

# DIREITO AO MÍNIMO SOCIAL, ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

---

MARLENE KEMPFER

Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professora dos cursos de graduação em Direito da UEL e da PUC/PR, campus Londrina.

MIGUEL ETINGER DE ARAUJO JUNIOR

Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de graduação em Direito da UEL.

## Resumo

A construção da cidadania se faz, também, a partir dos esforços públicos para que os direitos sociais mínimos sejam objeto de políticas de Estado e de governo. Esta preocupação deve ser de âmbito nacional e internacional. Neste caso, já está retratada no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Em seus artigos 11, 12 e 13 está previsto que os Estados Partes reconhecem o direito da pessoa a um nível mínimo de vida. Indica, entre outros, o direito ao alimento, moradia, educação e saúde. O Brasil depositou a Carta de Adesão a este Pacto em 1992 (Decreto nº 591/92), comprometendo-se a cumpri-lo. Além deste compromisso internacional são valores constitucionais positivados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 a promoção do bem-estar, dignidade da pessoa humana, fraternidade, igualdade e a justiça social. Para vivenciá-los foi escolhido, democraticamente, entre os objetivos do Estado, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, III). Para tanto, as condições materiais mínimas acima referidas foram positivadas no nível de direitos sociais (Art. 6º). A dificuldade em concretizá-los é discurso reiterado, especialmente, em Estados onde há escassez de recursos. Tal argumento será considerado para este estudo, indicando a realidade brasileira, onde a exclusão e a desigualdade social são reclamos legítimos. Diante de tal constatação, políticas afirmativas mínimas de Estado devem ser protegidas do argumento da reserva do possível. Neste momento é que se propõe a alternativa da imunidade tributária (política de Estado), que diferentemente da extrafiscalidade por meio da isenção (política de governo), é uma proteção constitucional expressa por meio da incompetência para instituir

impostos para produtos, mercadorias, patrimônio, renda e serviços que sejam necessários à efetivação do acesso e permanência ao mínimo social referido. É um caminho possível pois evita a tributação indireta, decorrente da repercussão econômica, que coloca o Estado (sentido amplo) e, também, as pessoas de poucos recursos, na condição de contribuinte de fato. Desta forma, sendo consumidores, arcam com a tributação e sua onerosidade.

## Palavras-chave

Direitos sociais mínimos; Reserva do possível; Imunidade tributária.

## Resumen

La construcción de la ciudadanía se hace, también, con los esfuerzos públicos para que los derechos sociales mínimos sean objeto de políticas de Estado y de gobierno. Esta preocupación debe ser en ámbito nacional e internacional. En este caso, ya está retratado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, adoptada por la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los artículos 11, 12 y 13 estipulan que los Estados Partes reconozcan el derecho de las personas a un nivel de vida mínimo. Indica, entre otros, el derecho a la alimentación, la vivienda, la educación y la salud. El Brasil depositó la Carta de adhesión a este Pacto en 1992 (Decreto N° 591/92), comprometiéndose a cumplirlo. Además de este compromiso internacional, son valores constitucionales expresamente previstos en la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1988, la promoción del bienestar, de la dignidad humana, la fraternidad, la igualdad y la justicia social. Para experimentarlos, fue elegido democráticamente entre los objetivos del Estado, erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales (Art. 3º, III). En consecuencia, las condiciones materiales mínimas anteriormente descritas son expresamente previstas como derechos sociales (Art. 6º). Es notable la dificultad en hacerlos efectivos, especialmente en los Estados donde hay escasez de recursos. Este argumento será considerado para este estudio, con menciones a la realidad brasileña, donde la exclusión y la desigualdad social son reclamos legítimos. Ante tal constatación, las políticas afirmativas mínimos del Estado deben ser protegidas del argumento de la reserva de lo posible. En este punto es que se propone la alternativa de la inmunidad tributaria (política de Estado), que a diferencia de la extrafiscalidad través de la exención (política de gobierno), es una protección constitucional expresa por la imposibilidad de establecer impuestos para productos, bienes, propiedades, ingresos y servicios que son necesarios para efectuar el acceso y la permanencia de ese mínimo social. Es una forma posible, ya que evita la tributación indirecta, debido a la repercusión económica, que pone el Estado (sentido amplio) y también la gente de escasos recursos, en la condición de contribuyente real. Por lo tanto, como consumidores, soportan los impuestos y su onerosidad.

## Palabras clave

Derechos sociales mínimos; Reserva de lo posible; Inmunidad tributaria.

### 1. Introdução

Entre os desafios contemporâneos, dos governos sociais democráticos, continua a busca para promover uma convivência humana em que os direitos sociais sejam de acesso universal e efetivos. Este é um compromisso nacional e internacional, em especial, daqueles Estados que integram a Organização das Nações Unidas, documentado em vários pactos e tratados.

Argumentos têm sido apresentados para justificar o descumprimento dos direitos sociais de modo pleno e universal, entre eles, destaca-se, o mais reiterado, que é o da escassez de recursos. Portanto, a realidade posta, especialmente nos Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento, é a de que o usufruto destes direitos, para todos, não é possível, pois o orçamento público assim não possibilita.

No Brasil não é diferente. Os direitos sociais estão elencados no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 - CF/88 e, por ser Estado parte do “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, o Estado, por meio dos governos, tem o dever jurídico de promovê-los. É obrigação de nível constitucional.

Para enfrentar este desafio esta pesquisa de natureza bibliográfica, foi desenvolvida a partir da atual realidade socioeconômica brasileira e das seguintes premissas: a escassez de recursos é um argumento importante, mas, não justificável diante de alguns direitos que devem ser eleitos como direitos sociais mínimos. Estes seriam: os da educação de nível fundamental; moradia para projetos avaliados como habitações de interesse social; no âmbito da saúde, medicamentos e enfermidades sociais, ou seja, aquelas que resultam de condições mínimas de saneamento básico, ou que sejam características de determinada região; e, alimentos que compõem uma cesta básica cujos ingredientes devem considerar a cultura regional.

Em face do Princípio da Reserva do Possível justifica estabelecer prioridades para os direitos sociais mínimos referidos. E, para viabilizá-los, em face dos custos que representam, a contribuição deste estudo é a proposta de imunidade tributária, por meio dos impostos, para os produtos (IPI), mercadorias (ICM) e serviços (ISS), que os viabilize.

A imunidade é uma forma de determinar, em nível constitucional, a incompetência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir tributos. As hipóteses protegidas pela imunidade compõem política de Estado, enquanto as competências de fiscalidade e de extrafiscalidade (incentivos) são políticas de governo. Portanto, a imunidade

retira do frágil âmbito da legalidade e da discricionarietà dos governos a interferência nos custos destes direitos mínimos, que pode ocorrer por meio da tributação.

## 2. Direitos Fundamentais Sociais Mínimos: Alimento, Moradia, Saúde e Educação

Em seus estudos sobre Direito Intercultural e ao tratar sobre direitos humanos, Otfried Höffe (2008, p.165), aponta que eles são parte de uma moral universal baseada nas condições gerais do ser humano, sobre tudo em sua razão, e já difundida na antiguidade, referindo-se a Aristóteles. Outros doutrinadores indicam, também, o discurso cristão como uma das suas fontes, na medida em que enaltece a importância de humanizar as relações por meio da convivência com condutas que realizem os valores da fraternidade, igualdade, paz, solidariedade, liberdade.

Seguindo uma trajetória histórica, outros marcos importantes podem ser citados a respeito de avanços em direitos individuais e sociais, tais quais, a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Mas, o foco contemporâneo, é a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada por meio da Resolução 217 (A) III da Assembleia Geral da ONU, que os sistematiza sob a forma de princípios paradigmáticos de cunho universal. Desde então, novos documentos importantes sobre direitos humanos (tratados, pactos, convenções) foram apresentados e, reunidos, recebem a denominação de Carta Internacional de Direitos Humanos.

Indiscutível a força axiológica e ética dos princípios e regras que compõem a Carta referida. Destacando-se o alerta de Höffe (2008, pp.166-167), para quem, segundo a tradição europeia-norteamericana, estes direitos entram com a finalidade de ser parte da Constituição, obrigando os poderes públicos a partir da positivação.

Para esta pesquisa, entre os documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos, é importante o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução 2.200 de 16/12/66), vigente para a ordem internacional a partir de 1976. Entre os princípios e compromissos nele constantes, serão destacados somente aqueles enumerados nos artigos 11, 12 e 13, pois têm por foco a temática sobre o nível de vida humana adequada por meio dos direitos ao alimento, moradia, saúde e educação:

### ARTIGO 11

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão

medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

[...]

#### ARTIGO 12

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

[...]

#### ARTIGO 13

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

[...]

Após 1966, data da Resolução 2.200, muitas transformações ocorreram entre as relações humanas. Constatou-se, entre outros fatores: a precarização das condições de vida para as comunidades mais necessitadas; inovações tecnológicas que melhoraram as condições da vida, mas, de restrito acesso; preocupantes alterações ambientais; movimentos fundamentalistas entre eles os xenofóbicos. Todas estas situações trouxeram mais e novas preocupações de nível nacional e internacional. Portanto, tais e outros fatos impulsionaram a construção de paradigmas para o desenvolvimento humano sustentável, em novas dimensionalidades.

Neste contexto tem-se a atuação da ONU por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que se propõe a atuar no sentido de melhorar as condições para a vida humana, considerando novos desafios contemporâneos. Tais constatações são fonte de insegurança econômica, política, social e ambiental, justificando a necessidade de atuações governamentais, acadêmicas e de instituições internacionais, com finalidade de desenvolver políticas e estudos para atuação conjunta, na expectativa de que tenham resultados mais efetivos. Neste sentido o PNUD propõe o cumprimento de políticas públicas mínimas a serem executadas em tempo determinado. É uma saudável forma de monitoramento dos avanços diante da luta diuturna para a convivência com os direitos humanos, especialmente aqueles que devem ser considerados imprescindíveis para a existência humana minimamente digna.

A multidimensionalidade das ações para melhorar as condições de vida acima referida e que permitem gerar um ambiente para enfrentar as inseguranças humana, defendido pelo PNUD, foram estudadas por Juan Pablo Fernández Pereira (2006, p.71-75), nas sete dimensões propostas pela ONU. Destacou que o critério considerado foi o do impacto que elas têm na construção de políticas públicas: i) alimentação (acesso a alimentos básicos); ii) econômica (acesso e permanência em trabalho produtivo com justa remuneração); iii) pessoal (violência física por meio de torturas, guerra, tensão étnica, delinquência, violência doméstica e aos menores); iv) comunidades (proteção à identidade cultural); v) saúde (enfermidades contagiosas e parasitárias, sistema circulatório, câncer); vi) política (repressão a indivíduos ou grupos, liberdade de expressão e de informação); e vii) meio ambiente (abastecimento de água, poluição, salinização, desertificação). Tais dimensões ao serem enfrentadas, defende-se, possivelmente permitem gerar ambiente de segurança humana.

Estes paradigmas ao serem comparadas com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podem indicar que repetem a preocupação com os aspectos de direitos sociais mínimos destacados para este estudo. Ou seja, constata-se, que transcorridos mais de 40 anos da vigência do Pacto, novos desafios estão à frente, mas, permanece, ainda, distante o usufruto dos direitos fundamentais básicos ao alimento, moradia, saúde e educação, especialmente, nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

É importante que ações sejam planejadas e executadas para promover este mínimo existencial social enaltecendo-se, no entanto, a fundamentalidade de todas as demais dimensões da segurança humana. Para tanto, é importante o empenho dos Estados nacionais em deflagrar os processos de reconhecer e aceitar-se como parte do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificando-o e seguir para os trâmites de sua internalização. Assim, os Estados passam a ser cobrados por instituições internacionais para que os compromissos sejam cumpridos.

### **3. Direitos Fundamentais Sociais Mínimos no Brasil: Alimento, Moradia, Saúde e Educação**

Nesta pesquisa, a exposição sobre os direitos sociais mínimos ao alimento, moradia, saúde e educação no Brasil, tem caráter acadêmico e exemplificativo. A proposta de reconhecer imunidade tributária, a seguir apresentada, é de caráter geral e em face de sua importante contribuição e viabilidade, pode ser adotada por governos que têm efetivo interesse em enfrentar as dificuldades de acesso e permanência nestes direitos sociais mínimos, em um cenário de escassez de recursos.

O Brasil está comprometido com a ordem internacional referenciada pela ONU, pois aprovou o texto do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta

de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e, promulgada, entrou em vigor em 24 de abril de 1992 e, finalmente, o Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992, compromete o Estado brasileiro a executar e cumprir tão inteiramente como nele se contém (Art. 1º).

Sob o aspecto normativo tem-se as seguintes disposições constitucionais e legais que permitem afirmar que o Brasil já deu os primeiros passos em consonância com o compromisso internacional assumido, pois ao positivar valores e os direitos sociais mínimos em foco, passam a compor um dever ser jurídico. Ou seja, integram, assim, a estrutura normativa onde estão as relações jurídicas que vinculam aos direitos subjetivos e respectivo deveres jurídicos:

i) Quanto aos valores, a partir do preâmbulo da Constituição Federal, dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(grifos nosso)

ii) Quanto aos fundamentos do Estado, a CF/88, em seu Art. 1º, II e III, dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

iii) Quanto aos objetivos do Estado, a CF/88, em seu Art. 3º, I e III, dispõe:

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.

iv) Quanto aos compromissos internacionais, a CF/88, em seu Art. 4º, II, dispõe:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

v) Quando aos direitos sociais, a CF/88, em seu Art. 6º, dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

vi) Quando ao direito a saúde, a CF/88, em seu Art.196 e Lei 8080/90, dispõem:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em nível legal tem-se a Lei 8080/90:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

vii) Quanto ao direito a educação, a CF/88 em seu Art. 205 e Art. 208 e Lei 8.069/90, dispõem:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.



Em nível legal tem-se a Lei 8.069/90

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

viii) Quanto ao direito a alimento, em nível legal tem-se a Lei 11.346/06, que dispõe:

Art. 1º Esta Lei estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

ix) Quanto ao direito à moradia, em nível legal tem-se a Lei 11.124/05, dispõe:

Art. 2º Fica instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de:

I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;

Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:

I – os seguintes princípios:

b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;

Conforme se pode aferir, a ordem jurídica brasileira assegura todas as competências ao Estado para que, por meio dos governos, atendam aos direitos sociais mínimos em estudo. Portanto, devem ser interpretados na condição de direito subjetivo público.

Os fundamentos para tal argumento levam em consideração os ensinamentos apresentados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luís Roberto Barroso

(2009, pp. 299-305), ao defender que a “Constituição é dotada de força normativa e suas normas contêm o atributo típico das normas gerais: a imperatividade.” Aponta, nas páginas referidas, um catálogo de princípios instrumentais de interpretação constitucional, quais sejam:

- i) da supremacia da constituição, pois os valores e regras da Constituição “são fundamento de validade e sentido de todo o ordenamento jurídico”;
- ii) da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois as normas neles contidas, decorrem do exercício de competências que tem por fonte o princípio da separação dos poderes;
- iii) da interpretação conforme a constituição, para eleger, entre as interpretações possíveis, aquela que tem mais afinidade com a Constituição;
- iv) da unidade da constituição, que permite a interpretação sistemática reconhecendo que a ordem jurídica é um sistema e como tal deve-se procurar os caminhos para “harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas”;
- v) da razoabilidade ou da proporcionalidade, que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e com isto, diante de caso concreto, possibilitar a proteção de direitos, inclusive os fundamentais, que estão entre compromissos constitucionais de âmbito internacional; e,
- vi) da efetividade das normas constitucionais, para realizar o direito e aproximar o “dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Desta forma possibilita-se, também, realizar os objetivos da Carta Magna (interpretação teleológica).

Diante do direito à dignidade da pessoa humana, que na contemporaneidade deve ser entendida na acepção de oportunidades e condições de vida emancipatórias e não meramente assistencialista, o caminho para a interpretação trazido acima é contundente para defender que é possível delimitar os direitos a alimento, moradia, educação e saúde, no nível de direitos subjetivos mínimos em face do Estado. Portanto, devem ser atendidos, prioritariamente, diante dos demais deveres públicos.

#### **4. A Decisão por Direitos Sociais Mínimos Diante da Escassez de Recursos**

O argumento da escassez de recursos públicos tem amparo no Princípio da Reserva do Possível. Conforme escreve Paulo Caliendo (2009, pp 203-205), esta regra é “entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações”. Aponta que tem origem no constitucionalismo alemão e tendo sido, inclusive, fundamento da Corte Constitucional alemã para reconhecer “limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito”, assim se manifestando diante

de um pedido de acesso ao ensino universitário público barrado pelo limite de vagas (*numerus-clausus*).

O discurso da impossibilidade estatal em atender todos os seus deveres constitucionais e legais e, ainda, para todos, deve ser analisado adequadamente. Tais falas governamentais estão presentes, inclusive, em Estados desenvolvidos e mais contundentes em Estados em desenvolvimento e subdesenvolvido, onde a crise de acesso e permanência a direitos sociais é cada vez mais grave.

A justificativa de restringir os argumentos desta pesquisa à análise da inefetividade de direitos sociais somente nos Estados em desenvolvimento e subdesenvolvidos e diante da real insuficiência de recursos, é porque nesta circunstância é que se faz necessário a adoção de medidas distributivas. Defende-se que não devem ser excluídas as medidas de controle estatal e social para apurar a verdade sobre o argumento da escassez, mas, ressalte-se, ser premente que seja discutido quais seriam os direitos sociais mínimos que merecerão proteção independentemente de qualquer outro compromisso que um Estado possa ter no âmbito interno ou internacional, em face dos direitos sociais mínimos.

Embora possa ser uma afirmação criticável à luz das outras inúmeras responsabilidades estatais e dos atuais desafios em face da multidimensionalidade e interdependência dos fatores de insegurança humana, é preciso acrescentar que a prioridade apontada está registrada em documentos internacionais tal qual o Pacto referido, e outros mais recentes como o documento o “Futuro que Queremos” (Conferência RIO+20) aprovado em 2012, no Rio de Janeiro-BR. Nele foi incluída a discussão sobre aspectos sociais de erradicação da miséria entre os temas da sustentabilidade. A acepção de miséria, defende-se, compreende condições mínimas de alimento, moradia, saúde e educação.

Diante do exemplo brasileiro, que por via democrática constitucionalizou e tornou os direitos referidos previstos em Lei (subjativando-os) e, ainda, partindo da premissa de que a escassez de recursos estatal é real, defende-se que quanto à garantia de acesso e permanência na categoria de cada um dos direitos em análise, eles devem ser hierarquizados. O critério para esta ordenação é considerar a igualdade de oportunidades que estes direitos sociais podem promover ao maior número de pessoas.

Entre as difíceis discussões sobre o critério que possibilitaria a delimitação de direitos sociais mínimos em face da escassez, importante pesquisa de tese de doutorado foi apresentada por Lucas S. Grosman sob o título “Escasez e Igualdad” (2008). No capítulo inicial (2008, pp 17-36), em brevíssima síntese, conclui que atualmente não mais é sustentável a tradicional distinção entre direitos negativos (direitos civis e políticos) e direitos positivos (direitos sociais) sob argumento de que é inquestionável a proteção judicial no primeiro caso (exige a abstenção estatal) e não, necessariamente, no segundo (exige atuação estatal); e, como segundo argumento, que aqueles não podem ser considerados

onerosos e estes o são, portanto, poderiam inviabilizar o orçamento público se pudessem ser judicializados. Defende o Prof. Grosman que os direitos sociais também comportam abstenções do Estado, tal como não permitir a poluição ambiental, pois está comprovado pela ciência que contribui para o agravamento da saúde das pessoas. E, quanto à questão da onerosidade, exemplifica, que os direitos civis e políticos para possibilitar as eleições, manter tribunais que permitem o exercício ao direito do devido processo legal, garantir o direito individual à propriedade privada, também são muito custosos.

Portanto, é preciso superar tais argumentos e avançar para outro patamar de discussão e admitir que todos estes direitos estão no mesmo nível jurídico quanto ao seu usufruto, mas, que diante da constatação da escassez, novos paradigmas precisam ser considerados. Seguindo a pesquisa do Prof. GROSMANN (2008, pp 65 a 71), especificamente quando estuda a temática da judicialização dos direitos sociais em face da escassez, indica que diante de tal fato deve ser considerado o ideal da “igualdade estrutural de oportunidades”. Justifica a escolha deste ideal por dois fatores: o primeiro pela importância deste valor, averbando que a hierarquia dos valores é variável no tempo e exemplifica que a democracia, na atualidade, na maioria dos países, já é uma conquista e que outros avanços constitucionais devem ser considerados; o segundo, que na eleição de valores para justificar decisões, o sejam aqueles que honrarem as promessas que estão previstas na Constituição. Conclui que se “a comunidade considera que a realização de um ideal é de máxima importância, as instituições que esta comunidade cria e financia devem servir a tal determinação” Grosman (2008, p. 9).

A ênfase que deve ser dada à proposta do Prof. Grosman está em ter caminhado para argumentos além do discurso trivial da igualdade formal e ter considerado o fato real da escassez e, ainda, ao indicar que a igualdade de oportunidades permite que o ser humano demonstre as suas capacidades, talentos, potencialidades.

Sob estas orientações é possível justificar que todos os direitos sociais são importantes, mas, há aqueles que são indispensáveis, pois geraram condições mínimas para que as pessoas possam ter, igualmente, oportunidades de inclusão social e econômica. Assim, as pessoas podem enfrentar por mérito próprio os desafios contemporâneos para mudanças estruturais nestes sistemas. Estas condições mínimas que o Estado deve possibilitar para as mudanças tão desejadas são garantia de alimento, moradia, saúde e educação. Por meio do usufruto deles há maior possibilidade de que avanços emancipatórios possam ocorrer. A relevância destas indicações é de tal envergadura que podem ser considerados, atualmente, um mínimo para uma existência humana digna.

É importante seguir nos argumentos quanto à necessidade ou não de, entre tais direitos, promover uma hierarquização de prioridades em face, sempre, de uma realidade de escassez. Considerando os ensinamentos do Prof. Grosman e do Ministro Prof. Barroso acima apresentados, pode-se afirmar que sim. A fonte desta afirmação para os dois

professores está na Constituição em primeiro lugar e nas legislações caso já tenha ocorrido a positivação em nível infraconstitucional de valores e direitos. A Carta Magna é a suprema fonte e todo o ordenamento deve ser interpretado conforme, pois gera unidade e possibilita a efetividade de direitos.

Retomando o exemplo da Constituição e legislação brasileiras, pode-se indicar o valor da igualdade em várias passagens da Constituição. Ou seja, a primeira interpretação diante deste valor seria a de que todos devem ter igualmente direito de acesso e permanência aos direitos sociais. No entanto, deve-se avançar para identificar que entre os objetivos que o constituinte qualificou de fundamentais para a República Federativa do Brasil, em seu Art. 3º, III, está o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Defende-se que este é o critério que justifica hierarquizar os direitos sociais mínimos em estudo, para então classificá-los como necessários à própria condição humana.

Em termos normativos, avanços no Brasil podem ser apontados. No âmbito da saúde, tem-se previsto como dever do Estado no artigo 196 da CF/88 e nos termos da Lei 8080/90, no entanto, o grau de universalidade previsto, diante da escassez, não permitirá atender a todos integralmente em todas as ações preventivas ou de tratamento médico-hospitalares. Um mínimo de obrigações, no entanto, deve ser estabelecido a partir de dados que permitam indicar aquelas que resultam de condições mínimas de saneamento básico, ou que sejam características de determinada regiões, enfermidades sociais, exemplificativamente: malária, hanseníase, chagas, cólera, leishmaniose, hepatite, dengue, Aids, câncer. Para outras situações, seria justificável o critério de prioridades, resultante de uma avaliação judicial, com fundamento na igualdade estrutural de oportunidades, conforme ideia do Prof. Grosman, acima apresentadas.

Quanto à educação as prioridades já estão estabelecidas nos termos dos artigos 205, 208, I e IV e da Lei 8.069/90 em seu Art. 54 e VII, e obrigam o Estado a garantir acesso à educação infantil e educação básica, incluindo material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Atualmente este nível educacional mínimo deve ser irredutível, pois gera maiores oportunidades individuais. Os demais níveis da educação formal são importantes (ensino superior, por exemplo), mas, a prioridade mínima é o investimento na educação fundamental e não comporta o argumento da reserva do possível.

Para o direito à moradia, nos termos da Lei 11.124/05, a prioridade absoluta é para atender ao Sistema de Habitação de Interesse Social e viabilizar moradia digna para população de baixa renda. É política de Estado promover investimento, no caso do Brasil, em projetos de desfavelamento e promover a estas comunidades tal acesso.

O acesso ao alimento é o que possibilita a vida. Neste sentido a Lei 11.346/06 que avança ao prever um Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Em seu artigo 2º, expressamente atribui à alimentação a qualidade de direito fundamental humano,

inerente à dignidade da pessoa humana. Pode-se destacar o programa brasileiro que reconhece o direito à cesta de alimentos em caráter emergencial e complementar.

Estes direitos sociais mínimos, no Brasil, constituem direitos subjetivos. Consequentemente, a sua judicialização é legítima pois são políticas do Estado brasileiro (nível constitucional e legal) e, diante de tal positivação, não há discricionariedade do Executivo em não prever receitas no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária (Art. 165 CF/88).

Para contribuir no sentido da efetividade segue a análise da proposta da imunidade tributária para produtos, mercadorias, bens e serviços que podem viabilizar o acesso e permanência a tais condições mínimas e promover a igualdade de oportunidades.

## **5. Política de Estado por Meio da Imunidade Tributária para a Proteção dos Direitos Sociais Mínimos**

As temáticas que envolvem o Direito Tributário são aquelas que tratam da competência do Estado para instituir, arrecadar e fiscalizar tributos. Outro é o campo de estudos do Direito Financeiro que reúne as proposições descritivas que tem por objeto a Constituição e Leis que disciplinam o orçamento público. No Brasil, a Constituição trata dos valores e das regras de competência tributária, especialmente, no capítulo do Sistema Tributário Nacional (artigos 145 ao 156) e sobre o controle das receitas e gastos públicos no capítulo das Finanças Públicas (artigos 157 a 168).

O tema da escassez de recursos pressupõe análises deste conjunto normativo. Ou seja, para que o Estado cumpra com suas atribuições e, especialmente, diante dos direitos sociais mínimos, o orçamento público depende de mais recursos e gastos eficientes. A fonte principal dos recursos é a tributação e gastos de qualidade pressupõe respeitar a hierarquia entre políticas de Estado e políticas de governo. Aqueles decorrem de decisões democráticas e soberanas da comunidade nacional registradas na Constituição, portanto, devem ser de execução obrigatória pelos governos, sob pena do Estado Democrático de Direito ser um mero discurso. As políticas de governos são ações no campo da liberdade para executar políticas públicas que estão nas prioridades do governo e podem coincidir ou não com as prioridades do Estado. Nesta hipótese a legitimidade dos gastos públicos deve ser criticada e justifica a avaliação judicial quanto ao mérito das opções governamentais.

As fontes de recursos tributários no Brasil são os impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições. Por meio das receitas destes tributos a União, Estado, Distrito Federal e Municípios irão construir seus orçamentos. Para tanto, defende-se que as competências constitucionais devem ser interpretadas como sendo de exercício obrigatório, uma vez que farão frente às inúmeras atribuições do Estado.

No Brasil, infelizmente, o único imposto que ainda não foi instituído é o Imposto sobre Grandes Fortunas de competência da União. Conforme a interpretação ora defendida esta omissão é inconstitucional, inclusive, pelo argumento de que haveria mais recursos para as políticas sociais mínimas.

Ao exercer as competências constitucionais para arrecadar recursos tem-se a função administrativa da fiscalidade, por meio da qual o Estado tem o dever de exercê-la de modo eficiente para que possa contar com tais recursos. Neste sentido, deve-se ver com certa reserva os mecanismos da extrafiscalidade, que tem por fim estimular ou desestimular condutas social e economicamente desejáveis por meio de tributação diferenciada. Esta opção está no campo das políticas de governo e pode ocorrer aprovando, por exemplo, isenções, redução de alíquotas, base de cálculo.

A reserva quanto à extrafiscalidade é no sentido de que tais políticas podem representar redução de receitas e afetar a execução de políticas de Estado. O risco, portanto, seria o uso ilegítimo desta alternativa por ser um discurso político-econômico que é bem aceito socialmente e que pode resultar na diminuição da arrecadação de tributos.

Comumente, no Brasil, os governos recorrem a políticas tributárias extrafiscais e sob a justificativa de diminuir a carga tributária. Tais decisões, atualmente, no Brasil, estão fundamentadas entre as formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, facultado pelo Art. 174 da CF/88. São denominadas políticas de incentivos fiscais e fazem parte de políticas econômicas com intenção de regular os mercados. Quanto à tributação que incide sobre produtos, mercadorias e serviços que viabilizam o acesso e permanência em bens que compõem os direitos sociais mínimos, defende-se, não devem permanecer neste campo da extrafiscalidade. São direitos mínimos cujo usufruto não deve ficar no campo da discricionariedade de governos.

A atual Constituição traz para o regime tributário o Princípio da Seletividade do Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre a Circulação de Mercadoria (ICM), para produtos e mercadorias consideradas essenciais. Este já é um mecanismo importante, pois os governos podem incluir entre os produtos, mercadorias e serviços que vão possibilitar os direitos em análise. Esta seletividade já é aplicada, ou seja, estão previstas alíquotas menores e até zero (isenção) para produtos (IPI) e mercadorias (ICM) que compõem a cesta de alimentos básicos e, em alguns Estados, estendem para certos materiais utilizados na construção de casas em projetos sociais. No entanto, infelizmente, diante de argumentos da escassez de recurso e das crises econômicas, este tratamento diferencial, em face da essencialidade, não obrigatoriamente precisa ser mantido. Ainda não há interpretações judiciais sobre a possibilidade de interferência do Judiciário para avaliar o mérito desta discricionariedade do Executivo. Infelizmente, tal posicionamento não contribui para proteger o direito de essencialidade dos direitos sociais em análise.

Além da situação acima exposta, duas razões de natureza tributária e outra política interferem dificultando o acesso a mercadorias, produtos e serviços que viabilizam os direitos em análise: i) em face do ICM, as mercadorias sujeitas à isenção, não geram direito a crédito para compensação com o devido nas operações que seguem, ou seja, a Constituição (Art. 155, § 2º, II, a), não permite a aplicação do Princípio da Não-Cumulatividade. Tal proibição é prejudicial diante dos tributos indiretos (aqueles que são repassados ao consumidor) porque haverá aumento da carga tributária; ii) em face do ICM e do IPI (além de outros tributos), serem considerados tributos indiretos há o repasse para a formação dos preços e com isto o contribuinte de fato (consumidor) arca com o valor das incidências dos tributos por ocasião da compra (repercussão econômica), inclusive, quando este for o poder público; iii) quanto à razão política, a extrafiscalidade depende de decisão governamental e é recorrente o uso de argumentos denominados razões do Estado para revogar ou diminuir os incentivos. Esta imprevisibilidade gera instabilidade quanto à continuidade das políticas públicas extrafiscais.

Mediante a exposição apresentada quer-se defender que a extrafiscalidade não é caminho seguro para a efetividade dos direitos sociais mínimos em estudo. Esta é a razão pela qual sugere-se a imunidade.

Conforme os ensinamentos do Prof. Paulo de Barros Carvalho (2013, pp 190-192):

A imunidade é uma classe finita e imediata determinável, de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

É importante destacar a enfática afirmação do professor de que “o núcleo deontológico do comando constitucional denuncie uma proibição inequívoca, dirigida aos legisladores infraconstitucionais e tolhendo-os no que tange à emissão de regra instituidoras de tributos” (Carvalho, 2013, pp191-192), ou seja, a imunidade determina a incompetência para tributar.

A análise da efetividade dos direitos sociais mínimos e em relação à fiscalidade e à extrafiscalidade, a imunidade tem a vantagem de ser uma proteção constitucional absoluta quanto à tributação. Diante das dificuldades acima apresentadas quanto à extrafiscalidade pela isenção, por exemplo, a imunidade não traz as desvantagens da não aplicação do Princípio da Seletividade, Princípio da Não-Cumulatividade, tributação indireta e da instabilidade das políticas de governos e de sua discricionariedade. Ou seja, a imunidade é, efetivamente, política de Estado.

Para exemplificar, por meio da imunidade, não seria possível a exigência de impostos sobre: i) produtos e mercadorias que compõe a cesta de alimentos que, atualmente, nos



termos Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional brasileiro, é composto pelos alimentos arroz, açúcar, feijão, farinha de mandioca, macarrão, óleo de soja, leite em pó, e farinha de fubá. (<http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/cestas-de-alimentos/entenda-o-programa/composicao-das-cestas-de-alimentos>). Estes alimentos poderiam custar muito menos para o Estado quando os compra para cumprir seu dever de fornecer esta cesta e, também, para todos aqueles que os consomem independentemente da condição financeira pessoal; ii) produtos, mercadorias e serviços necessário à execução dos serviços de saúde mínimos compreendendo também os medicamentos, a serem definidos em lei, teriam seus custos substancialmente reduzido; iii) quanto ao direito à moradia, os produtos, materiais e serviços para construção de especial interesse social, como é o caso de moradias sociais, seriam rapidamente viabilizados pois haveria redução do custo final; iv) quanto à educação para o nível fundamental público não seriam tributados, por exemplo, os materiais didático-escolar, transporte de alunos, merenda escolar; v) os serviços de educação fundamental quando prestados pela iniciativa privada não seriam tributados pelo Imposto sobre Serviços (ISS), por exemplo.

Poder-se-ia argumentar que há a imunidade recíproca, prevista no Art. 150, VI, a, da CF/88, protegendo o patrimônio, renda e serviços diante da competência tributária dos membros federados. Ou seja, da União não pode ser exigido o Imposto sobre a Propriedade de veículo automotor (IPVA), ou sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e, assim, reciprocamente, diante de todos os impostos de incidência direta. No entanto, em face do fenômeno da repercussão e da consequente tributação indireta, os membros federados são considerados contribuintes de fato e assumem, tal qual os demais consumidores, a carga tributária. Exemplificando, o Poder Público arca com o custo tributário que incide sobre toda a cadeia da compra de mercadorias para compor a cesta de alimentos ou programas sociais de construção de moradia.

Deve-se anotar que atualmente já estão no campo da imunidade os serviços de educação e de assistência social (Art. 150, VI, c, da CF/88) caso sejam instituições sem fins lucrativos. Mas, no caso da educação, não limita aos serviços da educação fundamental. Ou seja, esta proteção, para outros níveis de ensino (nível superior), causa perda de arrecadação prejudicando investimentos públicos no nível de direito social mínimo ora defendido.

A defesa da ideia da imunidade é a de que os direitos sociais mínimos em análise devem ser considerados direitos emancipatórios da condição humana contemporânea. Por esta qualificação, no Brasil, estão protegidos não somente por meio das regras constitucionais na condição de direitos fundamentais, mas, também, por meio dos compromissos assumidos em âmbito internacional. Assim, ao proibir a tributação, em nível constitucional, tem-se o reconhecimento efetivo de fundamentalidade.

A efetividade destes direitos não poderia levar em conta os argumentos da reserva do possível, pois estas receitas nem fariam parte dos orçamentos públicos. Não é legítimo

construir o orçamento público com receitas advindas da tributação dos direitos sociais mínimos que contribuem para a dignidade da pessoa humana. A imunidade possibilita esta proteção de modo seguro e duradouro. É uma legítima política de Estado e que não deve ficar ao alvitre dos governos.

Urge buscar caminhos para viabilizar o acesso e permanência quanto a estes mínimos, uma vez que, nos termos do Art. 5º, § 2º e 3º da CF/88, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e ainda se afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Assim, este compromisso deve ter prioridade absoluta e a imunidade tributária pode contribuir para viabilização efetiva dos direitos sociais mínimos apresentados.

## 6. Conclusões

Esta pesquisa apresentar uma proposta de natureza tributária que poderá contribuir para aumentar as possibilidades de acesso e a permanência aos direitos sociais mínimos, em Estado de escassez de recursos.

O desafio em busca de caminhos para a efetividade dos direitos sociais considera que todos estes direitos, que no Brasil estão previstos no Art. 6º da CF/88, são fundamentais e deveriam ser de acesso universal. Mas, em face do Princípio da Reserva do Possível, é importante selecionar aqueles que devem ser considerados direitos subjetivos mínimos das pessoas e dever jurídico dos governos, uma vez que estão positivados em nível constitucional, pactos internacionais e leis.

Tais direitos sociais mínimos são: os da educação de nível fundamental; moradia para projetos avaliados como habitações de interesse social; no âmbito da saúde, medicamentos e enfermidades sociais, ou seja, aquelas que resultam de condições mínima de saneamento básico, ou que sejam características de determinada regiões; e, alimentos que compõem uma cesta básica cujos ingredientes devem considerar a cultura regional.

Os critérios para tal seleção foram: a possibilidade de concretizar o valor da igualdade de oportunidades que o usufruto destes direitos mínimos poderá proporcionar; e, a indicação em documentos da ONU para os quais o Brasil se comprometeu a viabilizar, tal qual o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A proposta tributária é no sentido de que os produtos, mercadorias e serviços que viabilizem os direitos sociais mínimos sejam protegidos da tributação por meio da imunidade tributária. Esta é uma proteção que indica a incompetência da União, Estados e Municípios para instituírem impostos que tributem situações indicadas na Constituição.

Diferentemente da competência fiscal e extrafiscal, a imunidade vai além, pois exclui a possibilidade de normas de incidência de tributos. É uma redoma constitucional que evitaria, especialmente, a repercussão econômica pela qual a carga de tributos é suportada pelo consumidor, onerando-o, muitas vezes, em demasia. Quando não se faz presente a extrafiscalidade, por meio de incentivos, este fenômeno, atinge, também, as pessoas jurídicas de direitos público interno, uma vez que são sujeitos das relações de consumo, inclusive quando adquirem produtos, mercadorias e serviços para viabilizar os direitos sociais mínimos.

A imunidade é um meio de proibir o exercício da competência tributária. Por ser norma de nível constitucional, compõe política de Estado e não de governos. As situações imunes somente podem ser incluídas ou alteradas por meio de Emenda Constitucional e tal exigência gera segurança jurídica e certeza do direito, diferentemente das políticas de governos (extrafiscalidade) que podem ser temporárias e estão no campo da legalidade e discricionariedade. A imunidade para impostos, tal qual o IPI, ICM e ISS, portanto, reforçará a qualidade de fundamentalidade dos direitos sociais mínimos indicados.

Além destes argumentos é importante ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 impôs compromissos de erradicar a miséria, reduzir as desigualdades sociais, promover cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 3º e Art. 1º). O primeiro passo para tanto, defende-se, é a promoção de direitos sociais mínimos. Assim, todos os caminhos que apontam para cumprir estes deveres devem ser considerados. Neste sentido, é preciso alterar a Constituição para incluir a imunidade ora defendida. Para tanto, é preciso uma corajosa decisão política.

## 7. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALIENDO, Paulo. “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de Direito Tributário”. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- GROSMANN, Lucas. “*Escasez e Igualdad*”. Buenos Aires: Libreria, 2008
- HÖFFE, Ortfried. “*Derecho Intercultural*”. Barcelona : Editorial Gedisa, 2008.
- PEREIRA, Juan Pablo Fernández. “*La Seguridad Humana*”. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.