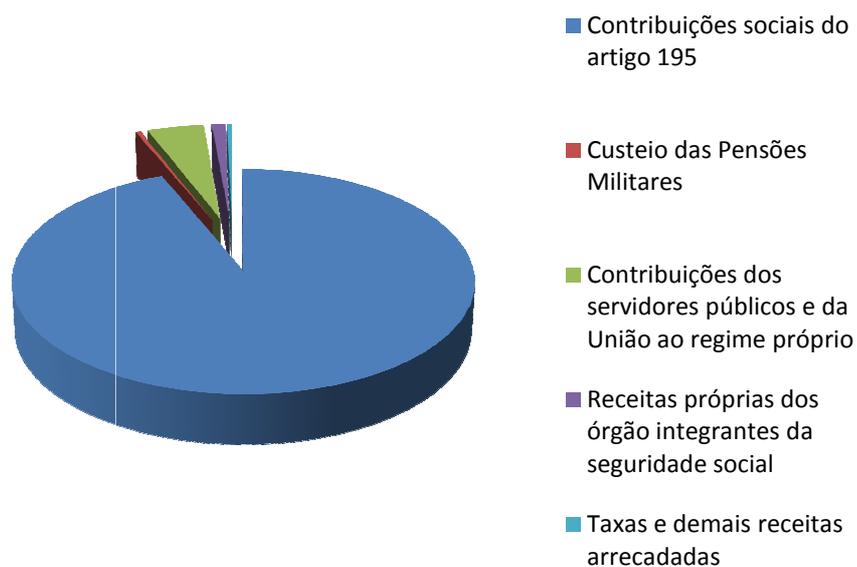
Ainda analisando a composição de despesas efetuadas com a seguridade social, de forma total, até o mês de outubro de 2008 (SECRETARIA, 2008), temos o seguinte gráfico:



Para complementar o gráfico supra, observemos também a tabela de gastos totais, em milhões de reais e percentuais de gastos:

<i>Despesa</i>	<i>R\$ (milhões)</i>	<i>% do Total</i>
Previdência do Regime Geral	160.299,4	55,82%
Previdência do Regime Próprio da União	45.817,1	15,96%
Assistência	21.847,0	7,61%
Seguro-desemprego e abono salarial	17.181,7	5,98%
Salários dos servidores ativos da Previdência Social	1.937,6	0,67%
Salários dos servidores ativos da Saúde	4.120,4	1,43%
Outros salários	267,7	0,09%
Benefícios a servidores públicos	1.264,8	0,44%
Cumprimento de precatórios e sentenças	425,1	0,15%
Ações do Ministério da Saúde	28.809,7	10,03%
Outras despesas	5.191,5	1,81%
Total	287.162,2	100,00%

Já no que tange às receitas, as arrecadações, após a desvinculação – DRU, de 2008 até outubro, temos o seguinte gráfico (SECRETARIA, 2008):



Em formato de tabela, com maior detalhamento das receitas:

<i>Receita</i>	<i>R\$ (milhões)</i>	<i>% do Total</i>
Contribuições sociais	262.291,2	98,629%
Contribuições Previdenciárias RGPS	126.831,9	47,692%
CSLL	29.420,3	11,063%
COFINS	79.760,4	29,992%
PIS/PASEP	12.235,5	4,601%
CPMF	627,4	0,236%
Contribuições Previdenciárias RP	11.789,8	4,433%
Complemento do FGTS	7,6	0,003%
Custeio das Pensões Militares	995,5	0,374%
Concursos de Prognósticos	622,8	0,234%
Receitas próprias dos órgãos integrantes do orçamento da seguridade social	2.781,8	1,046%
Saúde	1.966,9	0,740%
Previdência	393,1	0,148%
Assistência	283,6	0,107%
Outras Seguridade	138,1	0,052%
Taxas e outras receitas arrecadadas por órgãos integrantes da Seguridade Social	864,4	0,325%
Total	265.937,3	100%

Contudo há um equívoco tanto na identificação das receitas que deviam integrar esse orçamento quanto no rol de despesas.

Analisando a Constituição de 88, na forma como nela está entabulado o sistema de Seguridade Social, verifica-se, no que tange à previdência, que ela só abrange o regime geral (RGPS). No título VIII da Constituição de 88 (Ordem Social) encontramos o Capítulo II (Da Seguridade Social), que se divide em quatro seções. A seção II intitula-se “da previdência social”, inaugurada pelo artigo 201, que dispõe que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. Sendo assim, e considerando o disposto no artigo 165, § 5.º, inciso III, da Constituição de 88, acreditamos que as despesas com o regime próprio dos servidores da União devem ser custeadas por recursos do orçamento fiscal.

De fato, acreditamos que a previdência dos servidores públicos é direito social fundamental e, portanto, sucedâneo lógico da dignidade humana e impossível de alteração porque gravada como cláusula pétrea, pelas mesmas razões que já expusemos no capítulo 1 desse estudo, quando analisamos a previdência em gênero como direitos social fundamental. Contudo, optou o constituinte por estabelecer regimes trabalhistas e previdenciários distintos ao empregado da iniciativa privada e pública e ao servidor público, que ocupa cargo relacionado à função exclusiva do Estado¹⁸⁶.

Originalmente a Constituição previu um regime jurídico único ao trabalhador público desses cargos (servidor público), regime próprio e com características singulares, diverso do aplicado aos empregados da iniciativa pública e privada, aquele denominado comumente de regime estatutário e este celetista (por seguir as diretrizes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT). Após a denominada reforma administrativa (Emenda Constitucional n.º 29, de 04 de junho de 1998) houve a possibilidade da instituição de um regime diferenciado, mas atualmente essa possibilidade está suspensa¹⁸⁷.

Assim, temos no modelo constitucional atual vigente regras gerais ao empregado da iniciativa privada e ao empregado público e regras específicas ao servidor público, tanto em relação ao trabalho exercido (remuneração e direitos afins) quanto em relação à previdência. E a razão está justamente na função exercida. Desse modo, há

¹⁸⁶ Consideram-se funções típicas ou exclusivas do Estado aquelas típicas ou essenciais da Administração Pública, exemplificativamente as carreiras da magistratura, área jurídica, policial, de fiscalização, de regulação e as estratégicas. Observar as elucubrações de Délio Maranhão e João Teixeira de Lima Filho (SÜSSEKIND, 2005, p. 175 e seguintes).

¹⁸⁷ Observar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.125-4, STF, relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal pleno, j. 02.09.2007, D.J. 07.03.2008.

também um regime previdenciário geral, garantido à maioria dos trabalhadores, de filiação obrigatória, denominado pelo constituinte de Regime Geral de Previdência Social – RGPS e um regime próprio aplicável ao servidor público, com regras específicas.

O regime de previdência próprio dos servidores é exposto pelo artigo 40 da Constituição de 88, deixando claro que as disposições relativas ao Regime Geral de Previdência Social serão aplicadas aos servidores públicos apenas subsidiariamente (artigo 40, § 12, da Constituição, com a redação dada pela Emenda n.º 20, de 15 de dezembro de 1998). Assim, verificamos que o regime jurídico da previdência do regime próprio e a do regime geral são diversos. Desse modo, devemos concluir que o sistema de Seguridade Social não abrange a previdência dos regimes próprios dos diversos Estados-membros, Municípios, Distrito-federal e União. Sendo assim, não poderia ser computado como despesa da Seguridade Social o custeio dos benefícios previdenciários dos inativos da União, pois, além de atacar a boa hermenêutica dos dispositivos constitucionais citados, ofende a lógica do federalismo cooperativo, como salientaremos à frente.

E bem assim, as contribuições dos servidores públicos e da União ao regime próprio de previdência, assim como as contribuições incidentes sobre os proventos dos inativos integram também o orçamento fiscal. Tais contribuições não integram o rol do artigo 195 (consta no artigo 40, § 18, da Constituição de 88, incluído pela Emenda n.º 41, de 19 de dezembro de 2003) e não apresentam a vinculação característica das demais contribuições sociais. Também as taxas (CALCIOLARI, 2005) e receitas próprias dos órgãos da seguridade social não apresentam vinculação a gastos sociais de forma genérica¹⁸⁸, devendo, por conseguinte, integrar também o orçamento da União. Tais receitas, ao integrarem o orçamento da Seguridade Social, deveriam constar em rótulo específico como receitas do orçamento fiscal destinadas à Seguridade Social, nos termos do artigo 195 da Constituição de 1988.

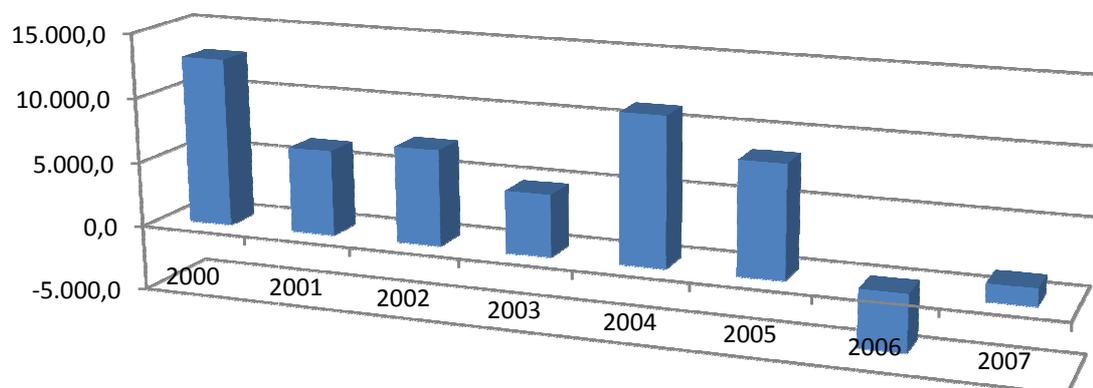
Reduzindo-se tais receitas e considerando as desvinculações temos para o ano de 2008 até outubro (inclusive) o montante total de receitas que integrariam o orçamento da seguridade social é de R\$ 249.505,9 milhões e, reduzindo as despesas com a previdência do regime próprio temos o total de gastos em políticas relacionadas ao sistema

¹⁸⁸ Conforme dispõe o artigo 168, § 1.º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, integram o Fundo do Regime Geral de Previdência Social parte substancial das receitas próprias do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Mas nem toda a receita própria pode ser considerada, a princípio, vinculada. Para isso é necessário que se analise a origem de cada uma dessas receitas.

de Seguridade foi de R\$ 241.345,0 milhões, o que apontaria um superávit de R\$ 8.160,9 milhões destinados ao orçamento fiscal, o que representa aproximadamente 2,8% do total arrecadado. Ressaltamos: tudo isso após desvinculadas parcelas significativas desses recursos. Analisando os anos anteriores por essa mesma metodologia, e considerando as receitas após as desvinculações, teremos:

- (i) Em 2007 um déficit divulgado de R\$ 33.341,3 milhões e um superávit real de R\$ 1.311,1 milhões, 0,46% do total arrecadado.
- (ii) Em 2006 um déficit divulgado de R\$ 36.909,9 milhões e um déficit real de R\$ 4.331,7 milhões, 1,72% do total arrecadado.
- (iii) Em 2005 um déficit divulgado de R\$ 21.820,2 milhões e um superávit real de R\$ 8.485,1 milhões, 3,68% do total arrecadado.
- (iv) Em 2004 um déficit divulgado de R\$ 20.815,1 milhões e um superávit real de R\$ 11.230,3 milhões, 5,58% do total arrecadado.
- (v) Em 2003 um déficit divulgado de R\$ 25.582,9 milhões e um superávit real de R\$ 4.705,6 milhões, 2,84% do total arrecadado.
- (vi) Em 2002 um déficit divulgado de R\$ 21.277,9 milhões e um superávit real de R\$ 7.307,9 milhões, 5,11% do total arrecadado.
- (vii) Em 2001 um déficit divulgado de R\$ 19.506,5 milhões e um superávit real de R\$ 6.518,4 milhões, 5,29% do total arrecadado.
- (viii) Em 2000 um déficit divulgado de R\$ 9.312,1 milhões e um superávit real de R\$ 12.901,1 milhões, 11,36% do total arrecadado.

Em gráfico é possível observar historicamente o comportamento superavitário do orçamento da Seguridade Social mesmo quando desvinculadas as receitas (mecanismo que reputamos inconstitucional):



Assim, é possível demonstrar superávit mesmo após a aplicação da desvinculação de rendas da União – DRU. Sem a DRU o superávit fica ainda mais premente. Analisemos a arrecadação para o ano de 2008 até outubro (período correspondente as análises acima) e comparemos os efeitos da desvinculação:

Contribuições	Total Aplicado	Total Arrecadado	Desvinculações máximas
RGPS	R\$ 126.831,90	R\$ 126.831,90	R\$ 0 ¹⁸⁹
CSLL	R\$ 29.420,30	R\$ 36.224,30	R\$ 28.979,44
COFINS	R\$ 79.760,40	R\$ 98.597,70	R\$ 78.878,16
PIS/PASEP	R\$ 12.235,50	R\$ 25.180,30	R\$ 12.086,54 ¹⁹⁰
CPMF	R\$ 627,40	R\$ 959,90	R\$ 767,92
Conc. de Prog.	R\$ 622,80	R\$ 1.661,20	R\$ 1.328,96
Total	R\$ 249.498,30	R\$ 289.455,30	R\$ 231.564,24

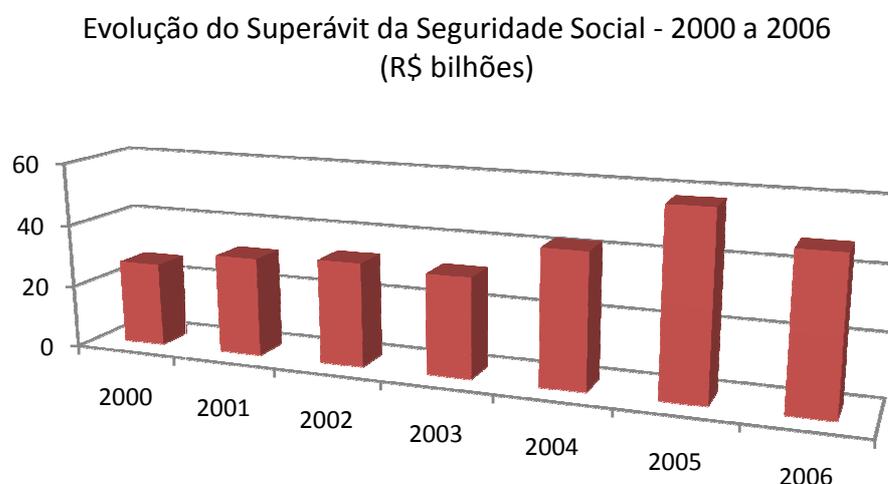
Sem a DRU o superávit no ano de 2008 até outubro salta de R\$ 8.160,9 bilhões para R\$ 48.110,3 bilhões. Os montantes desvinculados são consideráveis, embora, se admitíssemos a constitucionalidade da DRU, ela foi respeitada, pois no total relativo ao

¹⁸⁹ Como analisaremos em tópico específico sobre o déficit da seguridade social, hoje em dia não é mais possível a desvinculação das contribuições previdenciárias.

¹⁹⁰ Conforme aponta o artigo 239, § 1.º, da Constituição de 88, no mínimo 40% da receita do PIS/PASEP deve ser destinada a financiar empréstimos do BNDES, conforme apontamos no capítulo anterior, para efeito desses cálculos tomamos 60% do total arrecadado com o PIS/PASEP e desse percentual retiramos 20% relativos à DRU.

período foram desvinculados 13,8% das receitas totais (embora parte considerável da aplicação seja em finalidade diversa da Seguridade Social).

Frisamos que essa metodologia não é a única. Há aqueles que, incluindo as receitas próprias e afastando as isenções e renúncias de receita concedidas a tributos (acreditando serem essas de responsabilidade do orçamento fiscal), acrescentando contrapartida de aportes do orçamento fiscal para cobrir os gastos com benefícios previstos em legislação especial (benefícios concedidos às vítimas do acidente com Césio 137 em Goiânia, estatutários da Rede Ferroviária Federal, vítimas da talidomida, do acidente da base espacial de Alcântara e da hemodiálise de Caruaru, entre outros) e tomando-se o valor completo do PIS/PASEP no cálculo, chegam a resultados ainda mais positivos. Nesse sentido encontramos a posição defendida pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, que advoga, seguindo essa metodologia diversa, a seguinte evolução do superávit da seguridade social (ANFIP, 2007, p. 29):



Já não bastasse parte dos recursos destinados para a saúde pública, assistência e previdência em nada se relacionarem com o sistema de seguridade social, conforme apontamos no item 3.3.2 desse capítulo, parcela das contribuições sociais, que deveriam se destinar exclusivamente a despesas com a seguridade social segue claramente finalidade diversa. Concluímos que parte da crise de efetividade dos direitos sociais no Brasil atual tem como razão uma crise da orçamentação social.

3.5.2 *A crise da orçamentação social no Brasil contemporâneo*

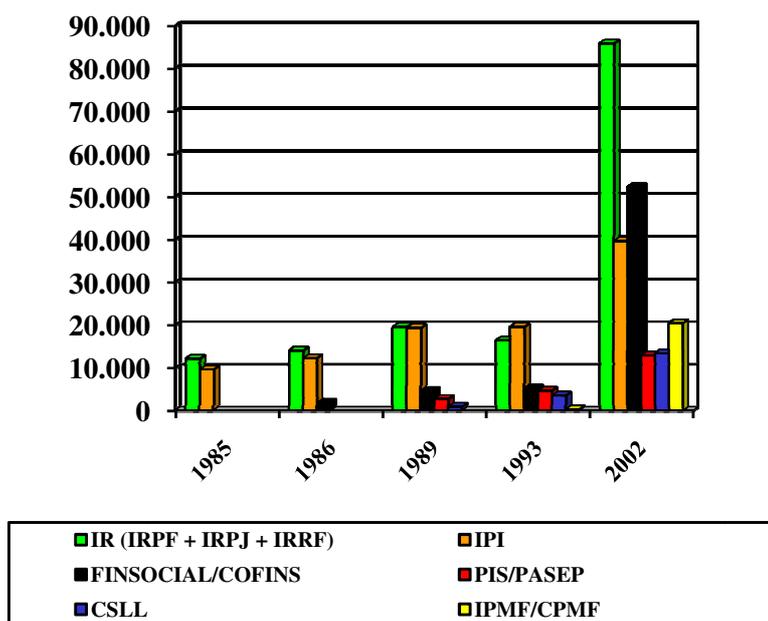
Já afirmamos que as contribuições sociais deveriam ter sua aplicação exclusiva na Seguridade Social e identificamos que isso não ocorre. Contudo, não são só as contribuições que deveriam financiar a Seguridade Social. A Seguridade Social deverá ser financiada por toda a sociedade, direta ou indiretamente, mediante recursos fiscais dos orçamentos dos entes que compõe a federação e também das contribuições sociais. Mas o que ocorre é o inverso: as contribuições são desvinculadas e financiam o orçamento fiscal e de investimento. E mesmo a parcela que não poderia ser desvinculada, na prática acaba sendo, pois é utilizada para arcar com custos que não deveriam ser de responsabilidade do orçamento da Seguridade Social, em especial, pela sua monta expressiva, os benefícios previdenciários aos inativos da União.

Retomando o já exposto no primeiro capítulo, a blindagem da ordem financeira, a preocupação constante com o déficit público e a busca do superávit primário apontam para um incremento da tributação, especialmente das contribuições sociais, sem correlativo incremento proporcional com os gastos sociais. Ademais, verificamos no item anterior que o orçamento da seguridade social sofre forte desvinculação de valores e nenhum aporte do orçamento fiscal, como determina o artigo 195 da Constituição de 88.

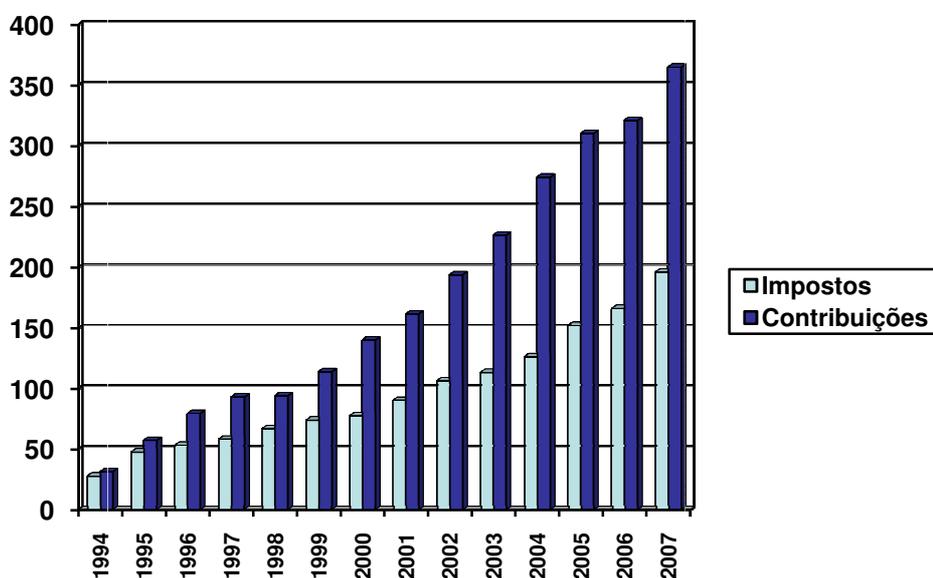
Relembrando o exposto no capítulo 1 e no esboço histórico no início desse capítulo, tanto as especificidades do regime jurídico das contribuições sociais (anterioridade mitigada) quanto o fato delas não integrarem os fundos de repartição federativos fizeram com que tais exações fossem as politicamente eleitas como responsáveis pelo superávit primário e metas de redução do déficit público, conforme as mudanças paulatinas no modelo de Estado brasileiro, já analisadas também no capítulo 1. Assim, as contribuições, que em momentos anteriores representavam parcela percentual menor do total da arrecadação federal, hoje formam o maior montante em ingresso de receitas da União.

Quando analisado o crescimento da arrecadação da União em tributos selecionados o exposto torna-se claro¹⁹¹:

¹⁹¹ Arrecadação de alguns tributos federais de 1995 a 2002, em milhões de dólares de 1985 a 1989 e em milhões de reais de 1993 em diante. Fonte: Receita Federal.



Reforçando o gráfico acima, se analisarmos a arrecadação das contribuições da União somadas e compará-las historicamente com a arrecadação somada dos impostos federais teremos o seguinte gráfico¹⁹²:



Nesse bojo, mecanismos de flexibilização (DRU) e inúmeras estratégias contábeis de inclusão de ações e programas que nenhuma relação têm com a seguridade social na LOA são utilizadas com o fulcro de retirar parcelas constitucionalmente

¹⁹² Em milhões de reais, comparando a arrecadação conjunta dos impostos federais e das contribuições da União. Fonte: Tesouro Nacional.

destinadas à efetivação dos direitos sociais para cobrir os encargos das dívidas ou as altas taxas de juros. Se por um lado verificamos a ampliação da arrecadação para os fins sociais, por outro apontamos sua desvinculação para utilização diversa da constitucionalmente imposta.

Há uma dupla implicação de efeitos nefastos em razão dessa crise na orçamentação social no modelo federalista brasileiro. Primeiramente, como expusemos no escorço histórico desse capítulo, os Estados e Municípios ficam cada vez mais dependentes dos repasses e transferência diversas da do Fundo de Participação e de receitas próprias, o que leva à política de guerra fiscal (CALCIOLARI, 2006). Contudo, no que tange aos gastos sociais, a pesada conta dos benefícios previdenciários devidos aos inativos da União é parcialmente paga pelas contribuições sociais (a parcela não desvinculada), já os Estados e Municípios deverão encarar a dívida de seus inativos com recursos próprios ou repasses. O resultado é a dificuldade cada vez maior dos entes subnacionais em manter contas coesas e superavitárias, cada vez mais engessadas, e, em virtude disso, acabam sofrendo mais com a rigidez da Lei de Responsabilidade Fiscal do que a própria União.

Ademais, a crítica que fazemos não deve cingir-se apenas aos montantes, mas à inércia da União em criar e implementar um plano coerente de intervenção social. Acreditamos, permeados por uma leitura constitucional sistêmica, que o papel do orçamento não pode ser simplesmente o de elencar receitas e um lado e despesas de outro: é, muito além disso, mecanismo de planejamento e intervenção.

Sendo assim, o orçamento da Seguridade Social deveria ser encarado como mecanismo de planejamento e intervenção da União na esfera social, destinado a garantir direitos sociais fundamentais, norteando a implementação ações relacionadas à saúde pública, previdência do regime geral e assistência social ao estabelecer as ações que receberão dotações específicas. Esse documento, parte integrante da LOA, não poderia conter despesas alheias ao sistema de Seguridade Social e deveria conter, no mínimo, as contribuições sociais de forma integral como fonte de custeio. Contudo, isso não é minimamente observado.

A conseqüência, para além da crise de efetividade dos direitos sociais, é a própria deslegitimação do Estado, que passa a não prover minimamente parte substancial da garantia de liberdade e dignidade promovida pelos direitos sociais quando subjetivados. E mais, divulga-se um discurso de déficit para viabilizar politicamente reformas que, sem sombra de dúvida, trarão empecilhos ainda maiores para a efetividade desses direitos.

3.5.3 *Uma visão crítica do déficit da previdência social*

Como afirmamos ao analisar as contribuições previdenciárias, o déficit da previdência social é amplamente divulgado pelo governo. O último balanço governamental apontou o déficit de R\$ 4,06 bilhões em agosto de 2008, contudo, no acumulado no ano de 2008 até agosto foi de R\$ 24,9 bilhões, o que demonstraria uma queda de 13,7% em comparação aos oito primeiros meses de 2007 (RIBEIRO, 2008).

O que embasa juridicamente a tese do suposto déficit são, principalmente, as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998 (a chamada reforma previdenciária). Além de acrescentar a necessidade atuária na previdência do Regime Geral e a obrigatoriedade de apontar fontes de custeio próprias para os novos benefícios, tal Emenda acrescentou também o último artigo do corpo principal da Constituição, que dispõe:

Artigo 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000) dispõe sobre a regulamentação do que chamou de Fundo do Regime Geral de Previdência Social, cuja finalidade é prover recursos para o pagamento de benefícios previdenciários do Regime Geral. O § 1.º do artigo 68 da Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que constituem o fundo: (i) bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste; (ii) bens e direitos que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei; (iii) receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do art. 195 da Constituição; (iv) produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social; (v) resultado da aplicação financeira de seus ativos; (vi) recursos provenientes do orçamento da União. Ademais, a Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, afirma claramente, no artigo 2.º, § 1.º,

que o montante arrecadado a título de contribuições previdenciárias deverá ser integralmente destinado a esse Fundo, para pagamentos de benefícios previdenciários do Regime Geral.

Como é possível verificar, o grande aporte que compõe esse Fundo são as ditas contribuições previdenciárias. Contudo, não se pode entender, mesmo com a literalidade dos dispositivos assinalados, que a previdência do Regime Geral deve ser integralmente custeada por esse Fundo. De fato, própria previdência urbana, considerando-se os aportes oriundos das contribuições previdenciárias e os gastos com aposentadorias e pensões dos trabalhadores urbanos, embora deficitária, tende ao superávit (ANFIP, 2007). Já a previdência rural apresenta um forte déficit, pois houve uma massa considerável de trabalhadores rurais incluídos no sistema com a comprovação de tempo de serviço rural, sem necessidade de comprovar recolhimento de contribuições.

Segundo a Projeção Atuarial para o RGPS entregue pelo governo ao Congresso Nacional (obrigação imposta pelo artigo 4.º, § 2.º da Lei de Responsabilidade Fiscal) como um anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2009, considerando diversas estimativas (massa salarial, crescimento vegetativo, taxa de inflação anual, variação real do PIB, reajuste de benefícios, etc.), o déficit previdenciário estimado é de R\$ 43,405 bilhões para 2009, R\$ 42,734 bilhões para 2010 e R\$ 42,069 bilhões para 2011. Seguindo as mesmas projeções encontramos a média de impacto do déficit previdenciário sempre em torno de 1,5% do PIB entre os anos de 2008 e 2027¹⁹³.

Parte da culpa desse suposto déficit previdenciário é colocada por alguns economistas e pelo próprio governo nas aposentadorias rurais¹⁹⁴. São duas as colocações

¹⁹³ Considerando que o PIB médio estimado nas projeções dos anexos da LDO para 2009 relativamente aos anos de 2009, 2010 e 2011 é de aproximadamente 5%, o que acreditamos ser um número muito improvável, pode-se apontar um impacto médio superior aos 1,5% do PIB.

¹⁹⁴ “A distorção fica clara ao se verificar os gastos da Previdência: o sistema rural corresponde a apenas 19,7% da despesa total de R\$ 182,5 bilhões do setor no ano, mas, em contrapartida, é o maior responsável pelo déficit do sistema geral. A despesa com benefícios rurais chegou a R\$ 36,6 bilhões em 2008, com uma arrecadação de apenas R\$ 4,6 bilhões, segundo dados fechados em novembro. Em 2008, de todos os tipos de benefícios concedidos pela Previdência, os rurais representaram quase um terço: foram 4,11 milhões de benefícios, sendo 3,15 milhões urbanos e 965,8 mil rurais. O rombo tem origem em 1988, quando a Constituição criou regras especiais para as aposentadorias rurais, sem exigir contribuição direta, como no caso do trabalhador urbano. Para obter o benefício, basta o trabalhador ou agricultor mostrar que está exercendo a atividade rural na data de entrada do requerimento. E mais: a aposentadoria rural é concedida aos 60 anos, para os homens, e aos 55 para as mulheres, cinco anos a menos do que na regra geral.” (JUNGBLUT, 2009).

que embasam esse raciocínio: (i) idade mínima reduzida para usufruir do benefício e (ii) contagem de tempo de serviço ao invés de tempo de contribuição, ou seja, desnecessária a comprovação de recolhimento de contribuição.

Quanto à idade mínima reduzida, embora o § 1.º do artigo 201 da Constituição de 88 vede a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência, deixa a ressalva clara de que poderá haver diferenciação nesses critérios nos casos de exercício de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Não resta dúvida que o labor no campo, por ser fisicamente fatigante, deve ser computado de forma diferenciada. Assim, o fato do trabalhador rural aposentar com cinco anos a menos do que a idade exigida como regra é questão de equidade garantida pela Constituição de 88. Outras profissões, pelas suas especificidades, permitem a aposentadoria em idade mínima ainda menor, também por razões de igualdade, seguindo as diretrizes do artigo 57, § 4.º do Plano de Benefícios (Lei n.º 8.213), o qual faz referência a agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associações de agentes prejudiciais à saúde do segurado.

Quanto à afirmação de que os trabalhadores não contribuíram para a previdência, verifica-se que após a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, fica imposta a contagem de tempo de contribuição, necessitando o requerente de benefício previdenciário apresentar recolhimento das contribuições previdenciárias, e não mais prova de tempo de serviço. Durante o período em que estava em vigor o parágrafo 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91 com redação dada pela Medida Provisória n.º 1.523, de 11 de outubro de 1996, o tempo de atividade rural, anterior à edição da Lei n.º 8.213/91, somente podia ser computado para fins de concessão de aposentadoria por idade e dos benefícios de valor mínimo, e era vedado o aproveitamento desse tempo, sem a prova do recolhimento das respectivas contribuições, para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço. Entretanto, em 10 de dezembro de 1997, quando a Medida Provisória n.º 1.523 foi convertida na Lei n.º 9.528/97, a redação original do parágrafo 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91 restou integralmente restabelecida, assegurando a contagem do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria em atividade urbana, independentemente de contribuição relativamente àquele período, ao dispor que: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência

desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento”.

Assim, não há mais óbice legal ao cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à edição da Lei nº 8.213/91, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, para a obtenção de aposentadoria urbana por tempo de serviço, se durante o período de trabalho urbano é cumprida a carência exigida no artigo 52 da Lei nº 8.213/91. O STJ tem julgado constantemente nesse sentido para o caso de trabalho realizado no campo e que vai ser aproveitado para aposentadoria por tempo de serviço (tempo de contribuição) urbana no setor privado¹⁹⁵.

De fato, a Constituição de 88 estabeleceu um sistema previdenciário amplo e inclusivo, coerente com o restante de seu texto. Assim, aos trabalhadores rurais foi possível o ingresso no sistema sem a necessária contrapartida expressa, como ocorre com os trabalhadores urbanos, mediante o aporte de contribuições previdenciárias específicas. Mister salientar que até o surgimento da Emenda Constitucional n.º 20 havia a possibilidade de aposentadoria por tempo de serviço (sem a contrapartida).

Não obstante, não é verídica a afirmação simples de que o benefício da aposentadoria para o trabalhador rural é um benefício assistencial, pois o acesso dos trabalhadores rurais aos benefícios da previdência se dá pelo exercício de atividade laboral e não em função de uma necessidade econômica ou incapacidade para prover o próprio sustento. Também é preciso frisar que até o advento da Lei n.º 7.787, de 30 de junho de 1989, havia a contribuição ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL, instituído pela Lei complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, juntamente com o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural – PRORURAL, que teriam por finalidade o custeio de aposentadorias, pensões, auxílio-funeral e serviços sociais aos trabalhadores do campo. A incidência dessa contribuição se dava sobre a comercialização de produtos rurais e, considerando a dinâmica específica de substituição tributária dessa exação, em muitas circunstâncias a responsabilidade tributária ficava a cargo da cooperativa ou do adquirente da produção rural. Contudo, não há dúvida de que os efeitos econômicos dessa tributação mostravam-se presentes no preço da produção agrícola e, conseqüentemente, nos

¹⁹⁵ STJ, Embargos no Recurso Especial n.º 644252, 3.ª Seção, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.04.2005, DJ 16.05.2005, p. 228.

rendimentos do trabalhador rural, o que afasta a afirmação de que esses não contribuíram ou que seu benefício é assistencial.

Assim, o saldo negativo identificado no Fundo do Regime Geral de Previdência Social introduzido pela Lei de Responsabilidade Fiscal tem como principal culpado, sem dúvida, o financiamento intergeracional. Em trabalho econômico premiado, Fábio Adriano Miessi Sanches (2005) aponta justamente esse tipo de circunstância como a principal causa desse déficit¹⁹⁶. Se o Fundo instituído pela Lei de Responsabilidade Fiscal tivesse sido instituído na época do surgimento do sistema previdenciário brasileiro, antes do pagamento dos primeiros benefícios, sem dúvida esse problema não seria colocado dessa forma.

O que espanta é o receio governamental com esse suposto déficit e nenhuma medida fática para garantir a vinculação determinada constitucionalmente. A preocupação atuarial com a viabilidade do sistema é medida importante e deve ser efetivada, e ressaltamos que o passo dado pela Lei de Responsabilidade Fiscal foi grande. Contudo, acreditamos que providenciar a vinculação fática apenas das contribuições previdenciárias, de importância menor quando comparados aos montantes arrecadados a título de COFINS e a CSLL, é solução parcial. Deve-se garantir a vinculação de todas as contribuições às finalidades sociais, e não simplesmente a vinculação das contribuições previdenciárias ao pagamento de benefícios previdenciários.

E mais, a preocupação com o déficit do RGPS expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal, que culminou na criação do citado Fundo do Regime Geral de Previdência Social não parece ser a mesma com o déficit do regime de previdência própria. Na LRF, embora se afirme a necessidade de se fazer constar em anexo próprio da LDO uma avaliação da situação financeira e atuarial do regime de previdência próprio, faz notar também, no seu artigo 69, que o ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime

¹⁹⁶ “Os desequilíbrios observados no RGPS e no RPPS são ainda mais elevados. Com efeitos, o pagamento líquido de contribuições – contribuições menos transferências – para o RGPS realizado por um indivíduo representativo da geração futura é, em média, 367% maior do que o pagamento líquido de um indivíduo nascido em 1996. Isso equivale a dizer que um indivíduo da geração futura deverá pagar, durante a sua vida, R\$ 4.190,00 a mais em contribuições líquidas do que um indivíduo nascido em 1996 de modo a garantir a solvência desse sistema. A situação do RPPS é potencialmente mais preocupante: um indivíduo da geração futura deve pagar (em contribuições líquidas), em média, R\$ 27.690,00 a mais do que um indivíduo nascido em 1996 para que a restrição financeira intertemporal do RPPS não seja violada. De fato, o impacto do desequilíbrio intergeracional da previdência sobre o desequilíbrio global é bastante substancial: a exclusão do RGPS reduziria o desequilíbrio global de 98% para 69%, a exclusão do RPPS reduziria esse desequilíbrio para -90% e a exclusão dos dois sistemas faria com que o desequilíbrio fosse de -121%.”(SANCHES, 2005, p. 75).

próprio de previdência social para seus servidores conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial. Portanto, apesar de designar a necessidade do caráter contributivo, não afeta as contribuições incidentes sobre o rendimento dos inativos nem as contribuições pagas pelo próprio servidor a um Fundo específico, como fez com o RGPS, embora possamos, como fizemos com as contribuições sociais, extrair essa vinculação diretamente do texto constitucional (artigo 40).

3.5.4 *A reserva do financeiramente possível*

O conceito de reserva do possível foi aplicado primeiramente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303). Na situação em tela discutia-se o acesso ao curso de medicina na Universidade de Hamburgo e Munique, analisando possível incompatibilidade entre leis estaduais específicas que restringiam o acesso ao ensino superior e a Constituição alemã. Salienta Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 215):

No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema. Diante desse quadro, a Corte Constitucional Alemã enfrentou uma verdadeira sucessão de ponderações, até chegar ao veredicto final: a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental.

Da análise de trechos importantes dessa decisão pode-se verificar a tentativa da Alemanha em fazer o possível para viabilizar um número maior de vagas nessas Universidades. Na decisão sob análise, a Suprema Corte desse país cita dispositivos de uma lei federal intitulada “Lei de Estímulo à Construção de Escolas”, que denotariam o

esforço público na busca de efetivar o acesso ao ensino superior. Mister frisar que o principal ponto da decisão não foi o financeiro, mas sim a razoabilidade com que a alocação desses recursos poderia ser demanda¹⁹⁷. A partir dessa decisão apresenta-se a possibilidade de busca de um parâmetro de razoabilidade em razão da exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, considerando as possibilidades concretas de realização e o respeito às normas constitucionais.

Outro caso importante em que a reserva do possível foi discutida no Supremo Tribunal alemão dizia respeito justamente a um benefício social, garantido pela “Lei Federal de Indenização às Vítimas de Atos Violentos”, julgado em dezembro de 2004 (BvR 684/98). Tal Lei afirma que os beneficiários da indenização são a vítima, seu cônjuge, e os filhos órfãos e demais descendentes, considerando-se para efeitos de filiação não só o parentesco jurídico e biológico, mas também laço familiar de longa duração com coabitação (§ 1.º, inciso I, alínea “i”). Contudo, tal Lei foi alterada, restringindo o benefício ao filho órfão (aqui considerado de forma ampla pela Lei) se este ainda mantivesse contado com os pais biológicos (OLSEN, 2008, p. 220).

No caso concreto, a vítima do ato violento faleceu em virtude de um atentado em Hamburgo, ele vivia com a companheira e o filho dela de outro relacionamento. O benefício devido ao filho foi negado administrativamente com base na referida alteração da Lei, pois o filho morava com a mãe biológica. O filho da companheira da vítima ingressou com ação afirmando a inaplicabilidade da alteração da Lei, porque ofender o princípio da irretroatividade no caso específico. O Tribunal Constitucional Federal julgou a demanda improcedente manifestando-se da seguinte forma:

A promoção da família por parte do Estado está sujeita à reserva do possível; no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade, por parte do indivíduo, quando ele decide ter filhos. Além desse ponto, pode o Estado considerar necessidade diferenciais, neste âmbito (BVerGE 43, 108, <121>). A partir destes fundamentos, surge um maior espaço para a distribuição dos encargos familiares.

Este espaço não foi expressamente delimitado pelo legislador. Em favor do autor, pode-se mencionar que o companheiro de sua mãe tenha sido predominantemente sustentado

¹⁹⁷ Ana Carolina Olsen (2008, p. 219) salienta: “No caso da discussão a respeito do *numerus clausus*, o que estava em discussão não era somente o acesso ao ensino superior, mas o direito do cidadão exigir vaga para particularmente um curso (o de Medicina), direito ligado à liberdade de escolha de profissão, garantida pela Lei Fundamental Alemã. Esta liberdade não poderia ser exacerbada a ponto de exigir do Estado um esforço irrazoável, comprometendo inclusive interesse da coletividade”.

pelo Estado; e eles não poderiam contar com a continuidade desta prestação. Sua situação não era diversa daquela, de uma família monoparental. Por causa disso, a mãe pôde perceber auxílio-infância. Para sua educação, havia à disposição o auxílio-educação. Não se pode considerar que o legislador estava prevendo um benefício adicional. Aqui também é preciso considerar que crianças na situação do autor têm direito à prestação alimentar de ambos os pais, ou dos avós, quando um dos pais falecer antes. A concessão de uma pensão de órfão sobrevivente ao autor lhe outorgaria um benefício que os filhos legítimos de um falecido não teriam (OLSEN, 2008, p. 221).

A bem da verdade, nesse último caso nos parece mais que a utilização da reserva do possível seja um critério de proporcionalidade do que a imposição de um critério fático de impossibilidade. No Brasil o sentido aplicado à reserva do possível é bem outro, muito mais próximo do que hoje já se chama de reserva do financeiramente possível, ligado intimamente com a temática de reserva orçamentária. Segundo Ana Carolina Olsen (2009, p. 223) a razão disso é que a jurisprudência brasileira teria absorvido a leitura da teoria alemã da forma como interpretada por Gomes Canotilho. Sobre a temática salienta Andreas J. Krell:

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobiliado para esse efeito. Nesse visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Essa teoria, na verdade, representa um adaptação do *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos (apud OLSEN, 2008, p. 223)

A bem da verdade, parece-nos que Gomes Canotilho alberga a questão da reserva do possível como disponibilidade financeira para a efetividade dos direito apenas para afastar a viabilidade jurídica desse tipo de argumentação. Assim, afirma Canotilho que “rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des*

Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica” (2003, p. 481).

Na jurisprudência brasileira a questão da reserva do possível apareceu em decisões que versam sobre medicamentos, algumas afastando-a¹⁹⁸, outras abarcando-a sob o argumento seja de que o judiciário não pode intervir na Administração Pública¹⁹⁹ ou mesmo sobre possível inviabilidade financeira por parte do Estado²⁰⁰. Sobre a jurisprudência pátria acerca dessa temática, não podemos deixar de mencionar a decisão do Ministro Celso de Mello sobre a constitucionalidade do veto presidencial na LDO para o ano de 2004 (Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003). No caso em tela o veto presidencial parcial acarretaria a supressão do § 2.º do artigo 55 (posteriormente remunerado para artigo 59), que tratava da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde para fins da Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000. Ocorre que após o veto a Presidência da República encaminhou ao Congresso projeto de lei que foi convertido da Lei n.º 10.777, de 24 de novembro de 2003, que acrescentou o § 3.º no artigo 59 da referida LDO, mantendo a mesma redação anterior. Nesse caso concreto houve a propositura de Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar o veto presidencial, mas antes de ser julgada sobreveio a alteração da LDO pela Lei n.º 10.777, retomando a dicção original. A consequência lógica seria um julgamento improcedente sem análise do mérito em virtude da perda do objeto da ação, desnecessárias delongas ou análises mais pormenorizadas. Contudo, o Ministro Celso de Mello prolatou longa decisão monocrática na qual analisa a temática. Reproduzimos aqui breve trecho que reputamos importante ao tema:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de

¹⁹⁸ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação n.º 283029500, 15.ª Câmara Cível, relator Desembargador Paulo Habith, j. 28.06.2005; Tribunal de Justiça do Ceará, Ação Civil Pública n.º 2003.81.00.009206-7, relator Juiz Federal Geoge Marmelstein Lima.

¹⁹⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de instrumento n.º 42.530.5/4, 15.ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Alves Bevilacqua, j. 11.11.1997; Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n.º 48.608-5/4, 9.ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Rui Casaldi, j. 11.02.1998.

²⁰⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n.º 184.246-5/0, 9.ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Geraldo Luceno, j. 01.06.2005.

implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celos de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (Stephe Holmes e Cass R. Sunstein, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

De fato, no final de sua decisão o Ministro julga prejudicada a análise do pedido por perda do objeto, pelas razões assinaladas acima. Não obstante, temos a certeza de que as palavras acima não foram proferidas ao léu. Poderia haver a simples afirmação de perda do objeto da ação e julgamento sem análise do mérito, mas preferiu o Ministro afirmar que a reserva do possível não se presta para justificar a falha dos Poderes Públicos em implementar a Constituição. Parece-nos haver aqui uma mensagem clara.

A nosso ver, a reserva do possível, da forma como essa surgiu no Tribunal Constitucional alemão na decisão *numerus clausus*, é certamente uma medida de razoabilidade e ponderação na análise da concessão de determinado benefício social, considerando as especificidades desse benefício e de toda a ordem social do sistema jurídico considerado.

O que se mostra jurisprudencialmente e doutrinariamente no Brasil como reserva do possível é bem mais uma negação de direito fundamental em virtude de provável impacto orçamentário futuro. Digo provável porque nas decisões citadas não houve estudos de inviabilidade da prestação pretendida nem do impacto orçamentário delas. Afirma Ricardo Lobo Torres (2008, p. 194):

De fato, os *direitos fundamentais* aparecem de forma simplesmente declaratória na Constituição e exibem o *status negativus*. Não necessitam de prestações positivas concedidas especificamente pelo legislador nem de definições infraconstitucionais. Já os *direitos sociais e econômicos*, sujeitos à ‘reserva do orçamento’, dependem maximamente do Legislativo. As reivindicações de cidadania referentes a tais direitos devem se dirigir ao poder que detém a competência para a concessão de bens num ambiente econômico de escassez. Transformam-se em questão de *policy*. Prevalece o princípio da subsidiariedade, que sinaliza no sentido de que as concessões estatais devem se limitar aos bens que não podem ser obtidos no mercado.

Ao nosso ver a apreciação é incorreta. Embora em outro momento da obra o autor afirme o caráter prestacional dos direitos individuais (*status positivus*)²⁰¹, a afirmação

²⁰¹ Ricardo Lobo Torres destaca em outros trechos da obra que alguns direitos sociais teriam característica de direitos individuais porque necessários para garantir a liberdade fática, como o acesso a uma prestação de saúde mínima e a uma assistência que garanta a subsistência vital (2008, p. 194 e seguintes). Assim, a característica prestacional desses direitos estaria, nessa parcela estrita relacionada ao mínimo, garantido. Já no que tange às demais parcelas (como a previdência como um todo), estas

de que reivindicações de cidadania referentes aos direitos sociais devem ser exigidas de forma democrática e política deve ser apreciada à luz da disciplina constitucional. A Constituição, também denominada de Carta Política, traça as bases das políticas públicas, norteia a ação estatal e disciplina competência. Quando tal Norma estabelece disciplina tributária e orçamentária específica não podemos crer que a efetividade dos direitos dependerá do exclusivamente do alvedrio do Legislativo e do Executivo. Os instrumentos deverão ser utilizados para seus fins.

E mais, tem-se alçado a reserva do possível ao grau de princípio, o que ao nosso entender é um completo absurdo, pois não se pode dar característica normativa-deontológica a uma construção doutrinária sem o respectivo arcabouço normativo.

É claro, e não podemos deixar de frisar, que ninguém é obrigado ao impossível. A máxima já consagrada no clássico brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível) a nosso ver, para além de princípio, é imperativo fático excludente de qualquer obrigação. Todavia, não basta a mera argumentação, é preciso comprovação dessa impossibilidade fática, como bem asseverou Celso de Mello. Do contrário, corremos o risco de ver perecer não só os direitos sociais, mas também os individuais, já que estes últimos requerem também prestações públicas para sua efetividade.

Assim, também o argumento de que o Judiciário interfere na esfera de competência dos outros Poderes quando prolata decisões que têm impacto orçamentário não merece acolhida. Essa aparente inteferência é, a bem da verdade, cumprimento de função constitucional dada ao Judiciário que deve proteger a Carta Magna e zelar pela sua efetividade, como já pontuamos no capítulo 1. Apenas *ad argumentandum* esclarecemos que, para os que não se convencem com os argumentos postos, os gastos com cumprimento de sentença e decisões judiciais condenatórias contra a União em matéria previdenciária, assistencial e de saúde pública são irrisórios quando comparados às quantias desvinculadas do orçamento da Seguridade Social, como tivemos a oportunidade de demonstrar em gráfico sobre despesas do ano de 2008, nesse capítulo.

Temos como claro que em matéria de direitos sociais o argumento da reserva do possível não deve prevalecer na situação atual. Inviável a argumentação de impossibilidade

deveriam ser de incumbência pessoal do beneficiado, a ser buscada no mercado (previdência privada, saúde suplementar, etc.). Como afirmamos, acreditamos que todos os direitos exibem, necessariamenteum *status positivus* e um *status negativus*. Não há como garantir nenhum direito sem participação estatal e, portanto, sem gastos.

fática em realizar os imperativos constitucionais sociais diante da situação claramente superavitária do orçamento da Seguridade Social.