



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Relevância da Tributação para o Financiamento da Saúde

Francinny Delfino de Mendonça

Rio de Janeiro
2015

FRANCINNY DELFINO DE MENDONÇA

A Relevância da Tributação para o Financiamento da Saúde

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professor Orientador: Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2015

A RELEVÂNCIA DA TRIBUTAÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SAÚDE

Francinny Delfino de Mendonça

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Não obstante a tributação tenha um papel essencial no financiamento do direito à saúde, o orçamento é escasso, que impossibilita o atendimento de todas as necessidades dos administrados. Impede destacar, contudo, que ainda que se admita a aplicação da tese da reserva do possível, existe um núcleo duro, o núcleo do mínimo existencial, que se caracteriza pela sua intangibilidade.

Palavra-chave: Direito Tributário. Limitação do Orçamento. Tutela Judicial Imediata. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

Sumário: Introdução. 1. A relevância das contribuições sociais para o financiamento do direito à saúde. 2. Alto custo da implementação do direito à saúde. 3. Possibilidade de tutela judicial imediata. 4. Reserva do possível. 5. Mínimo existencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa jurídica tem como escopo destacar a relevância da tributação para a efetivação do direito à saúde, que encontra amparo na Carta Magna da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inerente à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, visa-se demonstrar que a receita tributária, mais especificamente as contribuições para a seguridade social, é o meio de financiamento do referido direito.

É de bom grado consignar, que a implementação desse direito gera um alto custo para a Administração Pública, que está adstrita a agir dentro dos limites impostos pelo orçamento, o que faz com que a mesma esbarre numa série de barreiras que nem sempre permite o atendimento das necessidades essenciais relacionadas à saúde da população.

Para tanto, busca-se analisar as correntes que sustentam a possibilidade de tutela judicial imediata no caso em comento, com vistas a garantir a efetivação do direito à saúde,

ressaltando que, consoante o entendimento de determinada corrente, apenas os direitos positivos ligados ao mínimo existencial seriam imediatamente tuteláveis pela via judicial.

A tutela judicial imediata, contudo, muitas vezes, vai de encontro à tese da “reserva do possível”, limitação fática e jurídica, consoante a qual a efetivação dos direitos sociais é limitada pela insuficiência de recursos financeiros por parte do Estado. Em decorrência disso, serão analisadas decisões judiciais que confrontam a limitação do orçamento público com a teoria do mínimo existencial.

Inicia-se o primeiro capítulo discorrendo sobre a importância da arrecadação através da qual o Estado faz frente às despesas decorrentes da efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, analisa-se as contribuições para a seguridade social, bem como a vinculação à saúde de seu produto arrecadado.

No segundo capítulo, analisa-se o alto custo para a implementação do direito à saúde e as implicações dele decorrentes para os administrados que encontram-se na condição de hipossuficientes e, por conseguinte, dependentes da prestação do serviço público, bem como até que ponto essa limitação justifica a não realização desse direito em grau máximo ou a sua prestação de forma insatisfatória.

No capítulo seguinte, apresenta-se a corrente que sustenta que apenas os direitos sociais vinculados ao mínimo existencial podem ser deferidos pelo poder judiciário, apesar dos diversos limites fáticos existentes, sem que isso viole o princípio da reserva do orçamento, porquanto representa o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana.¹

¹BARCELLOS, Ana Paula. *OMínimo Existencial e Algumas Fundamentações*: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.); *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.45.

1. A RELEVÂNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE

Preliminarmente, faz-se imperioso consignar que, consoante o aduzido pelo art. 194 da CRFB/88, “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.”

Por sua vez, o art. 195 dispõe que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade de forma indireta, por transferências advindas do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de forma direta, por meio de contribuições sociais, pagas pelos empregadores sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, e pelos trabalhadores.

As contribuições sociais, portanto, possuem destinação constitucional específica, qual seja, financiamento da Seguridade Social. A propósito, para Marco Aurélio Greco, no caso das contribuições, a destinação legal do produto arrecadado é de extrema relevância, e mais, assevera que “[...]é um elemento essencial à definição da figura.”²

Ao contrário da previsão contida no art. 167, inciso IV da CRFB/88, que traz o princípio da vedação de vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, excetuando-se aquela destinada a recursos para as ações e serviços públicos de saúde, as contribuições sociais caracterizam-se pela sua destinação, ou seja, a receita deve ser destinada, exclusivamente, ao custeio da Seguridade Social.

²GRECO, Marco Aurélio, apud MELO, José Eduardo Soares. Contribuições Sociais no Sistema Tributário. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p.38.

Em assim sendo, a destinação do produto arrecadado com a exação das contribuições sociais para outra área, que não a Seguridade Social, desvirtuaria a finalidade para a qual as mesmas foram criadas pela própria Constituição Federal de 1988.

Não foi outro o entendimento adotado por Hugo de Brito Machado, quando do julgamento de Mandado de Segurança, esclareceu que “[...] É da essência do regime jurídico específico da contribuição para a Seguridade Social a sua destinação constitucional [...].”³

Elucida Luciano da Silva Amaro que a destinação específica do produto das contribuições sociais é vinculada ao investimento na ordem social.⁴

Com isso, demonstra-se a relevância das contribuições sociais para a saúde porquanto estas encontram-se englobada na Seguridade Social.

Por isso, conclui-se que, através de sua atividade financeira, o Estado arrecada e realiza as despesas necessárias ao atendimento da coletividade, ao prestar serviços públicos, sendo ela, portanto, um instrumento de consecução do interesse público.⁵

Isso porque a arrecadação é uma atividade-meio e não uma atividade-fim, sendo a instrumentalidade a principal marca das finanças públicas, haja vista que os valores recebidos a título de tributos são recursos a serem revertidos em prol da população, até mesmo daqueles que não contribuíram em razão da falta de capacidade contributiva. Nesse passo, quando o estado age como empresário, explorando atividade econômica, não está a exercer atividade financeira.

A receita pública,⁶ que é a entrada definitiva de dinheiro nos cofres públicos, é o meio pelo qual o Estado pode satisfazer as necessidades essenciais da população. Os tributos

³BRASIL. Tribunal Regional Federal. AMS n 976. Relator: Desembargador Federal Hugo Machado, Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/92048/arguicao-de-inconstitucionalidade-na-ams-ams-976-al-890510232-8>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

⁴ SILVA, Luciano Amaro. *Conceito e Classificação de Tributos*. RD Tributário 55-269.

⁵ CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

arrecadados, decorrentes de um constrangimento legal, classificam-se como receita derivada e são um dos meios de implementação dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito à saúde, que está sendo tratado aqui.

Nesse passo, pode-se depreender a relevância da tributação na realização do direito à saúde, bem como a importância do dever de pagar tributo⁷, uma vez que a atividade arrecadatória é a principal fonte de financiamento dos direitos fundamentais.

Considerando isso, a obrigação de pagar tributo não deve ser vista de forma negativa, no sentido de se limitar a liberdade individual, e sim como forma de financiamento dos direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que, para a implementação dos direitos, existe um custo, daí a problemática em torno da finitude do orçamento público. Não são raras as vezes em que este não consegue fazer frente às despesas necessárias à concretização dos mesmos, como no caso da saúde, em que é de sabença geral a precariedade dos hospitais públicos e da falta de remédios e de todo o suporte indispensável ao atendimento dos necessitados.

2. ALTO CUSTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A efetivação de todos os direitos fundamentais, sejam eles positivos sejam eles negativos, possui um custo que na maioria das vezes não é barato, e é financiado através dos recursos públicos advindos da tributação. No caso da saúde, não é diferente, porquanto uma das formas de seu financiamento advém da arrecadação das contribuições sociais.

⁶ As receitas dividem-se em ordinárias e extraordinárias, originárias e derivadas, e correntes e de capital. *Ibid.*, p. 12.

⁷ NABAIS, Casalta. *O dever Fundamental de Pagar Tributos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15.

Incorre, porém, em equívoco o modelo teórico de conceituação dos direitos fundamentais segundo o qual os recursos econômicos não faltariam.⁸ Não é por outro motivo que essa fase é chamada de utópica, pois sabe-se que a receita é limitada.

Nesse sentido, Gustavo Amaral sustenta a existência da escassez de recursos para a implementação dos direitos fundamentais.

O autor Flávio Galdino, por sua vez, propõe um novo modelo chamado de “superação dos modelos anteriores”, consignando que o custo dos direitos é um elemento interno dos direitos fundamentais, e não externo, devendo, portanto, ser considerado na análise referente à possibilidade ou não da concretização dos direitos fundamentais.⁹

Assim sendo, em que pese os recursos sejam indispensáveis para a efetivação dos direitos fundamentais, não é menos verdade que o orçamento possui um limite, o que passou a ser denominado de “reserva do possível”, tese esta que surgiu por ocasião de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão.

No entanto, ainda que não se possa exigir um grau máximo de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista a difícil realidade da disponibilidade fática dos recursos provenientes da tributação, não se pode admitir que o núcleo desses direitos seja tocado, sob pena de violação à intangibilidade do mínimo existencial.

Nesse contexto, mesmo considerando a escassez de recursos, bem como o alto custo necessário para a implementação desses direitos, mais especificamente da saúde, não poderia o Estado justificar a sua não prestação quando se tratar de pretensão positiva do mínimo existencial. A corroborar tal afirmação, apregoa Ricardo Lobo Torres que, nesse caso, o

⁸ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.); Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.169-172

⁹ Ibid., p. 182.

orçamento não seria uma condicionante, diferentemente se estivesse a tratar-se apenas de direitos sociais.¹⁰

Conseqüentemente, e como será visto adiante, a tese da reserva do possível não é aplicada às hipóteses compreendidas no mínimo existencial.

É de suma relevância, no entanto, registrar que algumas vezes a receita, não obstante tenha ingressado nos cofres públicos, discricionariamente não é utilizada pelo Administrador. Esse é um dos pontos questionados por alguns doutrinadores, tais como, Eduardo Mendonça.¹¹

3. POSSIBILIDADE DE TUTELA JUDICIAL IMEDIATA

Não obstante o fato do orçamento público ser finito e, por conseguinte, escassos os recursos financeiros, a saúde constitui um dever fundamental, consoante pode ser extraído do art. 196 da CRFB/88.

Aliado a isso, o §1º do art. 5º da CRFB/88 estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata, embora uma parte da doutrina entenda que esse dispositivo não se aplica aos direitos sociais, como no caso da saúde, vez que, segundo essa corrente, estes não seriam direitos fundamentais.

Com base nisso, a pretensão de se exigir que o Estado cumpra de imediato seu de dever de prestar um serviço público de saúde a todos encontra guarida na Carta de 1988, mas, ainda que não assim não se entendesse, ou seja, ainda que se admitisse ter os direitos sociais

¹⁰TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária*. In Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

¹¹ MENDONÇA, Eduardo. *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contra majoritário de políticas públicas*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 373-412.

outra natureza jurídica que não a de direitos fundamentais, o Estado não poderia se eximir de prestá-los sob o fundamento de não serem dotados de aplicabilidade imediata.¹²

Todavia, é praticamente impossível esperar que o Estado possa atender a todas as necessidades relacionadas à saúde da população, entre outros motivos, devido à escassez dos recursos financeiros e à exigência de previsão orçamentária.

A respeito disso, três são as correntes que tratam da possibilidade de tutela judicial imediata dos direitos. A primeira sustenta que todos os direitos fundamentais são passíveis de tutela judicial imediata; a segunda afirma que apenas os direitos negativos seriam objeto de tutela judicial imediata, uma vez que os positivos estariam sujeitos à reserva do possível; por último, a terceira, à qual iremos nos ater, segundo a qual apenas os direitos positivos ligados ao mínimo existencial seriam passíveis de tutela imediata pela via judicial.

O *status positivis libertatis* exibido pelo mínimo existencial é aquele que exige do Estado a entrega de prestações positivas às pessoas que se encontram abaixo do nível de pobreza.¹³

Nesse passo, vez que as necessidades públicas são infinitas e os recursos financeiros, por sua vez, finitos, apenas os direitos ligados ao mínimo existencial seriam de plano assegurados pelo judiciário, sem que com isso houvesse uma interferência entre os poderes que são independentes.

O mínimo existencial é o que garante a sobrevivência humana, protegendo, assim, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade garantidos na Carta Magna¹⁴, independentemente da reserva orçamentária.

¹² Nesse sentido, confira-se GARANTIA Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 28: “O direito social constitucional é um direito fundamental, ínsito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos.”

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54.

¹⁴ *Ibid.*, p.36.

Não foi outro o entendimento adotado quando do julgamento da ADPF 45 de relatoria do ilustre Ministro Desembargador Celso de Mello, cuja ementa segue transcrita:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).** (grifo nosso)¹⁵

Apesar disso, alguns respeitáveis autores sustentam que o judiciário, ao ser provocado pelo administrado, não poderia dar a prestação que este não conseguiu junto à Administração, pois, ao concedê-la a uma pessoa em específico, estaria supostamente deixando todas as outras de fora, violando, assim, o princípio da igualdade por não estar tratando igualmente a vida de cada um dos cidadãos, “mas apostando (de forma lotérica, portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração.”¹⁶

Num sentido diametralmente oposto, uma parte da doutrina admite o exercício da jurisdição no caso concreto em que o juiz se utiliza da ponderação de valores para concretizar direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial.¹⁷

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

¹⁶ Este é o entendimento adotado por LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.72.

¹⁷ Nesse sentido, confira-se CARAM, Danilo Theml. *O Custo dos Direitos, A Reserva do Possível, A Destinação dos Tributos em Norma e a Concretização de Direitos Fundamentais*, In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA,

Bem ilustrativa a decisão proferida pela mais alta Corte do país, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto:

ADMINISTRATIVO E CIVIL - REALIZAÇÃO DE CIRURGIA - URGÊNCIA DO PROCEDIMENTO - UNIÃO FEDERAL - LEGITIMIDADE.

1- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). 2- O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. 3- **A saúde é direito de todos e dever do Estado e, como tal, por este deve ser mantido e suportado.** 4- **Em oposição à tese da "reserva do possível", defendida pela União Federal, temos a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da preservação do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". A Suprema Corte vem aceitando a denominada "dimensão política de jurisdição constitucional", que permite o exercício do controle judicial em tema de implementação de políticas públicas para garantir o "mínimo existencial".** 5- **Reconhecido o direito da autora à internação no INTO, bem como à realização da cirurgia (artroplastia do joelho direito) e aos procedimentos para restabelecimento de sua saúde.** 6- **Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença mantida.** (TRF 2ª APELREEX 2008.51.01.022891-0/RJ; DJU:09/02/2011 - Juíza Federal Convocada MARIA ALICE PAIM LYARD)

Destarte, independentemente da alegação de inexistência ou insuficiência de recursos pela Administração, de acordo, portanto, com a terceira corrente apenas os direitos positivos que estão dentro do núcleo do mínimo existencial são passíveis de tutela imediata pela via judicial. Ana Paula de Barcellos explica que a saúde básica, como parte integrante do núcleo da dignidade da pessoa humana, possui eficácia jurídica positiva, podendo ser exigida do poder judiciário.¹⁸

Daniel Giotti. (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*. Elsevier Editora Ltda, 2014. p.193.

¹⁸ A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 258.

4. RESERVA DO POSSÍVEL

Ressalte-se, preliminarmente, que a reserva do possível surgiu no direito alemão quando do julgamento do caso de um estudante que postulava o acesso ao ensino superior, restando, porém, entendido que tal pretensão não seria dotada de razoabilidade vez que os recursos da Administração Pública não são infinitos.

A reserva do possível consiste no limite ao poder do Estado de concretizar direitos fundamentais.

Essa tese é de fundamental importância ao admitir-se a intervenção do judiciário para tutelar direito social. Quando o juiz determina ao Estado a imediata efetivação do direito à saúde num caso em específico, acaba por desconsiderar a escassez dos recursos e o custo dos direitos, dando ensejo, inclusive, a preterimento de outras pessoas e de outros direitos, uma vez que o acesso à saúde deve se dar de maneira universal e isonômica.¹⁹

Na ADPF n. 45, supramencionada, ao mesmo tempo em que se reconhece a preservação do mínimo existencial, o Relator Ministro Celso de Mello reconhece a aplicação da reserva do possível nos casos em que as duas condicionantes dessa cláusula, quais sejam, razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas retem configuradas.

¹⁹Sobre o assunto, seja permitido remeter à ilustre decisão da Ministra Ellen Gracie que acentuou que “[...] Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. [...]”BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 91. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

Em outras palavras, sem que essas duas condicionantes estejam cumulativamente presentes, não há que se entender por legítima a exigência do direito em face do Estado.

Na Suspensão da Tutela Antecipada 91 e na Suspensão da Segurança n. 3073²⁰, a Ministra Ellen Gracie, ao decidir ambos os casos, ressaltou o custo dos direitos e a necessidade de previsão orçamentária. Pode-se considerar que a Ministra do Supremo fez uma ponderação em torno de vários princípios, considerando a limitação dos recursos dos entes federativos.

5. MÍNIMO EXISTENCIAL

A previsão orçamentária é relevante a fim de se considerar a realidade fática e jurídica do orçamento. No entanto, não se pode olvidar que os direitos sociais, ligados ao mínimo existencial, são indisponíveis, pois estão estritamente vinculados à dignidade humana.

O mínimo existencial corresponderia, portanto, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não poderia de forma alguma ser violado.

Nesse sentido caminhou o Supremo Tribunal Federal quando julgou no sentido de que o fornecimento pelo estado do Rio Grande do Sul dos medicamentos necessários ao tratamento dos portadores do vírus de HIV reflete a garantia ao direito à saúde, assegurado no art. 196 da CRFB/88, e, por conseguinte, o direito à vida.²¹

Não se pode prosperar a invocação da reserva do possível quando se puder comprometer o núcleo intangível do mínimo existencial. A propósito, vale a pena trazer à baila o julgado do STF que restara assim ementado, *ipsis litteris*:

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS: 3073 RN. Relator: Min. PRESIDENTE. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2484826>>

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. no RE 273.834. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1830568>>. Acesso em 10 jul 2015.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. **NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.** 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. **Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** 3. (...) 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido.²²

Entender de outra forma configuraria violação à Constituição Federal e que, nas lições do ilustre Relator Ministro Celso de Mello, seria uma “*violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público (...)*.”²³

CONCLUSÃO

A finalidade das contribuições sociais é constitucionalmente definida no sentido de que são voltadas para a Seguridade Social. Com tal afirmação estar-se a destacar que a arrecadação desses tributos é destinada obrigatoriamente ao custeio da saúde, esta englobada pela Seguridade Social, nos termos do art. 194 da CRFB/88.²⁴

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1107511. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284133&num_registro=200802653389&data=20131206&formato=PDF. Acesso em 10 jul 2015.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE 745.745. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 10 jul 2015.

²⁴ A corroborar tal assertiva, leciona Hugo de Brito Machado que “Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social.” Curso de Direito Tributário, 30 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 414.

A finalidade, portanto, é a principal característica das contribuições sociais e a grande diferença em relação aos impostos, vez que a estes, conforme aduzido pelo art. 167, IV da Carta Magna, é vedada a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, entre outras.

A vinculação do produto arrecadado das contribuições sociais foi preestabelecida pela Constituição de 1988, o que permite extrair que seria inconstitucional qualquer lei que vinculasse a receita dessas contribuições a outra finalidade que não a Seguridade Social. A partir da aferição da vinculação pode-se fazer o controle de constitucionalidade da cobrança efetuada pela Administração Pública. Nesse tom, assim elucida Roque Antonio Carraza, *in verbis*:

Em síntese, a vinculação do produto arrecadado torna inconstitucional a norma jurídica que institui impostos em geral, mas é *essencial*, em tais contribuições.²⁵

A destinação do produto arrecadado faz parte do regime jurídico dessa espécie tributária e é utilizada como um dos critérios de diferenciação em relação a outros tributos. Portanto, ao se pensar em contribuições sociais, por um comando constitucional constante do art. 149, deve pressupor a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa.

Essa é a conclusão a que chegou o ilustre Marco Aurélio Greco, reproduzida a seguir:

Quando a Constituição atribui a competência à União, para instituir contribuição de intervenção no domínio econômico, contribuições sociais ou no interesse de categorias profissionais, não está enumerando fatos geradores (materialidades de hipóteses de incidência), mas qualificando fins a serem buscados com sua instituição. (...) A ideia de causa não é a ideia informadora da contribuição. A ideia informadora é a ideia de fim, de resultado, de objetivo.²⁶

²⁵Curso de Direito Constitucional Tributário. 25. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009, p.593

²⁶ Contribuições: Uma Figura "Sui Generis". São Paulo: Dialética, 2000, p. 38.

O art. 149 da CRFB/88, ao apontar a finalidade a que devem ser destinadas as contribuições sociais, também vincula o legislador a este fim nela previsto, qual seja, o investimento na Seguridade Social, e, por conseguinte, na saúde.

Não resta a menor dúvida que os tributos são inexoravelmente o principal meio de arrecadação e de efetivação dos direitos fundamentais. Viu-se que a receita proveniente das contribuições sociais para a seguridade social faz frente às despesas com a saúde.

Tais arrecadações, embora sejam o meio de financiamento da saúde, é insofismável que as necessidades de tratamentos médicos, medicamentos, cirurgias, entre muitas outras, são infinitas e que, talvez por isso, o Poder Público não consegue atender a toda a demanda da população.

Tal circunstância denota que, inobstante o art. 196 da CRFB/88 preconize que a saúde é direito de todos e dever do Estado, bem como que a prestação desse serviço depende diretamente dos recursos públicos, advindos, como visto, das contribuições sociais, o orçamento é finito.

Com isso, a finitude do orçamento produz reflexos negativos na atuação do Estado de propiciar a todos atendimento médico, fazendo com que esbarre numa série de dificuldades, como, por exemplo, o alto custo para a implementação desse direito assegurado pela Lei Maior.

Sem desconsiderar o alto custo dos direitos, não há que se olvidar que art. 5º, §1º, CRF/88, garante que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Com efeito, o particular pode buscar o seu direito subjetivo à prestação do Estado.

Neste ponto, realçou-se que há uma tensão entre o direito à saúde e a escassez dos recursos, tendo restado certo que, com fulcro no princípio da separação dos poderes, ao juiz não cabe intervir no orçamento, sendo-lhe, porém, constitucional garantir o mínimo existencial que não pode restar violado, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana.

Realmente, o mínimo existencial está interligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, devido processo legal, entre outros.²⁷

Ressaltou-se que o mínimo existencial, como um direito às condições mínimas de sobrevivência, não pode deixar de ser observado, nem pelo executivo nem tampouco pelo julgador, sob a justificativa da tese da reserva do possível.

Isto posto, sempre que seja levada à apreciação do julgador uma situação em que se possa colocar aniquilar o mínimo existencial, é inarredável que caberá a intervenção do poder judiciário pela concessão da tutela imediata de modo a assegurar o imperativo constitucional, ainda que não haja previsão orçamentária para essa despesa.

Sendo assim, ausente o mínimo existencial e restando comprovada de forma objetiva a incapacidade econômico-financeira do ente federativo, não haverá direito subjetivo à saúde que possa ser imediatamente exigível do Estado, pois, conforme assentado pelo próprio Ministro Celso de Mello, os direitos econômicos, sociais e culturais caracterizam-se pela sua concretização gradual.

REFERÊNCIAS

NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009
- RAWLS, John. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- SANCHES, José Luis Saldanha. *Justiça fiscal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010
- FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. *Justiça fiscal*. José Luis Saldanha Sanches. Lisboa: 2010
- CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NABAIS, Casalta. *O dever Fundamental de Pagar Tributos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 04 mai. 2015.
- GRECO, Marco Aurélio, apud MELO, José Eduardo Soares. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Luciano Amaro. *Conceito e Classificação de Tributos*. RD Tributário 55/269.
- NABAIS, Casalta. *O dever Fundamental de Pagar Tributos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.
- GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.); *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MENDONÇA, Eduardo. *Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 373-412.
- BARCELLOS, Ana Paula. *OMínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.); *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.