

JUSTIÇA FISCAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PAPEL DA DESPESA PÚBLICA NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS⁹⁴

Priscila Emanuele Falcão de Oliveira
Menezes⁹⁵

RESUMO

Diante da escassez de recursos públicos e a necessidade de uma progressiva efetivação de direitos fundamentais, o objetivo deste artigo é discutir a execução do orçamento público como meio de redução das desigualdades sociais baseado na concepção de justiça fiscal. Para tanto, perseguirá uma análise teórica-doutrinária para recentralização da dignidade da pessoa humana na realização da despesa e no endividamento público, mesmo em situação de austeridade fiscal, fundamentando na construção histórica dos direitos humanos e na sua codificação no ordenamento jurídico pátrio como direitos fundamentais.

⁹⁴ O artigo é uma versão de trecho da tese “Dívida Pública e Responsabilidade Social do Estado: Recentralizando a Dignidade da Pessoa Humana no Orçamento Público na busca pelo Desenvolvimento, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Ciências Jurídicas.

⁹⁵ Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Sociologia pela

PALAVRAS-CHAVE: justiça fiscal; direitos fundamentais; orçamento público.

ABSTRACT

Given the scarcity of public resources and the need for a progressive realization of fundamental rights, the objective of this article is to discuss the execution of the public budget as a means of reducing social inequalities based on the concept of fiscal justice. To this end, it will pursue a theoretical-doctrinal analysis for the recentralization of human dignity in the realization of expenditure and public debt, even in a situation of fiscal austerity, based on the historical construction of human rights and their codification in the national legal order as fundamental rights.

KEYWORDS: fiscal justice; fundamental rights; public budget.

INTRODUÇÃO

Em tempos de crise econômica, a comunidade acadêmica se volta a debater

Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Gestão Internacional de Negócios pela Faculdade Alagoana de Tecnologia. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e em Comércio Exterior pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Alagoas. Professora da Universidade Federal de Alagoas. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas. Advogada.

questões que busquem solucionar as demandas da sociedade. Discutir o conceito de justiça fiscal no âmbito dos movimentos de reformas legislativas que estabelecem aumento da carga tributária, reforma da previdência, estipulação do teto de gastos é rever a base principiológica e de legitimação do próprio Estado de Direito.

Encontramos na doutrina financeira diversos significados para o conceito de justiça fiscal. O ilustre jurista português Saldanha Sanches, ao discorrer sobre essa pluralidade de sentidos, ressalta que a justiça tributária, que permite uma avaliação quantitativa do modo como a carga tributária é distribuída entre as várias categorias de contribuintes e a justiça da despesa, que envolve o problema dos gastos supérfluos e do esbanjamento de recursos públicos, seriam o verso e o anverso da mesma moeda, a justiça fiscal. Assim, para analisarmos as bases de uma despesa pública justa, precisamos pressupor que a distribuição dos encargos tributários também seja justa, visto que “no fundo, a tributação é sempre o resultado de decisões tomadas a montante que conduzem a despesas públicas que o imposto, de forma imediata ou com adiamento (dívida pública), deverá financiar” (SALDANHA SANCHES, 2010, p. 25).

O século XX foi marcado pelo surgimento e estabelecimento do Estado Social (ou para alguns, Estado de Bem-Estar Social), onde o Estado assume o papel de

prestador de serviços públicos a fim de garantir os direitos fundamentais. Mas para que haja essa atuação estatal, necessário se faz o custeio das atividades que é financiado a partir dos tributos.

As políticas públicas consistem nas ações do Estado em promover os direitos fundamentais através de decisões governamentais diante da insuficiência orçamentária e das demandas sociais. A partir desse prisma, a despesa pública pode ser objeto de análise de diversos campos científicos, como a Economia, a Sociologia, Administração Financeira, e inclusive, o Direito.

1. DA DESPESA PÚBLICA JUSTA

Diante da multiplicidade de conceitos na designação do que seria despesa pública, podemos afirmar que o que compõe o seu caráter jurídico é a necessidade de que toda despesa deve encontrar respaldo constitucional ou legal, apesar de que a decisão de gastar é, essencialmente, uma decisão política (OLIVEIRA; HORVATH, 2001, p. 74-87). Assim, por ser uma realidade jurídica, a definição do seu conceito reside no regime jurídico que disciplina o instituto, ou seja, o conjunto de normas jurídicas que disciplina despesa pública.

Em sua tese de mestrado na Universidade de Minho, Carla Sofia Souza Magalhães ao realizar um estudo sobre o

regime jurídico da despesa pública, define que as necessidades públicas são o fundamento jurídico do que é despesa pública, ou seja:

a despesa pública consiste num processo a duas velocidades de gasto de dinheiro público ou no dispêndio de bens por parte de entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazerem necessidades colectivas: a primeira velocidade pertence ao Legislador com base na proposta do Executivo (é a fase da programação e decisão orçamental); a segunda velocidade percorre o período financeiro e depende do Executivo e Administração Financeira que vão realizar a despesa pública orçamentada (e é a fase da decisão orçamentada) (MAGALHÃES, 2011, p.29).

Assim, podemos sintetizar a ideia de que a despesa pública está intrinsecamente ligada quanto a legalidade, na sua definição legislativa, e quanto a legitimidade, nas necessidades públicas aos quais supre quando da sua execução. A autora defende a

tese de uma ecologia jurídico-financeira, onde os direitos fundamentais sociais se trata de direitos subjetivos, inclusive o direito a uma despesa pública justa⁹⁶.

Além de analisar os critérios puramente legais (forma processualística, objeto material), para a configuração de uma despesa pública justa, também se faz necessário análise de seus pressupostos legitimadores, quais sejam, se as necessidades públicas atendem aos anseios da sociedade e aos fundamentos basilares do Estado de Direito.

Essa noção de despesa pública justa precisa estar amparada em outros critérios, como a sustentabilidade financeira e a reserva do financeiramente possível. No entanto, o legislador/administrador público não pode minorar a efetivação dos direitos fundamentais enquanto elemento central do direito a um mínimo de existência condigna. Assim, o poder judiciário pode ser convocado à realização de despesas buscando uma visão substancialista de justiça social.⁹⁷

⁹⁶ Para a autora, “a Despesa Pública também pode ser encarada modernamente como um dever fundamental dado o carácter complexo da relação jurídica de Despesa Pública. A boa execução e a boa realização da Despesa Pública é um direito-dever de todos; os direitos fundamentais sociais assumem-se como *direitos de solidariedade*” (MAGALHÃES, 2011, p. 136).

⁹⁷ “Defendendo uma visão substancialista da despesa pública, derivada da promoção do desenvolvimento humano, e advogando a existência de um conteúdo mínimo mesmo nos direitos fundamentais *não*

determináveis, sustentamos que o reconhecimento do conteúdo mínimo dos direitos sociais só faz sentido se esses mesmos direitos puderem ter uma leitura dinâmica, reeditando de novo uma certa ideia de proibição de retrocesso: não hesitamos, assim, em afirmar que sempre que o legislador dê passos na concretização da Justiça Social, no sentido de prover melhorias nas situações concretas das pessoas e de as tirar de situações de vulnerabilidade, deve ficar impedido de colocar as pessoas que estavam protegidas por essa medida numa situação pior do que aquela que já tinha sido encontrada ou até de desprotecção” (MARTINS, 2016, p. 457).

A pluralidade de significados atribuídos ao conceito de Justiça Fiscal está atrelada diretamente a concepção de receita e despesa enquanto mecanismos de financiamento das atividades estatais. E a partir da ideologia política dominante empregada pelo governo é possível identificar o tamanho do Estado e os mecanismos de satisfação das necessidades públicas. Podemos afirmar que a Justiça Fiscal, enquanto despesa pública, é um problema de Estado, de como serão geridos os recursos para que sejam alcançados os anseios da sociedade. E o parâmetro normativo para definição do que seja uma despesa pública justa no Brasil é a Constituição Federal.

Para definir as prioridades de ação, o constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais que deveriam indicar, de forma impositiva, quais políticas públicas seriam necessárias para alcançar tais objetivos, como erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e garantir o desenvolvimento nacional.

Ressaltamos o papel fundamental do Estado na concepção moderna de realização da justiça distributiva⁹⁸ através da realização

de uma despesa pública justa, que atenda aos fins sociais constitucionalmente propostos.

No entanto, o que se percebe é que ainda existe uma falta de debate público nas questões que envolvem a atividade financeira do Estado. Os espaços de discussão são ainda dominados pelos grupos de interesses que buscam se beneficiar em detrimento da maioria da população. É de fundamental importância o exercício da cidadania na definição das políticas públicas e consequentemente, na definição dos gastos públicos (SALDANHA SANCHES, 2010).

1.1 Da despesa pública justa e austeridade fiscal

Pensar em justiça fiscal também nos remete a discussão sobre como Poder Judiciário atuará nas demandas que envolvam as ações políticas em períodos de austeridade, principalmente no que tange à análise judicial da despesa pública.

Para Ferreira e Pureza, existem dois Estados constitucionais em frequente tensão: um de Direito, como resultado das conquistas históricas na luta por direitos, preconizado na multidimensionalidade da democracia; e outro de Exceção, que é caracterizado pelo

⁹⁸ Justiça distributiva designa um constructo relacionado à maneira como as pessoas avaliam as distribuições de bens positivos (renda, liberdade, cargos políticos) ou negativos (punições, sanções, penalidades) na sociedade. Ao fazer julgamentos distributivos, os indivíduos avaliam, a partir de

parâmetros que determinam qual método distributivo é mais ou menos justo aplicar no contexto da distribuição, em que medida a distribuição favoreceu ou prejudicou os envolvidos (SAMPAIO et. al., 2002, p.632).

encurtamento de direitos e diminuição de serviços públicos, em razão de um alegado estado de necessidade (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 283), onde prevalece a supremacia política de entidades não eleitas na condução da política econômica.

Como mecanismo político de enfrentamento da crise, muitos governos têm buscado como principal, quando não única alternativa, a adoção de medidas de austeridade, como congelamento ou redução de gastos com políticas sociais, reformas trabalhistas e previdenciárias, o que impacta diretamente nos limites de atuação do Estado Social.

A principal questão trazida é em qual medida seria possível para dar legitimidade as medidas políticas de corte de direitos sociais? É importante ressaltar que esse fenômeno não é restrito a Portugal ou ao Brasil, mas consiste em como os países têm respondido as medidas de austeridades nas mais diversas crises econômicas. Ou seja, esse não se trata de um modelo comparativo, muito menos de direito comparado, tendo esta internacionalização da judicialização da austeridade atingido uma dimensão institucionalmente centralizada nos Estados de Direito (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 290).

Como consequência natural dessas ações austeras, surge o fenômeno de judicialização de tais políticas de austeridade nos tribunais constitucionais. O Poder

Judiciário é convocado a dizer o direito, e inclusive a limitar direitos, reclamados pelos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de legitimar, ou não, os modelos propostos como sendo fruto de um estado de necessidade convencionado como Estado de Exceção.

Durante uma entrevista coletiva no ano de 2015, o então Ministro Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, ao citar a obra de Norberto Bobbio, afirmou que entre os séculos XX e XXI, o mundo passou a viver a era dos direitos, e por isso, o Poder Judiciário teria assumido o papel de protagonista na vida social e política.

O Ministro argumentou que o século XIX, em razão das revoluções liberais, foi o século do Poder Legislativo, como sendo o grande órgão de expressão da vontade do povo. A lei como vontade do povo, e a democracia representativa sendo uma das maiores conquistas do período revolucionário liberal, concentrou suas expectativas de resolução dos problemas sociais a partir da criação de leis.

Já durante o século XX, em razão das crescentes demandas sociais decorrentes das duas grandes guerras e das demais revoluções, ele afirmou que este seria o século do Poder Executivo, pois tal Poder seria o mais apto a enfrentar os grandes desafios da época. O Estado de Bem-estar Social reclamava um Poder Executivo forte,

atuante na vida social como a grande máquina de políticas públicas.

“Mas o século XXI é o século do Poder Judiciário”, afirmou o Ministro, argumentando que a inflação de demandas judiciais é um efeito da ideia de que o Poder Judiciário seria o único legitimado a responder os problemas da sociedade que anseia por direitos.

Diante de tais afirmações, torna-se muito propícia as reflexões de Messias José Caldeira Bento, ao tratar sobre o poder dos juízes. Para o autor, o Poder Judiciário, diante da explosão de litigiosidade do presente século, precisa ser devidamente controlado para bem exercer seu papel social. E para tanto, é necessário que os juízes exerçam sua função de julgar não como um poder hercúleo, mas com um espírito de missão, de sacerdócio, pois o que caracterizaria a função jurisdicional é o seu espírito de servir (BENTO, 2003, p. 299).

Para garantir a repartição dos poderes, é necessário que o Estado-Juiz ao desempenhar a sua missão, exercite a autocontenção evitando tentações midiáticas e de justiceiros e possua independência vocacional, necessária para o cumprimento do seu dever ético-social de julgar legitimamente.

Tais preocupações trazidas pelo autor em 2003 são facilmente entendidas na atualidade, diante da atuação de magistrados no cenário político-policial. A

autocontenção, apregoada como sendo de vital importância para evitar as tentações midiáticas e de ser justiceiro, a fim de se garantir a imparcialidade e isenção que deve ser própria dos juízes, tem sido substituída pela espetacularização da atividade jurisdicional, e o populismo judicial fere de morte a imparcialidade e independência tão caras a esse Poder.

O que nos parece é que o complexo de Juiz Hércules, diferente do que para Dworking significa, tem sido interpretada de maneira desvirtuada, onde seria apenas destacado o conteúdo mítico do personagem, a sua força, e divindade, o que nos revelaria exemplos reais de estrelismo e tirania judicial, supostamente, em nome da lei.

Na experiência transjurídica internacional, a judicialização da política tem experimentado diversas fases de ativismo judicial. A primeira fase se traduz no protagonismo judicial na esfera penal, em que se percebe o afrouxamento das garantias constitucionais, e as decisões judiciais legitimam essas medidas de exceção em processos judiciais que envolvem casos de corrupção e desvio de verbas públicas, subsidiadas pelo clamor popular, a exemplo de prisões decorrentes unicamente em razão de delações premiadas, muitas vezes sem nenhum outro respaldo probatório.

A segunda fase da judicialização da política em momentos de austeridade consistiu na crise do Estado Social, na

ineficiência do Estado em prover de forma eficiente os serviços públicos e de proteção da sociedade. A legitimidade do modelo político econômico consiste no debate central das ações judicial, inclusive no questionamento dos papéis dos poderes Legislativo e Executivo na concretização desse Estado.

Já a terceira fase destaca a atuação jurisdicional como o processo de ativismo judicial da questão social. O juiz toma para si poderes, muitas vezes políticos e decide com base em argumentos que flexibilizam normas e garantias fundamentais, em razão do estado de exceção. Quando não, atua diretamente na formação e produção de leis usurpando a função legislativa, e ditando conteúdos de políticas públicas, tarefas próprias do poder executivo, ferindo de morte o princípio da separação dos poderes em razão dessa austeridade. Para Ferreira e Pureza, “a judicialização da política de austeridade é, assim, sinónimo de judicialização da questão social que emerge das reformas estruturais que objetivamente desmantelam o Estado Social.” (FERREIRA; PUREZA, 2014, p. 285).

Para justificar a necessidade do afrouxamento das garantias constitucionais, os principais argumentos empregados para possibilitar a legitimidade das medidas de cortes de direitos sociais próprios do Estado de Exceção consiste no primado dos compromissos internacionais (e na sua

natureza vinculativa) e a inevitabilidade de medidas excepcionais, que justificaria a adoção de tais medidas para se evitar consequências mais gravosas em decorrência do estado de necessidade financeira.

No sentido de que haja uma atuação jurisdicional que revele a justiça fiscal em momentos de austeridade é imprescindível que a decisão seja fundamentada a partir do princípio da proteção a confiança, que seria traduzido em evitar onerosidade excessiva de tais medidas austeras e a arbitrariedade na adoção de medidas que seriam incabíveis para alcançar os objetivos que lhes foram justificadas; do princípio da igualdade, como exigência de que os sacrifícios sofridos sejam proporcionais a todos nos períodos de austeridade; e por fim, mas não menos importante, o princípio da proporcionalidade, visto que as reformas estruturais preconizadas quase sempre resultam na redução do Estado Social e geradoras de desigualdade social.

1.2 Justiça fiscal, extrafiscalidade e redução de desigualdades sociais

A justiça fiscal da despesa constitui a visão social de um Estado que deve procurar atender ao interesse público priorizando a dignidade da pessoa humana ao realizar os gastos públicos como ferramenta fundamental do seu modelo de desenvolvimento econômico e social.

Também é forçoso reduzir os gastos desnecessários e a subordinação desses gastos a casos de corrupção e no pagamento de dívida pública ilegal e ilegítima. Contudo, a disponibilidade do gasto público para satisfazer objetivos de combate à desigualdade e à pobreza continua muito ameaçada por essas mazelas e por outras ineficiências.

Assim, podemos dimensões da injustiça fiscal da despesa estão na corrupção, na realização de superávit primário para pagamento da dívida pública e gastos sociais desnecessários. Assim, é de fundamental importância reorientar a prioridade da despesa pública a fim de que se atenda a diminuição das desigualdades sociais.

A redução das desigualdades é um dos principais desafios para o Estado no século XXI. A justiça fiscal da despesa se concretiza quando os gastos públicos são realizados priorizando a diminuição das desigualdades sociais. Para tanto é necessário reorientar a despesa pública para a realização e concretização de políticas públicas que promovam desenvolvimento econômico e social a ampliar a participação dos cidadãos no processo de definição da despesa pública.

Para discutir a extrafiscalidade⁹⁹ numa perspectiva de justiça fiscal, é fundamental fazer uma abordagem a partir da finalidade pública que se espera alcançar ao se utilizar desse instrumento de intervenção estatal na economia. A principal característica do imposto é a sua fiscalidade, ou seja, sua capacidade arrecadatória para fazer jus as despesas públicas. Assim, quando os impostos são utilizados com outra finalidade além da arrecadatória e da redistributiva, temos a extrafiscalidade, que objetiva uma função diversa da fiscal, ou seja, a finalidade de estimular ou desestimular comportamentos sociais.

A extrafiscalidade pode se destinar a reduzir desigualdades sociais, a partir do momento em que seu uso se faz beneficiando diretamente a população a partir de ações concretas de estímulos a consumo, por exemplo. Assim, a extrafiscalidade, atua de forma prévia na relação Fisco e Contribuinte, cumprindo sua função social antes mesmo da arrecadação. Essa função não é realizada com gasto direto do dinheiro público, mas, através de políticas fiscais intervencionistas nas relações privadas.

Assim, podemos exemplificar como antecipação de resultado da função social dos

⁹⁹ Segundo Cláudia de Rezende Machado de Araújo, o Estado Brasileiro “ao estabelecer como um dos seus princípios fundamentais fazer justiça social e diminuir as desigualdades econômicas, tornou necessária a sua intervenção nas relações sociais para atingir esses objetivos. Nesse quadro constitucional, acompanhado das tendências neoliberais, a extrafiscalidade adquire

singular importância. Na Constituição brasileira de 1988, encontram-se duas espécies de normas constitucionais extrafiscais: as que visam à realização do desenvolvimento nacional e as que visam à realização da justiça social” (ARAÚJO, 1996, p.333).

tributos que objetiva a diminuição das desigualdades sociais, quando são aplicados de forma a intervir em setores econômicos e sociais, políticas públicas de caráter fiscal (através de impostos) que tenham por finalidade incentivar o cumprimento da função social da propriedade, desestimular o consumo de alimentos e bebidas que sejam prejudiciais à saúde, reduzir tarifas de transportes públicos e do valor dos alimentos da cesta básica, gerar empregos e a diminuir a taxa de juros dos financiamentos do sistema habitacional para as pessoas de baixa renda.

A extrafiscalidade pode se dar tanto através das imunidades fiscais, quanto das isenções de impostos. A legitimidade de tais políticas precisa estar prevista constitucionalmente, através dos parâmetros da adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas extrafiscais. Mas, por outro lado, é de essencial importância verificar se uso da extrafiscalidade está sendo corretamente aplicado.

Tomemos por exemplo uma lei do estado do Rio de Janeiro que define os itens da cesta básica que recebem isenção total ou redução de ICMS, a Lei 4.892 de 2006. Ao estipular os itens que compõem a cesta básica do fluminense, o legislador não estipulou diferenciação nos cortes de carnes que fariam parte da cesta. Assim, cortes como filé mignon, picanha e alcatra, que custam entre R\$ 40 e 60 reais o quilo, também recebem

isenção fiscal por ser considerados itens de cesta básica, mesmo que os mais pobres, nunca venham a ter condições reais de consumir estes tipos de cortes nobres. Só nesse exemplo, estima-se que o Estado do Rio de Janeiro deixou de arrecadar mais de R\$ 1,5 bilhão durante a anistia de filé mignon que perdura desde o início dos anos 2000.

Assim, ressaltamos a importância do instituto da extrafiscalidade na redução das desigualdades sociais, mas também ressaltamos a necessidade de verificar se as medidas adotadas atendem aos fins constitucionais que legitimam as isenções e imunidades fiscais.

Para combater a desigualdade, são necessárias políticas fiscais capazes de reequilibrar o poder econômico, bem como político, entre os grupos sociais. Para isso, além de políticas tributárias justas, é necessário garantir a verdadeira representatividade de todos os setores nas prioridades do gasto público, especialmente dos grupos mais vulneráveis através de processos de participação cidadã. É fundamental atingir um gasto público que esteja a serviço do bem comum e que garanta direitos a todos e com maior capacidade transformadora da realidade social injusta e discriminadora.

Também é necessário reduzir os gastos desnecessários e a subordinação desses gastos a casos de corrupção e no pagamento de dívida pública ilegal e

ilegítima. Contudo, a disponibilidade do gasto público para satisfazer objetivos de combate à desigualdade e à pobreza continua muito ameaçada por essas mazelas e por outras ineficiências.

Assim, podemos dimensões da injustiça fiscal da despesa estão na corrupção, na realização de superávit primário para pagamento da dívida pública e gastos sociais desnecessários. É de fundamental importância reorientar a prioridade da despesa pública a fim de que se atenda a diminuição das desigualdades sociais.

A participação cidadã em assuntos fiscais e nas políticas públicas em geral tem a vantagem de promover maior cultura fiscal, e que garante a legitimidade dos processos decisório de emprego das verbas públicas, fortalecendo a democracia e visando um maior crescimento do gasto público em serviços sociais básicos.

A política fiscal é o reflexo da visão e do tamanho do Estado que a sociedade deseja. E a justiça fiscal é uma de suas ferramentas mais fortes para combater as desigualdades de forma direta e é ainda mais poderosa quando empregada com outras políticas públicas.

A redução das desigualdades é um dos principais desafios para o Estado no século XXI. A justiça fiscal da despesa se concretiza quando os gastos públicos são realizados priorizando a diminuição das

desigualdades sociais. Para tanto é necessário reorientar a despesa pública para a realização e concretização de políticas públicas que promovam desenvolvimento econômico e social a ampliar a participação dos cidadãos no processo de definição da despesa pública.

O princípio da vedação do retrocesso e a reserva do possível são os elementos centrais para a compreensão da despesa pública justa. E, portanto, as decisões políticas econômicas precisam atender o que já foi conquistado historicamente em termos de direitos, evitando o retrocesso, mas diante de uma alternativa financeiramente possível, a fim de garantir o direito de existência digna dos indivíduos como fim principal do próprio Estado.

1.3 Estado e renúncia fiscal

É extremamente problemática qualquer tratativa que envolva a centralidade de tributos para financiamento das atividades estatais, especialmente em Estados como o nosso, com alto grau de corrupção e falta de transparência na gestão dos recursos públicos. Mas, um Estado tido como social só pode alcançar seus objetivos materiais através de instrumentos financeiros, sendo a tributação o principal deles.

Para o Governo, o equilíbrio das contas parece só fazer sentido através do binômio corte de gastos sociais e aumento da arrecadação de impostos, mas segundo o site

Fatos Fiscais do TCU, a renúncia fiscal em 2022 atingiu R\$ 581,5 bilhões, correspondendo a 31,3% sobre a receita primária líquida e 5,9% do PIB. Foram contabilizados R\$ 461,1 bilhões de benefícios tributários e R\$ 120,4 bilhões de benefícios financeiros e creditícios.

Para a Lei de Responsabilidade Fiscal, a **renúncia de receitas** compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondem a tratamento diferenciado (art. 14, § 1º da Lei Complementar 101/2000), onde se configura como instrumento de política econômica e social.

O que gera maior dificuldade na temática não é tão somente o benefício em si, mas a ineficiência deste na efetivação de direitos sociais e no alcance esperado de seus objetivos almejados. Em um Estado Fiscal, a renúncia fiscal nos parece um contrassenso, pois essa perda na arrecadação acaba por tornar o sistema tributário mais injusto ao concentrar a imposição tributária em uma base restrita e sobrecarregada de tributação do consumo para dar o sustentáculo financeiro aos gastos públicos, que cada vez mais tem sido preterido em termos de políticas sociais, em nome dessa organização das contas públicas.

Sem contar que, na contramão dos sistemas tributários progressivos, onde se almeja a tributação no setor produtivo, e diminuição da incidência tributária no consumo, quase 2/3 dos benefícios financeiros e creditícios são concedidos aos setores agropecuário e produtivos, sendo pouco mais de 1/3 destinado a benefícios sociais.

Frente a esta questão, nos parece que o alargamento da base tributária e a redução dos benefícios fiscais que não geram os efeitos sociais esperados seriam uma alternativa viável para aumento da arrecadação sem a sobrecarga do aumento da tributação.

Assim, é inegável o papel da tributação como fonte regular de financiamento das atividades estatais, e, apesar da renúncia fiscal ser um instrumento de política econômica e social, o que se percebe é que ela não vem alcançando os objetivos almejados, seja pela falta de controle, seja pela falta de informações para a concretização das políticas públicas relacionadas ao benefício fiscal.

1.4 A justiça fiscal entre gerações

O sentido de justiça intergeracional¹⁰⁰ é um dos valores centrais ao refletir sobre a dívida pública e os seus efeitos passados, presentes e futuros. O endividamento consiste na antecipação de recursos no agora para o pagamento no futuro acrescido de juros. Isso significa que o tempo é um dos elementos caracterizadores da relação jurídica geradora do endividamento e que repercute juridicamente ensejando consequências intertemporais:

A justiça distributiva apresenta três dimensões: justiça internacional, social e intergeracional. Apenas uma justiça intergeracional alcançaria uma equidade de viver de forma qualitativa entre gerações. Quando se trata de justiça intergerações, não se pode pensar na justiça entre presente e passado remoto, seria difícil do ponto de vista de que o conceito de justiça é diferenciado (MENDES, 2016, p.12)

A justiça intergeracional não é um princípio exclusivo no tratamento das contas públicas. Também discutida no direito ambiental, nas questões cíveis que ensejam o

dano coletivo, a ideia de intergeracional está baseada no consenso dos cidadãos de que o seu comportamento atual gera impactos na vida, no meio ambiente e na sociedade das gerações futuras, sejam eles positivos ou negativos. Assim, o núcleo da justiça intergeracional consiste em se constatar quais os sacrifícios das pessoas que vivem hoje, aqui e agora, podem onerar gerações futuras.

A questão de JI relativa as finanças públicas, é a de saber até que ponto é legítimo aos decisores políticos gerir a despesa pública e ainda assim criar disponibilidade para uma margem de manobra para os futuros decisores políticos. Nesta conformidade os actuais decisores não podem sobrecarregar os cidadãos com encargos/despesa excessivos (FERREIRA, 2013, p.596).

Mas é preciso ressaltar que o financiamento das políticas públicas para atendimento das necessidades atuais também é uma questão de direitos fundamentais tanto quanto de prover os recursos necessários para satisfação das necessidades das gerações

¹⁰⁰ O professor Fernando Facury Scaff, em um uma análise sobre o crédito público e sustentabilidade financeira nos leciona que “*Equidade intergeracional* é um tema que foi tratado pelo filósofo político norteamericano, John Rawls, para quem um sistema econômico não é apenas um dispositivo institucional para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas um modo de criar e modelar necessidades futuras. Diz o filósofo que “cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de

capital real. Essa poupança pode assumir várias formas, que vão do investimento líquido em maquinário e outros meios de produção ao investimento na escolarização e na educação”. Assim, continua “a equidade intergeracional necessita levar em consideração os interesses da *geração presente*, a fim de que esta também possa gozar dos frutos da arrecadação atualmente presente, e da *geração futura*, a fim de que esta não seja excessivamente onerada pelos compromissos assumidos no passado”. Cf. Revista Direito à Sustentabilidade – Unioeste - v.1, n.1, 2014, p 37-38.

futuras. Paulo Marrecas Ferreira nos ensina que:

A política pública é, possivelmente, o que pode auxiliar os cidadãos a ocupar o espaço que eles legitimamente merecem. A política pública é o instrumento para os cidadãos poderem exercer o seu poder. A “poupança adequada” de Rawls, pode ser transportada para a relação cidadãos-Estado e cidadãos-gerações futuras – a “poupança adequada” vai capacitar prossecução da vida da nossa sociedade. Este é o dever intergeracional. Está directamente ligado aos orçamentos e à despesa pública; está implícito no ambiente, nas instituições, nos recursos disponíveis e na viabilidade da sua alocação e do seu emprego. É isto que torna as finanças públicas tão importantes e a razão pela qual são tão necessárias (FERREIRA, 2013, p. 592-593).

As medidas de austeridade para o equilíbrio das contas públicas, apesar de necessárias, não pode promover um sacrifício tão desproporcional que impeçam os cidadãos atuais a usufruírem o mínimo da sua dignidade enquanto pessoa humana. E o Estado tem essa função social de proporcionar ao seus os meios para isso:

“As finanças públicas estão no coração da alocação dos recursos e da justiça distributiva, por via da despesa pública que deve

equilibrar a possibilidade de multiplicação da riqueza e o desenvolvimento e uma verdadeira redistribuição do rendimento por via dos impostos, além de facultar assistência aos cidadãos socialmente e economicamente em desvantagem (FERREIRA, 2013, p.594).”

A justiça intergeracional é uma questão de direitos fundamentais e precisa observar a proporcionalidade dos encargos entre as gerações. Para se evitar o crescimento empobrecedor, em que apesar de terem a realização de obras que a priori poderia ser um avanço infraestrutural significativo, a conta a ser paga estrangula o orçamento de tal forma que impossibilita a adoção pelo Estado de políticas públicas consideradas essencial para a ordem jurídica constitucional estabelecida.

O elemento central para a promoção de uma justiça intergeracional é que o endividamento público seja realizado a partir da eficiência institucional – a eficiência está ligada a boa gestão do recurso público, sem a perda de valores em razão de desvio de verbas, corrupção, centrado na satisfação das necessidades públicas, para que como medida de justiça fiscal, as contas públicas sejam sustentáveis a fim que se alcança o desenvolvimento pretendido para o crescimento mesmo após épocas de crise¹⁰¹.

¹⁰¹ O carácter intergeracional da sustentabilidade financeira é o foco deste problema. Governos

irresponsáveis, que aumentam gastos públicos rígidos, custeados a partir de empréstimos públicos - mesmo

2. DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E JUSTIÇA FISCAL

O Estado Fiscal consiste na tipologia política onde a base do financiamento público se dá a partir de tributos unilaterais ou impostos, ou seja, não é necessária uma contraprestação direta do Estado para o contribuinte dos recursos. A maioria dos Estados Nacionais pertencem a este tipo de estruturação de finanças públicas.

Na atualidade, somado a ideia do Estado Fiscal, temos a atuação do estado na vida social através de políticas públicas que garantam um mínimo existencial para uma vivência digna dos seus cidadãos. Essa perspectiva de um Estado Fiscal Social está fundada na ideia de solidariedade, onde os impostos passam a ser o preço por uma sociedade civilizada.

Quanto a concepção de Estado tributário ou taxador, ideia que começa a ser defendida a fim de se aplicar a pelo menos alguns setores da atuação estatal (regulação econômica e ambiental, por exemplo), o Estado passaria a atuar mediante o pagamento das despesas pela sua atuação, também conhecidos por tributos bilaterais. As taxas são exemplos de remuneração por

parte dos cidadãos pela provisão de serviços públicos divisíveis pelo Estado.

Nesse início do século XXI, a configuração do Estado tem passado por momentos de crise no que ficou convenionado de Estado pós-moderno, inclusive no que diz respeito a sua base de financiamento.

Durante o Século XX se deu a construção e consolidação do Estado Social baseado nos sistemas fiscais com base na teoria de soberania. No fim da primeira guerra, os direitos adquiridos de natureza econômico e social ganharam status constitucional, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimer de 1919 permitiram a ampliação da acessibilidade a direitos nunca vista anteriormente em todo processo civilizatório:

Após as grandes guerras mundiais, houve a necessidade de expandir o intervencionismo econômico e social do Estado (antes fundamentado pela militarização) e compatibilizá-lo com o Estado Democrático de Direito, pois como José Casalta Nabais nos relata:

Assim, quando se chegou ao fim do conflito, em 1918, pôs-se o problema de saber o que fazer: voltar ao Estado liberal anterior ou continuar com o “intervencionismo de guerra”, que, entretanto, deixara de fazer sentido. Ora, nenhuma das soluções era viável. Retornar ao Estado liberal anterior era muito difícil, pois havia muitas

que de longo prazo - devem ser coibidos de fazê-lo. Aqui se insere outra variável, que é a da qualidade do

gasto público, visando sua sustentabilidade (SCAFF, 2014, p.39).

atividades que o Estado assumira e que não podia pura e simplesmente abandonar, na medida em que se haviam constituído como um verdadeiro “adquirido econômico e social”. Por sua vez, continuar as coisas como estavam, era continuar desnecessariamente uma ‘economia de guerra’, quando o que era preciso era uma “economia de paz” voltada para o crescimento e desenvolvimento econômico ao serviço do bem-estar dos cidadãos (NABAIS, 2011, p.19).

Assim, com o suporte teórico de John Maynard Keynes, se estabelece o denominado Estado Social de Direito, com uma atuação estatal mais presente nas questões sociais, a fim de garantir aos indivíduos um rol amplo de direitos econômicos, sociais e culturais, além das liberdades públicas já conquistadas nos séculos anteriores:

Com efeito, a construção do Estado fez-se sobre uma determinada ideia de direito, sobre o direito como “ordem jurídica justa”, o que obriga o Estado a reconhecer e consagrar um

conjunto de direitos “niveladores e uniformizantes”, tidos como a medida da “igual liberdade”, que apetrecham os cidadãos com um mínimo existencial, pressuposto necessário da existência de uma efetiva liberdade (NABAIS, 2011, p.20).

Com o final do século XX e uma maior complexidade do sistema fiscal decorrente da globalização e da internacionalização que gerou a insuficiência da receita fiscal por causa da concorrência fiscal, dentre outras questões, como o superendividamento dos Estados sem os investimentos necessários em infraestrutura para promoção de crescimento econômico, se fez necessário reconstruir a socialidade na busca de medidas alternativas no intuito de promover o financiamento do Estado numa perspectiva sustentável.

A sustentabilidade¹⁰² financeira é apenas uma das questões que envolve a crise do Estado. Da mesma forma que o endividamento público é um instrumento fundamental para a distribuição

¹⁰² Sustentabilidade financeira é um conceito mais amplo que equilíbrio orçamentário, na leitura contábil-matemática do termo. Para que ocorra sustentabilidade financeira é necessário que seja estabelecido um período de tempo de médio e longo prazo, e que todos os elementos financeiros que estejam à disposição daquele ente público sejam analisados de forma conjunta, podendo mesmo haver déficits públicos periódicos visando alcançar certas metas sociais, e obter o necessário equilíbrio orçamentário, dentro do

período de tempo estabelecido. Trata-se de uma análise dinâmica do fenômeno financeiro, e não uma análise estática, limitada a um período de 12 meses. Esta noção de sustentabilidade financeira está mais próxima de um filme que de uma fotografia, está mais condizente com a lógica do equilíbrio orçamentário considerado como uma equação contábil-matemática (SCAFF, 2014, p.40).

intertemporal das políticas públicas, também pode ser tomado como um fator de risco quando feito sem limitações e critérios legais.

Para o desenvolvimento de uma política fiscal justa, a administração da dívida pública pode desempenhar um papel fundamental na determinação de sua sustentabilidade. E podemos afirmar que a dívida pública de um país é considerada sustentável se a restrição orçamentária do governo pode ser satisfeita sem ruptura nas políticas monetária e fiscal, ou seja sem a necessidade de emissão de moeda ou mesmo de aumento da carga tributária. E isso implica que o valor da dívida pública não deve ser superior ao valor presente de todos os superávits primários futuros, pois como nos salienta Ferreira, “o que nos conduz ao desenvolvimento sustentável, que é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades” (FERREIRA, 2013, p.593), conforme definição da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas ONU para discutir e propor meios de harmonizar o desenvolvimento econômico e a conservação do meio ambiente.

Ao discutir justiça fiscal, agora na visão da receita, o cerne da discussão está no princípio da capacidade contributiva, que se desdobra em vários outros princípios basilares e reconhecidamente de caráter

fundamental, pela importância na vida política e social de qualquer cidadão, em qualquer sociedade.

O sistema tributário nacional e conseqüentemente, o próprio direito tributário, enquanto conjunto de normas jurídicas que se destinam a regular a relação entre Fisco e Contribuinte na atuação imperiosa do primeiro em invadir o patrimônio do segundo a fim de se alcançar os recursos necessários para fazer face aos gastos públicos. E o tamanho dessa relação vai depender de como a sociedade quer esse Estado, se mais ou menos atuante nas relações sociais. Assim, uma das garantias de direito tributário é o seu arcabouço normativo que ao mesmo tempo que garante o conhecimento das normas tributárias, também ressalta seu caráter obrigacional.

Mas os fenômenos sociais são multidimensionais, principalmente aqueles de caráter econômico, que estão diretamente ligados a tributação. Não é de hoje que se fala da abertura de mercados e da globalização da economia. Mas como garantir justiça fiscal em um mercado global altamente concorrencial? Como a legalidade tributária pode ser um instrumento de segurança jurídica?

Para esta análise, se utilizará o conceito de *Soft Law* aplicada ao direito internacional tributário que a reproduz como sendo uma norma que é criada no ambiente internacional sem caráter obrigacional

imperativo. Assim, a *Soft Law* em matéria tributária se configura como acordos entre os países em adequar sua legislação interna a partir de compromissos internacionais.

Uma questão sensível encarregada ao *Soft Law* tributário é o combate a concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planejamento fiscal abusivo. Essa normatividade seria o mecanismo mais adequado para regular a concorrência fiscal internacional, principalmente no Direito da União Europeia, que possui as características necessárias para implementação de normas de *Soft Law*.

O que se observa é que as pessoas (sejam físicas ou jurídicas) querem, a qualquer custo, não ter que arcar com os custos sociais através do pagamento de impostos. E muitas vezes, essas pessoas que atuam no comércio internacional são aquelas que possuem maior capacidade contributiva e geralmente encontram mecanismos de não pagarem os tributos devidos seja a partir da utilização de paraísos fiscais ou de planejamentos fiscais abusivos.

Fica claro que em tais situações, a justiça fiscal fica profundamente prejudicada, o que gera efeitos danosos para a própria sociedade e para o Estado, que se vê sem os recursos estatais necessários para a prestação de serviços em prol do bem comum e interesse coletivo. Ainda, tem-se como consequência o sentimento de injustiça fiscal, trazendo uma falsa percepção de que o

ideal é efetivamente não pagar os impostos, como comumente fazem os mais ricos e detentores da maior capacidade contributiva, em evidente prejuízo da solidariedade social.

Diante de uma concorrência tributária internacional, e desse ímpeto de injustiça social, ainda tem a adoção de medidas dos Estados em promover ações de renúncias fiscais que objetivam promover vantagens fiscais para receber empresas nos países concedentes. Para Igor Mauler Santiago, esse leilão invertido de vantagens fiscais pode gerar diversos efeitos dentre os quais:

a) indução à perda de eficiência econômica — uma empresa pode ser levada a instalar-se num país onde produza menos lucros do que geraria em outro, desde que a diferença de tributação compense a perda de rendimento, deixando para o investidor, ao final, um ganho líquido superior ao que lhe caberia se tivesse optado pelo país mais produtivo;

b) indução ao aumento de eficácia das despesas públicas, já que as receitas tributárias diminuem (em razão dos incentivos), mas as necessidades públicas a serem atendidas por meio delas permanecem as mesmas. Trata-se de um efeito positivo que pode fazer-se sentir num primeiro momento, embora ao final os resultados sejam desfavoráveis para todos os Fiscos envolvidos;

c) indução de injustiça fiscal, já que (a) a carga tributária tende a ser deslocada das

bases mais móveis (capital) para as bases menos móveis (trabalho e consumo), o que viola o princípio da capacidade contributiva, e que (b) as despesas públicas tendem a ser concentradas em favor dos contribuintes mais móveis, com o intuito de mantê-los no território do Estado, o que solapa a função redistributiva do imposto.

Em síntese, o que se busca é a efetivação da justiça fiscal, que se mostra cada vez mais distante da realidade atual em um cenário de concorrência fiscal sem a segurança jurídica de um ordenamento jurídico imperativo. Não existe o ímpeto do mercado para o pagamento de impostos pensando em realizar gastos sociais. Dessa forma, a imperatividade do direito é de fundamental importância na construção de uma cidadania fiscal. De fato, a constatação de que o problema existe é o passo inicial para a busca de soluções, e no âmbito tributário, inegavelmente, a efetivação da justiça fiscal é um dos desafios primordiais.

3. ORÇAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais representam, seguramente, o fundamento de toda ação estatal, a base da relação entre sociedade civil e governo. Noberto Bobbio, já dizia em seu clássico livro *A Era dos Direitos*, que o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais hoje, não

seria tanto o de justificá-los, mas sim, o de protegê-los. Ou seja, não se trata de um problema filosófico, mas de um problema político (BOBBIO, 2004, p.13).

Juristas, sociólogos, filósofos, cientistas políticos sempre procuraram fundamentar cientificamente os direitos fundamentais e sua importância para a sociedade e a vida humana. Desde o final do século XVIII, os direitos humanos consistem na ideologia social de alguns processos revolucionários que ocorreram na história da humanidade, principalmente o processo revolucionário instaurado pela burguesia. A partir de então, cada vez mais vêm se consolidando como um referencial dos valores jurídicos, políticos e sociais que garantem a legitimação das sociedades democráticas desenvolvidas na contemporaneidade.

É verdade que tais valores, muitas vezes, consistem mais em um discurso do que em realidade fática, pois ao mesmo tempo que se evidencia sua expansão, também se fazem conhecidas várias violações e desrespeitos aos direitos humanos, e se bem que é certo que são empregados como critérios de legitimidade nas sociedades desenvolvidas, a mesma capacidade técnica que acompanha o desenvolvimento tem incrementado o potencial destrutivo, levando a níveis desconhecidos na História.

Os direitos humanos são construídos historicamente, através de movimentos de lutas, reivindicação de direitos, e o seu reconhecimento está intimamente interligado com os acontecimentos históricos do seu período de surgimento. E o Estado, além da obrigação de respeitar os direitos (de natureza negativa), também tem a obrigação de proteger os direitos (contra violações de terceiros), de promover os direitos (atuação positiva do Estado) e de reparar os direitos violados (em razão de uma ação ou omissão estatal).

Mas não existe a efetivação de direitos sem que os recursos gerados pela sociedade sejam redistribuídos de forma justa a fim de garantir um mínimo de dignidade para a pessoa. Assim, o Estado precisa atuar positivamente, na prestação de políticas e serviços públicos para realizar, inclusive na esfera orçamentária.

Uma das maiores dificuldades na gestão atual dos fundos públicos é a apropriação dos recursos por setores específicos da sociedade tanto de forma lícita, (como no caso da preferência destinada ao fundo público para pagamento da dívida pública pertencente ao setor financeiro da economia) quanto de forma ilícita, como nos casos de corrupção, que envolvem grandes empresas que contratam com o Estado e subsidiam campanhas políticas, por exemplo.

A luta por direitos está intimamente ligada com a justa redistribuição dos recursos

públicos, e a positivação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais criou para os Estados um conjunto de obrigações a serem não só perseguidas, mas implementadas, sendo seu fim principal garantir uma vida digna para todos os seus cidadãos.

O Estado precisa tanto agir diretamente não violando direitos bem como implementando as políticas e serviços públicos, e indiretamente, regulando o mercado e disciplinando comportamentos privados (violência contra a mulher, criminalização do racismo).

O marco conceitual dos direitos humanos para análise orçamentária consiste nos compromissos que os Estados assumiram perante a sociedade nacional, em especial no pacto constitucional, e perante a comunidade internacional, nos tratados e convenções devidamente ratificados.

O conteúdo dos direitos humanos está em constante evolução. Os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais estão interligados com princípios que fundamentam o sistema de proteção desses direitos tanto a nível interno, quanto internacional. E para que isso funcione é necessário pensar nos meios materiais necessários para a implementação desse arcabouço protetivo.

Um dos princípios-norma que devem reger a atuação do Estado na realização de políticas públicas que efetivam direitos

humanos consiste na realização progressiva dos direitos humanos prevista no Pacto Internacional dos Direitos econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e que consiste no fato de que não pode haver retrocessos na realização de direitos, tanto em nível de medidas legislativas, aplicação de recursos ou outras medidas estatais que garantam a efetivação desses direitos para a população. Além da vedação ao retrocesso, a realização progressiva também prevê que o estado deve avançar na ampliação dos direitos garantidos, incorporando novos direitos resultantes da complexidade e dinamicidade das relações humanas.

Decorrente da realização progressiva, existe a imperativo estatal de aplicar o máximo de recursos disponíveis para a realização progressiva dos direitos humanos, ou seja, que a prioridade o Estado na alocação orçamentária de recursos públicos deveria ser para efetivação dos direitos humanos que satisfaça seu fundamento de promoção da dignidade da pessoa humana. É nesse ponto onde o orçamento se apresenta como o principal instrumento político e econômico para a realização progressiva dos direitos humanos, a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza.

3.1 A Constituição Dirigente Invertida

A constituição dirigente invertida consiste no fenômeno evidenciado na desarticulação das ordens financeira, econômica e social das constituições contemporâneas como reflexo da contradição entre o novo padrão sistêmico de acumulação do capital¹⁰³ e o paradigma da constituição dirigente¹⁰⁴.

O direito financeiro foi concebido inicialmente como uma disciplina jurídica de caráter instrumental, onde se evidenciava a rigidez de seus instrumentos financeiros, a partir de uma perspectiva de neutralidade frente ao ordenamento jurídico de cunho liberal, ainda do século XIX.

Durante o Estado Social vigente no século XX, mais especificamente, após a segunda guerra mundial, o direito financeiro se aproximou do direito econômico, evoluindo juntamente com o Estado que passou a protagonizar a organização do capitalismo através da participação ativa no domínio econômico.

Para Bercovici, “a articulação do direito financeiro com o direito econômico teve como ponto de convergência a organização jurídica do espaço político-

concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total (NOVELINO, 2009, p. 113).

¹⁰³ Capitalismo financeiro.

¹⁰⁴ A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem

econômico da acumulação, modulada de acordo com o regime econômico e com o papel atribuído ao Estado na estruturação do domínio econômico” (BERCOVICI, 2006, p. 5). A estruturação de uma ordem econômico-financeira integrada, através das ações de planejamento e políticas públicas, configurou o constitucionalismo no século XX através da integração progressiva entre economia e finanças públicas.

A estruturação do atual sistema financeiro previsto no Constituição Federal de 1988 se iniciou durante o período militar com o Plano de Ação Econômica do Governo de Roberto Campos e Octávio Gouvêa de Bulhões (em 1964), que, à época era composto de quatro peças orçamentárias distintas:

a) Orçamento Geral da União: formado exclusivamente pelo orçamento fiscal, que durante o período militar se caracterizava sempre pelo seu equilíbrio, sendo a única peça que passava pela aprovação do Congresso Nacional.

b) Orçamento da Previdência Social: com sua definição e execução apenas no âmbito do Poder Executivo.

c) Orçamento das Empresas Estatais: também definido e executado pelo Poder Executivo.

d) Orçamento Monetário: elaborado pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, se baseava nas metas do Banco Central e do Banco do Brasil, em especial, da conta-movimento que representava a emissão de moeda pelo Tesouro Nacional para fazer frente ao déficit público. Fabrício Augusto de Oliveira, ressalta que as contas de programas eram, em boa medida, “abertas”, já que não havia limites específicos de recursos, sancionando facilmente a expansão e o governo (OLIVEIRA, 1991, p.186).

A crise mundial da década de 1970 contribuiu para a mudança do sistema de financiamento do Estado Brasileiro caracterizado pela busca de um maior controle e equilíbrio dos gastos públicos como, por exemplo, a criação da Secretaria de Controle de Empresas Estatais¹⁰⁵ e a designação do Banco Central como única autoridade monetária cujo foco era o combate à inflação.

A redemocratização na década de 1980 acelerou o processo de reestruturação do sistema financeiro com a criação da Secretaria do Tesouro Nacional, do encerramento da Conta-Movimento do Banco do Brasil e com a implementação do “Plano Bresser”¹⁰⁶, que remeteu ao

¹⁰⁵ Decreto n. 84.128, de 29 de outubro de 1979.

¹⁰⁶ Decretos n. 94.443 e 94.444, de 12 de junho de 1987 e Decreto-Lei n. 2.376, de 25 de novembro de 1987.

Ministério da Fazenda a gestão da dívida pública.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 consagrou a unificação e centralização orçamentária, objetivando o aumento da transparência dos gastos públicos e a ampliação da participação do Poder Legislativo no processo de elaboração, aprovação e execução do orçamento¹⁰⁷. Encerrando esse processo com a privatização dos bancos estaduais e a federalização das dívidas públicas dos Estados na década de 1990 e a aprovação da Lei Complementar n. 101 de 2000, que estabeleceu a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A tentativa de controle de gastos objetivo do processo de reestruturação das contas públicas acabou resultando na desarticulação da ordem financeira e da ordem econômica, que possibilitaria na prática o desenvolvimento econômico e social buscado pelo constituinte. Ou seja, para Bercovici, “um dos motivos é a separação que a doutrina e a prática constitucionais pós-1988 promoveram entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988” (BERCOVICI, 2006, p.13).

Assim, essa desassociação entre as constituições financeiras e econômica e social contribuiu para a concepção de que essas últimas (as constituições econômica e social) seriam, na concepção de José Afonso da Silva, normas programáticas, ou seja, não passível de ser imediatamente concretizadas por necessitar de regulamentação posterior (SILVA, 1998, p.135-164).

Ressaltamos que esse processo de mudança de função do orçamento público não é resultado exclusivo das peculiaridades históricas brasileiras, mas está inserido nas transformações do sistema capitalista de ordem mundial ocorridas desde a década de 1970. Desde a consolidação do Estado Social, os recursos públicos objetivaram garantir direitos sociais e serviços públicos para a maioria da população, passando, no processo de “financeirização” do capitalismo, a ser um instrumento essencial com o objetivo de garantir a remuneração do próprio capital, devido ao aumento dos gastos públicos que impulsionou as despesas com política monetária em razão das altas taxas de juros. Portanto, o direito financeiro acaba assumindo uma nova função de garantir o investimento privado, em razão do déficit público e do pagamento da dívida pública, em detrimento dos direitos sociais e econômicos.

¹⁰⁷ Constituição Federal, art. 165: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

Esse impasse atual de controle do orçamento monetário¹⁰⁸, que visa a estabilização monetária, subordinou as políticas fiscais de uma ordem econômica intervencionista e dirigente provocando sua inefetividade por privá-la de instrumentos financeiros e orçamentários na ordem estatal brasileira, afastando o direito financeiro do debate democrático, já que essas políticas são definidas sem a participação do Congresso Nacional.

Dentre as várias críticas realizadas por autores conservadores formuladas contra a ordem econômica e social prevista na Constituição Federal de 1998, o que configuraria na acepção de Canotilho como uma constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais, o engessamento do processo de decisão política, gerando uma situação de ingovernabilidade.

Dessa forma, Bercovici define o conceito de Constituição Dirigente Invertida, que consiste na constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal que é vista como algo positivo para a credibilidade e confiança do país junto ao sistema financeiro internacional, e que vincula toda a política do Estado Brasileiro à tutela estatal

da renda financeira do capital, evidenciando nas políticas que priorizam, por exemplo, o pagamento da dívida pública em detrimento de políticas sociais.

3.2 O orçamento e as políticas públicas

Ao se afirmar que o orçamento é um importante instrumento político e econômico para a concretização de direitos humanos é imperioso entender quais os mecanismos para a aplicação dos recursos públicos em políticas de direitos humanos possam ser executados e fiscalizados.

O Instituto de Estudos Socioeconômicos elaborou uma metodologia de análise orçamentária que busca analisar o orçamento na perspectiva de direitos humanos a partir de cinco pontos de análise a saber: o financiamento do Estado com justiça social; aplicação do máximo de recursos disponíveis; realização progressiva dos direitos humanos; não discriminação e promoção da igualdade e a participação social¹⁰⁹.

Assim, para permitir que haja a coerência entre as ações estatais de natureza financeira e as políticas concretizadoras de direitos humanos, a elaboração e aprovação

¹⁰⁸ O orçamento monetário é definido pelo Banco Central e pelo Conselho de Política Monetária – COPOM.

¹⁰⁹ O Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) é uma organização da sociedade civil brasileira fundada em 1979 com a missão de contribuir para o

aprofundamento da democracia e a promoção dos direitos humanos, com um foco de atuação no Parlamento e nas políticas públicas. Desde 1991, o INESC elegeu o orçamento público como um instrumento estratégico para a análise e o controle social das políticas públicas.

do orçamento público precisa atender as necessidades públicas, mesmo diante do jogo de forças políticas e sociais, que pretendem usufruir do fundo público para atender seus interesses particulares.

No Estado Democrático de Direito, a definição do orçamento é realizada em conjunto entre o governante e o parlamento (o judiciário também participa desse processo como guardião da lei e da constituição), com a participação da sociedade civil, dada a importância política desse instrumento na vida social. Diante da multiplicidade de interesses e na escassez dos recursos, a definição das prioridades do governo tem partir de uma discussão mais ampla entre os setores da sociedade, em todos os seus segmentos e representações.

Existe uma correlação entre orçamento e política pública. O conceito de política pública é amplamente discutido pela doutrina jurídica, sociológica e política. Para a professora Celina Souza:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de

delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”.³ A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. (SOUZA, 2006, p.24)

Diante dessas concepções, a política pública é o meio pelo qual os governantes, pragmaticamente, efetivam os direitos humanos a partir de ações como construção de hospitais, remuneração de professores, ações afirmativas, dentre outras, que visa a garantir a dignidade da pessoa humana.

Na estruturação do orçamento, tal como no sistema tributário, o manejo dos recursos públicos deve priorizar as ações necessárias para a criação de empregos, combate a pobreza, a fim de se garantir a justiça social e diminuir a desigualdade social. A prioridade dos gastos com políticas públicas de direitos humanos é que faz com que o orçamento seja justo e social.

Quando o Estado faz uma escolha política de priorizar o pagamento do sistema da dívida pública, ele toma como prioridade a remuneração do sistema financeiro, em detrimento da alocação de recursos para promoção da distribuição de renda e justiça social. É uma escala de prioridades. E a fatia

do orçamento, nos momentos de crise, cada vez mais tende a diminuir.

O orçamento possui dois elementos centrais: as receitas e as despesas. As receitas, resultado da arrecadação, está amparada concretização de um sistema tributário justo com a redistribuição dos encargos. E as despesas, que consistem nos gastos públicos.

O Estado tem um papel central na realização do pacto social de gerenciar os recursos públicos para o atendimento das necessidades dos indivíduos e realização dos serviços públicos imprescindíveis para a implementação da dignidade da pessoa humana. Então quando tratamos de direitos humanos, também é cogente discutir a temática fiscal.

Um sistema tributário desigual aumenta a desigualdade social. Assim, da mesma forma que as definições de espessa públicas deverão ser justa, o sistema tributário nacional também deve ser levado em conta quando da análise orçamentária com uma perspectiva de direitos humanos.

Geralmente quando discutidas a regulação financeira e os dispêndios estatais são feitas de forma isoladas, ora se discutindo a arrecadação para o financiamento das atividades (questão tributária) e os gastos públicos (questão orçamentária).

3.3 Máximo de recursos disponíveis para a realização de direitos

A política econômica adotada pelo Estado revela qual o compromisso do governo na disposição de recursos para a universalização dos direitos humanos. Assim, quando visualizamos as prioridades do orçamento público e a quantidade de recursos (ou a limitação dos gastos, como é o caso da Emenda Constitucional nº 95 de 2016) que são empregados na efetivação de direitos, verificamos o impacto da dívida pública e dos juros no orçamento fiscal.

No capitalismo contemporâneo, os juros da dívida pública pagos pelo fundo público e a conhecida despesa “serviço da dívida” do orçamento estatal (juros e amortização) são alimentadores do capital portador de juros, por meio dos chamados “investidores institucionais” e dos grandes investidores privados nacionais e estrangeiros, que se apropriam das riquezas produzidas pelos países. Isso se dá por intermédio de um sistema financeiro global com baixa regulação e que objetiva somente a acumulação desenfreada de recursos à custa de privações de parte importante da população (CARDOSO et al, 2013, p.107-108).

Os vários programas de ajuste estrutural impostos por organismos internacionais no final do século XX e início do século XXI (FMI e Banco Mundial) aos países em processo de reestruturação de sua dívida pública consiste na lógica inversa do

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que propõe aos países signatários do tratado a aplicação máxima dos recursos disponíveis e a ampliação progressiva dos direitos humanos.

Com base no artigo 2º do Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados assumiram a obrigação de adotar medidas que viessem a assegurar de forma progressiva o pleno exercício desses direitos. Juntamente com a máxima aplicação dos recursos disponíveis, a realização progressiva dos direitos humanos está intimamente relacionada com outro princípio de direitos humanos, a vedação ao retrocesso, já reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileira, como na citação do Ministro Celso de Mello sobre o princípio em questão:

Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impedem que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêuti*

ca Constitucional e Direitos Fundamentais, 1. ed., 2. tir. 2002, Brasília Jurídica, p. 127-128; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, Almedina, item n. 03, p. 320-322; ANDREAS JOACHIM KRELL, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40; INGO W. SARLET, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, in Revista Interesse Público, n. 12, 2001, p. 99). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (GARCIA, 2010, p.67).

Flávia Piovesan, quando recorda que, “No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”, percebemos que apesar de ter construído várias dimensões de direitos

humanos, é possível que o ainda haja a possibilidade de retrocessos, sejam em nome de crises econômicas, em momentos de instabilidade política ou social (PIOVESAN, 2002, p.9).

Nessa linha de raciocínio, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E dessa forma, os direitos sociais, econômicos e culturais, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos, conforme preconiza o artigo 2º, § 1º do PIDESC (PIOVESAN, 2002, p.10).

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a participação da sociedade na definição dos destinos políticos do Estado e quanto maior esse grau de participação maior é o amadurecimento democrático da sociedade. Mecanismos

democráticos como orçamento participativo, audiências públicas, participação em conselhos gestores fazem com que a democracia participativa surta efeitos positivos na execução e ampliação de políticas públicas de direitos humanos.

2.4 Princípios na ordem jurídica internacional.

Os princípios da assistência e cooperação internacionais, presentes tanto na Carta das Nações Unidas quanto em diversos outros instrumentos internacionais vinculativos, são os fundamentos que expressam a necessidade dos países de lidar com os efeitos da dívida pública em matéria de direitos humanos.

Entre os propósitos da Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº. 19.841 de 22 de outubro de 1945, constitui objetivo das Nações Unidas conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e promover e incentivar o respeito direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Para alcançar esses fins, os Estados-Membros se comprometeram a tomar medidas, conjunta ou separadamente, em cooperação com a Organização nesse sentido:

As Nações Unidas estabelecem, ainda, como um dos seus objetivos, conseguir a cooperação internacional dos Estados para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, bem como promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todas as pessoas (artigos 1º, § 3º e 55 da Carta de São Francisco). Para isso, criou a Comissão de Direitos Humanos, que teve como objetivos iniciais, elaborar uma declaração universal de direitos humanos, aprovada em 1948, e tratados internacionais de caráter obrigatório. Dentre os principais instrumentos, destacam-se a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (CIDCP) e a Convenção sobre Direitos. Atualmente, eles exercem papel primordial em procedimentos de implementação, relatórios periódicos e arbitragem. Contudo, a verdadeira institucionalização do direito internacional dos direitos humanos surge somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Essa assembleia reconhece a universalidade dos direitos humanos e cria um sistema “onusiano” para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades, sem distinção de raça, sexo, língua ou

religião (LOPES, 2009, p.52).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados. Portanto, seria incompatível com este direito, uma ordem internacional caracterizada pelo extremo endividamento de países com baixo ou médio níveis de desenvolvimento, já que seriam incapazes financeiramente de cumprir suas obrigações em matéria de direitos humanos para seus cidadãos.

Outro importante instrumento normativo é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, visto que cada Estado Parte se comprometeu em adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Também ratificado pelo Brasil, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que os Estados Partes são obrigados a tomar medidas concretas para efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais empreendendo o máximo de recursos necessários disponíveis, e, se necessário,

dentro de um quadro de cooperação internacional (art. 4).

Da mesma forma, no parágrafo 2 do artigo 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, que os Estados Partes se comprometem a tomar medidas com a utilização do máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, para alcançar progressivamente a plena realização desses direitos. O entendimento é que esses instrumentos são imediatamente aplicáveis sob a ótica do direito internacional.

Além dos instrumentos mencionados, que são legalmente vinculativos para os Estados Partes, existem outros instrumentos que têm sido aprovados por vários organismos das Nações Unidas (especialmente o Conselho Econômico e Social e a Assembleia Geral), e que destacam os efeitos nocivos da dívida pública no gozo dos direitos humanos e que demonstram o compromisso político da comunidade internacional para reforçar a cooperação a esse nível no campo dos direitos humanos. Estes compromissos políticos reforçam as obrigações dos Estados no âmbito das normas internacionais de direitos humanos relativas, nomeadamente, à assistência e cooperação internacional.

Na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, é dever dos Estados

cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento e que os Estados devem realizar seus direitos e deveres de modo a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse comum e de cooperação entre todos os Estados, e encorajar o respeito e gozo dos direitos humanos:

Adiciona o artigo 4o da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento (PIOVESAN, 2002, p.13).

A Declaração de Viena e no Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirmou o direito ao desenvolvimento, tal como estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais e, também convocou a comunidade internacional para envidar todos os esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em

desenvolvimento para complementar os esforços dos governos desses países para fazer efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais de seus povos. A Conferência reconheceu que era essencial que os Estados e as organizações internacionais, em cooperação com as ONG, criassem condições favoráveis nos níveis nacional, regional e internacional, para o gozo pleno e efetivo dos direitos humanos.

A Declaração de Viena traz, essencialmente, uma abordagem holística dos direitos humanos, instando os Estados a eliminar todas as violações dos direitos humanos e suas causas, bem como os obstáculos adotadas que eles se opõem a realização destes direitos, nos quais, inclui a questão da dívida pública.

Finalmente, na Declaração do Milênio, onde foram estabelecidos oito desafios, que não constituem apenas um encargo substancial de direitos humanos a que se refere, mas também sublinha que a cooperação internacional é um elemento essencial da resposta global à crise da dívida. Os Estados expressaram seu compromisso de um sistema comercial e financeiro multilateral, equitativo, baseado em regras previsíveis e não-discriminatórias e, expressaram sua determinação em adotar uma agenda global e eficaz para resolver os problemas da dívida de baixa e média renda tomando várias medidas a nível nacional e internacional para tornar a sua dívida

sustentável a longo prazo, como por exemplo, as medidas especiais para enfrentar os desafios da erradicação da pobreza e desenvolvimento sustentável na África, como o cancelamento da dívida.

3. O SER HUMANO COMO CENTRO DO ORÇAMENTO

Na análise comparativa da política econômica centralizada no pagamento da dívida pública em relação política social de efetivação dos direitos humanos, nos valem do método de análise do orçamento público sob a ótica dos direitos humanos proposto pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos que se estrutura a partir de eixos analíticos como o financiamento do Estado com justiça social; o máximo de recursos disponíveis para a promoção dos direitos, tendo em vista as restrições impostas pela política econômica; a realização progressiva dos direitos humanos, analisando-se em que medida os programas e ações governamentais estão efetivando direitos e reduzindo as desigualdades sociais, em especial as desigualdades de gênero e raça/etnia; e um orçamento alternativo para propor o quanto o governo deveria gastar em áreas e programas determinados para efetivar os direitos humanos.

O maior desafio, seja dos movimentos sociais, seja do Estado, consiste na realização prática das leis e da

Constituição já existentes, que têm como objetivo garantir o mínimo essencial para a sobrevivência do indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, cultura, raça, classe social. A discussão sobre o tema vigora entre os vários debates das ciências sociais e humanas, sempre no seu caráter programático, não sendo discutido, entretanto, meios efetivos que transformam tais normas de “dever ser” em “ser”. Norberto Bobbio, em um encontro de sociólogos do Direito, ressaltou:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre a teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de direito) (BOBBIO, 2004, p. 82).

Essa preocupação é observada não só em um país como o Brasil que, apesar de ser uma das dez maiores economias do mundo, com um ordenamento jurídico altamente protetivo e potencialmente aplicável, ainda apresenta os maiores índices de pobreza, desigualdade social, fome, falta de moradia, enfim, de violação de direitos humanos, mas como em países como Espanha, Portugal e Grécia.

O ser humano e a realização de sua dignidade constituem o centro dos direitos humanos, da democracia e do desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais expressam a ideia de que todas as pessoas, tanto homens como mulheres, têm direito a dispor das capacidades necessárias e de mecanismos sociais adequados que os protejam dos piores abusos e privações e lhes permitam desfrutar de sua dignidade como seres humanos.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais não está somente relacionada à elaboração de leis protetivas de cunho nacional e internacional, mas sim a sua aplicabilidade concreta nos vários contextos sociais através da atuação do Estado e sociedade civil que visam garantir o mínimo essencial¹¹⁰ para a sobrevivência do indivíduo, principalmente com a aplicação de políticas públicas, na maioria das vezes, de

receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter.

¹¹⁰ Mínimo existencial como o conjunto das condições de existência humana digna derivado, portanto, do princípio da pessoa humana, e essas prestações devem

caráter assistencialista, inclusive, no âmbito do direito financeiro.

3.1 Teoria dos custos dos direitos

Ao discutir direitos fundamentais, e principalmente seus mecanismos de efetivação (políticas públicas), não se pode olvidar uma questão central, mas pouco debatida pelos estudiosos do direito, que se trata dos custos orçamentários de implementação dos direitos e a sua significação social.

Na teoria dos direitos humanos, e na construção de gerações, ou dimensões, de direitos, a classificação entre direitos negativos e positivos consiste na necessidade de uma prestação do Estado para efetivação desses direitos¹¹¹.

Holmes e Sunstein¹¹², em seu livro “The cost of rights”, defendem a tese de que todos os direitos são positivos, e por isso,

demandam algum tipo de prestação pública por parte do Estado. Por essa razão, tanto as liberdades públicas, quanto os direitos sociais econômicos e culturais, também são afetados pela ausência de recursos¹¹³.

Os autores, em sua abordagem analítica, consideram “costs” (custos) como “budgetary costs” (custos orçamentários) e “rights” (direitos) como “important interests that can be reliably protected by individuals or groups using the instrumentalities of government” (interesses importantes que podem ser protegidos de forma confiável por indivíduos ou grupos usando as instrumentalidades do governo). A partir dessa noção, os direitos humanos só passam a ter custos orçamentários se os mesmos forem positivados pelo ordenamento jurídico pátrio (direitos fundamentais), e que os direitos só seriam reconhecidos a partir da perspectiva estatal¹¹⁴.

¹¹¹ “Com efeito, a construção teórica aparentemente mais utilizada e referenciada aqui (bem como alhures), difere três gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, a saber, (a) direitos de primeira geração, os direitos individuais e políticos – *verbi gratia* liberdade de expressão e participação política, (b) direitos de segunda geração, os direitos sociais, culturais e econômicos – *e.g.* direito à prestação assistencial de saúde, e (c) direitos de terceira geração, os chamados direitos de solidariedade ou da fraternidade – como sejam direitos de titularidade coletiva ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento” (GALDINO, 2007, p.230-231).

¹¹² Para os autores, quando se pretende discutir direitos humanos, é necessário também incluir na discussão os custos orçamentários para a formulação das políticas públicas, agregando na discussão jurídica sua perspectiva orçamentária.

¹¹³ “Assim é que, sob o prisma jurídico (mas não normativista), o presente estudo dirige-se à análise da classificação dos direitos fundamentais formulada a partir da necessidade ou não de prestação positiva por parte do Estado para sua efetivação, e que, por variadas razões históricas confunde-se, ao menos em parte, com a tradicional divisão entre direitos fundamentais da liberdade e direitos fundamentais econômicos ou sociais” (GALDINO, 2007, p.223).

¹¹⁴ Consideram uma visão legalista - “moral rights have budgetary costs only if their precise nature and scope are politically stipulated and interpreted – that is, only if they are recognized under law” - e estadista (no sentido weberiano de Estado Racional/Legal) - “statelessness spells rightlessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs” - dos direitos humanos.

Os custos dos direitos (sejam positivos ou negativos) decorrem do sistema de proteção legal e institucional oferecido pelo Estado através dos seus agentes e instituições públicas, já que para todo direito concedido é necessária uma garantia ou remédio para a sua satisfação¹¹⁵.

Poderia se argumentar que a perspectiva orçamentária de direitos enfraquece a noção de que alguns direitos são inderrogáveis, ou “absolutos”, já que se os direitos implicam custos orçamentários, então seu estímulo gera custos e, num mundo de recursos escassos e infinitos, essas ideias poderiam causar a contração ou retração da proteção legal dos direitos humanos. Mas Galdino, em uma análise sobre a teoria dos custos dos direitos nos esclarece que:

Na verdade, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos

permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos (GALDINO, 2007, p.259).

Considerando a esgotabilidade dos recursos públicos, apesar de não se mostrar clara nos textos jurídicos, visto que, os autores jurídicos não se preocupam com os pressupostos de natureza econômica, sendo implicitamente reconhecidos¹¹⁶, tem sido muito levantada tese da “reserva do possível” para a consecução dos direitos fundamentais, onde o Estado precisaria limitar suas despesas na busca de um equilíbrio orçamentário, agregando as ideias de Estado Fiscal Social¹¹⁷, e que nos é esclarecida por Ricardo Lobo Torres:

Mas a verdade é que o modelo do Estado Social não desaparece totalmente. Passa por modificações importantes, com a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo. Deixa-se influenciar pelas ideias do

¹¹⁵ Os autores exemplificam o caráter prestacional das liberdades públicas já que, para o exercício do direito de voto é necessária uma movimentação do Estado com urnas de captação de voto, cartórios eleitorais, todos financiado publicamente; o direito de propriedade deve ser protegido pelos corpos de bombeiros e pela polícia; contratos seriam inúteis se os credores não pudessem impetrar um processo judicial contra um devedor inadimplente.

¹¹⁶ “Interessa salientar também, no plano conceitual, que os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua

concretização (rectius: efetivação)” (GALDINO, 2007 p.240).

¹¹⁷ “A (invocada) superação dos paradigmas keynesianos (ao menos dos originais) conduz à revisão das despesas públicas deficitárias, sustentando-se que as mesmas devem limitar-se à receita do Estado. Tem-se o equilíbrio orçamentário como objetivo a ser alcançado. Não desaparece propriamente o Estado Social, mas renova-se e influenciado pelo “liberalismo social”, limita-se, transmutando-se naquilo que Ricardo Lobo Torres usa chamar de Estado Social Fiscal (em tudo preferível à expressão Estado de prestação – Leistungstaat, consoante averbam os autores alemães)” (GALDINO, 2007, p.243).

liberalismo social, que não se confundem com as do neoliberalismo ou do protoliberalismo nem, por outro lado, com as da social-democracia.

Continua ser Estado Social Fiscal, podado em seus excessos ao fito de obter a síntese entre o que os alemães chamam de Estado de Impostos (Steuerstaat) e Estado de Prestações

(Leistungstaat)

(TORRES, 1995, p.15).

Vivemos em um momento histórico onde surge novas demandas sociais e que se faz necessário rediscutir a condução da política econômica diante do compromisso democrático da ampliação progressiva dos direitos humanos, por não mais se conceber o paradigma neoliberal vigente que privilegia os interesses privados consistente no pagamento do sistema da dívida em detrimento da efetivação de políticas públicas de direitos humanos, inclusive no tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento humano é um processo que possibilita que as pessoas alcancem a plena realização de suas faculdades, tanto físicas como emocionais e vocacionais, no curso da vida. Quando o desenvolvimento e os direitos fundamentais progredem juntos, reforçam-se mutuamente, aumentando as capacidades das pessoas e

protegendo seus direitos e liberdades e, como resultado, a democracia é construída.

Os direitos fundamentais agregam importância à agenda para o desenvolvimento e fortalecimento da democracia. A atuação sociedade civil facilita que os benefícios como o desenvolvimento de todas as pessoas ganhem legitimidade legal e moral, assim como um sentido de justiça social aos objetivos do desenvolvimento humano. Esta perspectiva dirige a atenção aos direitos e necessidades dos membros mais privados e excluídos da sociedade, especialmente quando as privações são resultado da discriminação. Os direitos fundamentais também consistem no direito à informação, à participação política para todos e a outros direitos civis e políticos como parte do processo de desenvolvimento.

Quando ressaltamos a importância do conceito de justiça fiscal para compreensão do fenômeno despesa pública e que para a realização dos direitos fundamentais também é necessário um sistema tributário justo que consiste na distribuição equitativa dos encargos, na progressividade dos tributos, que a carga tributária não inviabilize as atividades econômicas e que seja de ampla compreensão pelos atores sociais.

Um sistema tributário justo deve ter como base de financiamento tributos progressivos, e que esses tributos incidam preferencialmente sobre a renda e certos tipos de operações financeiras (como no caso

do capital especulativo) e não no consumo, onde a tributação torna-se mais injusta pois faz com que a classe mais pobre pague proporcionalmente muito mais do que os setores mais ricos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cláudia Rezende Machado de. **Extrafiscalidade**. Revista de Informação Legislativa, n.º 132. [Online] Outubro/Dezembro de 1996. http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_133/r133-29.PDF. Visitado em: 28 de Agosto de 2023

AVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BENTO, Messias José Caldeira. **Reflectindo sobre o poder dos juízes**. In: Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma**

Leitura a partir da Constituição de 1988. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. **A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa n.º 142. Brasília: Senado Federal, abril/junho de 1999.

_____. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição** in Cláudio Pereira de SOUZA Neto, Gilberto BERCOVICI, José Filomeno de MORAES Filho & Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. **Boletim de Ciências Econômicas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Lei do Orçamento na Teoria da Lei**. Boletim da Faculdade de Direito, Número Especial: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARDOSO, Alessandra. et al. **Manual de formação em orçamento e direitos**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2013. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/dc70f4f0-1530-11db-b391-0000779e2340.html#axzz252t4fckj>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

_____. Arts. 32 a 39. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva NASCIMENTO, Carlos Valder. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (orgs.). **Federalismo fiscal: questões contemporâneas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, António Casimiro; PUREZA, José Manuel. **Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social**. In: REIS, José (coord.). *A economia política do retrocesso: crises, causas e objetivos*. Coimbra: Almedina, 2014.

FERREIRA, Paulo Marrecas. **Finanças Públicas e Sustentabilidade: desafios para uma Justiça Intergeracional que não sacrifique o futuro pelo desaparecimento dos presentes**. In: PAZ FERREIRA, Eduardo e outros (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier**. Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal. v. II. Coimbra: Almedina, 2013.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. 2. ed. Trad. Ana Maria Sampaio et al. Portugal: Publicações Europa-América, 1980.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem Em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOLMES, S; SUSTEIN C. **The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

LOPES, Inez. **Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais**. Consilium. Revista Eletrônica de Direito, Brasília/DF, n.3, v.1 jan/abr de 2009.

MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. **O regime jurídico da despesa pública: do direito da despesa ao direito à despesa**. 2011. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Fiscal). Universidade do Minho.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSONETO, Luis Fernando. **O direito financeiro no capitalismo contemporâneo: a emergência de um novo padrão normativo**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP, São Paulo, 2006.

MARTINS, Maria d'Oliveira. **A despesa justa: uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública**. Almedina: 2016.

MENDES, Lara França. **A justiça intergeracional: uma perspectiva do direito fundamental das futuras gerações**

- ao meio ambiente.** 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Político-jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise.** Coimbra: Almedina, 2011.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Método, 2009.
- NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro.** 4 ed. São Paulo: RT, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Consultor Jurídico,** 2002.
- RICCI, Rudá. **Fórum social brasileiro.** Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/edufiscal/leiresponsabilidadesocial.pdf>. Acesso em: 18 jun. de 2019.
- SALDANHA SANCHES, J. L. **Justiça Fiscal.** Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, 2010.
- SANTIAGO, Igor Muller. **Evasão fiscal e concorrência tributária distorcem o livre mercado.** Consultor Jurídico, set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-03/consultor-tributario-evasao-fiscal-concorrenca-tributaria-distorcem-livre-mercado2/>>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. **A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF: como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República.** In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício. **Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência - questões atuais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SCAFF, Fernando Facury. **Crédito Público e Sustentabilidade Financeira. Revista Direito à Sustentabilidade,** Foz do Iguaçu, v. 1, n. 1, p. 34-47, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Orçamento-Programa no Brasil.** São Paulo: RT, 1973.
- SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura.** 2006. <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 30 set. 2018.
- TORRES, H.; RODRIGUES, F. **Fundo Soberano do Brasil e Finanças Públicas: Regime Jurídico dos Fundos Públicos Especiais, Experiência Internacional e a Lei 11.887/2008.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.** São Paulo: RT, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. **A cidadania multidimensional na era dos direitos.** In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.