



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC/SP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

João Paulo Mendes Neto

**Um estudo dos Direitos Fundamentais e as Contribuições Sociais no
Ordenamento Jurídico Brasileiro: A Problemática do Princípio da
Capacidade Contributiva.**

São Paulo

2012

João Paulo Mendes Neto

**Um estudo dos Direitos Fundamentais e as Contribuições Sociais no
Ordenamento Jurídico Brasileiro: A Problemática do Princípio da
Capacidade Contributiva.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Tributário com uma
visão constitucional pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Orientadora: Prof. Ms. Dra. Thais Helena
Morando

São Paulo

2012

João Paulo Mendes Neto

**Um estudo dos Direitos Fundamentais e as Contribuições Sociais no
Ordenamento Jurídico Brasileiro: A Problemática do Princípio da
Capacidade Contributiva.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Conceito: _____

Examinadora

Prof.^a Thais Helena Morando*

* Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1986), mestrado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Atualmente é professora-assistente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais e tributos.

À minha Família, à Bruna, aos meus amigos, aos meus mestres,
a Deus,
minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a Quem tudo se resume;

Aos meus pais, Socorro e Brett e João Paulo e Alena, que me deram, em dobro, a educação, disciplina, carinho e sobretudo o amor incondicional que me proporcionou concretizar este trabalho;

Aos meus irmãos, Maiana e Lucca, pelo companheirismo fraterno e apoio imensurável ao longo dessa jornada jurídica;

Aos meus avós, João Paulo e Rosy e Paulo (*in memoriam*) e Emília, por serem verdadeiros exemplos humanos de valores, ética, princípios e, mais que tudo, de humildade e por serem responsáveis pela base da presente monografia;

Aos meus tios e tias, primos e primas e a todos os meus familiares que contribuíram de formas particulares na minha formação acadêmica, sem a qual não seria pensável este estudo;

Ao meu amor, Bruna, por seu imenso amor, amizade e apoio incomensurável servindo para mim com um verdadeiro porto-seguro onde sempre organizei e aclarei as idealizações para o presente trabalho;

À Cilica, à Bena, à Jaci, à Júlia, à Rosa, à Rosilda e ao Daniel, por todos os incentivos morais que colaboraram para terminar esta pesquisa;

Aos meus amigos-irmãos, Allan e Adelvan, por todas as discussões acadêmicas enriquecedoras deste trabalho;

Aos meus Mestres que me deram o maior tesouro da vida, o conhecimento e, especificamente, aos Professores José Eduardo Soares de Melo, Felipe Alexandre Ramos Breda, Márcia Soares de Melo, Roque Antônio Carrazza, Julcira Maria de Mello Vianna, Ubaldo Juveniz Jr., Sandro Alex Simões, Jean Carlos Dias, Ney Sardinha e Emília Farinha, que se valeram da sala de aula para fazer mais que ensinar;

Ao Dr. Renato Giordano, por seus ensinamentos basilares da ciência jurídica que foram aplicados no presente estudo;

Ao meu mestre, Dr. Isaac Bentes, por ser um profissional exemplar, um advogado incomparável, um procurador competente e acima de tudo um professor cuja vontade

de ensinar é insaciável. A fonte permanente de conhecimento me coloca na qualidade de seu eterno devedor;

A todos os integrantes do escritório que fazia parte, a quem agradeço na pessoa da Dra. Kelma Coutinho, pelo infinito apoio e compreensão no meu período de ausência para que esta monografia se realizasse;

À minha orientadora, a quem eu admiro como estudiosa do Direito, Professora Thais Morando por toda sua orientação, compreensão e mais importante, sua amizade;

Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente na criação e elaboração desta monografia, pois, certamente, o esforço particular de cada um somou-se para viabilizar a realização da mesma.

“Ótimo é aquele que de si mesmo
[conhece todas as coisas;
Bom, o que escuta os conselhos
[dos homens judiciosos.
Mas o que por si não pensa, nem
[acolhe a sabedoria alheia,
Esse é, em verdade, uma criatura
[inútil.”

Hesíodo

RESUMO

O presente estudo visa a definir e justificar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, de modo que se lhes reconheça, assim como aos direitos civis e políticos, a aplicabilidade imediata conferida pela Constituição Cidadã de 1988. Estabelecida esta premissa-base, o trabalho defende a capacidade de o Poder Judiciário funcionar como instância para dar efetividade às garantias sociais, especificamente, o direito à saúde, apesar de reconhecer que não incumbe somente àquele Poder assegurar tal efetividade. Dessa forma, passa-se a estudar as contribuições sociais como um das espécies de tributos existentes no ordenamento jurídico pátrio, abordando sua classificação jurídica dentre os demais tributos. Assim, será possível apresentar a problemática implicada pelo princípio tributário da capacidade contributiva e se o mesmo engloba ou não esta espécie tributária em análise. Por fim, defende-se que a estruturação/interpretação integrativa da Constituição Federal permite afirmar que o Estado Brasileiro está voltado à razão última de melhorar a realidade social afetada pela falta de reconhecimento desses direitos à coletividade.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Justiça Comutativa. Justiça Distributiva. Judicialização da Política. Contribuições Sociais. Capacidade Contributiva. Efetividade.

ABSTRACT

The present study aims to define and justify the social rights as true fundamental rights, in a manner that recognizes, as civil and political rights, an immediate applicability given by the Citizen Constitution of 1988. Established this base premise, the work defends the capacity of the Judicial Power to function as an instance to give effectiveness to social guarantees, especially, to the right to health, despite recognizing that it does not belong only to that Power ensure such effectiveness. In this manner, the study will search the social contributions as species of the existing taxes in the national law, addressing its' concept, and classification among the other taxes. This approach will enable to present the problem implied by the principle of the contribution capability, and if it applies or not to this tax specie in analysis. Finally, it is defended that structuring and integrative interpretation of the Constitution can allow the affirmation that the Brazilian State is turned to the ultimate reason to improve the social reality affected by the lack of recognition of these rights to society.

Keywords: Social Rights. Fundamental Rights. Commutative Justice. Distributive Justice. Judicialization of Politics. Social Contributions. Contribution Capability. Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 CAPÍTULO I – DIREITOS SOCIAIS.....	14
2.1 CONCEITO.....	14
2.2 A PROBLEMATIZAÇÃO TÉORICA DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CUSTO DOS DIREITOS.....	19
2.3 CONCEITOS DE JUSTIÇA SOCIAL – JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	33
2.4 A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	39
2.5 LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.....	48
3 CAPÍTULO II – AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	56
3.1 A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS TRIBUTOS.....	56
3.2 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	68
4 CAPÍTULO III - A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.....	78

5 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	89

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. Dessa mesma forma, o artigo 6º, por sua vez garante aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo.

Em verdade, afirma-se que essas garantias são responsáveis por organizar o Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Legislador criou os três poderes, cujas competências e funções se encontram insculpidas no Texto Máximo. Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham separadamente com um objetivo comum, ou seja, aplicar efetivamente os direitos previstos na Carta Política de 1988 para estruturar a República Federativa do Brasil.

Entretanto, existe um grande hiato entre a previsão teórica e a aplicação prática desses direitos, pois o Estado obrigatoriamente necessita de vários instrumentos externos que o texto normativo não consegue suportar.

Assim, é notório que os recursos do Estado são limitados e regrados pela Lei Orçamentária Anual, cuja função é direcionar os recursos financeiros do país que ficam comprometidos a uma destinação específica pelo período nela definido.

Nesse diapasão, os cidadãos se valem da Constituição Cidadã para levar ao Poder Judiciário conflitos que afetam direitos por ela assegurados. Contudo, não são os direitos individuais o cerne deste conflito, mas os direitos coletivos. Curial a isto, é evidente que o Estado, através do Poder Judiciário, terá que observar a matéria de litígio a ele apresentada.

Todavia, no que concerne o princípio da separação dos Poderes, um Poder não deve se inserir nas competências reservadas ao outro. Por outro lado, os direitos que um cidadão pleiteia estão previstos na Constituição Federal, logo não deve o Estado se abster de garanti-los. Porém, o problema pode, eventualmente, não configurar uma mera abstenção estatal, pois a programação orçamentária precisa ser seguida com o fito de garantir o bem estar de todos.

No cenário atual, muito vem sendo discutido sobre a efetividade dessa tutela jurisdicional, princípio este, inscrito, também, junto ao rol extensivo da Carta Magna de

1988, a fim de cobrir a coletividade com um manto de resguardo de aplicabilidade de direitos. Nesse sentido, outro debate mais específico surge acerca da forma de garantir aos particulares que pleiteiam em juízo por direitos coletivos, partindo do pressuposto que estes, como os demais membros da sociedade, compõem o mesmo grupo, a coletividade.

Não é estranho, portanto, reconhecer que o debate proposto não foge do âmbito mundial no que tange à efetivação de políticas públicas realizadas pelo Estado em prol da coletividade. Desde então, é importante enfatizar que a politização do Judiciário é um elemento imprescindível para acoplar estruturalmente a política às decisões judiciais¹.

Ademais, além de possibilitar uma análise que transpareça a importância indubitável dos direitos fundamentais sociais pelos vários setores que serão estudados, a presente monografia visa trabalhar com um enfoque tributário, usando de pano de fundo essa fundamentação imperiosa dos direitos fundamentais para discutir o problema das contribuições sociais e a capacidade contributiva que a elas devem implicar.

Nesse sentir, é de imensa importância, não só para o corpo jurídico, mas para a sociedade, estabelecer uma reflexão sobre o que são direitos sociais e as contribuições sociais e como os mesmos devem ser tratados frente ao ordenamento jurídico brasileiro que instituiu o princípio da capacidade contributiva.

O Brasil vem demonstrando uma carência para se alcançar a eficácia da tutela judicial dos direitos sociais. É assim que esse trabalho monográfico enfrentará tal tutela e em outro momento uma possível melhora a esta carência com as contribuições sociais.

A realidade brasileira precisa começar a avançar, de modo que cada vez mais o texto constitucional seja aplicado na prática. Dessa forma, através de uma

¹CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 101.

discussão jurídica pretende-se avaliar em como pode ser concretizado este avanço tão almejado para o país.

2 CAPÍTULO I – DIREITOS SOCIAIS

2.1 CONCEITO

Com o fito de compreender os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário tratar dos direitos fundamentais correlacionando os direitos individuais e sociais para que dessa forma reste patente a identificação dos direitos sociais como uma das espécies do gênero: “Direitos Fundamentais”.

A partir dessa consideração inicial, deve-se ter em mente que a terminologia “direito fundamental” possui uma grande ambiguidade conceitual que precisa ser aprofundada para uma efetiva compreensão do mesmo. Nesse sentido, se destaca que a palavra “direito” em si, traz à tona uma grande vagueza semântica, uma vez que esta palavra ostenta uma característica polissêmica, isto é, é dotada de inúmeros sentidos. Desse modo, pode-se analisar a palavra em destaque como uma ciência, como norma, direito como justo, etc.².

Por sua vez, a adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância³.

Ao definir os direitos fundamentais, Vieira ensina,

Esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, aqui, valoração moral à ideia de “direitos”, passando estes direitos a

²NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 11.

³VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 21.

servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade⁴.

Na mesma linha de pensar, Comparato profere,

São os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana⁵.

Corroborando este posicionamento, Dias declara:

Posto desse modo, independentemente do substrato que o informa, o conjunto de direitos fundamentais não somente é operativo, mas também se apresenta como prescrições positivas simultaneamente oponíveis aos indivíduos, à sociedade e ao Estado, sendo dotados dos mesmos fatores de eficácia e efetividade dos demais direitos reconhecidos pela ordem jurídica⁶.

Com maior profundidade Nunes Júnior discorre,

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)⁷.

Percebe-se, pois, que os direitos ditos fundamentais, possuem uma importância de imensa envergadura, vez que se tratam das garantias indissociáveis ao homem. Isto posto, deve-se analisar dois pontos centrais dos direitos fundamentais.

O primeiro ponto de destaque se refere à ideia de que os direitos fundamentais são sinônimos dos direitos humanos, porém estes são aplicados em um patamar internacional, ao passo que aqueles condizem aos direitos positivados em uma ordem constitucional interna. Não se pode, contudo, partir de uma falsa impressão de que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal são tão somente os expressos na mesma. Quando se fala em positivação dos direitos fundamentais, deve-

⁴VIEIRA, op. cit., p. 26.

⁵COMPARATO, F. K. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

⁶DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 112.

⁷NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 15.

se compreender o conjunto de direitos da pessoa expressa ou implicitamente reconhecidos por uma ordem constitucional interna, conforme as disposições dos §2º e 3º da Carta Magna de 1988⁸.

O segundo ponto a ser tocado diz respeito à expressão “direitos de 1ª ou 2ª geração” não ser interpretada com a falsa ideia da substituição gradativa de uma geração por outra, motivo pelo qual a doutrina moderna se vale do termo “dimensões dos direitos fundamentais”.⁹ Isso significa dizer que os direitos de 2ª geração não são mais importantes dos da 1ª geração, mas apenas que complementam estes e formam com eles um núcleo indissociável de direitos basilares a condição humana.

Dessa forma, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais elencados na Constituição Cidadã abrangem os direitos individuais, conhecidos como direitos civis e políticos de primeira geração (dimensão) e os direitos sociais (*latu sensu*), denominados de direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração (dimensão). Não obstante, reconhecem-se defesas ao contrário que atribuem o título de direitos fundamentais tão somente aos direitos individuais; porém, estas correntes restam rechaçadas pelos motivos definidores dos direitos sociais, adiante delineados.

Entretanto, compartilhando a doutrina, os direitos individuais são direitos fundamentais e constituem a base da sociedade. Estes direitos encontram apoio, precisamente, no artigo 5º da Lei Máxima brasileira que definem liberdades básicas aos indivíduos, assim como, direitos pertinentes aos atos da vida civil e política.

Os direitos individuais surgiram como forma de assegurar a abstenção estatal sobre a vida civil, impedindo-o de cometer arbitrariedades contra a integridade do indivíduo, daí chamá-los de direitos cuja prestação é negativa, pois o Estado se omite de prestar quaisquer garantias a partir de condutas positivas de seus agentes – os direitos já existem, basta o Estado não intervir.

⁸VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 36.

⁹SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

Contudo, a presente monografia visa a demonstrar que os direitos individuais não esgotam a abrangência dos direitos fundamentais, sob pena de mitigar, ou até excluir a essência da pessoa humana.

Dias leciona,

Esses direitos reconhecidos como de primeira geração, são, de certa forma, tomados como a base do ideário liberal clássico. Este inicialmente estruturou o conjunto de direitos humanos, os quais, no entanto, não se confundem, nem resumem todo o conjunto. É preciso deixar claro que os direitos humanos, em nossos dias, ganharam uma evolutiva importância conceitual que sublima a simples concepção de direito de oposição ao Estado¹⁰.

Desse modo, passa-se a tratar e definir os direitos sociais, cujo caráter, conforme citado alhures, é de direitos fundamentais, o que implica em sua justiciabilidade. Curial a isto três são os argumentos de maior relevância jurídica que garantem a denominação de direitos fundamentais aos direitos sociais, logo, tornando-os justiciáveis.

No primeiro argumento verifica-se que ao Poder Legislativo cabe a função de legislar, ao Executivo a função de administrar e ao Judiciário a função judicante, a função julgadora. Nessas linhas, é correto afirmar que a teoria de separação de poderes adotada no Brasil não é de atribuição estanque dessas funções, logo não persiste a argumentação em contrário que nega a possibilidade do Judiciário decidir sobre questões políticas.¹¹ Ademais, cabe aduzir que o valor material a fim de garantir direitos sociais é maior que um mero posicionamento formal de separação de poderes.

Nesses passos, percebe-se uma evolução doutrinária do posicionamento conservadorista de Böckenforde, exposto por Leivas,

Em um ordenamento constitucional democrático baseado no princípio da separação de poderes competem, em primeiro lugar, ao legislador legitimado democraticamente, e, em segundo lugar à Administração, e não podem se resolver por via de uma interpretação do enunciado constitucional que formula o direito fundamental social¹².

¹⁰SARLET, op. cit., p. 110.

¹¹SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 520.

¹²LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92-93.

O segundo argumento trata da afirmação de que os direitos sociais são condições de liberdade, definindo a existência de uma complementação entre a primeira e segunda geração, derruba a argumentação que sustenta que os direitos sociais não podem ser considerados fundamentais, sob pena de inflacionar o rol dos direitos fundamentais e de desvalorizar o conceito de “direitos fundamentais”, que possui um maior grau constitucional.

Por fim, o terceiro argumento confronta a crítica democrática que pretende defender o caráter antidemocrático das garantias de direitos sociais pelo Judiciário, por seus membros não terem passado pelo crivo do voto. Contudo, os direitos sociais, por si só, integram a organização do regime democrático, logo quando o Judiciário os garantem, não viola o princípio democrático, mas afiança a conformação de um contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular¹³.

Ademais, cabe ressaltar, de acordo com Sarmiento,

Atualmente o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna¹⁴.

Desconstituída a tese do caráter não fundamental atribuído aos direitos sociais, passa-se a analisar em que consistem estes direitos.

Nas palavras de Dias,

Enquanto a primeira geração é calcada basicamente nas liberdades individuais, como uma zona de proteção à individualidade do cidadão oponível ao Estado, essa segunda categoria explicita uma proteção mais ampla, ligada fundamentalmente à proteção do indivíduo enquanto parte das relações de produção econômica¹⁵.

No dizer de Coelho,

Voltados para a igualdade material nas condições de vida como ensina Sarlet, “caracterizam-se ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação,

¹³ LEIVAS, op. cit., p. 524.

¹⁴ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 554-555.

¹⁵ DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 110.

trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”¹⁶.

Destarte, pode-se afirmar que os direitos sociais não concernem apenas aos direitos positivos (demandam prestações ativas estatais), mas também às liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia do salário-mínimo etc.¹⁷. Os direitos sociais são imprescindíveis para o gozo dos direitos individuais de liberdades, uma vez que promovem a igualdade real e aumentam as condições de realizações das liberdades individuais¹⁸.

Compartilhando mesmo entendimento, Meireles,

Os direitos de liberdade como já visto, foram assim chamados quando a necessidade de libertação do indivíduo do jugo do Estado se fez imperiosa e necessária; os direitos sociais, por outro lado, surgiram quando a necessidade de “igualdade” entre os próprios indivíduos se fez presente. Era a busca da justiça social, ou seja, a justiça no seio da sociedade¹⁹.

2.2 A PROBLEMATIZAÇÃO TÉORICA DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CUSTO DOS DIREITOS

O presente tópico oferece uma visualização da problemática inerente aos direitos sociais no ordenamento brasileiro enfatizando a existência de uma previsão constitucional destes com uma realidade prática que não acompanha os ditames da Lei Maior, tornando os direitos sociais não efetivos. No final, se apresenta uma análise sobre o custo dos direitos, diferentemente das demais que, em regra afirmam que os direitos sociais são mais onerosos ao Estado. Tudo isso será abordado para se dar uma certeza cada vez mais ao longo do texto que o Poder Judiciário deve decidir sobre questões que envolvam políticas públicas, ameaça aos direitos sociais e aquelas que dão interpretação diversa da que é defendido na presente monografia, atinentes às contribuições sociais, mais especificamente que há a necessidade de se aplicar o princípio da capacidade contributiva para a exigência das contribuições sociais.

¹⁶COELHO, E. M. Direitos Humanos, globalização de mercados e garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 73. apud DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 110.

¹⁷SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.41.

¹⁸SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 285 e ss.

¹⁹MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 78.

Na concepção de Abramovich e Courtis,

No es raro enfrentarse com opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador²⁰.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. Dessa mesma forma, o artigo 6º, por sua vez garante aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo.

Na Alemanha, apesar do perfil político do Estado, a doutrina e jurisprudência não associam os direitos fundamentais sociais a uma interpretação em conjunto com outras normas constitucionais, mas oferecem o reconhecimento de direitos fundamentais sociais não positivados expressamente na Constituição Alemã²¹.

O Brasil, como citado, anteriormente, não precisa adentrar neste embate, uma vez que a Carta Maior pátria carrega um elenco extenso de direitos fundamentais sociais, o que torna dispensável associar, de forma interpretativa os direitos fundamentais previstos ou não expressamente no texto constitucional ou até relacionados a outros direitos, restando patente a obrigação do Estado de respeitar o postulado máximo da nação²².

Pode-se até ressaltar que os direitos sociais, fundamentais, possuem uma estreita ligação com a organização e o procedimento, ao passo que estes três se preenchem. Nesse diapasão, a organização e o procedimento podem definir os direitos sociais, como a Constituição o faz, mas como os três desmembramentos se completam, é correto proferir que os direitos fundamentais podem servir de diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais e como deverá ser a atuação estatal²³.

Em verdade, se afirma que essas garantias são responsáveis por organizar o Estado Democrático de Direito.

²⁰ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 19.

²¹LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.

²²Ibidem. p. 90.

²³SARLET, I. W. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. IN: WAMBIER. T. A. A. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, n. 175, p. 21, set. 2009.

Nas palavras de Vieira,

Os direitos da pessoa humana constituem uma ideia reguladora, ou seja, algo que estabelecemos como um parâmetro ou ideal a ser buscado por nossas sociedades. Uma sociedade que respeite os direitos da pessoa humana poderia ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça²⁴.

Desse modo, o Poder Constituinte Originário criou os três poderes, cujas competências e funções se encontram insculpidas no Texto Máximo. O Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham separadamente com um objetivo comum, ou seja, aplicar efetivamente os direitos previstos na Carta Política de 1988 com o viés de estruturar a República Federativa do Brasil.

Infelizmente existe um grande hiato entre a previsão teórica e a aplicação prática desses direitos, pois o Estado obrigatoriamente necessita de vários aparatos externos que o texto normativo não consegue suportar.

Conforme o contexto delineado, se evidencia a problemática jurídica brasileira no que tange os direitos sociais, isto é a necessidade de fazer valer os regramentos constitucionais ao aplicar o Direito.

Isto posto, ao fazer uma análise histórica no Brasil dos direitos civis e políticos, direitos ditos de 1ª geração, verifica-se a dificultosa missão destes terem a eficácia e efetividade que possuem no direito constitucional contemporâneo. Nesse sentido, ressalta-se que a inserção no ordenamento jurídico das normas clássicas de liberdade na era pós-absolutista, como resultado das declarações de direitos, ensejou a estes direitos um tratamento similar ao conferido às normas programáticas sofridos pelos direitos sociais na atualidade²⁵.

Reconhece-se, contudo, que os tempos mudaram, mas, do mesmo modo que as Constituições liberais, com a luta da burguesia para estabelecer o poder, firmaram os direitos civis e políticos como um dever imediato do Estado, pode o mesmo ser feito hoje com os direitos sociais, já que estes são direitos fundamentais que devem respeitar a determinação constitucional contida no §1º do artigo 5º como regra²⁶.

Na posição de Vieira,

²⁴VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

²⁵BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207-208.

²⁶BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 5º parágrafo 1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Talvez como medida de proteção contra o alto grau de insinceridade do legislador, o constituinte brasileiro, ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, tenha buscado assegurar a sua independência (conceito correlato) em relação ao Legislativo, ao próprio Judiciário e ao Executivo. Se lermos com atenção o §1º do artigo 5º da Constituição Federal, veremos que exige o constituinte a “aplicação imediata” das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, estas não podem ter a sua aplicação retardada por inexistência de lei ou qualquer outro ato normativo²⁷.

Com isso, o Estado não pode justificar o não cumprimento dos direitos fundamentais sob uma alegação que os mesmos não têm o condão de caracterizar uma obrigação jurídica, transpondo a ideia que estes servem para realizar uma declaração de boa intenção política.²⁸ Não é afirmar, contudo, que o Estado sempre terá que cumprir em sua integralidade os direitos sociais.

Nesse diapasão surgem mais problemas teóricos e práticos no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Não só problemas envolvendo o órgão judicante, como também os evidenciados num discurso normativo que se assenta na ideia da autossuficiência das normas constitucionais relativo a dar respostas aos problemas de garantia – proteção – realização dos direitos sociais²⁹.

Dessa forma, registra-se que a participação do Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais delimita o foco deste trabalho. Entretanto, cabe afirmar que os problemas de efetivação das normas constitucionais envolvem o Legislativo, o Executivo, a política, a economia, a sociedade e o próprio Judiciário, mas como citado alhures esta monografia fará um recorte do Poder Julgador.

Como já clarificado a Constituição Federal propõe uma aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, mas, como também se sabe, muitas são as normas de direitos fundamentais que precisam de uma regulamentação legal expressa ou, ainda, uma combinação de políticas públicas dirigidas a sua implementação³⁰.

A partir disso, pode-se considerar o Poder Judiciário o responsável pela superação dessas dificuldades? Será que este poder possui legitimidade? Será que o Judiciário tem a capacidade técnica de decidir? E a separação de poderes, é um

²⁷VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50.

²⁸ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 21.

²⁹CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

³⁰VIEIRA, op. cit., p. 50.

contra-argumento relevante? Esses são questionamentos levantados por aqueles que eximem o Judiciário a responsabilidade de aplicar os direitos sociais, visão esta que, conforme se defende, não possui força argumentativa para retirar do órgão judicante a possibilidade, dentro de seus limites, de garantir e fazer valer os direitos insculpidos na Carta Magna de 1988.

Conforme uma das discussões do tópico anterior para garantir o caráter fundamental aos direitos sociais, assegura-se que o Poder Judiciário, ao apreciar casos de direitos sociais não estará confrontando o princípio básico da separação dos poderes. Isso porque o direito material fundamentador das garantias fundamentais derruba uma mera determinação formal de separação de poderes e, correto é proferir que os três poderes se complementam, ou seja, não existe no Brasil uma separação estanque dos mesmos, o que possibilita o Judiciário decidir questões além de conflitos jurídicos, como os direitos sociais, conflitos políticos.

Os magistrados, não podem substituir os membros do Executivo ou Legislativo, mas podem, certamente, fazer valer a Lei Maior. Apesar de não terem passados por uma eleição democrática para chegar ao poder, isso não impede que os mesmos profiram decisões políticas, ou que deem decisões interpretativas do instituto das contribuições sociais, por exemplo, uma vez que, assim como o voto os direitos sociais estão previstos na Carta Política nacional, e mais, integram o regime democrático pátrio o que certamente precisa ser respeitado.

Outros problemas a serem trabalhados referem-se ao discurso normativo da autossuficiência da Constituição Federal. O sistema dos direitos fundamentais se idealiza como um complexo de normas superiores do conjunto do sistema jurídico em geral e especificamente do sistema jurídico constitucional, caracterizando o status elementar das normas consagradoras desses direitos. Este status era considerado como de máxima importância por se pensar que estas normas possuíam uma operacionalidade suficiente para regular, dirigir e decidir os problemas jurídicos e políticos de aplicabilidade dos direitos sociais. Por essa acepção, bastaria interpretar sabiamente o texto constitucional, pois se acreditava numa Constituição

programaticamente dirigente³¹. Esta forma de pensar e tratar o texto constitucional é que se critica, de modo que não se pode conceber uma ideia de que as previsões constitucionais, por simplesmente estarem na Constituição Federal, automaticamente se aplicam na sociedade sem necessitar de prévias regulamentações dos próprios organismos estatais, responsáveis por controlar e condicionar no exercício de suas funções a observância dos ditames da Lei Maior³².

Nas palavras de Canotilho,

(...) As garantias de direitos fundamentais são, conceitualmente, orientações programáticas e limitações normativas impostas à discricionariedade do poder público, em todas suas instâncias e escalões, é igualmente correto que elas somente têm condições de se tornarem efetivas por intermédio desse poder³³.

Desse modo, verifica-se que no Brasil existe a previsão constitucional dos direitos sociais, porém não há observância dessas garantias pelos órgãos estatais, cometendo estas verdadeiras inconstitucionalidades por inércia, por uma falta de agir para garantir aos tutelados direitos basilares do ordenamento jurídico.

Os cidadãos precisam reconhecer que existe algo de errado quando o constituinte originário garante algo que não é cumprido diariamente. Entretanto, quando existe uma prisão pautada em ilegalidade ou abuso de poder, quando um magistrado resolve apenas uma sanção exagerada ao acusado, ou quando há a retenção em órgãos públicos de informações pessoais de um determinado cidadão, a sociedade como um todo se levanta para garantir defesas contra estas inconstitucionalidades. A discussão dos direitos sociais precisa ser vista por todos da mesma forma de uma prisão arbitrária, por exemplo, para que se possa efetivamente aplicar as garantias fundamentais.

Nessas linhas Meireles adverte,

Tomando como parâmetro a estrutura lógica da norma jurídica, observa-se que, se há um dever qualquer em face da Constituição (genericamente denominando prestação, englobando ação ou omissão), a inconstitucionalidade advirá como não cumprimento desse dever, ou seja, como não prestação em sentido amplo³⁴.

³¹CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

³²Ibidem. p. 119.

³³CANOTILHO, op. cit., p. 118.

³⁴MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 407.

Continua ensinando Meireles com base nas fundamentações de Piovesan,

Por outro lado, entende que a omissão inconstitucional poderá caracterizar-se pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo, pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública³⁵.

Elucidando os argumentos que se defende, Piovesan ensina, “A inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição”³⁶.

Outra preocupação de imensa importância reside na problemática sistêmico-funcional da Carta Magna. Este discurso, especificamente no âmbito dos direitos sociais, ganha força por se entender que a própria Constituição é perversa, pois as disposições previstas em suas normas não são observadas e sequer representam mais um valor simbólico de existência, é como se a Lei Maior do Estado existisse para cumprir uma formalidade de estruturação governamental.

Estes problemas teóricos afetam a sociedade diretamente criando um efeito em cadeias e problemas práticos como: problemas de inclusão, problemas de referência, problemas de bem-estar, etc.

As constituições do pós-guerra pretenderam dar uma resposta satisfatória ao problema da sociedade, ou, se se preferir, ao problema dos direitos econômicos, sociais e culturais. (...) Mas, é aqui que com mais veemência, se denuncia a “trágica do estado”. O Estado social é vítima, nuns países, do seu próprio sucesso. As constituições “socialmente amigas” sofrem críticas amargas da “crise de governabilidade”, do “flagelo do bem”, do “fim da igualdade”, da “bancarrota do Estado”³⁷.

Destaca-se, portanto, com todo o exposto, que os direitos fundamentais sociais se subordinam ao §1º do artigo 5º da Carta Política de 1988, o que se implica aos organismos estatais como um tratamento de orientação-imposição programática constitucional.

³⁵ MEIRELES, op. cit., p. 409.

³⁶ PIOVESAN, F. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

³⁷ CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

Reitera-se que o enunciado legal em comento abrange tanto os direitos de 1^a como de 2^a geração, pois, conforme o exposto, ambos compõem o quadro de direitos fundamentais. Curial a isto, é claro que é dever do Estado garantir a todos, indistintamente, tais direitos e garantias de forma imediata. Contudo, esta árdua tarefa esbarra no plano orçamentário da nação e na capacidade fática de realizar o previsto em lei.

Assim, para compreender melhor este dispositivo e o que significa aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, é imprescindível adentrar nessa discussão em razão dos direitos fundamentais representarem direitos básicos do homem que precisam ser libertados do campo teórico e serem evidenciados patentemente na prática.

Primeiramente, sabe-se que a teoria de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais desenvolvidas por José Afonso da Silva é a que vem sendo aceita desde sua criação, apesar de se reconhecer a existência de teorias alternativas.³⁸ Porém antes de expor essa teoria é de bom tom efetuar a distinção entre aplicabilidade e eficácia da norma.

A princípio, pode-se pensar que estes termos são conexos, e de fato são, mas isso não significa dizer que há uma pressuposição entre ambos os conceitos, pois ainda que uma norma não possua eficácia jurídica e, certamente, não possa ser aplicada, pode existir uma norma eficaz que não produza aplicabilidade para um caso concreto³⁹. Assim, deve-se ter claro que aplicabilidade da norma é um conceito que envolve uma dimensão fática diversa do conceito de eficácia.

Desse modo, se pode afirmar que a eficácia da norma jurídica implica na apresentação das condições técnicas de sua atuação, ou de aplicabilidade, por estarem presentes os elementos normativos idôneos, nela contidos ou em outra norma, para adequá-la à produção de efeitos jurídicos concretos, sem qualquer relação de dependência de sua observância, ou não, pelos seus destinatários⁴⁰.

³⁸SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.209.

³⁹SILVA, V. A., op. cit., p. 210.

⁴⁰DINIZ, M. H. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

A aplicabilidade, portanto, significa a qualidade daquilo que é aplicável a uma situação determinada.

No conceito tradicional de aplicabilidade José Afonso da Silva ensina, “No sentido jurídico diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos aos seus destinatários” ⁴¹.

A teoria de eficácia de José Afonso da Silva divide as normas em um tripé: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena se remetem às normas que desde a entrada em vigor da Carta Política de 1988, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos inerentes à vontade do constituinte originário. Aqui se traduz a ideia de normas perfeitas e vinculantes por si mesmas.

Diferentemente das normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida podem ser restringidas. Este ponto é relevante, pois não só diferencia esses dois conceitos, mas nos acrescenta uma informação importante sobre a restrição que esses dois tipos de normas podem ou não sofrer. Em outras palavras, cabe alertar que as normas de eficácia contida possuem eficácia plena desde a promulgação do texto constitucional, mas podem ter sua eficácia restringida, o que pode ser evidenciado com uma referencia a lei posterior em certos dispositivos constitucionais o que não significa dizer, contudo que as normas de eficácia contida dependam desses atos supervenientes do Legislativo, para produzirem efeitos⁴².

Por fim, as normas de eficácia limitada não podem ser confundidas com as normas de eficácia contida, pois, enquanto estas possuem eficácia plena e podem vir a sofrer restrições, aquelas carecem de eficácia. As normas de eficácia limitada precisam da atuação do legislador e dos organismos estatais para produzir seus efeitos, logo sua eficácia⁴³.

⁴¹SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 27.

⁴²SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.213.

⁴³SILVA, V. A., op. cit., p. 214.

Nesse sentido, é válido afirmar que as normas de eficácia plena e eficácia contida possuem aplicabilidade imediata, isto é, cabe ao Estado o ônus de garantir as previsões constitucionais, estas devem ser tratadas como imposições programáticas devendo fazer parte do plano de planejamento estatal. Já as normas de eficácia limitada possuem uma aplicabilidade mediata, ou seja, dependem intimamente da atividade estatal e uma submissão à lei, neste caso ao plano orçamentário.

Há, porém, um problema central nessa classificação de normas constitucionais, problema este que a doutrina denomina de problema existencial da classificação das normas constitucionais.⁴⁴ Este problema condiz às normas restringíveis, ou seja, as normas de eficácia contida, porém não faz sentido existir uma discussão de restrição (entre as normas de eficácia plena e eficácia contida) das normas constitucionais já que não existem direitos absolutos não devendo transpor uma ideia de que as normas de eficácia plena não podem ser restringidas.

Curial a isto, cabe direcionar a atenção aos direitos fundamentais, especificamente os direitos sociais. Assim, se pode aferir que não existe um direito fundamental que esteja integralmente imune às limitações e restrições impostas pelo ordenamento jurídico, o que não significa dizer que seja uma argumentação aceita para o não cumprimento dos direitos sociais, pois a garantia destes é que definem os indivíduos como indivíduos os seres humanos como seres humanos.

Com o exposto cabe propor uma indagação do que seria a diferenciação entre as normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, já que ambas podem ser restringidas. Para responder esse questionamento recorre-se para os limites imanentes do texto constitucional.

Recorda-se que não existem direitos absolutos, mas é preciso diferenciar estas normas, logo, utiliza-se uma diferenciação tênue, isto é, as normas de eficácia plena (irrestringíveis) se submetem apenas aos limites expressa ou implicitamente contidos na Constituição Federal ao passo que as normas de eficácia contida (restringíveis) se

⁴⁴Ibidem. p. 223.

sujeitam aos limites constitucionais amplo, ou seja, aqueles do constituinte e do legislador ordinário⁴⁵.

Conforme posição sustentada nesse estudo, apesar de existir uma problemática de aplicação na teoria de eficácia das normas, defende-se que os direitos fundamentais são considerados normas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, se reprimindo apenas as limitações da Lei Maior. É correto que o §1º do artigo 5º da Constituição Federal se remete aos direitos de liberdades e as normas de garantias sociais e, por isso, para muitos doutrinadores seria um dispositivo que abarca normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Desse modo, sustenta-se que os direitos fundamentais são interdependentes, logo inseparáveis em sua essência, bem como devem ser em sua eficácia, razão maior que se defende uma eficácia plena tanto aos direitos civis e políticos quanto aos sociais, apesar de conhecer o posicionamento de José Afonso da Silva que considera os direitos sociais como normas de eficácia limitada.⁴⁶ Contudo, é necessário fazer algumas considerações pontuais para se assim pensar.

Sabe-se que qualquer direito que exija uma postura ativa, prestacional pelo Estado precisa de uma regulamentação eficiente para se adequar à garantia daquele direito. Entretanto, não são todos os direitos fundamentais que necessitam dessa postura ativa estatal. Desse modo, fica a cargo da hermenêutica jurídica e do sopesamento dos direitos fundamentais de acordo com uma ponderação interpretativa, decidir quais são os direitos fundamentais dotados de eficácia plena. Isso não é eficaz, pois o que vale oferecer uma eficácia plena de liberdade de expressão, por exemplo, para um analfabeto. Veja como é muito forte a ligação das duas dimensões de direitos fundamentais.

Com isso, se percebe que a interpretação do §1º do artigo 5º da Constituição Federal precisa ser uniforme. Nesse sentido, deve esta ser de eficácia plena para todos os direitos fundamentais, para que somente dessa forma os mesmos possam ser

⁴⁵SILVA, V. A., op. cit., p. 225.

⁴⁶SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60-63.

efetivados na prática, sem deixar lacunas para uma garantia elementar. Não faz sentido defender que somente os direitos individuais, por exigirem uma inação estatal podem gozar de uma eficácia plena da norma constitucional, como certos juristas entendem.

Na concepção de Bastos e Britto,

Na área dos direitos e garantias individuais, cogitar-se-á de norma irregulamentável sempre que o bem jurídico nela consagrado apenas exigir, par o seu efetivo respeito a simples inação do Poder Legislativo⁴⁷.

Para José Afonso da Silva,

As liberdades públicas, sobretudo quando garantidas por normas de eficácia dita plena, não seriam apenas irrestringíveis: a eficácia das normas constitucionais que enunciam os direitos individuais também seria não regulamentável. A eficácia dessas normas não depende da intermediação do legislador, já que a ideia de regulamentação da liberdade 'há muito está superada'⁴⁸.

Por que não se pode superar a regulamentação das garantias sociais? Ademais infere-se que as liberdades previstas no texto constitucional não são exatamente direitos que não exigem uma postura ativa do Estado e muitas vezes oneram o mesmo incalculavelmente.

Interessante dizer que esta bandeira, levantada pelo Estado, de altos custos aos direitos sociais que, supostamente não são fundamentais (já vimos que são) não pode ser erguida e prosperar, pois os direitos individuais, ditos fundamentais acarretam, também altos custos.

É falaciosa a ideia de que os direitos de primeira geração, por demandar a abstenção do Estado, não acarretam custos para poderem ser garantidos a todos. Os recursos públicos são indispensáveis para a proteção de liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias, e de segurança, implicam gastos estatais⁴⁹.

⁴⁷BASTOS, C. R.; BRITTO, C. A. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. apud SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.226.

⁴⁸SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008p. 140.

⁴⁹HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. New York: Norton & Company, 1999. p. 233 e ss.

A proteção de direitos civis e políticos, como o acesso à justiça, o direito de reunião, o direito de matrimônio, o direito de votar e ser votado,

Pressupõe a criação das respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que confirmam relevância jurídica à decisão matrimonial ou ao ato de associação, convocação de eleições, organização de um sistema de partidos políticos, etc.)⁵⁰.

No plano estatístico pode-se afirmar que são muitas as vezes que quando comparado os direitos de primeira geração, representam um ônus pecuniário maior do que o cumprimento dos direitos de segunda geração⁵¹.

Uma coisa é certa: os direitos individuais e sociais são indissociáveis, pois se comunicam, ou melhor, se interrelacionam de maneira que se completam e se integram. É bem de ver que, se de um lado, se enxerga um liame de pressuposição recíproca entre os direitos individuais e sociais, basta pensar na inutilidade da proteção jurídica das liberdades civis a quem não possui condições materiais mínimas para usufruí-las, no amesquinamento da liberdade de expressão de um analfabeto, etc.;⁵² é o que Sen defende como a remoção de fontes de privação de liberdades⁵³.

Dessa feita, resta superada a possibilidade de encarar os direitos de primeira e segunda geração como incomunicáveis.

Assim ensina Dias,

Para ter essa visão universalista (humanista), é preciso tomar como premissa que os indivíduos de uma sociedade, qualquer que seja ela, têm direito a determinadas condições mínimas de existência que lhes conferem o status de pessoa humana. O status de pessoa humana somente pode ser atribuído na medida em que determinados conteúdos mínimos da vida são assegurados aos indivíduos⁵⁴.

Dessa afirmação se observa a importância de acoplar os direitos individuais e sociais criando o que se chama de direitos fundamentais.

⁵⁰ABRAMOVICH, V.; COURTIS C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta. 2002. p. 10.

⁵¹HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 233 e ss.

⁵²SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 466.

⁵³SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 56-64.

⁵⁴DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 117.

As garantias sociais, portanto, devem ser interpretadas como direitos fundamentais que impõe ao Estado um dever, isto é, um automático cumprimento dessas garantias por estarem na Constituição Federal e por o Estado já ter (ou dever ter) incluído no seu planejamento de gestão, esta é a regulamentação ensejada pelo constituinte. Não pode ser vista como uma norma programática, que se difere de um dever, por somente se inserir nos planos estatais quando cumpridas as demais metas do Estado, uma ideia de resíduo, de cumprir quando puder.

Diante das argumentações oferecidas é que se critica o posicionamento de Silva, que profere,

Em geral, há uma contraposição entre as normas que consagram liberdades públicas e direitos políticos, como normas de eficácia plena, e aquelas que consagram direitos sociais, como normas de eficácia limitada. Essa contraposição costuma ser feita para se mostrar que as normas de eficácia – liberdades públicas e direitos políticos – não dependem de regulamentação e intervenção estatal, e a prova disso é sua real efetividade, obtida apenas a partir de uma abstenção do Estado e do legislador ordinário. Já o caso das normas de eficácia limitada seria muito diferente. Isso seria comprovado a partir da experiência dos direitos sociais, cuja realização depende de uma ação estatal, sem a qual a eficácia da norma não se produz por completo. A limitação dessa eficácia ficaria ainda mais clara em face dos custos que esses direitos implicam para o Estado, que, por isso, não tem condições de agir de forma esperada⁵⁵.

Ademais, é correto afirmar que não existem normas completas em si, todas, necessitam de uma ação estatal, em determinado grau, para produzir efeitos. Com essa ideia critica-se novamente a posição de Silva por ele defender que no plano jurídico ou técnico existem diferenças entre as liberdades e garantias sociais. Proclama o autor que pelo fato de já existir todo um aparato estatal para garantir as liberdades, não precisa o Estado ter uma postura prestacional⁵⁶.

Esta afirmação, com a máxima vênua, não pode prosperar. A título de uma compreensão integral, afirma-se que não faz sentido dizer que uma norma tem eficácia plena se a mesma não estiver amparada por toda uma estrutura do Estado que garanta sua efetividade. Será que de fato o Brasil possui uma organização eficaz no Poder Legislativo, de modo que o direito ao sufrágio seja considerado como norma de eficácia

⁵⁵SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.231.

⁵⁶SILVA, op. cit., p. 233.

plena, ou será que o poder de polícia do país é tão bem estruturado que não exista, ou melhor, que exista um número ínfimo de disputas por terra, de forma que o direito de propriedade possa ter uma eficácia plena?

Naturalmente a resposta as estas indagações será negativa, pois não se deve analisar o que já existe no Estado para garantir a efetividade da norma, mas o que deve existir, de modo que a Constituição sirva de texto impositivo.

Assim, defende-se, reiteradamente, que as liberdades e as garantias sociais se inserem numa gama de direitos mais amplos, ou seja, os direitos fundamentais cuja norma previsora dos mesmos não pode ter uma eficácia a não ser plena para vincular o cumprimento daquilo nela inserido.

Corroborando deste entendimento, Sarlet,

Os preceitos normativos de direitos fundamentais possuem um mínimo de eficácia, podendo se extrair que o poder público deve retirar das normas que consagram tais direitos, a eficácia maior possível, destacando-os em relação aos demais preceitos constitucionais, amparado pelo o conteúdo do próprio §1º do artigo 5º⁵⁷.

Ademais resta patente a interdependência desses direitos de modo que os mesmos só funcionam se estiverem concomitantemente garantidos. Tem que ser ter em mente que os direitos sociais precisam ter a plena eficácia da norma sob pena de depender de uma regulação ordinária e, possivelmente, nunca gozar da eficácia que merecem.

Nesse diapasão, é que os cidadãos se valem da Constituição Cidadã para levar ao Poder Judiciário conflitos que afetam direitos nela assegurados. Contudo, não são os direitos individuais o cerne deste conflito, mas os direitos sociais. É evidente que o Estado, através do Poder Judiciário, terá que observar a matéria de litígio a ele apresentada.

2.3 CONCEITOS DE JUSTIÇA SOCIAL – JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

⁵⁷SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.260.

A grande dificuldade presenciada, hoje, pelo Poder Judiciário brasileiro e de grande parte dos países, encontra-se em definir quais matérias estão sujeitas à justiciabilidade (o aprofundamento ao tema será feito no tópico 2.5). Ademais, é de valiosa importância assinalar o insuficiente aparelhamento destes órgãos nacionais em destacar litígios levados aos mesmos de cunho individual e de cunho coletivo.

Pois bem, como pressuposto básico para compreender o debate a ser travado, é fundamental considerar a diferença existente entre justiça comutativa ou retributiva e a justiça distributiva.

Primeiramente, os estudiosos anglo-saxões consideram que a ideia de justiça pode ser externa e interna, a primeira é considerada a ser o objeto das decisões de tribunais e jurisprudências e a segunda é uma espécie de vontade interna do cidadão, o objeto da moralidade⁵⁸.

A outra classificação, a que nos interessa para o presente estudo, se verifica entre a justiça comutativa ou retributiva e a justiça distributiva. A primeira deve ser entendida como aquela que dirime conflitos bilaterais, onde se tem uma situação de direitos conflitantes dentro das questões privadas do Direito, como questões legais de obrigações, contratos, punição penal, punição administrativa, etc.

Para a doutrina pragmática americana, justiça comutativa reflete uma virtude cujo objeto é de entregar ou devolver tudo aquilo que pertence a uma das partes. De modo geral é a forma de justiça que rege uma relação contratual e separa para as partes o que é devido a cada uma. Nesse sentido, vale informar que a palavra “comutativa” vem do latim “comutare” o que significa trocar ou cambiar algo, transparecendo a ideia de ser algo realizável entre pessoas em uma relação bilateral⁵⁹.

Esta espécie de justiça traduz uma ideia de igualdade e, por sua vez a injustiça uma desigualdade, logo o magistrado tem a tarefa de igualar a relação

⁵⁸MERALI, I.; OOSTERVELD, V. (Eds.) *Giving meaning to Economic Social and Cultural Rights*. Pennsylvania: Penn Press, 2001. p. 29.

⁵⁹MERALI; OOSTERVELD, op. cit., p. 45.

entre as partes analisando apenas o caráter distintivo de um delito, por exemplo, de modo que esta igualdade buscada pelo magistrado se realiza quando o mesmo aplica uma pena⁶⁰.

Nesses termos, Aristóteles, ensina,

O juiz restabelece a igualdade como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la ao menor. E quando o todo foi igualmente, os litigantes dizem que receberam “o que lhes pertence” – isto é, receberam o que é igual, o justo⁶¹.

Por sua vez, o tratamento dado à justiça distributiva amplia os litígios hipotéticos enumerados acima, uma vez que versa sobre questões multilaterais, obrigatoriamente compostos pelos sujeitos do processo, nos polos ativo e passivo, bem como a sociedade, como um todo, no polo ativo, uma vez que o objeto da demanda concerne a um bem comum. O bem comum se refere à vontade geral da sociedade, um verdadeiro conceito deontológico-procedimental, tendo em vista que abrange um conjunto de condições que permitem aos membros de uma comunidade atingir, por si mesmos objetivos ou realizar razoavelmente os valores que os motivam a colaborar uns com os outros em uma comunidade, bem como o processo pelo qual se invalida regras e normas, questiona-se a justiça do *status quo*, e se alteram as categorias sociais criadas normativamente⁶².

Pode-se afirmar que a justiça distributiva, nada mais é do que uma divisão ou repartição do fundo social comum, concedidas a uma pessoa ou pessoas determinadas que integrem aquele organismo social de onde este fundo de benefícios e de custos é retirado⁶³.

Acrescenta-se a esta distinção mais um fator, isto é, a proporcionalidade, de modo que quando se retira bens e serviços de um fundo comum, deve-se satisfazer a sociedade na proporção de suas necessidades. Esta é uma tarefa dificultosa, pois

⁶⁰ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 126.

⁶¹ARISTÓTELES, op. cit., p. 126-127.

⁶²LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 126.

⁶³LOPES, op. cit., p. 125.

a verdadeira virtude não se assimila à justiça individual, mas aquela que distribui posses comuns entre duas ou mais pessoas⁶⁴.

No mais dizer, a distribuição de bens e/ou serviços a fim de aplicar os preceitos básicos da justiça distributiva implica na concepção clássica de escolha social; é o paradigma de estender a escolha racional individual para a coletividade de modo que as suas necessidades e anseios possam ser cumpridos⁶⁵.

Dessa forma, questões levadas ao Judiciário para assegurar direitos sociais (políticos, econômicos e culturais) precisam ser vistas à luz do conceito de justiça distributiva a fim de distribuir igual (proporcional) coisas comuns (não produzidas por ninguém – asseguradas no texto normativo); coisas produzidas em comum; autoridade e poder – liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades, recompensas, incentivos e talentos individuais socialmente relevantes e desejados.

A partir do conceito de bem-estar ou *welfare* o princípio da justiça distributiva ou *distributive justice* pode ser definido como:

Considered as one type of justice, distributive justice is a central concept in the Catholic tradition and is closely linked to the concepts of human dignity, the common good, and human rights. Considered as an ethical principle, distributive justice refers to what society or a larger group owes its individual members in proportion to: 1) the individual's needs, contribution and responsibility; 2) the resources available to the society or organization (market considerations would be included under this, as well as other financial considerations); and 3) the society's or organization's responsibility to the common good. In the context of health care, distributive justice requires that everyone receive equitable access to the basic health care necessary for living a fully human life insofar as there is a basic human right to health care.

The principle of distributive justice implies that society has a duty to the individual in serious need and that all individuals have duties to others in serious need. In decisions regarding the allocation of resources, such as rationing decisions, the duty of society is not diminished because of the person's status or nature of illness. Everyone is entitled to equal access to basic care necessary for living in a human way. Triage must presume an essential equality of persons. In other words, allocation decisions

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 107-112.

⁶⁵ ARROW, K. J. *Social Choice and Justice*. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 162.

should not be based upon judgments of the quality of persons. Benefits and burdens should also be distributed in a just manner (grifo meu)⁶⁶.

Pode se extrair do excerto acima que a fundamentação jusfilosófica que sustenta a justiça distributiva remete à distribuição de condições de acesso, sejam elas de ordem educacional ou do setor da saúde, mas que possuem algo em comum, isto é, o oferecimento das condições básicas de sustento para se concretizar uma forma de igualdade em que os beneficiários desta distribuição podem ser identificados como seres humanos. Nesse sentir, a justiça distributiva visa a garantir a possibilidade de igualar todos em um patamar geral de seres humanos, de modo que o mínimo para suas existências deve ser garantido indistintamente⁶⁷.

Desse modo, quando se refere às condições de acesso, pensa-se em igualdade e equidade na sociedade contemporânea. Infere-se, dessa forma, que a igualdade proporciona aos cidadãos um sentimento de inclusão social de fazer parte, efetivamente, do grupo como um todo que é a sociedade. Já a equidade garante aos tutelados do Estado uma motivação para produzir, pois haverá uma retribuição individual na proporção que cada um contribuir para a sociedade. Associando essas ideias em conjunto com a distribuição das necessidades básicas a todos, se pode evidenciar um Estado que atue no social como no econômico, de modo que não retém riquezas como forma de medição da produtividade do mesmo⁶⁸.

Por sua vez, Rawls, em sua teoria de justiça, garante que o lugar de nascimento, o status social e as influências de família são questões de sorte e não devem influenciar na forma dos benefícios da justiça distributiva. Este autor defende que a justiça distributiva tem a função de limitar as questões atinentes a sorte para

⁶⁶ **Healthcare Ethics: Principles of Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/distributive_justice.asp>. Acesso em: 29 maio. 2012.

⁶⁷ ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 188.

⁶⁸ BUTRAM, R. T. et. al. Equity, Equality and Need: Three Faces of Social Justice. In: BUNKER, B. B. e DEUTSCH, M. (Eds.) **Conflict, Cooperation, and Justice**. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1995. p. 261.

distribuir as necessidades básicas de modo mais justo para a vantagem da coletividade⁶⁹.

Com isso, pode-se afirmar que, apesar da função intrínseca da justiça distributiva, qual seja a distribuição de bens e serviços, esta não deve se encontrar presente somente em um Estado de bem-estar social, pois o Estado Democrático de Direito em que se vive deve zelar pelo bem estar de seus tutelados ao mesmo tempo em que proporciona uma liberdade econômica de desenvolvimento, o que faz surgir a importância do Judiciário em disciplinar estas questões políticas a fim de defender os direitos fundamentais⁷⁰.

Certamente que esse tipo de justiça teria maior êxito num Estado social, mas o que se pretende buscar é um equilíbrio entre o crescimento do capitalismo voltado à economia com as garantias dos direitos sociais básicos a todos, necessitando, desse jeito, aplicar a justiça distributiva⁷¹.

Nesse contexto Lopes ilustra,

Como nunca, está em jogo perante o Poder Judiciário, a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. Se até agora sua formação intelectual, ideológica, profissional habilitou-o, com tantas e tantas insuficiências, claro está, a exercer suas funções em casos marcados por disputas de trocas justas ou injustas, hoje o problema principal é o distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos todos⁷².

Conforme o presente estudo se pode deprecar que a justiça comutativa pertence, autenticamente, ao Poder Judiciário, enquanto a justiça distributiva passou a tomar o corpo de uma politização do Judiciário. Esta afirmação é o resultado de uma mudança de cultura, com a canalização crescente de demandas “políticas” para o Judiciário⁷³.

⁶⁹RAWLS, J. **A Theory of Justice: Revised Edition**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 107.

⁷⁰ENCICLOPÉDIA DE FILOSOFIA DE STANFORD. **Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/>>. Acesso em: 15 maio. 2012.

⁷¹ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 192.

⁷²LOPES, J. R de L. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142.

⁷³BARAK-EREZ, D.; GROSS, A. M. (Eds.) **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**. Oregon: Hart, 2007. p. 28.

Assim, o que acaba acontecendo é uma tentativa insatisfatória de alocação de bens e serviços pelo órgão judicante, algo que não pode ser feito, muito menos merecer ser visto como uma forma de construção de justiça. A justiça distributiva, portanto, prevê uma distribuição, no caso deste trabalho, das necessidades básicas dos indivíduos da sociedade para que possam ver cumpridas as bases sociais garantidoras de respeito próprio e valorização moral de cada um⁷⁴.

Desse jeito, o problema se desenvolve de modo que o Judiciário não consegue resolver questões coletivas com a justiça distributiva, este transforma os problemas de distribuição em problemas de comutação, o que desde já se afirma que essa realidade precisa mudar.

2.4 A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Desamparados pelo não cumprimento das previsões constitucionais, mais especificamente, dos direitos sociais na sociedade brasileira os cidadãos começam a exigir do Estado seus direitos basilares. Nesse diapasão, a discussão torna como alvo central o Poder Judiciário, o responsável por definir estes conflitos legais.

Não é estranho aferir que o debate proposto não foge do cenário mundial no que tange à efetivação de políticas públicas realizadas pelo Estado em prol da coletividade. Desde então, é importante enfatizar que a politização do Judiciário é um elemento imprescindível para acoplar a política às decisões judiciais⁷⁵.

Na colocação de Campilongo,

As Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da Política⁷⁶.

⁷⁴ROEMER, J. E. **Theories of Distributive Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 165-206.

⁷⁵CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 101.

⁷⁶CAMPILONGO, op. cit., p. 24.

Continua a ensinar este autor,

A relação entre decisão judicial e sistema político sempre foi mediada pelas características do Estado. A atribuição do monopólio da resolução dos conflitos jurídicos ao Judiciário é fruto dessa equação e pressupõe elementos centrais do conceito de Estado, como os princípios da territorialidade e da soberania⁷⁷.

Lopes, por sua vez, afirma, “No caso do direito constitucional, particularmente nos casos de disputa judicial sobre a constitucionalidade de lei ou atos da administração, política e direito voltam a juntar-se”⁷⁸.

A judicialização das políticas públicas é o fenômeno que possibilita o poder judiciário dirimir conflitos políticos. Dessa forma, os magistrados se veem apreciando inúmeras causas de indivíduos que suplicam tratamentos médicos, vagas em escolas e melhores condições educacionais, algo que aparenta ser de resolução dos demais poderes. Defende-se, desde logo, a possibilidade do órgão judicante apreciar tais litígios.

Corroborando a ideia de como deve atuar o Judiciário Krell profere,

O Poder Judiciário deve, cada vez mais, atuar na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços sociais básicos, com ênfase do novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo⁷⁹.

Do mesmo modo, ao definir o papel do magistrado Campilongo ensina,

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva⁸⁰.

⁷⁷CAMPILONGO, op. cit., p. 29.

⁷⁸LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 124.

⁷⁹KRELL, A. O controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 48.

⁸⁰CAMPILONGO, C. F. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

Assim o juiz não aparece mais como um mero tutelador dos direitos e litígios subjetivos, mas se torna, também, um dos titulares da distribuição de recursos e da criação de equilíbrio entre questões supra-individuais⁸¹. Ressalta-se, contudo, que não se pode imaginar o Judiciário como substituto do Legislativo ou Executivo e nem como supressor das funções destes; a ideia a se passar é de plena harmonia entres os poderes a fim de tornar vivo o texto da Lei Maior.

Nesse sentido assevera Cunha Júnior,

[...] se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu insaciável desejo de ser aplicada (FINS expressamente estabelecidos), criando, para esse fim, três ações constitucionais específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário – na relevante missão de criar o Direito – a competência para suprir todas as indigestas omissões do poder público (MEIOS implicitamente estabelecidos). Essa posição, com certeza, conta com a crença de todos os constitucionalistas, até mesmo dos mais conservadores⁸².

No mais dizer Meireles proclama,

Por outro lado, ratificamos nossa posição de que o fato dos enunciados das normas de direitos sociais serem vagos e indeterminados não impede, de forma alguma, a sua aplicação direta e imediata, o que, aliás, está expressamente determinado no art. 5º, § 1º da CF/88, **sendo função própria do Poder Judiciário determinar o alcance, in concreto, de preceitos normativos** (grifo meu)⁸³.

Nesse diapasão, se afirma que a simples existência das normas constitucionais, garantidoras dos direitos sociais de cidadania não significa que os mesmos serão aplicáveis no mundo dos fatos, pois os direitos não são autoaplicáveis, demandam uma mobilização política e social. Ao Judiciário, então, transfere-se o papel de inicializar esta mobilização, de modo que as decisões judiciais possam representar uma associação da Política com o Direito para que os beneficiários desta união seja a sociedade como um todo⁸⁴, não só nesse aspecto, mas também no oferecimento de uma nova interpretação às contribuições sociais e a capacidade contributiva, que será visto no próximo capítulo.

⁸¹Ibidem. p. 49.

⁸²CUNHA JÚNIOR, D da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 138.

⁸³MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 381.

⁸⁴BELLO, E. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 198-201.

Não é dizer, entretanto, que este trabalho adentrará nas demais camadas de poder ou na formação econômica do Estado, discutindo modelos Liberais e Sociais de Estado. O objeto deste estudo se centraliza no Poder Judiciário e como este pode melhorar a sociedade ao proteger, no mundo fático os direitos fundamentais⁸⁵.

Cabe assinalar que são três as maiores críticas contra o ativismo político dos juízes: a parcialidade, a contestação à lei e a intromissão em funções de outros poderes⁸⁶.

A primeira colocação se remete a parcialidade do juiz, como se o mesmo ao decidir sobre a política perderia o seu caráter imparcial. Não se pode confundir “politização do Judiciário” com “partidarização do Judiciário” que submete o magistrado a um determinado partido, grupos ou personalidades da política, o que é altamente condenado pela presente monografia.

Sabe-se, evidentemente que o Direito não é Política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas, ou partidarizada, mas se assemelha aos aspectos positivos desta em uma democracia, como sua criação é fruto de uma vontade majoritária que se manifesta nas leis (*latu sensu*), sua realidade não se desassocia da política e dos efeitos que causados no meio social, etc. Entretanto essas duas ciências não se confundem em suas essências, porém existem simultaneamente na estruturação do Estado⁸⁷.

Assim, os magistrados, ao atuarem em decisões políticas não estarão se partidarizando ou cometendo atos tendenciosos, pelo contrário estarão resguardando os direitos basilares do ordenamento jurídico em que se vive.

Nesse diapasão, Barroso profere,

Cabe à Constituição fazer a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

[...]

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser

⁸⁵ BELLO, op. cit., p. 201.

⁸⁶ CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57.

⁸⁷ BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 junho. 2012.

deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível⁸⁸.

Portanto, pelo que se percebe, esta primeira crítica se reduz a um equívoco que considera a politização do juiz uma atuação partidária, não política⁸⁹.

A outra crítica, quando se fala em contestação à lei, estar se referindo a uma suposta negação à aplicação dos textos legais pelo magistrado. Este mito precisa ser superado, pois quando se trata de politização do Judiciário não estar se afirmando que o magistrado deixará de aplicar a lei, pelo contrário o mesmo somente ampliará os seus instrumentos para a aplicação da norma.

Campilongo defende, “De uma parte, nega-se legitimidade ao puro subjetivismo e ao voluntarismo. De outra parte, porém contesta-se o caráter absoluto da ‘certeza do direito’ ou da univocidade da interpretação da lei”⁹⁰.

Curial a isto, se declara que a segunda crítica é limitada, pois não se pretende excluir da forma decisória do juiz a aplicação legal e sim aprimorá-la com o aumento das possibilidades de escolha, superando uma suposta negação ou contestação à lei.

O magistrado deve agir equitativamente a fim de promover a justeza de um certame judicial, mas para isso este não pode ter um embasamento isolado da justiça legal.

Na acepção de Aristóteles, muitos operadores do Direito se confundem entre os termos de *equidade* e *justiça*,

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza⁹¹.

⁸⁸BARROSO, op. cit., p. 12-14.

⁸⁹CAMPILONGO, op. cit., p. 58.

⁹⁰CAMPILONGO, op. cit., p. 58.

⁹¹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 136.

Portanto, devido a um excesso de simplicidade legislativa, o magistrado é chamado para atuar nos casos concretos como se o legislador fizesse se tivesse presente e com a oportunidade de incluir o caso em lei. Nesse sentido é que se defende que a lei universal e abstrata é falha o que possibilita um dever fazer do juiz da causa aplicando o conceito de equidade com intuito de alcançar o que é justo⁹².

Nesse contexto, arremata Aristóteles, “Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”⁹³.

Assim, mais uma vez, não se defende uma suposta negação à lei, mas uma aplicação desta em associação com os demais instrumentos disponíveis no ordenamento para se conquistar um sentido justo superior ao da justiça legal.

Por fim, conforme explanado anteriormente, acredita-se serem redundantes maiores defesas de que a politização do juiz retrataria uma possível usurpação das funções do Poder Judiciário nas funções dos demais Poderes, mas sim um instrumento de apoio que trabalha em conjunto com os outros poderes para efetivar os ditames da Constituição, uma ideia de equilíbrio de poderes.

Porém, há uma discussão acerca dessa crítica, ainda não tratada na presente monografia que merece atenção.

A vinculação ao orçamento é um argumento poderoso utilizado pelos Poderes Executivo e Legislativo para recusar uma vinculação de uma decisão judicial ou de até impedir que o órgão judicante decida sobre a política. O que não é claro, contudo, é o processo deliberativo orçamentário quando o Executivo central retém verbas sem expor as razões que motivaram essa atuação⁹⁴.

O sistema orçamentário no Brasil representa o poder de não gastar, uma ideia matemática de que o país com a maior somatória de receita tributária demonstra a riqueza do mesmo. Perceba que muita das vezes o Executivo deixa de despender as verbas no social, possibilitando que a coletividade fique à mercê de ver seus direitos

⁹²Ibidem. p. 137.

⁹³ARISTÓTELES, op. cit., p. 136.

⁹⁴MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232.

efetivados, por um período indefinido, até que surja uma boa oportunidade política estratégica para começar a gastar a verba retida⁹⁵.

Mendonça adiciona,

A crítica não se dirige, portanto, ao cortes e aumentos em si, mas sim ao sistema, que confere ao Poder Executivo a faculdade de ignorar as previsões orçamentárias sem nem mesmo indicar os motivos que justificariam esta conduta⁹⁶.

Será que o legislador não deve zelar pelas decisões tomadas ao programar o plano orçamentário? No Brasil, se percebe que o orçamento não possui o respeito que merece, servindo de uma mera formalidade, pois este não é posto em prática em sua integralidade. A Administração, dessa forma, deveria ser fiel à Lei, desviando somente por necessidade para que o social seja cumprido⁹⁷.

Mendonça assevera,

O dever de motivar é fundamental em qualquer sistema orçamentário, mesmo naqueles em que a execução seja vinculada. Não apenas como requisito de transparência e combate à corrupção, mas também porque a vinculação absoluta nunca será possível, como foi demonstrado. Decisões discricionárias terão de ser produzidas, em diferentes níveis, e a motivação serve para que o administrador demonstre que a sua conduta guarda relação com a realidade fática e está inserida no espaço de liberdade deixado pela ordem jurídica⁹⁸.

Por conseguinte, com muito mais força e razão, a realidade orçamentária do país pode ser utilizada pelo magistrado como argumento a favor da atuação do Judiciário em questões políticas. Ademais, a inexecução orçamentária tornaria a tutela judicial menos invasiva, para aqueles que a consideram desde o início, pois o órgão julgador estaria nada mais de que concretizando uma política já aprovada formalmente⁹⁹.

Diante do exposto, há quem defenda que cabe, em caráter excepcional, ao Poder Judiciário decidir sobre questões políticas, até porque essas decisões podem afetar outros bens jurídicos, também protegidos pela Carta Política de 1988,

⁹⁵MENDONÇA, op. cit., p. 236.

⁹⁶Ibidem. p. 241.

⁹⁷MENDONÇA, op. cit., p. 267.

⁹⁸Ibidem p. 268.

⁹⁹Ibidem. p. 276.

necessitando recorrer a uma ponderação de interesses algo que supostamente cabe aos demais poderes¹⁰⁰.

Todavia, quando a matéria se trata de direitos fundamentais, torna-se regra (ou assim deve ser considerado) a proteção desses direitos pelo órgão julgante, surgindo, novamente, a judicialização das políticas públicas ou politização do Judiciário.

Dessa forma, não se tem como propósito esvaziar a função legislativa, investindo o judiciário da condição de *policy-maker*, mas de garantir o controle judicial para reconhecer os direitos fundamentais reconhecidos por uma sociedade¹⁰¹.

O próprio, tão conhecido, argumento de Dworkin para os *hard cases* defende a necessidade de intervenção judiciária com base em princípios, quando diante de um conflito de direitos que não possuem uma regra determinada que ofereça uma solução. Este argumento não muda para os direitos fundamentais, de modo que basta se ter um conflito jurídico de direitos, embasado na inobservância das políticas existentes, na inércia de produção de leis pelo Legislativo ou até diante de uma mera preservação de direitos, para existir a atuação do Judiciário¹⁰².

Nas lições de Dias,

Os conflitos entre políticas e direitos fundamentais, objeto do presente estudo, claramente se constituem como casos difíceis que ensejam a ação judicial a fim de solucioná-los, funcionando como efetivo modo de controle das políticas¹⁰³.

O órgão julgante, em outras palavras tem a possibilidade de decidir sobre a política para a proteção dos direitos elementares, de sorte que esta possibilidade independe de uma legitimidade por força eleitoral direta do povo, ou seja, a imunidade constitucional de se ter uma eleição dos membros do Judiciário reflete a maior vontade do povo, a vontade originária do constituinte¹⁰⁴.

No mesmo contexto, a ilustração argumentativa de Gargarella sustenta,

Alexander Hamilton foi um dos primeiros pensadores que apoiaram este enfoque que, segundo o qual a Constituição era considerada a “sede” principal e exclusiva da vontade popular. No famoso documento nº 78 de

¹⁰⁰ MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 397.

¹⁰¹ DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 43.

¹⁰² DIAS, op. cit., p. 44.

¹⁰³ Ibidem. p. 44.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 144.

The Federalist Papers, Hamilton afirmou que a vontade genuína do povo residia na Constituição, e não nas decisões transitórias do legislador¹⁰⁵.

Aprofundando esse entendimento, há duas justificativas: (para a legitimidade democrática para o Judiciário decidir sobre a política) uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. A primeira assenta na Constituição atribuir expressamente a esse Poder a proteção e defesa da mesma por meio de uma atuação técnica e imparcial¹⁰⁶.

Barroso ilustra que,

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo¹⁰⁷.

A justificativa filosófica é mais sofisticada e se remete aos dois pilares do Estado constitucional democrático, quais sejam: o constitucionalismo, uma limitação estatal em face dos direitos fundamentais e a democracia que significa soberania popular e governo do povo. Diante desse contexto é que se afirma que a Constituição Federal possui dois grandes papéis, o de estabelecer as regras do jogo democrático, garantindo uma ampla participação popular concomitante com a proteção aos valores e direitos fundamentais¹⁰⁸.

Dessa forma é que Barroso defende a função do Judiciário,

Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. [...] Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das majorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático¹⁰⁹.

Cabe, desse modo, ao Judiciário proteger a base política primordial das sociedades democráticas, isto é, a tutela dos direitos fundamentais. Ressalta-se,

¹⁰⁵GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

¹⁰⁶BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 10-12. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 junho. 2012.

¹⁰⁷BARROSO, op. cit., p. 11.

¹⁰⁸Ibidem. p. 11-12.

¹⁰⁹Ibidem. p. 13-14.

portanto, que o Estado se encontra submisso à ordem jurídica, mais especificamente aos textos constitucionais notadamente no que tange a concretização dos direitos fundamentais em seu bojo, daí a importância da existência do controle judicial¹¹⁰.

Na acepção de Dias,

A prática dos tribunais, no sistema brasileiro, sem dúvida alguma continua extremamente dependente do postulado da obediência à Lei, em um sentido pobre. No entanto, a fragilidade do processo legislativo como reprodutor das demandas sociais somente pode levar à produção normativa inadequada à sociedade.

Com isso, estabelece-se um paradoxo entre uma produção normativa que não tem fonte na sociedade e, de outro lado, a tentativa jurisdicional de dar a essas fontes o atendimento e a efetividade social que elas nunca possuíram.

O Judiciário, assim, ainda que imperceptivelmente, assume a tarefa de dar legitimidade a normas que não têm qualquer base na dinâmica social. A prática democrática participativa, inspirada nos ideais republicanos dos pais fundadores, não chegou a acontecer no Brasil¹¹¹.

Portanto, este trabalho visa resgatar os ideais democráticos com a devida efetivação dos direitos sociais, com o enfoque no Judiciário, para que o Brasil possa chegar a uma prática democrática participativa como mencionado pelo autor supracitado. Deve, sem mais dúvidas, o Poder Judiciário ter a incumbência, em conjunto com os demais poderes, de realizar o referido resgate, de modo que cabe ao órgão judicante em última esfera assegurar as previsões constitucionais, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais de uma sociedade. O Estado Democrático de Direito mantém como protagonista o Judiciário para que se concretize o processo democrático que se mede com a expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo¹¹², quer por políticas públicas que por uma nova interpretação às contribuições sociais a ser tratado adiante.

Contudo, deve ficar destacado que o presente estudo não propicia garantir um caráter absoluto e ilimitado para a atuação do órgão judicante na produção de políticas.

2.5 LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

¹¹⁰DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 160.

¹¹¹DIAS, op. cit., p. 166.

¹¹²MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 457.

Diante da premissa-base que a verdadeira vontade e aspirações de uma sociedade são identificadas no texto constitucional criado pelo Constituinte originário¹¹³, pode-se afirmar que o Judiciário brasileiro possui a competência para proferir decisões políticas. Esta competência é oriunda de uma determinação expressa da Carta Política nacional que igualmente instituiu o controle de constitucionalidade por meio do mandado de injunção e da ADIN por omissão, para as situações em que os demais poderes desrespeitam os ditames constitucionais, em específico os direitos sociais que, como já demonstrado, são direitos fundamentais¹¹⁴.

Os direitos fundamentais não são absolutos, contudo, todos devem ser maximizados, interpretados ampliativamente para existirem harmonicamente na teoria e no campo fático a fim de produzir uma maior efetividade. Desse modo, os limites imanentes, que são as limitações de direitos previstas na Constituição Federal e as colisões de direitos, consideradas como o choque entre dois direitos de mesmo valor, relativizam os direitos fundamentais¹¹⁵.

Nesse contexto, a atuação do Judiciário, de igual modo, se limita a atuar em matéria de direitos sociais, pois essas demandas exigem uma cautela maior que um mero litígio bilateral.

Primeiramente, há que se tratar das limitações fáticas do órgão judicante que tem uma grande dificuldade em julgar questões atinentes aos direitos sociais, uma vez que o conteúdo dos mesmos não está delimitado pela Lei Maior o que serve de obstáculo à proteção desses direitos.¹¹⁶ O conteúdo dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, na medida e no teor correto é dosado por critérios jusfilosóficos, tratados no próximo capítulo, mas desde já há que se destacar que a doutrina e a jurisprudência são quem definem tais critérios a fim de delimitar a atuação estatal devida.

Nesse contexto, proferem Abramovich e Courtis,

Como ya hemos dicho, un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculado con la falta

¹¹³GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juizes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

¹¹⁴SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 518.

¹¹⁵NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 39.

¹¹⁶ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 131.

de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una constitución o um tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de lãs prestaciones o abstenciones debidas. [...] Em primer lugar, no se trata de um problema ligado exclusivamente a los derechos econômicos, sociales y culturales: la determinación del contenido de um derecho de raigambre constitucional de cualquier índole se vê afectado por el mismo inconveniente, que radica, em el fondo, em la vaguedad característica del lenguaje natural em el que se expresan lãs normas jurídicas. [...] Em el plano internacional, lãs Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen um buen ejemplo de uma tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos em el PIDESC. De manera similiar, lãs observaciones y recomendaciones del Comité frente a los Informes de cada uno de los países signatários, se aproximan funcionalmente a la << jurisprudencia >> a nível local, ya que analizan el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de lãs obligaciones establecidas em el PIDESC em situaciones concretas de alcance general.¹¹⁷

Para aplainar dúvidas, não se quer defender a impossibilidade do Judiciário proteger os direitos fundamentais por eles não terem um conteúdo definido, muito menos que essa indeterminabilidade semântica de conteúdo desses direitos seja algo negativo. O fato dos direitos fundamentais padecerem de uma definição retrata uma característica inerente às normas constitucionais e de tratados de direitos humanos, pois preveem direitos de suma importância cujo caráter precisa ser geral. Deve-se entender que a razão de ser dessa generalidade é para permitir uma maior flexibilidade e adaptação a fim que se adéquem às necessidades de uma sociedade¹¹⁸. Entretanto, urge destacar que o órgão judicante se limita a atuar conforme os critérios doutrinários e jurisprudenciais (a ser visto no capítulo seguinte) para se chegar a uma decisão política eficaz.

O segundo obstáculo fático que limita a atuação do Judiciário traz consigo um terceiro obstáculo, pois é um fator que causa outra limitação judicial, algo já mencionado nas linhas antecedentes do presente estudo, mas que merece se destacar juntamente com o segundo obstáculo fático.

Trata-se da ausência de mecanismos processuais adequados para tutelar os direitos sociais. O ordenamento jurídico pátrio se estruturou com enfoque individualista

¹¹⁷Ibidem. p. 122.

¹¹⁸ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 124.

adquirido pelas gerações anteriores, algo que prejudica imensamente a garantia dos direitos sociais, que devem ser ajuizados coletivamente.

Corroborando do mesmo entendimento, Abramovich e Courtis afirmam,

Otra limitación para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos.¹¹⁹

Nesse diapasão evidenciam-se incidências coletivas de direitos sociais que provocam problemas de legitimação ativa, pois as ações intentadas não estão capacitadas para abarcar demandas sociais, somente as individuais. Ademais, as violações de direitos sociais requerem, ao mesmo tempo, uma satisfação urgente de determinado direito, assim como uma amplitude de provas, algo repudiado pelo ordenamento, de modo que as ações tradicionais possuem um direito líquido e, as cautelares a prova da verossimilhança das alegações, algo incompatível com os direitos sociais.

Para arrematar, ainda há que se abordar as decisões judiciais, uma vez que pela forma que o ordenamento jurídico foi estruturado os efeitos das mesmas não atingem a vontade do julgador. Os magistrados ao decidir não consideram os mecanismos processuais ofertados aos operadores do Direito causando um resultado que não poderia ser diverso, uma dificultosa execução das sentenças sem obter uma proteção efetiva daquilo que esteja se pleiteando em juízo.

Abramovich e Courtis ensinam,

Como ya hemos dicho, parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal que hemos heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales¹²⁰.

¹¹⁹Ibidem. p. 129.

¹²⁰ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 130.

Este obstáculo, como citado anteriormente, causa a terceira limitação judicial fática, isto é, um mito que as demandas individuais conseguem resolver problemas sociais. No Brasil, mais de oitenta por cento das ações que demandam direitos sociais são ajuizadas individualmente, algo que causa inúmeros impactos em outros setores, pois afetam a coletividade como um todo¹²¹.

Nesse contexto, os magistrados acabam concedendo direitos sociais aos pleiteadores criando um problema de ordem objetiva: de onde serão retirados os recursos de um tratamento médico, por exemplo. Será que se devem retirar as verbas necessárias de valores que aumentariam a infraestrutura hospitalar, de valores que garantiriam a uma comunidade medicamentos cardíacos etc.?

Este paradigma contemporâneo de garantir individualmente direitos sociais precisa ser superado, pois o Judiciário é chamado para julgar usando uma “macrojustiça”, que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos¹²².

O Poder Judiciário sofre ainda uma limitação judicial de ordem consequential oriunda dos efeitos das decisões judiciais. Ao acatar as demandas individuais que, na verdade, suplicam direitos sociais, o Terceiro Poder passa a discriminar as classes baixas do país, que, via de regra, necessitam mais da tutela jurisdicional.

Não se pode aceitar, já que o Executivo e Legislativo não cumprem sua função social para com os cidadãos, que o Judiciário promova efeitos contrários aqueles de inclusão e efetividade das garantias sociais.

Hoffmann e Bentes ensinam,

Este processo de litigância individual ou de interesses particulares causa uma consequência perniciosa, pois um Judiciário mais propenso a deferir as ações individuais (particulares) do que as ações coletivas (geralmente promovidas pelo MP) atua no sentido de discriminar interesses da população pobre e indigente, ao privá-los do acesso indireto à justiça a que fariam jus numa decisão judicial concessiva de mudança estruturante na saúde ou educação públicas¹²³.

¹²¹HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-385.

¹²²SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 584.

¹²³HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 387.

Outro obstáculo que limita a atuação judicial se refere a um problema institucional, ou seja, o órgão judicante não possui a competência ordinária de realizar políticas públicas e conforme o exposto, anteriormente, existe um movimento doutrinário forte que defende que nem extraordinariamente cabe ao Judiciário promover decisões políticas, algo que já se encontra ultrapassado pelos argumentos apresentados nesse estudo.

Entretanto, não se pode negar que o Judiciário, na prática, sofre uma limitação institucional para garantir os direitos sociais em juízo. Esta limitação implica que o Terceiro Poder como todo perde para os demais poderes, pois são aqueles que preveem, planejam e executam as políticas públicas, devendo ter o conhecimento das necessidades e as medidas que a sociedade demanda determinada prestação social.¹²⁴ Estes poderes é que definem a política e os critérios técnicos das necessidades da sociedade, ao passo que cabe ao Judiciário fazer valer e resguardar os ditames constitucionais.

Acrescentam Abramovich e Courtis,

Em primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter <<político>> o <<técnico>> de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente <<jurídicas>> es una frontera movediza¹²⁵.

É ao se defender a Constituição Federal que o Poder Judiciário ganha espaço para garantir questões políticas e, nesse diapasão que passa a sofrer maiores limitações na sua atuação.

Barroso afirma,

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas pode (deve) agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (**inserto nosso**)¹²⁶.

¹²⁴ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 127.

¹²⁵Ibidem. p. 128.

¹²⁶BARROSO. L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 18. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 junho. 2012.

É dificultosa a missão do Terceiro Poder ao tentar proteger direitos sociais, positivados na Lei Maior que deveria vincular os demais poderes a cumpri-la, quando se presencia no ordenamento jurídico um plano orçamentário meramente autorizativo ao invés de vinculativo. No Brasil, o Executivo e Legislativo não são atrelados e condicionados a lei orçamentária, o que possibilita prever inúmeras garantias a direitos sociais sem ter que efetivamente pô-las em prática.

Nesse sentido, Krell profere,

Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como consequência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas.¹²⁷

Não se quer dizer que o Executivo pode modificar e adaptar livremente o orçamento, muito menos realizar despesas sem a previsão orçamentária. O que ocorre é que num orçamento autorizativo as previsões de gastos podem não ser realizadas, possibilita, portanto, uma inércia de execução por parte do Executivo¹²⁸.

A intenção por trás desse modelo é de permitir que o Executivo tenha maior flexibilidade de atuação para alcançar e atender todas as necessidades reais da sociedade. Todavia, sabe-se que esta intenção que fundamentou o orçamento autorizativo está longe de ser cumprida, pois na prática se depara com um superávit dos cofres públicos, muito devido a não atuação do Poder gestor da nação¹²⁹.

Infelizmente, dentre a Carta Política de 1988, as leis tributárias e orçamentárias não há dispositivo que vincule o Executivo no cumprimento do orçamento votado,

¹²⁷KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dê)s caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Ed.Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 100.

¹²⁸MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233-234.

¹²⁹MENDONÇA, op. cit., p. 235.

existe somente prazos e formalidades para a criação do orçamento anual, como, por exemplo, o artigo 8º da Lei de Responsabilidade orçamentária¹³⁰.

Porém, acredita-se que essa realidade nacional não deve ser interpretada unicamente como se o Executivo não tivesse dever de cumprir aquilo que foi formalmente votado em lei no que concernem os direitos basilares do povo. Precisa-se, aclarar que a atuação do Executivo está em última instância submetida aos ditames constitucionais, de modo que este não pode se manter em inércia causando uma inconstitucionalidade por omissão de fazer.

Nesses termos, Mendonça assevera,

A rigor, seria possível reescrever a ideia sob a forma de uma decisão de não gastar naquilo que fora planejado, o que é banal, uma vez que a Constituição instituiu um processo deliberativo complexo para a definição das prioridades de investimento (direitos elementares inerentes a dignidade e pessoa humana tanto os direitos e garantias individuais como os direitos e garantias sociais, os que interessam a este estudo como: educação, moradia e saúde (essa última especificamente tratada nessa monografia) e não se deve aceitar como corriqueiro o seu esvaziamento. (inserto meu)¹³¹.

Desse modo, se percebe como é complexo o Judiciário ordenar o Executivo a fazer algo que nem a lei orçamentária o obriga.

Por fim, se põe em evidência o ultimo obstáculo que acarreta uma limitação judicial. Trata-se de uma limitação consuetudinária que basta salientar que, hoje, ainda não se tornou costumeiro recorrer ao Judiciário para garantia de demandas sociais, algo positivo por um lado, pois não deve se tornar um costume requerer do Terceiro Poder algo que os demais deveriam cumprir. Por outro lado, é negativo que ainda não se implantou em nossa sociedade uma forma de fazer valer os direitos sociais, isto é, por meio de ações coletivas para demandar esses direitos fundamentais junto ao Poder Judiciário com o fito de não vê-los garantidos por esse Poder, apesar de possuir a

¹³⁰BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Art. 8º: Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o dispositivo na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

¹³¹MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 237.

competência para tanto, mas com o viés de corrigir a má atuação dos demais poderes¹³².

Assim, Souza Neto propõe,

Essas objeções confirmam a necessidade de se aprofundar o “diálogo institucional”. Os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública. Uma das características fundamentais do modelo contemporâneo de separação de poderes é o aprofundamento da chamada accountability horizontal, ou seja, do dever de os poderes se justificarem mutuamente. As complexidades envolvidas na caracterização de direitos sociais demandam dos juízes que verifiquem com cautela as consequências práticas de suas decisões. Embora não seja assumida por completo, por conta da prioridade dos direitos fundamentais sobre cogitações relativas à eficiência administrativa é importante formular parâmetros para a priorização das ações coletivas e a necessidade de aprofundamento do diálogo institucional¹³³.

Este é o cenário vivido pela sociedade brasileira em que todos os elementos vistos corroboram para inefetividade dos direitos sociais. Sabe-se, com o exposto, que a efetividade desses direitos elementares para a coletividade não depende unicamente do Terceiro Poder, porém este é o recorte feito do presente estudo. Ao analisar as contribuições sociais se evidenciará mais um aspecto em que o Judiciário ao passar a interpretá-las, em associação ao princípio da capacidade contributiva, pode, se valendo adequadamente da judicialização da política, dar maior eficácia aos direitos sociais, em observância a tudo que foi exposto, com o intuito de construir um futuro promissor para a sociedade como um todo.

3 CAPÍTULO II – AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS TRIBUTOS

¹³²ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 131-132.

¹³³SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 529.

Feitas as considerações atinentes aos direitos fundamentais sociais que representam a base da sociedade ao acesso à saúde; à educação; ao bem estar; e analisado o Judiciário que possui uma imensa importância em prol da garantia direta desses direitos por meio das ações de políticas públicas.

Passa-se a defender que o Poder Judiciário deve, além da proteção já vista nesse estudo, proteger os direitos sociais no oferecimento de uma interpretação em que deve necessariamente incidir o princípio da capacidade contributiva previsto no texto constitucional às contribuições sociais.

Porém, antes de se adentrar nessa interpretação faz-se necessário compreender a organização dos tributos no Brasil, para se estudar, no tópico seguinte as contribuições sociais e, finalmente, chegar à conclusão de que o princípio da capacidade contributiva deve incidir a esta espécie de tributo.

Assim a classificação jurídica dos tributos é o estudo dos gêneros e das várias espécies de tributos contidos naqueles. Esse estudo por meio da classificação jurídica dos tributos somente se faz possível num Estado Democrático de Direito como o nosso que possui uma Carta Magna que distribui a competência de instituição de tributos a várias pessoas políticas como a União, Estados – membros, Municípios e o Distrito Federal. Se estivéssemos diante de um Estado unitário, o trabalho de classificar os tributos seria inócuo pela razão de todos pertencerem a um único órgão central¹³⁴.

De acordo com Agustín Gordillo, *“não há classificações certas ou erradas, mas classificações mais e menos úteis”*, de modo que a classificação é um exercício intelectual que objetiva acentuar as semelhanças e dessemelhanças entre diversos objetivos visando facilitar a compreensão¹³⁵.

Portanto, segundo Carrazza,

As classificações (tanto quanto as definições) importam não por seu valor lógico, mas por seu valor operativo; não contando que sejam

¹³⁴ CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 534.

¹³⁵ Idem, p. 536-537.

“verdadeiras” ou “exatas”, mas “úteis” e “oportunas” para entender os temas em estudo¹³⁶.

Assim a classificação dos tributos só será possível levando em conta o exame das normas jurídicas tributárias vigentes, desde a Constituição Federal à Lei Ordinária específica.

A princípio, no que tange o tema da presente monografia, contribuições sociais, segue-se o pensamento de Fabiana Tomé,

Quanto à natureza jurídica tributária das contribuições, decorre não apenas da circunstância de estarem insertas no capítulo destinado ao Sistema Tributário Nacional (art. 149 da Carta Magna), mas principalmente por sujeitarem-se ao regime jurídico tributário previsto constitucionalmente. Além disso, não podemos olvidar que as contribuições se enquadram perfeitamente na definição de tributo, estabelecida pelo art. 3º do Código Tributário Nacional. São, portanto, tributos¹³⁷.

No Brasil, por força de uma classificação constitucional, contida no artigo 145 da Constituição Federal,¹³⁸ a classificação dos tributos se dar por um tripé que engloba impostos – taxas e contribuições de melhorias, e esse é o posicionamento adotado por Roque Carrazza que insere os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais nessa classificação supracitada.

Todavia, com a máxima vênia, por uma razão pragmática que, não seria passível de análise de constitucionalidade, por ser um mero instrumento de raciocínio

¹³⁶ Ibidem, p 536.

¹³⁷ BARRETO, F. A. e BOTTALLO, E. D. (Orgs.). **Curso de Iniciação em Direito Tributário**. TOMÉ, F. DEL., P. Contribuições para a Seguridade Social Incidentes sobre o Faturamento e o Lucro. São Paulo: Dialética, 2004. p. 188.

¹³⁸ **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

voltado à pesquisa, defende-se no presente estudo outra visão classificadora de tributos.

A classificação doutrinária mais fácil de se compreender e a qual é adotada, é a classificação quinquipartite que classifica os tributos em impostos – taxas – contribuições de melhoria – contribuições sociais (especiais) e empréstimos compulsórios. Nesse caso, creio que esta classificação, também compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal, objetiva melhor o objeto deste item, qual seja a identificação dos tributos.

Na visão constitucional, entretanto, como já afirmado, os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria são espécies do gênero tributo e caberá a cada ente federativo (Um. Est. Mun. e DF.) criar e cobrá-los com fulcro no artigo 145 da Lei Suprema¹³⁹.

Nesse diapasão, o texto normativo em destaque vai além de uma mera classificação nominal, e realiza uma classificação conceitual, pois o Texto Máximo prevê o modelo e o regime jurídico de cada tributo.

Os impostos agregam uma competência privativa de cada pessoa política assegurada pela Constituição Federal, pois cabe a todos instituir e cobrar impostos, mas só um ente específico pode realizar essa tarefa em relação a um tipo determinado de imposto. Essa modalidade de tributo tem por hipótese de incidência um fato qualquer criado pelo contribuinte por estar em uma condição jurídica, ter participado de alguma transação mercantil ou ter realizado determinado comportamento, de modo que esse tributo é não-vinculativo a uma atuação estatal.

Assim, o imposto é considerado um tributo sem causa, porque ele não gera um oferecimento de uma contraprestação direta a quem o paga pela entidade tributante, uma vez que, como já ratificado, o fato impositivo do imposto é sempre realizado pelo contribuinte, sem nenhuma relação específica com qualquer atividade do ente público.

¹³⁹ Vide artigo na página 58.

Portanto, a obrigação de recolher impostos é exclusivamente do contribuinte, unilateral e não sinalagmática, pois não faz nascer ao órgão fazendário uma contraprestação.

Em suma, os impostos são tributos instituídos por meio de previsão legal de fatos típicos (em geral, mas não necessariamente – nominados na norma definidora de competência), que uma vez ocorridos, dão nascimento à obrigação tributária; não se relacionam a nenhuma atuação estatal divisível e referível ao sujeito passivo; não se afetam a determinado aparelhamento estatal ou paraestatal, nem a entidades privadas que persigam fins reputados de interesse público, se prestam ao financiamento das atividades gerais do Estado¹⁴⁰.

Curial a isto, é notório saber que os impostos ganham sustança não por serem oriundos do poder de império do Estado, mas por respeitar a solidariedade e a capacidade contributiva que, em matéria de impostos, atende às exigências do princípio da igualdade, realizando um ideal republicano de afastar, também na tributação, privilégios sem causa de pessoas ou categorias de pessoas, algo defendido para a espécie tributária objeto do presente estudo, qual seja, as contribuições sociais.

Por fim, resta destacar os impostos extraordinários¹⁴¹ (impostos de guerra) traduzidos exatamente no motivo que enseja suas instituições, qual seja, guerra ou sua iminência; sem a presença desse motivo o imposto não se legitima e, se instituído será inconstitucional. Essa hipótese para Luciano Amaro retrata uma típica atividade do Estado, que prescinde de uma motivação específica (guerra ou sua iminência) para instituir o referido imposto, de modo que se existir um “desvio” de recursos arrecadados

¹⁴⁰ AMARO, L. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 81.

¹⁴¹ **Art. 154.** A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

não contamina o tributo, pelas características inerentes ao imposto, se este foi validamente instituído¹⁴².

Nos pensamentos de Carrazza essa acepção é discordada. Esse autor e a presente monografia concorda que é imoral e até antiético criar algo (tributo) que a sociedade reconhece sua necessidade e seu destino e depois de criado passa a ter uma nova função diferente da que ensejou sua criação, e esse é só um dos vários argumentos que sustentam esse posicionamento¹⁴³.

As taxas pressupõem uma competência comum a todos os entes políticos e se traduzem em tributos que se destinam a financiar tarefas específicas, que são divisivelmente referíveis a certo indivíduo ou grupo de indivíduos de modo direto ou indireto (o que compreende motivação financeira, pré-jurídica) tem fatos geradores (já agora no plano jurídico conexos à própria atividade do Estado¹⁴⁴.

As taxas se dividem de acordo com uma atividade determinada I. na execução de um serviço público II. no exercício do poder de polícia¹⁴⁵, respectivamente dando azo as taxas de serviços e as taxas de polícia.

Portanto, o que agrega esse tributo em estudo é a conexão do interesse individual a determinada atuação estatal que se reflete, de modo divisível, (se for indivisível não poderá ser cobrada) entre os vários indivíduos que a) fruam ou tenham a sua disposição um serviço e b) provoquem o exercício do poder de polícia.

A taxa, assim, é inspirada no princípio da corresponsabilidade no sentido de troca de utilidade (diferente do imposto); é preciso que o Estado faça algo ou deixe algo a

¹⁴² AMARO. L. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 82.

¹⁴³ CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 592-595.

¹⁴⁴ AMARO. L. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 83.

¹⁴⁵ **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

disposição do contribuinte, para dele poder exigir de modo válido, esta espécie tributária.

Frisa-se que para existir a tributação por via de taxa é necessário que se tenham editadas duas leis: uma, de natureza administrativa que regulará o exercício do poder de polícia ou a prestação do serviço público e a outra de campo tributário qualificando as atuações estatais e atribuindo-lhes o efeito de, uma vez realizadas, darem nascimento e, petrificando essa modalidade tributária.

As taxas de serviços são aquelas tributadas em razão de serviço de prestação (ou posto a disposição) de utilidade material, fruível individualmente, sob o regime de um direito público, não pela natureza do serviço (não precisa ser essencial à sobrevivência do homem), mas pelo regime jurídico que possui pela ordenação constitucional e legal. Vale reiterar que os serviços públicos para serem exigidos precisam ser divisíveis (*uti singuli*: ex. transporte público) não bastando uma prestação generalizada (*uti universi*: ex. iluminação pública) onde não se consegue identificar o beneficiário daquele serviço.

Por sua vez, a taxa de polícia é oriunda do poder de polícia que se traduz a faculdade que o Estado tem de, dentro dos limites constitucionais, baixar regras de nível legal ou infra-legal para disciplinar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade das pessoas compatibilizando-o com o bem comum¹⁴⁶.

Infere-se, então que o poder de polícia calcado em previsão legal e realizado após a regulamentação da Administração Pública se concretiza em seguida dos atos dos agentes públicos como exames, vistorias, perícias, verificações, avaliações, cálculos, estimativas, confrontos e outros trabalhos como condição ou preparo do ato propriamente de polícia consistente em autorizar, licenciar, homologar, permitir ou negar, denegar, proibir, etc.¹⁴⁷.

¹⁴⁶ DE MELLO, C. A. B. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Editoras Malheiros, 2007. p. 306. **apud**. CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 548.

¹⁴⁷ CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 550-551.

A disponibilidade que autoriza a tributação por via de taxa de serviço há de ser direta e imediata e não difusa. Ademais, para que esse tributo seja exigível, é mister que a utilização (não a prestação) do serviço público seja compulsória, isto é, obrigatória por imperativo legal. Assim, se o serviço público estiver à disposição de todos, mas não diretamente do contribuinte, ou, ainda que à disposição direta deste, sua fruição for facultativa a taxa só poderá ser exigida sempre com o apoio em lei de quem efetivamente vier utilizá-lo, como, por exemplo, o pedágio que se difere, por sua vez, da taxa de coleta de lixo domiciliar.

Cabe apontar que no Brasil só existem as duas modalidades de taxas: de serviço e de poder de polícia, uma vez que foram somente essas previstas no texto constitucional que outorgou o poder aos entes políticos as criarem. Desse modo, assim como a Constituição autorizou os entes políticos a criarem e cobrarem esses dois tipos de taxas, poderá o ente político competente, por força de sua autonomia, realizar serviços gerais gratuitos, como a vacinação que poderia ser cobrado por taxa.

Faz-se necessário, ainda, diferenciar a taxa do preço público ou tarifa, pois a primeira é oriunda de uma relação pública onde o poder público se obriga por força legal a cumprir ou deixar a disposição certo serviço e a segunda vale-se do direito privado, de uma relação contratual sinalagmática onde se paga um “preço” por uma contraprestação.

Atualmente resta pacificado o enquadramento das custas processuais e os emolumentos como taxas.

Carrazza ensina,

No pensamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem, as custas e os emolumentos são taxas, pela prestação dos serviços públicos ora ligados à certificação dos atos e negócios ora conectados ao aparato administrativo e cartorial que serve de suporte à prestação jurisdicional¹⁴⁸.

Por fim, ressalta-se que o princípio formador das taxas é o da retributividade onde o contribuinte retribui pecuniariamente o serviço público ou as diligências que

¹⁴⁸ CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 559.

levaram ao ato de polícia que o alcança, pagando a exação devida, logicamente, com uma base de cálculo específica, diferente a dos impostos e uma que retrate o custo do exercício do poder de polícia ou do serviço prestado valendo-se da razoabilidade para se chegar a esse denominador¹⁴⁹.

A contribuição de melhoria presume uma competência comum a todos os entes políticos, por poderem atuar com base nesse tributo. A contribuição de melhoria é uma espécie de tributo que abarca uma atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte (hipótese de incidência) cuja qual, obrigatoriamente, precisa ser uma obra pública que cause uma valorização imobiliária ao nível de determinado (s) contribuinte (s), ou seja, implica no aumento do valor de mercado dos imóveis atingidos pela obra pública (diretamente) e aqueles em sua cercania (indiretamente).

Precisa-se ter claro que a obra pública em si, caracterizada como uma “construção, edificação, reparação, ampliação ou manutenção de um bem imóvel, pertencente ou incorporado ao patrimônio público”¹⁵⁰, não é suficiente para a cobrança do tributo, daí porque se afirmar que a contribuição de melhoria é um tributo indireto, pois prescinde de uma valorização imobiliária comprovada.

A contribuição de melhoria não pode ser incorporada a nenhum outro tipo tributário como, por exemplo, o IPTU ou ITR, dependendo da localização do imóvel, de modo que se o Estado realizar a obra em um município, aquele adicional nestes impostos referente à melhoria estaria em flagrante inconstitucionalidade, logo é um tributo com roupagem própria.

É válido assentar que o quantum que servirá como percentual da base de cálculo não poderá ultrapassar da real valorização do imóvel, isto é, se um imóvel valia 100 antes da obra e depois passou a valer 120, 20% será o teto dessa base de cálculo. Destaca-se, ainda, que o tributo em análise não é renovável, pois cada obra é vista como um fato gerador específico, de modo que a cobrança se dará uma única vez por obra realizada que ensejou a valorização imobiliária comprovada.

¹⁴⁹ Idem. p. 561.

¹⁵⁰ DE MELLO, C. A. B. **Taxas e Serviços**. In Revista de Direito Tributário Vol. 9/10. p 29. **apud**. CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 70.

O prazo decadencial para o lançamento dessa contribuição segue a regra do artigo 173, I do CTN, qual seja, começa a fluir o prazo do primeiro dia útil do exercício seguinte ao do término da obra.

Os empréstimos compulsórios são um dos tipos de tributos detentores de competência exclusiva da União que somente por meio de Lei Complementar poderá instituí-los para as situações previstas no artigo 148 da Constituição Federal, vejamos,

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Com isso, no Brasil, existem duas espécies de empréstimos compulsórios a) os empréstimos compulsórios para atender as despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (creio que a guerra interna que venha a existir contra o governo ex. As FARC na Colômbia poderá o governo se defender com ajuda do povo) e b) os empréstimos compulsórios no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, apenas a segunda modalidade precisa atender o princípio da anterioridade.

A lei que instituir o empréstimo compulsório precisará seguir orientação do artigo 15 § único do CTN¹⁵¹, isto é, a regularização da devolução do tributo aos contribuintes sob pena de ser declarada sua inconstitucionalidade por ensejar uma situação

¹⁵¹ Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios: Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

confiscatória, com escora no artigo 150, IV da Constituição Cidadã de 1988¹⁵² e por esse tributo ser restituível.

A parafiscalidade é simplesmente a cobrança por terceiro, em seu próprio benefício, de um tributo, as chamadas “contribuições parafiscais” que por força do princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado no exercício da tributação exige que o terceiro beneficiado, cobrador, e não instituidor do tributo, persiga finalidades públicas, ou, pelo menos de interesse público.

As contribuições parafiscais podem ser revestidas com a natureza jurídica de impostos, de taxas ou de contribuição de melhoria, dependendo do enquadramento de sua hipótese de incidência.

As demais contribuições sociais previstas no ordenamento jurídico pátrio, e de maior interesse dessa monografia, se encontram no artigo 149 do Texto Máximo, vejamos:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

¹⁵² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

A característica peculiar do regime jurídico deste grupo de exações está na destinação à determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público. Nesse grupo (contribuições sociais assim como compreendo) se incluem as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico e as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, assim como as contribuições para o custeio de previdência de servidores de todos os entes políticos e a contribuição destinada ao custeio de iluminação pública¹⁵³.

O fato das contribuições terem destinação específica é o que as diferencia dos impostos, enquadrando-as, pois, como tributos afetados à execução de uma atividade

¹⁵³ AMARO. L. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 84.

estatal ou paraestatal específica, que pode aproveitar ou não ao contribuinte. Vale dizer, a referibilidade ao contribuinte não é inerente (ou essencial) ao tributo, nem o fato gerador da contribuição se traduz na fruição de utilidade fornecida pelo Estado¹⁵⁴.

Assim verifica-se que as contribuições em destaque ganham vida diante das situações específicas às quais as mesmas se destinam, conforme leitura do artigo em comento.

De acordo com a unanimidade dos juristas as contribuições contidas no artigo 149 da Constituição Federal por meio de vontades políticas padecem de regulamentações no que tangem suas hipóteses de incidências e a base de cálculo a ser aplicada, como nas contribuições sócias, de maneira que muitas dessas passam a sofrer ataques de inconstitucionalidade.

3.2 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Nesse contexto delineado pelo presente estudo, é que se estudará as contribuições sociais para que no próximo item se introduza e ofereça uma solução da problemáticas destas com o princípio da capacidade contributiva.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 criou a figura das contribuições sociais no ordenamento jurídico e à União foi outorgada a competência para instituí-las.

Esse tributo não recai no campo material de incidência, de modo que sua legitimação é identificada por sua finalidade, algo que não se encontra sempre expresso no texto constitucional, dificultando a classificação jurídica do mesmo. Desse modo, confirma-se que a Carta Magna, devido a todas suas emendas acabou desfigurando o conteúdo e alcance das contribuições sociais, deixando às leis infraconstitucionais e à doutrina buscar identificá-los.

¹⁵⁴ Idem. p. 85-86.

A Constituição Cidadã abarcou no seu artigo 145¹⁵⁵ as espécies de tributos que compõem o ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, os impostos – as taxas – as contribuições de melhorias e, ainda, elencou nos artigos 148¹⁵⁶ e 149¹⁵⁷ as duas outras espécies tributárias: os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais, contabilizando, portanto, cinco espécies de tributos no Brasil; entendimento este compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, é válido ressaltar que as contribuições sociais se classificam perfeitamente com o conceito de tributo previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN)¹⁵⁸, o que confirma o tratamento de tributo a ser dado a esse tipo de contribuição, não sendo razoável negar sua natureza tributária por conta do artigo 149 da Lei Maior, por referendar apenas os artigos 146, III¹⁵⁹ e 150, I e III¹⁶⁰ do mesmo texto, pois isso significa que as contribuições sociais necessitam de Lei Complementar

¹⁵⁵ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

¹⁵⁶ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

¹⁵⁷ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

¹⁵⁸ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

¹⁵⁹ Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

¹⁶⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

para sua instituição concomitante com as limitações ao poder de tributar aplicadas às contribuições sociais e não de retirar o caráter de tributo que as mesmas possuem.

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se encontrar quatro tipos de contribuições sociais, todas elencadas no artigo 149 da Constituição Federal, quais sejam: a contribuições sociais gerais (aquelas que decorrem da relação de trabalho, tal como preceitua o artigo 7º da CF/88 ou estão voltadas a uma questão de educação geral enfim, aquelas que decorrem de algum tipo de padrão de convivência em sociedade) – as de interesse de categorias profissionais e econômicas (são as que se destinam a financiar a atividade de certas entidades não estatais, que exercem funções reputadas de interesse público, como os sindicatos e os conselhos profissionais) – as de intervenção no domínio econômico (aquelas instituídas pela União como instrumentos regulatórios excepcionais e transitórias com a função de solver situações concretas de descompasso da atividade econômica explorada pelo particular) e as contribuições para a seguridade social que vêm disciplinadas no artigo 195 do Texto Máximo.¹⁶¹

¹⁶¹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) § 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. § 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos. § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. § 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b". § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) § 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda

Após identificadas as contribuições sociais no Brasil, resta saber se o Legislador Originário autorizou a criação de outras contribuições sociais, além daquelas previstas nos artigos 149, 195, 212 §5º, 239 e 240 da Constituição Federal e a resposta é positiva. A par das contribuições sociais destinadas à seguridade social; à intervenção no domínio econômico e ao interesse de categorias profissionais ou econômicas, existem as contribuições sociais gerais que por uma impossibilidade prática o Legislador Originário não exauriu todas as possibilidades de instituição das contribuições sociais gerais, autorizando o Legislador Derivado, ao analisar a necessidade e a oportunidade da criação específica desse tributo as criar, desde que escorado nos critérios de validação finalística (em relação ao objetivo prestigiado pela Constituição) e no evento escolhido como fato gerador.

Portanto, as contribuições sociais são tributos que atendem finalidades qualificadas constitucionalmente no interesse de uma categoria ou um grupo por meio de uma atuação estatal e com fundamento no princípio da solidariedade, uma vez que, na medida em que aquele que paga não pode ser diretamente beneficiado pela atuação do Estado que, sendo no interesse do grupo, deve ter feição positiva em relação a este, embora não atinja necessariamente o contribuinte. Logo, as contribuições sociais possuem uma receita vinculada à finalidade insculpida constitucionalmente e ostenta uma referibilidade pelo menos indireta ao contribuinte que participar do grupo beneficiado ou nos demais casos essa passa a ser direta.

Desse modo, a natureza jurídica desse tributo não se confunde com os impostos, (que se formalizam em critérios materiais dos entes competentes, independem de atividade estatal específica relativa ao contribuinte e sua receita, em regra, não é vinculada a finalidade determinada) taxas (que também possuem uma competência de instituição segundo um critério material, cobrada em virtude do exercício regular do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de um serviço

Constitucional nº 20, de 1998) § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

público específico e divisível) ou contribuições de melhoria (são cobradas após o término de uma obra pública àquele que tenha auferido uma valorização imobiliária em razão desta).

Assim, a atribuição de competência para a instituição das contribuições sociais com escora nas finalidades previstas no texto constitucional, a vinculação de sua receita a essa finalidade, a exigência de lei complementar, a adequação da lei ser um instrumento necessário e razoável para atender as finalidades constitucionais e em certos casos o princípio da anterioridade nonagesimal, representam uma identificação específica desses tributos no regime jurídico-constitucional¹⁶².

O artigo 149 da Carta Magna, conforme citado alhures, delimita o campo de incidência para as contribuições sociais ao descrever as finalidades específicas que essas se prestarão. Considerando que o artigo 154, I¹⁶³ só se aplica aos impostos, o Legislador Ordinário poderá atribuir como hipótese de incidência fatos geradores que tenham servido de base à incidência de impostos, exceto diante das reservas expressas na Constituição Federal, sempre levando em conta o princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

Destaca-se, ainda, que o artigo 149 da Lei Maior estabelece que a existência das contribuições sociais está condicionada a normas gerais estabelecidas por lei complementar, inclusive para àquelas previstas no artigo 195/CF de forma que uma lei ordinária não pode estabelecer prazos de prescrição e decadência para esse tipo de tributo distintos daqueles previstos no CTN, diploma reconhecido como Lei Complementar.

Por força do princípio federativo consubstanciado na autonomia dos entes políticos não se pode autorizar a União a instituir contribuições sociais sobre fatos geradores exclusivos dos demais entes federativos o que se diferencia da União poder

¹⁶² ATALIBA, G. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 189-195.

¹⁶³ Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

instituir essa espécie tributária sobre fatos que compõem o âmbito de incidência de impostos federais cuja receita esteja partilhada com Estados-membros e Municípios, pois nesse caso o direito dos demais entes está adstrito ao exercício da competência impositiva pelo próprio titular, a União e na extensão que lhe aprouver o que não retrata uma típica afronta a exclusividade de competência dos entes federativos em matéria tributária.

É importante elucidar a possibilidade da União poder instituir duas ou mais contribuições sociais com o mesmo fato gerador e base de cálculo para finalidades distintas, já que esse ente federativo poderá aumentar a alíquota de uma exação já existentes, desde que ambas as finalidades estejam qualificadas na Constituição Federal e respeitados os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Por sua vez, o artigo 195/CF delimita o âmbito de incidência das contribuições de custeio da Seguridade Social, distinguindo as daquelas previstas no artigo 149/CF por possuírem destinação ao interesse de toda sociedade, que está obrigada a financiar as ações estatais ligadas à saúde, previdência e assistência social, assim como a educação e o auxílio no desemprego, logo vislumbra-se uma ampliação das destinações das demais contribuições sociais¹⁶⁴.

Nesse sentido, Lobo Torres afirma,

A contribuição social é forma de financiamento direto da seguridade e dos direitos sociais¹⁶⁵.

O que corrobora a ideia defendida nessa monografia, qual seja, que o princípio da capacidade contributiva deve incidir, sempre que possível, nas contribuições sociais.

Adiante, cabe citar o artigo 240 da Constituição Cidadã de 1988¹⁶⁶ resguarda uma exceção aos limites impostos pelo artigo 195 do mesmo dispositivo legal, de modo

¹⁶⁴ TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 409.

¹⁶⁵ Idem. p. 409.

¹⁶⁶ Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

que as demais contribuições como as destinadas ao INCRA não dispõe do caráter essencial das contribuições sociais do artigo em comento, pois o INCRA não pode ser incluído no conceito de entidade privada de serviço social e de formação profissional vinculada ao sistema sindical.

Lembra-se, no tocante as contribuições de custeio da Seguridade Social que essas não devem ter o produto de sua arrecadação destinado em sua integralidade ao INSS, pois a seguridade social abarca também a saúde, logo tanto ao INSS (administrador da previdência e assistência social) como ao Ministério da Saúde são devidos os repasses desse tributo, o que pode melhorar e muito a garantia deste direito fundamental social, conforme se defende. Esse financiamento direto ou indiretamente conforme preceitua o artigo 195/CF é feito diretamente pelas COFINS e as CSL por toda sociedade. A respeito das Confins e CSL a Medida Provisória 22/2002 afigura-se flagrantemente inconstitucional por tentar descaracterizar essas duas contribuições como essa espécie tributária.

O desvio de destinação das contribuições sociais pode ocorrer em três hipóteses distintas, a) se o desvio de destinação estiver previsto em lei, o ato legislativo estará inconstitucional, tornando ilegítima todos os atos estatais advindos desta, como sua exigência; b) se o desvio resultar de um ato administrativo, além de ilegal estará viciado constitucionalmente e, culminará em processo por responsabilidade nos termos do artigo 85, IV da CF/88 da autoridade desviadora de destinação e c) e se a sua destinação sofrer um desvio por EC aí considerará essa contribuição como outra distinta daquela originária, pelo desvio em si.

Por fim, é cediço apontar que o artigo 150, VI ¹⁶⁷ no concernente as imunidades não pode ser aplicado às contribuições sociais, por não se permitir uma interpretação

¹⁶⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

semântica ampliativa e no que tange a possibilidade de um novo texto constitucional vir a compatibilizar uma lei ordinária, que até então não era compatível com o texto constitucional vigente a época outra resposta a não ser um não poderia vir ao caso em questão uma vez que a inconstitucionalidade é vício originário que contamina a norma infraconstitucional desde seu nascedouro, tanto que uma vez reconhecido, produz efeitos *ex tunc*, logo não se faz legítima tão alteração.

As contribuições de interesse das categorias profissionais, conhecidas como contribuições corporativas possuem natureza nitidamente tributária, vez que constituem espécie do gênero "contribuições", consoante já exaustivamente assinalado. Na linha do que foi desenvolvido, tais contribuições estão afetas a uma destinação ou finalidade específica, qual seja, "custear as pessoas jurídicas de direito público ou privado que têm por escopo fiscalizar e regular o exercício de determinadas atividades." São, em suma, as contribuições pagas aos Conselhos Regionais de Farmácia, Contabilidade, de Administração, de Enfermagem, entre outros, cada um deles responsável por fiscalizar e regulamentar as citadas profissões.

As contribuições corporativas são tributos instituídos por lei ordinária da União, não em seu próprio favor, mas como apontado, no das entidades que representam categorias profissionais (trabalhadores) ou econômicas (empregadores). Pode-se citar, como exemplo, a contribuição destinada ao SESC/SENAC, por ter o seu produto arrecadado direcionado a propiciar a organização e fiscalização dessas categorias profissionais ou econômicas, bem assim, as contribuições instituídas em favor da OAB, dos conselhos fiscalizadores das profissões liberais, de sindicatos, dentre outros. Nesta categoria enquadra-se a *contribuição sindical*, prevista no final do inciso IV do art. 8º da

Constituição Federal:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei (*grifo nosso*);

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

É importante observar que existem duas contribuições previstas no inciso IV do art. 8º, *uma de natureza tributária e outra não*. A chamada “contribuição confederativa”, prevista na primeira parte do inciso em questão, não se enquadra no conceito de tributo (art. 3º do CTN), pois é fixada pela assembleia, ou seja, não é estabelecida em lei, além de não ser compulsória, já que, de acordo com o inciso V do mesmo artigo, ninguém pode ser obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

Já a contribuição sindical, a que se refere a parte final do inciso transcrito, é tributo, necessitando de lei para sua instituição. Evidentemente, ela é compulsória apenas para quem pertence à determinada categoria (não deixa de haver aí uma certa incoerência, já que, conforme já visto, é livre a associação sindical; a questão, ao que nos parece, é mais política que técnica).

Ademais, é notório saber que o Estado pode atuar na ordem econômica das seguintes formas: (i) participação do Estado como agente econômico, mediante a exploração direta da atividade econômica (intervenção direta); (ii) participação do Estado com agente interventor, quanto atua como agente normativo, disciplinador; que ocorre através das agências reguladoras e da C.I.D.E. (intervenção indireta). Nesse contexto é que se visualiza mais um tipo de contribuição especial, ou seja, as contribuições interventivas.

Os instrumentos de participação do Estado na economia são a empresa pública e a sociedade de economia mista.

Chimenti afirma,

“Empresa Pública: é entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo do Estado, criado por lei para a exploração de atividade econômica, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Sociedade de Economia Mista: “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividades econômicas, sob a forma de sociedade anônima”¹⁶⁸.

Nesse diapasão, Hugo de Brito Machado esclarece:

“A intervenção no domínio econômico, como toda intervenção, é sempre uma atividade extraordinária e, por isso mesmo, eventual. Só tem

¹⁶⁸ CHIMENTI, R. C. e outros. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 202.

cabimento, em face da Constituição de 1988, como forma de regular setor da economia que tenha dado sinais de anomalias a exigir a presença do Estado, que se há de comportar nos limites estabelecidos pela Constituição, especialmente no que diz respeito à regulamentação da ordem econômica e financeira (...) A intervenção por determinação também só excepcionalmente é admitida, posto que a atividade econômica é, em princípio, livre. O art. 170, parágrafo único, e o art. 174, da vigente Constituição Federal, não permitem dúvidas a esse respeito. Somente quando houver abuso do poder econômico é que se justifica a edição de norma legal interventiva, para reprimi-lo, no sentido de evitar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, como autorizado pelo § 4º, de seu art. 173. (...) ¹⁶⁹

Assim, a contribuição de intervenção no domínio econômico é um instrumento de intervenção que a União pode utilizar, dentro dos limites constitucionais, e não como uma fonte de receita pública simplesmente. Sua instituição há de estar sempre ligada à necessidade de intervenção.

São estas contribuições exações tributárias instituídas por lei ordinária da União para custear os gastos e serviços por ela empreendidos, decorrentes da intervenção em algum setor da economia, só podendo ocupar o polo passivo da relação obrigacional, da referida contribuição, a pessoa que explora, sob regime de direito privado, a atividade econômica objeto de regulação estatal.

Cita-se como exemplo dessas contribuições o AFRMM (Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante), incidente sobre a atividade de transporte marítimo, para custear gastos estatais de intervenção nesse setor da economia. Deve-se salientar que a EC nº 33/2001, alterando o texto constitucional, trouxe regras específicas sobre a *contribuição interventiva sobre o setor de petróleo, derivados e combustíveis* (art. 149, § 2º, II, CF), conhecida como *CIDE-combustíveis*. Merece destaque ainda o disposto no § 4º ,I, "b", do art. 177 da Constituição, uma vez que autoriza o Poder Executivo a alterar, mediante decreto presidencial (exceção à legalidade), as alíquotas dessa contribuição - apenas da *CIDE combustíveis*-, sem respeitar ainda o princípio da anterioridade.

¹⁶⁹ MACHADO. H. De. B. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 437.

Feitas essas análises das contribuições sociais, passa-se a adentrar na solidariedade que existe nos sistema tributário nacional até se atingir a problemática proposta inerente ao princípio da capacidade contributiva.

4 CAPÍTULO III - A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Pode-se afirmar que o nosso Estado tem o perfil de um Estado eminentemente de Bem-Estar-Social, na medida em que na Constituição Federal está determinadas a cidadania, dignidade da pessoa humana, sociedade livre, justa e solidária.

Anteriormente a noção do ato de tributar tinha um caráter que demonstrava o poder, aquela noção de poder de império. Com o passar do tempo e com a democratização e constitucionalização do processo, o ato de tributar passou a se fundar no princípio da solidariedade social onde, todos, membros de uma sociedade contribuem na sua medida (capacidade contributiva) para o funcionamento e aprimoramento da mesma.

Diante disso, ressalta-se a necessidade do ato de tributar se harmonizar com os direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos servem de limites ao poder de tributar de forma que não haja a afronta de direitos individuais e sociais.

Curial a isto, é notório saber que os impostos ganham sustança não por serem oriundos do poder de império do Estado, mas por respeitar a solidariedade e a capacidade contributiva que, em matéria de impostos, atende às exigências do princípio da igualdade, realizando um ideal republicano de afastar, também na tributação, privilégios sem causa de pessoas ou categorias de pessoas.

O princípio da solidariedade geral é uma exigência lógica e moral do sistema, pois, uma vez aceita a ideia de que o beneficiário do revestimento tributário é o conjunto da coletividade, esta deve suportar o custo de manutenção do sistema.

Existem dois critérios para determinar o *quantum* que os indivíduos devem contribuir para o sistema:

a. *Igualitário*:

- Por este critério, tendo em vista que as prestações são de tipo uniforme, conclui-se que também as contribuições individuais devem ser de tipo uniforme, sem relação com a renda pessoal, cuja comprovação resultaria bastante difícil, no caso das pessoas que não forem retribuídas mediante salário, como os autônomos.

b. *Levando em conta a capacidade contributiva das pessoas*:

- Este é o critério que melhor se molda aos princípios da seguridade social. Consiste no cálculo das contribuições de acordo com a capacidade contributiva das pessoas.

A capacidade contributiva não só é um subprincípio do princípio da solidariedade, mas também do princípio da igualdade, conforme ensina Leandro Paulsen:

O princípio da capacidade contributiva, que está no art. 145, nada mais é do que uma decorrência do princípio da solidariedade. Pergunta-se por que razão uns pagam imposto e outros não? Porque uns podem mais e outros menos. É a solidariedade. E a solidariedade é fundamento do nosso ordenamento como um todo¹⁷⁰.

Continua o autor em destaque a respeito do princípio da igualdade,

¹⁷⁰ SHOUERI, L. E. *Exigências da CIDE sobre Royalties e Assistência Técnica ao Exterior*. RET 37/44, jun. 2004. apud PAULSEN, L. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

... o princípio da capacidade contributiva e o princípio da seletividade são subprincípios do princípio da igualdade, e serão aplicados um ou outro de acordo com o tipo de tributo¹⁷¹.

Portanto, a capacidade contributiva nas palavras de Sacha Calmon,

É a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva, quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc.). Aí termos 'signos presuntivos de capacidade contributiva'. (...) a capacidade contributiva, assim, como o princípio da isonomia, o do direito adquirido, o da irretroatividade das leis, são princípios gerais do direito. **Nem precisam estar expressos** (grifo meu)¹⁷².

Ainda, o ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988 traz o princípio da dignidade humana como princípio fundamental e preponderante em relação aos demais princípios, conferindo ao ordenamento uma nova racionalidade e sentido de proteção aos direitos humanos, para mim este representa o princípio de todos os princípios fundamentais.

Nada mais justo que o Estado forneça todas as prestações, por meio de um sistema de proteção social, para que o homem em sociedade possa viver dignamente, propiciando meios necessários para dar tranquilidade e segurança à população, contra eventuais eventos danosos que de alguma forma possam afetar as suas rendas.

Não se está a afirmar que todo tipo de desigualdade deve ser combatido, mas apenas as desigualdades ilegítimas.

Desse modo, entende-se que existe a necessidade de aplicar o princípio da capacidade contributiva às contribuições sociais com base na leitura da Constituição Federal e sua interpretação integrativa dos artigos, pelos motivos e razões que seguem.

¹⁷¹ FERREIRA, A. H. **O Princípio da Capacidade Contributiva frente aos Tributos Vinculados e aos Impostos Reais e Indiretos**. RFDT 06/71, dez. 2003. apud. PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

¹⁷² COELHO, S. C. N. **Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 1991. apud. PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

Primeiramente, reitera-se, conforme exposto anteriormente a importância da classificação jurídica dos tributos, pois essa abordagem será um fator de imensa importância para se chegar ao posicionamento defendido.

Vejamos.

Para alguns, a teoria considerada para classificar os tributos é a chamada tripartite, também conhecida como tripartida ou tricotômica, que divide os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria. Tal classificação se lastreia, sobretudo, na própria redação da Constituição Federal, (art. 145) e do Código Tributário Nacional – CTN (art. 5º). Ressalte-se que tal teoria acaba sendo um desdobramento da teoria bipartida, vez que ou o tributo é vinculado (ao serviço público ou ao poder de polícia, no caso de taxas ou à obra pública, no caso das contribuições de melhoria) ou não é vinculado a qualquer atividade estatal. Dentro dessa lógica, o fato gerador é o único elemento capaz de determinar as espécies tributárias, inexistindo a quarta espécie de fato gerador. Donde se conclui que, para os adeptos da tripartição dos tributos, as contribuições especiais e os empréstimos compulsórios são tributos, enquadrados nas espécies taxa ou imposto, dependendo da análise do correspondente fato gerador.

Assim para esse pensamento, invoca-se o artigo 145, §1º da CF/88¹⁷³ que determina sempre que possível levar em conta a capacidade contributiva do contribuinte no ato de tributar. Logo consideradas as contribuições sociais como impostos o problema se encontra resolvido.

Porém existem aqueles que defendem a teoria quadripartite, tetrapartida ou quadricotômica que consideram como tributos os impostos, as taxas, as contribuições

¹⁷³ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

de melhorias e o empréstimo compulsório, segundo a qual o empréstimo compulsório nada mais seria que um imposto restituível.

Insta notar, entretanto, que alguns autores, como Ricardo Lobo Torres separa os tributos em impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios, unindo numa só categoria, contribuições de melhoria e parafiscais, consubstanciando, pois, em uma outra visão da teoria quadripartite.

Por fim, existem aqueles que consideram a teoria quimpartite ou pentapartite que classifica como tributo os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições especiais, previstas no art. 149 e 149-A (citados anteriormente) da Constituição Federal, sendo tal classificação defendida pela doutrina majoritária, pelo STF e pela presente monografia.

Desse ponto mergulha-se na problemática desenhada para responder se há a necessidade de se aplicar o princípio da capacidade contributiva para a exigência das contribuições sociais. Entretanto o resultado da resposta será o mesmo, defendendo a aplicação da capacidade contributiva às contribuições sociais, mas a fundamentação diversa de acordo com a classificação jurídica dos tributos que se adote.

Como a problemática trata das contribuições sociais, imperioso se faz analisar o Título VIII da Constituição Cidadã de 1988, “Da ordem social” e os princípios a este inerente.

Assim, o custeio do sistema tributário deve, sobretudo, guiar-se no princípio da igualdade (194, caput, incisos V e VI) ¹⁷⁴, pois todos os membros da sociedade devem contribuir para o sistema, na medida de suas capacidades e de acordo com o grau de risco social em que se enquadra o indivíduo, buscando sempre a justiça social e fiscal.

Corroborar-se deste entendimento Leandro Paulsen,

¹⁷⁴ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento

A equidade na forma da participação no custeio da previdência social pode ser atingida de duas maneiras: pela diferenciação em razão da capacidade contributiva (paga mais quem tem mais) ou pela discriminação em função do ônus imposto à Previdência Social (paga mais quem onera mais). (...) A universalidade do custeio desses direitos sociais, reforça o tratamento igualitário em prol do princípio da solidariedade¹⁷⁵.

Ratifica-se que o preâmbulo da Constituição Federal determina que o Estado Democrático de Direito se destina a assegurar o exercício do bem-estar como valor de uma sociedade fraterna, e o artigo 193 estabelece o bem-estar como objetivo da ordem social¹⁷⁶.

Por fim, no artigo 3º, I e III, da Constituição¹⁷⁷, percebe-se a preocupação da norma com uma sociedade solidária, conforme visto no item anterior, em que se deve ajudar os que mais precisam, para fortalecer a própria sociedade brasileira erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades e é exatamente isso que este princípio proclama. A solidariedade consiste em uma forma de supressão da carência social e econômica de determinados indivíduos, fruto do próprio sistema, por meio da contribuição maior dos mais afortunados ao sistema de proteção social, logo intrinsecamente associada a capacidade contributiva, sem a qual não se pode dar efetividade a referida solidariedade¹⁷⁸.

A nobre professora constitucionalista, Maria Garcia entende que esse dispositivo supracitado possui eficácia plena, logo merecedor de incidência direta e imediata, pois este artigo não chama regulamentação por lei infraconstitucional. Assim este dispositivo, em seu caráter normativo é suficiente em si para ser aplicado; é uma norma completa e mais, um preceito fundante do Estado Social Democrático de Direito. Se

¹⁷⁵ PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 434-437.

¹⁷⁶ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

¹⁷⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁷⁸ MARTINS, I. G. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. In: MACHADO, H. De B. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. (coord.). São Paulo: Dialética, 2003. 328-351.

fosse diferente, estaríamos diante de uma norma que precisaria, necessariamente, de uma integração legal de conteúdo (informação verbal)¹⁷⁹.

Portanto, o sistema de proteção social deve garantir que todos tenham atendimentos dignos às necessidades ocasionadas pelo advento de determinadas contingências danosas. A proteção deve ser a mais ampla possível, abrangendo todos os indivíduos da sociedade, como determina o princípio da universalidade de cobertura e atendimento (art. 194, I)¹⁸⁰.

Por fim, há um ponto derradeiro que surge como verdadeiro vetor interpretativo da contemporânea ordem *juridico-constitucional*, e que, para os fins deste trabalho, também toma posição de destaque, refere-se ao princípio da solidariedade, expressamente consagrado e taxativamente previsto na Carta de Outubro, em seu art. 3º, inciso I, que está vazado nos seguintes termos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Desta forma, segundo ensina SILVA,

Percebe-se que o valor solidariedade ao ser transposto da sociologia para o direito pátrio, passou a ostentar a qualidade de uma norma, que no caso é constitucional. É irrefutável a constatação de que o dispositivo acima destacado expressa um comando, uma ordem voltada para a nação brasileira no sentido de que deveremos pautar nossas ações, atentando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A norma em comento determina uma direção a seguir, como o norte da bússola a orientar o marinheiro em noite escura. Portanto, indiscutível o caráter orientativo da norma constitucional em apreço. Trata-se de um estado ideal a ser atingido, uma finalidade a ser alcançada pela sociedade brasileira¹⁸¹.

¹⁷⁹ Informe repassado pela Professora Maria Garcia na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP em 04 de nov. de 2011.

¹⁸⁰ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. I - universalidade da cobertura e do atendimento;

¹⁸¹ SILVA, C. D. O. da. **O princípio da solidariedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9315>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

Assim, a averiguação, dentro do direito positivo, de que o princípio da *solidariedade*,

Da forma como posto e mencionado no enunciado no texto constitucional, “é uma norma finalística e reveste-se de conteúdo jurídico essencial e de alto grau de abstração, permite concluir que o valor solidariedade, conforme estudado na primeira parte deste ensaio, possui a natureza jurídica de princípio¹⁸²”.

No âmbito do direito previdenciário, tal princípio também se faz presente no caput do art. 194 da Constituição Federal, que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Ora, não que se trate de uma inovação radical em toda a teleologia da seguridade social brasileira, absolutamente, não se trata disso. Mormente porque, conforme já analisado acima, a própria noção de seguro social, assistência social, deriva, com efeito, das doutrinas cristãs de auxílio e amor ao próximo, fazendo com que daí depreenda-se os resquícios mais remotos da própria razão de ser de uma organização previdenciária¹⁸³.

Nesse sentido, a mais robusta mudança, que em rigor torna-se paradigmática, parece ser mesmo aquela inerente à estrutura constitucional que toma tal princípio da solidariedade, que, em razão de sua premência hierárquica, espraia efeitos por toda a ordem jurídica, desde os mais ferrenhos ramos do direito civil, a exemplo do que acontece hoje com o direito do consumidor, que está afogado nos valores constitucionais da solidariedade, mas também com ramos que tipicamente se classifica como de direito público, como o direito tributário e o próprio direito previdenciário, que, para alguns - a exemplo de SILVA, seria um verdadeiro ramo do direito social.

¹⁸² Idem. IBID.

¹⁸³ IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. 14 ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

Como exposto acima, e vale repetir, o princípio da solidariedade veio evoluindo, juntamente, com o sistema jurídico brasileiro, pois outrora era ele previsto de forma menos clara e mais fundamentada em quesitos morais e religiosos e não propriamente na força normativa da Constituição.

Não é por outro motivo que este conglomerado valorativo vem positivado de forma expressa na Carta Cidadã de 1988. Desde então, o princípio da solidariedade é fato posto, ontologicamente vinculante e obrigatório para todo o sistema normativo brasileiro, motivo pelo qual se defende, nos termos constitucionais, a incidência necessária, sempre que possível, do princípio da capacidade contributiva às contribuições sociais, tendo em vista toda a interpretação defendida na presente monografia.

5 CONCLUSÃO

Destarte, lembra-se que os direitos sociais não concernem apenas aos direitos positivos (demandam prestações ativas estatais), mas também às liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia do salário-mínimo etc.¹⁸⁴ Os direitos sociais representam a pilar central para o gozo dos direitos individuais de liberdades, de modo que promovem a igualdade real e aumentam as condições de realizações das liberdades individuais¹⁸⁵.

Ademais, resta patente, por todo o exposto, a interdependência desses direitos, pois os mesmos só funcionam se estiverem concomitantemente garantidos. Nos moldes do processo de conscientização para afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais e que sua eficácia necessariamente depende da inter-relação com os direitos civis e políticos, muitos embates ocorreram até que se alcançasse esse entendimento. Na mesma esteira, vislumbra-se que cada vez mais os direitos sociais vão deixar de terem sua justiciabilidade questionada, de modo que o magistrado, por

¹⁸⁴SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.41.

¹⁸⁵SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 285 e ss.

sua vez, tendo em mente os problemas de distribuição de bens e serviços básicos no país, saberá diferenciar as concepções entre *justiça comutativa* e *justiça distributiva*.

Nesse panorama, ratifica-se que os direitos sociais precisam ter a plena eficácia da norma, sob pena de depender de uma regulação ordinária e, possivelmente, nunca gozar da eficácia que merecem.

Isto posto, espera-se que o Poder Judiciário, representado por seu Pretório Excelso se engaje em decisões de políticas públicas sem nenhuma restrição, superando um dogma até então enraizado no ordenamento jurídico pátrio. O que não significa dizer que a garantia desses direitos dependa unicamente desse Poder: aliás, sustenta-se que o órgão judicante só deve atuar para disciplinar as políticas públicas enquanto os demais Poderes não a fizerem, de modo que atingido este marco socialmente desejado, incumbirá ao Judiciário o controle do cumprimento das mesmas. Afinal, o Estado Democrático de Direito mantém como protagonista o Judiciário para que se concretize o processo democrático que se mede com a expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo¹⁸⁶.

Portanto, este estudo, à luz do Poder Judiciário, visa a contribuir com um resgate dos ideais democráticos com a devida efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Entretanto, esta atuação do órgão julgador não é absoluta e ilimitada, de modo que critérios de justiciabilidade precisam ser formados para não se ter uma postura judiciária arbitrária.

Ademais, as decisões judiciais precisam solidificar fundamentações jusfilosóficas de igualdade distributiva em associação com a ponderação e consequente a aplicação de princípios elementares para a hermenêutica jurídica.

A finalidade central desse texto monográfico, após defender a fundamentalidade dos direitos sociais, especificamente dos direitos à saúde, é buscar possíveis soluções

¹⁸⁶MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 457.

para o aperfeiçoamento constitucional nacional, a fim de deixar de existir uma separação entre o campo teórico e prático.

E é exatamente nesse contexto que se introduz as contribuições sociais que devem obedecer ao princípio da solidariedade social do sistema tributário nacional. Além disso, se defende que o Judiciário pode dar nova interpretação a essa espécie tributária aplicando à mesma, a incidência do princípio da capacidade contributiva, sempre que possível como forma de ampliar a proteção dos direitos sociais no Brasil.

Reitera-se, portanto, à luz da fundamentalidade dos direitos sociais a necessidade do órgão judicante brasileiro buscar efetivar esses direitos, não de formas deturpadas, mas promovendo estudos contextuais fáticos do requerente, não se limitando às estruturas estatais, transcendendo, se for o caso, às iniciativas privadas, sem deixar de considerar a efetividade maior desses direitos por ações coletivas, e a tributação nacional, especificamente as contribuições sociais, pois, é necessário ter claro que a efetividade dos direitos sociais pela via do Poder Judiciário requer do órgão judicante brasileiro decisões com os pés no chão, mas com os olhos voltados para o céu.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AMARO. L. **Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984.

ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983.

ATALIBA, G. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARAK-EREZ, D.; GROSS, A. M. (Eds.) **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**. Oregon: Hart, 2007.

BARROSO. L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 junho. 2012.

BASTOS, C. R.; BRITTO, C. A. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. apud SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BELLO, E. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.**

BUTRAM, R. T. et. al. Equity, Equality and Need: Three Faces of Social Justice. In: BUNKER, B. B. e DEUTSCH, M. (Eds.) **Conflict, Cooperation, and Justice**. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1995.

CAMPILONGO, C. F. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

CHIMENTI, R. C. e outros. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, E. M. Direitos Humanos, globalização de mercados e garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 73. apud DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007.

COELHO, S. C. N. Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 1991. apud. PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

COMPARATO, F. K. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, D da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007.

DINIZ, M. H. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENCICLOPÉDIA DE FILOSOFIA DE STANFORD. **Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/>>. Acesso em: 15 maio. 2012.

FERREIRA, A. H. O Princípio da Capacidade Contributiva frente aos Tributos Vinculados e aos Impostos Reais e Indiretos. RFDT 06/71, dez. 2003. apud. PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Healthcare Ethics: Principles of Distributive Justice, 2007. Disponível em: <http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/distributive_justice.asp>. Acesso em: 29 maio. 2012.

HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. New York: Norton & Company, 1999.

Informe repassado pela Professora Maria Garcia na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP em 04 de nov. de 2011.

KRELL, A. O controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. A **Constituição Concretizada**: Construindo pontes com público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, J. R de L. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO. H. De. B. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, I. G. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, H. De B. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. (Coord.). São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

MELLO, C. A. B. DE Taxas e Serviços. In Revista de Direito Tributário Vol. 9/10. p 29. apud. CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MELLO, C. A. B. DE. Princípios de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Editoras Malheiros, 2007. p. 306. apud. CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MERALI, I.; OOSTERVELD, V. (Eds.) **Giving meaning to Economic Social and Cultural Rights**. Pennsylvania: Penn Press, 2001.

NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, F. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAWLS, J. **A Theory of Justice: Revised Edition**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

ROEMER, J. E. **Theories of Distributive Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. IN: WAMBIER. T. A. A. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, n. 175, p. 21, set. 2009.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHOUEIRI, L. E. Exigências da CIDE sobre Royalties e Assistência Técnica ao Exterior. RET 37/44, jun. 2004. apud PAULSEN, L. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOMÉ, F. DEL., P. Contribuições para a Seguridade Social Incidentes sobre o Faturamento e o Lucro. In. BARRETO, F. A. e BOTTALLO, E. D. (Orgs.). **Curso de Iniciação em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ed. São Paulo: Renovar, 2007.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.