



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
SUPERINTENDÊNCIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS SOCIAIS E
CIDADANIA

RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS

A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DESVINCULAÇÃO DE
RECEITAS DA UNIÃO (DRU) FACE AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Salvador
2015

RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS

**A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DESVINCULAÇÃO DE
RECEITAS DA UNIÃO (DRU) FACE AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para obtenção de título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. André Alves Portella.

Salvador
2015

UCSal. Sistema de Bibliotecas.

S237 Santos, Ricardo Simões Xavier dos.
A análise constitucional da Desvinculação de Receitas da União (DRU) face aos direitos fundamentais sociais/ Ricardo Simões Xavier dos Santos. – Salvador, 2015.
140 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado Políticas Sociais e Cidadania.

Orientação: Prof. Dr. André Alves Portella.

1. Direitos sociais 2. Desvinculação de Receitas da União (DRU)
3. Contribuições sociais 4. Seguridade social 5. Orçamento 6. Controle de constitucionalidade I. Título.

CDU 342.7:369

RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS

**A ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA DESVINCULAÇÃO DE
RECEITAS DA UNIÃO (DRU) FACE AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 06 de julho de 2015.

Banca examinadora:

André Alves Portella – Orientador
Doutor em Direito Financeiro e Tributário, Universidade Complutense de Madrid
Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal)

Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal)

Wilson Alves de Souza
Pós-doutor em Direito Processual Civil, Universidade de Coimbra
Professor Titular da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

À minha esposa Emilene, pelo constante incentivo e apoio no meu desenvolvimento acadêmico, bem como para a confecção deste trabalho. Ao meu filho Rafael, uma “pessoinha” que veio agraciar nossas vidas, tornando meus dias mais felizes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Emilene, pelo amor e dedicação, bem como pelo apoio incondicional na confecção deste trabalho, incentivando e auxiliando a todo momento para que se mantivesse a força, mesmo nas horas mais difíceis e cansativas que tivemos no ano de 2014-2015. Agradeço também a Rafael, um anjo que veio iluminar o meu lar, reforçando ainda mais a felicidade dentro da minha casa.

Agradeço ao meu pai, Alírio, pois sempre foi um exemplo profissional e acadêmico a ser seguido, bem como a minha mãe, Teresa, pelo apoio fundamental no meu desenvolvimento, vigilante e solícita a tudo que precisei na minha vida. Ainda aqui agradeço ao meu irmão Marcelo e a minha irmã Carolina, pelo apoio sempre oferecido.

Agradeço aos meus parceiros no escritório Pereira e Xavier Advogados Associados, Alain Alan, Ubiratan Araújo, Adrielle Ferreira, Ricardo Gesteira e Thiago Macedo, amigos que realmente fazem a diferença para o meu crescimento profissional e pessoal.

Não posso me esquecer de agradecer aos amigos de caminhada na docência, em especial a Ivandro Pinto, João Glicério, Marcelo Urani, Mikelli Lucas, Alecsandro Brasileiro, Caio Rangel, Orlando Kalil Jr., Marcos Kalil, e os demais amigos e professores da amada Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador - UCSal.

Agradeço aos meus queridos alunos da UCSal e da UNEB, minha galera, aqueles que me fazem aprender mais do que ensinar, estimulando o meu aperfeiçoamento constante para me tornar um docente melhor.

Agradeço aos colegas de mestrado, que sem qualquer dúvida tornaram o curso melhor e mais proveitoso, auxiliando para o crescimento intelectual e melhorando o nível do debate, em especial a Graciele Coutinho, Evandro de Jesus, Sergio Villas Boas, Sabrina Vianna, Flávia Nery e Gilmar Bittencourt, pessoas fantásticas que com certeza ajudaram a caminha a ser mais leve.

Ainda, agradeço aos meus professores no curso de mestrado, às professoras Ângela Borges, Kátia Freitas, Márcia Calazans e ao professor Dirley Cunha Jr., que possibilitam o amadurecimento para o desenvolvimento do trabalho em tela.

Por fim, agradeço ao meu orientador, professor André Alves Portella, pela amizade e pelo precioso auxílio na minha evolução desenvolvimento científico, o que foi decisivo para a confecção do presente trabalho.

“A gente não quer só comida, a gente quer comida diversão e arte
A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte
A gente não quer só comida, a gente quer bebida, diversão, balé
A gente não quer só comida, a gente quer a vida como a vida quer [...]
A gente não quer só comer, a gente quer comer e quer fazer amor
A gente não quer só comer, a gente quer prazer prá aliviar a dor
A gente não quer só dinheiro, a gente quer dinheiro e felicidade
A gente não quer só dinheiro, a gente quer inteiro e não pela metade [...]
Desejo, necessidade, vontade.”

Arnaldo Antunes, Sérgio Brito e Marcelo Fromer

RESUMO

A presente pesquisa pretende investigar a constitucionalidade da Desvinculação de Receitas da União (DRU), instituída pelas Emendas Constitucionais n. 27, 42, 59 e 68, que aditaram o art. 76 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs) da Constituição Federal de 1988, realizando a análise sob a ótica das implicações sobre direitos sociais fundamentais disciplinados no texto constitucional. A DRU desvincula 20% das receitas arrecadas com as contribuições sociais, tributo cuja arrecadação se destina ao financiamento da efetivação dos direitos sociais, sendo que a sua receita já se encontra destinada, desde o seu nascimento, ao financiamento das políticas para a efetividade dos direitos em tela. Para tanto, foi realizado um estudo dos direitos sociais, versando sobre a evolução dos direitos humanos como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, bem como analisando-se os direitos em questão que ostentam a qualidade de cláusulas pétreas, núcleo imutável da Constituição Federal de 1988. Ainda foi feita uma análise dos indicadores sociais para verificar se os direitos sociais são ou não respeitados no Brasil contemporâneo. Outrossim, para responder ao objetivo proposto na pesquisa, foi enfrentado o tema do financiamento dos direitos sociais, por meio do recolhimento de recursos pelas contribuições sociais. Caberá, então, a análise sobre a regra tributária de instituição do tributo em tela, dando ênfase ao critério da destinação, a fim de investigar se é ou não constitucional a desvinculação destas. Em outro momento, o trabalho voltou sua atenção para a DRU, realizando um estudo sobre a sua evolução legislativa, as justificativas para a desvinculação de receitas e as consequências da desvinculação para o orçamento da seguridade social, bem como para os direitos sociais. Por fim, atingida a análise mais profunda sobre as premissas que ensejaram a pesquisa, confrontou-se a DRU com os direitos sociais fundamentais, a fim de responder o problema proposto, ou seja, se é ou não constitucional as emendas à Constituição n. 27, 42, 59 e 68, que possibilitaram a desvinculação das receitas arrecadas por meio das contribuições sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Desvinculação de receitas da União. Contribuições sociais. Seguridade social. Orçamento. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This research aims to investigate the constitutionality of Untying of Union Revenues (DRU) established by Constitutional Amendment n. 27, 42, 59 and 68, which amended the art. 76 of the Acts of the Transitional Constitutional Provisions (ADCTs) of the Federal Constitution of 1988, performing the analysis from the perspective of the impact on fundamental social rights in the Constitution disciplined. The DRU relieve 20% of revenues earnings with social contributions, tax whose revenue is intended to finance the realization of social rights, and their income is already destined from birth, the financing policies for the realization of the rights screen. To this end, a study was conducted of social rights, dealing with the evolution of human rights as fundamental rights constitutionally guaranteed, as well as analyzing the rights in question bearing the quality immutable clauses, unchanging core of the Constitution of 1988. Even was an analysis of social indicators to verify that social rights are not respected or in contemporary Brazil. Furthermore, to meet the proposed objective in the research, it was faced the issue of financing of social rights, through the gathering of resources by social contributions. It shall then be the analysis of the tax rule Tribute institution in question, emphasizing the discretion of destination, to investigate whether it is constitutional to untie these. At another point, the work turned his attention to the DRU, conducting a study on its legislative developments, the justification for the decoupling of revenue and untying consequences for the social security budget, as well as social rights. Finally, reaching the deeper analysis of the assumptions that gave rise to the survey, they were confronted with the DRU fundamental social rights in order to meet the proposed issue, namely whether or not the constitutional amendments to the Constitution n. 27, 42, 59 and 68, which enabled the decoupling of revenue earnings through social contributions.

Keywords: Social rights. Discharge of the Union's revenue. Social contributions. Social Security. Budget. Judicial review.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
ANFIP	Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIP	Contribuição de Iluminação Pública
CPMF	Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira
CTN	Código Tributário Nacional
DRU	Desvinculação de Receitas da União
EC	Emenda Constitucional
FEF	Fundo de Estabilização Fiscal
FEF	Fundo de Estabilização Fiscal
FMI	Fundo Monetário Internacional
FSE	Fundo Social de Emergência
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
INESC	Instituto de Estudos Socioeconômicos
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados

IR	Imposto de Renda
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIB	Produto Interno Bruto
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
RMICE	Regra-Matriz de Incidência da Contribuição Especial
RMICS	Regra-Matriz de Incidência da Contribuição Social
RMIT	Regra-Matriz de Incidência Tributária
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STN	Sistema Tributário Nacional
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS	18
2.1	A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	18
2.2	A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.2.1	As características dos direitos fundamentais	22
2.2.2	A divisão dos direitos fundamentais em gerações	27
2.2.2.1	<i>Os direitos fundamentais de primeira geração</i>	28
2.2.2.2	<i>Os direitos fundamentais de segunda geração</i>	28
2.2.2.3	<i>Os direitos fundamentais de terceira geração</i>	29
2.2.2.4	<i>Os direitos fundamentais de quarta geração</i>	30
2.2.3	A observação dos direitos fundamentais pelo Estado	30
2.3	A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS	31
2.4	OS DIREITOS SOCIAIS TUTELADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
2.4.1	Os direitos sociais da seguridade social	36
2.4.2	Os direitos sociais à educação e à cultura	39
2.4.3	O direito social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	41
2.4.4	Os direitos sociais da criança e do idoso	41
2.5	OS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS	43
2.6	A SITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL ATUAL	48
3	O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS	53
3.1	A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMO SUBESPÉCIE DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS	54
3.2	A FINALIDADE CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS	57
3.3	O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL: OS CONTORNOS DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SEGURIDADE SOCIAL	60

3.3.1	O formato brasileiro de financiamento da seguridade social	61
3.3.2	A arrecadação de receitas para a seguridade social: contribuição social de seguridade social	64
3.3.3	A (in)constitucionalidade do desvio de destinação das contribuições sociais sob a ótica do Sistema Tributário Nacional	70
3.4	A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL	79
3.4.1	O orçamento e os direitos sociais	80
3.4.2	As especificidades do orçamento da seguridade social	84
4	A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO E A SUA APLICAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS	90
4.1	A EVOLUÇÃO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO	90
4.2	A JUSTIFICATIVA PARA DESVINCULAR AS RECEITAS	92
4.3	O EFEITO FINANCEIRO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO PARA O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL	99
5	A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO FRENTE AOS DIREITOS SOCIAIS	106
5.1	O PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	106
5.2	ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO	109
5.3	A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	117
6	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

A questão da implantação das políticas sociais para a melhoria de vida dos cidadãos brasileiros é tema que nunca sai de pauta, sendo debatido ao longo dos anos, no intuito de resolver os muitos problemas sociais do país. Após o agravamento das desigualdades sociais nas décadas de 70 e 80, decorrente da crise financeira e política vivenciada pelo Estado brasileiro, houve a ruptura com o sistema então vigente e, por meio da nova Assembleia Constituinte, editou-se a Constituição Federal de 1988 (CF/88), logo denominada de Constituição Cidadã.

O novo texto constitucional tratou de garantir direitos individuais indispensáveis a qualquer ser humano. Em um momento de quebra com o sistema ditatorial que violou garantias elementares da pessoa, tais como a liberdade, a integridade física e o direito à vida, nada mais justo do que o constituinte garantir, ao cidadão, todo o plexo de direitos necessários para a sua proteção. Ou seja, a CF/88 buscou garantir, em seu art. 5º, os direitos fundamentais individuais, consistentes na defesa do cidadão ante o Estado que, nesse momento, deve se abster, concedendo àquele as liberdades vitais.

Contudo, os direitos individuais – direitos de defesa –, não sobrevivem sozinhos. Sendo assim, o constituinte foi mais longe, garantindo também os direitos fundamentais sociais, proporcionando, por meio de uma atuação estatal afirmativa, os meios do indivíduo se desenvolver e progredir para sanar os problemas sociais existentes no país.

Dessa forma, o constituinte disciplinou que não cabe ao Estado somente garantir o direito à vida, mas, para que o cidadão tenha assegurado o direito à vida, o Estado tem o dever de lhe garantir o direito à saúde. Nesse sentido, não cabe ao Estado somente garantir a liberdade profissional, pois, sem garantir a educação universal, nunca possibilitará igualdade de condições para que os mais necessitados alcancem os empregos e cargos almejados. Ou seja, por meio de prestações positivas e de obrigações de fazer foi incumbida, ao governante, a instalação do Estado de bem-estar social.

O direito à saúde, à previdência social, à assistência social, à educação, à cultura e ao meio ambiente são direitos sociais assegurados no texto da CF/88, no intuito de fazer cumprir, com o surgimento do novo Estado, os fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como preconizam os arts. 1º e 3º da CF/88 (BRASIL, 1988).

Com efeito, a nova Constituição não se limitou apenas em elencar direitos e garantias sociais, como também tratou de prever a forma de arrecadação dos recursos financeiros respectivos, prevendo, no capítulo do Sistema Tributário Nacional (STN), as contribuições sociais como um tributo de arrecadação vinculada ao financiamento das atribuições constitucionais do Estado no âmbito social.

Ocorre que, apesar de as garantias sociais serem asseguradas constitucionalmente, houve, no decorrer dos anos após a promulgação da Lei Maior de 1988, um desrespeito à implementação de tais direitos. É comum, neste sentido, a veiculação de notícias dando conta do caos da saúde, do analfabetismo e da existência da miséria absoluta disseminada pelos rincões do país.

A efetivação dos direitos sociais foi impossibilitada pelo próprio constituinte derivado reformador que, sob o pretexto de manter a austeridade fiscal do país, emendou a Lei Magna para possibilitar a desvinculação de recursos obrigatoriamente afetados pelo constituinte primitivo, a fim de desenvolver direitos sociais garantidos.

A desvinculação dos valores arrecadados para o financiamento dos direitos sociais foi colocada em prática por meio da Emenda Constitucional (EC) de Revisão n. 1 (1994), que criou o Fundo Social de Emergência (FSE), sendo seguida pela EC n. 10 (1996), que o renomeou para o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), renovado pela EC n. 17 (1997) e que, por último, foi renomeado para Desvinculação de

Receitas da União (DRU), pela EC n. 27 (2000), prorrogada pelas EC n. 42 (2003), EC n. 56 (2007) e EC n. 68 (2011), que vigorará até 31 de dezembro de 2015.

Entretanto, se ainda não foram efetivados os direitos sociais assegurados pelo constituinte originário, e nem mesmo observado o sonhado Estado de bem-estar social, questiona-se se o constituinte derivado reformador poderia modificar o sistema de financiamento das garantias sociais, deslocando os recursos para satisfazer os seus interesses, e não os aplicando na finalidade para a qual os mesmos foram recolhidos.

Nesse sentido, o trabalho em tela tem como objetivo discutir se a DRU é, ou não, constitucional, tendo em vista a impossibilidade de serem efetivados os direitos sociais assegurados pela CF/88, bem como os dela decorrentes. Pretende-se, então, realizar uma análise da DRU sob a ótica dos direitos sociais, utilizando-se destes como parâmetro para questionar se existe constitucionalidade na implementação de tal instituto.

Serão levantadas premissas com a finalidade de atingir uma conclusão lógica, que se integrarão de modo concatenado, no intuito de responder o problema proposto dentro da finalidade precípua do Texto Constitucional. Neste sentido, a seção dois se destina a apresentar os direitos sociais constitucionalmente previstos. Realizar-se-á um estudo da evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, para então enfrentar os direitos sociais, com o intuito de investigar se os mesmos constituem cláusulas pétreas, ou seja, o núcleo imutável da Lei Maior, que não podem ser tocados pelo constituinte derivado reformador.

Ainda na seção dois, observar-se-á a situação contemporânea dos direitos sociais, a fim de embasar se os ditames constitucionais vêm sendo cumpridos ou se carecem de uma vigilância permanente para se atingir o aclamado Estado de bem-estar social.

Na seção três, o estudo voltar-se-á para o conhecimento do financiamento dos direitos sociais. Como os direitos sociais são prestações positivas que necessitam de recursos financeiros, será realizada uma análise do modelo pelo qual o Estado arrecada tais receitas para o financiamento das políticas sociais.

Pretende-se, então, enfrentar, nessa seção, o estudo das contribuições sociais, dando atenção à contribuição social para o financiamento da seguridade social, visto que esta abarca os direitos sociais à saúde, à assistência social e à previdência social. Ademais, será imprescindível a análise das regras orçamentárias que vinculam a arrecadação da contribuição social ao fim da seguridade social.

A seção quatro terá como cerne o conhecimento da DRU, observando-se a sua evolução legislativa desde o FSE, criado pela EC n. 1 (1994), até a vigente EC n. 68 (2011). Serão objetos de análise as justificativas para a utilização da desvinculação de receitas, bem como o impacto financeiro sobre o orçamento da seguridade social, imprescindíveis para o desfecho do tema.

A seção cinco terá a missão de responder se a DRU é ou não constitucional frente aos direitos fundamentais sociais assegurados pelo constituinte originário. Nessa etapa, observar-se-á o parâmetro para que uma norma seja considerada constitucional, a análise que o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou sobre a DRU, bem como enfrentar o instituto da desvinculação de receitas perante os dados e premissas que foram adotados no presente estudo para se chegar, então, à conclusão sobre a sua constitucionalidade frente aos direitos sociais assegurados na CF/88.

Metodologicamente, o que se propõe é a realização de um trabalho de natureza exploratória, elucidando a constitucionalidade da DRU por meio do prisma dos direitos sociais. No que se refere à lógica da pesquisa, este estudo utiliza o método dedutivo, pois o mesmo visa ao levantamento e verificação de premissas que respondam à questão proposta como objeto do estudo em tela.

Quanto ao seu objeto, o método aplica a pesquisa bibliográfica, realizando a revisão de textos doutrinários pertinentes ao tema para a fundamentação teórica do trabalho, bem como a identificação do atual estágio de debate sobre a matéria proposta. Ademais, utilizar-se-á a análise de dados secundários, investigando pesquisas já realizadas e decisões judiciais pertinentes ao assunto. No tocante à abordagem, a presente pesquisa faz uso da abordagem qualitativa, visando entender o contexto do problema.

Sendo assim, passa-se, então, à investigação das premissas que irão embasar a resposta ao problema proposto para, ao fim, se posicionar sobre a questão da constitucionalidade, ou não, da DRU.

2 A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Não há que se discutir sobre democracia sem o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, pois é por meio destes que se observa a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais (CUNHA JR., 2008, p. 511-512). Ademais, como destaca Bonavides (2000, p. 528), existindo lesão a tais direitos, a sociedade se achará enferma. Pois bem, antes de adentrar propriamente nos direitos fundamentais, faz-se necessário contextualizar a sua importância no rol dos direitos humanos.

2.1 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em meio à sua evolução, o ser humano observou a necessidade de resguardar valores que são mínimos para a sua vivência, ou mesmo sobrevivência. Com o passar dos séculos, o homem observou a importância de tutelar direitos básicos sem os quais não conseguiria obter uma existência digna.

Observou-se, então, a necessidade de resguardar direitos universais para todos os homens, tais como o direito à vida, à liberdade, ao mínimo existencial ou mesmo, por assim dizer, à dignidade da pessoa humana, postulado que consegue reunir todos os demais direitos, observados por meio da história, como sendo um direito fundamental dos homens.

O problema de proteger os direitos do homem não se prende somente à fundamentação desses direitos, mas a garantir a sua efetividade. O problema não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Questiona-se, então, qual o modo mais seguro de garantir os direitos do homem e impedir a violação das solenes declarações de proteção desses direitos. Deveras, para Bobbio (2004, p. 26-28), o problema da fundamentação dos direitos foi resolvido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesse sentido, o autor destaca que há três modos de fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta

de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso). O terceiro modo de justificar valores consiste em mostrar que estes são apoiados no consenso, o que significa que o valor é tanto mais fundado quanto é mais aceito. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica dada por um consenso geral sobre um determinado sistema de valores (BOBBIO, 2004, p. 26-28).

Observa-se, então, que a busca ao universalismo dos direitos do homem ocorreu em três fases, sendo que a primeira deve ser buscada no pensamento dos filósofos John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual. No instante em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez, fica explícito que as teorias sobre os direitos do homem são um meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência. A segunda fase consiste na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Já a terceira fase consiste em se afirmar os direitos universais, positivando-os ao mesmo tempo (BOBBIO, 2004, p. 28).

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares para, finalmente, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. De acordo com Bobbio (2004, p. 30), a Declaração Universal dos Direitos do Homem é mais que um sistema doutrinário, contudo, menos que um sistema de normas jurídicas, fazendo-se necessária a proteção internacional – supra-estatal –, dos direitos do homem para efetivá-los.

Deveras, os direitos humanos encontram dificuldade de implementar medidas eficientes para a sua garantia numa comunidade internacional, pois, sendo uma questão supra-estatal, não goza de um sistema central que obrigue a sua observação, sendo facultada, aos Estados-Nações, a sua implementação. Com efeito, os direitos humanos são produto da civilização humana, sendo históricos e mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.

Conforme se observa no curso da história, os direitos do homem passam por três fases, quais sejam: os direitos de liberdade, os direitos políticos e os direitos

sociais. A transformação da condição econômica e social, a ampliação do conhecimento e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais, a fim de que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, sendo assim, para novas demandas de liberdade e de poderes (BOBBIO, 2004, p. 33).

Desta forma, a Declaração Universal representa a consciência histórica de que a humanidade tem seus próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX.

2.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Bulos (2007, p. 401, grifo do autor), os direitos fundamentais são necessários para a sobrevivência do homem, sendo que estes significam:

O conjunto de norma, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerente a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credor, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas Constituições dos Estados, ou seja, são direitos humanos previstos na ordem jurídica interna. Tais direitos têm, como núcleo essencial, a pessoa humana, sendo princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja ela numa dimensão subjetiva – provendo, às pessoas de bem, posições jurídicas favoráveis, e invocando o Estado e terceiros –, ou numa dimensão objetiva –, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado (CUNHA JR., 2008, p. 519).

Pela sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais representam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes o modo de organização e atuação racional para o respeito ao ser humano, seja na condição de indivíduo, respeitando as suas liberdades individuais, seja na condição de integrante da sociedade, promovendo o bem-estar e lhe proporcionando condições dignas e mínimas de viver. Ou seja, por essa dimensão, procura-se tutelar os direitos civis, os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais. Por isso, os direitos fundamentais buscam resguardar o

homem na sua liberdade, no que tange aos direitos individuais; nas suas necessidades, no que tange aos direitos sociais, econômicos e culturais; e na sua preservação, no que tange aos direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 82).

Atualmente, a existência de um direito fundamental requer dois pressupostos: (a) a carga axiológica trazida pelo postulado e (b) a formalização do postulado por meio da positivação dentro do sistema jurídico. Ou seja, para ser um direito fundamental, não é necessária somente a sua positivação no sistema jurídico (Constituição Federal), mas que também aquele postulado que fora positivado seja carregado com uma importância tal que o consagre como um direito fundamental. Deve-se sopesar que os direitos fundamentais necessitam guardar uma fundamentalidade formal, pois precisam de previsão constitucional, bem como uma fundamentalidade material, ou seja, possuir conteúdo e importância para o homem e a sociedade (CUNHA JR., 2008, 519-520). Para o autor, os direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas proposições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). [...]

[São] reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana. (CUNHA JR., 2008, p. 520-521).

Ainda é interessante transcrever o pensamento de Cunha Jr. (2008, p. 521), quando o mesmo afirma que:

Os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana.

Especificando-se o conceito de direitos fundamentais, é interessante, também, observar as suas características.

2.2.1 As características dos direitos fundamentais

Para um melhor entendimento dos direitos fundamentais, é imprescindível a análise das suas características, pois é por meio delas que se pode observar a importância e a força que tais preceitos possuem no sistema jurídico, direcionando as políticas públicas para a observação da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, observa-se que os direitos fundamentais possuem a característica da historicidade, pois são o resultado de um acontecimento histórico determinado, bem como emergem de lutas que os homens travam para a sua emancipação¹.

Conforme bem especifica Alvim (2008, p. 79), “o reconhecimento dos direitos fundamentais é resultado de longo processo de evolução histórica, cuja compreensão possibilita entender atualmente a posição que tais direitos ocupam no atual Estado Democrático de Direito.”

Uma característica que também molda os direitos fundamentais é a universalidade, pois tais direitos destinam-se a todos os seres humanos, ainda que alguns deles somente interessem a poucos, ou a uma etnia especial, gênero ou qualquer outra forma de diferenciação. Entretanto, a universalidade dos direitos fundamentais não pode ignorar o momento histórico e o lugar, devendo o postulador respeitar e adequar-se a situação.

¹ Sobre a historicidade, é interessante conferir o pensamento do Supremo Tribunal Federal: A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscaram, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos. (Ext 783-QO-QO, Rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-2001, Plenário, DJ de 14-11-2003).

Explicitando-se a universalidade em tela, pode-se observar que a CF/88 informa, em seu art. 5º, que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, 1988).²

Os direitos fundamentais também são marcados pela inalienabilidade, ou seja, são intransferíveis, desprovidos de caráter patrimonial, não podendo ser comercializados ou abdicados em virtude de transação que, por ventura, o seu titular queira exercer³. Outra marca que também não pode ser esquecida é a imprescritibilidade, pois os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, podendo ser postulados a qualquer momento pelo seu titular⁴.

Os direitos fundamentais também são irrenunciáveis, o que faz com que o seu titular não tenha a opção de não exercê-lo (ou seja, a reserva da revogação⁵).

² Sobre o tema, é válido conferir o pensamento do STF: “a teor do disposto na cabeça do art. 5º da CF, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais.” (HC 74.051, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18-6-1996, Segunda Turma, DJ de 20-9-1996).

³ Sobre o tema é válido conferir o pensamento do STF: “essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi -lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law. Em tema de direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).” (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001).

⁴ Mais uma vez, torna-se interessante observar o posicionamento do STF sobre o tema: “[...] Em seguida, o Min. Dias Toffoli, relator, proveu o recurso para decretar a extinção do processo original sem julgamento do mérito e permitir o trâmite da atual ação de investigação de paternidade. Inicialmente, discorreu sobre o retrospecto histórico que culminara na norma contida no art. 226, § 7º, da CF (...), dispositivo que teria consagrado a igualdade entre as diversas categorias de filhos, outrora existentes, de modo a vedar qualquer designação discriminatória que fizesse menção à sua origem. A seguir, destacou a paternidade responsável como elemento a pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares. Nesse sentido, salientou o caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade. [...]” (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 7-4-2011, Plenário, Informativo 622, com repercussão geral).

⁵ Sobre o tema, o STF já se posicionou: “defesa técnica é aquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, constituindo **direito indisponível e irrenunciável**. A pretensão do paciente de realizar sua própria defesa mostra -se inadmissível, pois se trata de faculdade excepcional, exercida nas hipóteses estritamente previstas na Constituição e nas leis processuais. Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo

Frisa-se que inexistem direitos fundamentais absolutos, pois, no caso concreto, podem ser limitados quando o exercício de um direito for implicar na inobservância de outro. Neste caso, deve haver o sopesamento entre direitos para que, no caso concreto, seja aplicado aquele melhor tutele a dignidade da pessoa humana.

Inexiste limitação ao direito fundamental em abstrato. A característica da limitabilidade somente é observada quando houver confrontos entre direitos fundamentais, ou seja, como em um caso concreto no qual se observa o confronto entre o direito à privacidade e o direito à informação, por exemplo⁶.

A limitabilidade é, inclusive, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos – aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU, 1948):

Artigo XXIX

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

juízo ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas. Ao acusado, contudo, não é dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória.” (HC 102.019, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-8-2010, Primeira Turma, DJE de 22-10-2010.) Vide: RHC 104.723, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23-11-2010, Primeira Turma, DJE de 22-2-2011; HC 99.330, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, DJE de 23-4-2010; RE 459.131, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, DJE de 12-9-2008.

⁶ Ilustrando o princípio em tela, o STF assim já se posicionou: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000).

Os direitos fundamentais podem ser exercidos concorrentemente, havendo uma cumulação entre eles. Outrossim, uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais não poderão ser objeto de retrocesso, nem mesmo suprimidos, abolidos ou enfraquecidos. Ou seja, quando é obtido um determinado grau de realização, passa a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo⁷.

Outra marca dos direitos fundamentais é a constitucionalidade, conforme pode ser observado no conceito de Cunha Jr. (2008, p. 520-521) já trazido anteriormente. Ou seja, os direitos fundamentais são superiores ao Estado, e anteriores e superiores à positivação, apesar de se sujeitarem à formalidade constitucional.

Os direitos fundamentais também não podem ser analisados de forma separada, devendo ser observados em seu conjunto. Ademais, tais direitos possuem eficácia vertical e horizontal. A eficácia vertical é observada nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão). Já a eficácia horizontal é observada nas relações privadas (particular-particular), pois os direitos fundamentais se aplicam não somente às relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), como também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)⁸.

⁷ Nesse sentido, confira-se o posicionamento do STF: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. **2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.** 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.” (RE 351750 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 17/03/2009. Órgão Julgador: Primeira Turma).

⁸ Sobre o tema o STF já decidiu: Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da CR, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus

Todo dispositivo da CF/88, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, são possuidores de eficácia e aplicabilidade, devido à normatização imposta pelo Poder Constituinte.

É válido destacar que diversas constituições modernas declaram, expressamente, a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais, tendo em vista ter sido ela tão negligenciada. Para elucidar esta afirmativa, Barroso (2000, p. 142) cita dispositivos da Constituição da Alemanha em seu artigo 1º, item 3, ao estatuir: “os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial” e da Constituição de Portugal, em seu artigo 18, item 1, que lavrou “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

O principal dispositivo que estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na atual Carta Magna é o § 1º do artigo 5º, estabelecendo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988)⁹.

Devido à variedade considerável de direitos fundamentais outorgados na Lei Maior de 1988, as normas constitucionais estão em diversas disposições, diferentes entre si no que tange não somente às distintas funções que exercem, como também à técnica de sua positivação no conteúdo da Constituição.

associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-2005, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006).

⁹ Nesse sentido o STF já se posicionou: **Impenhorabilidade da pequena propriedade rural de exploração familiar (CF, art. 5º, XXVI): aplicação imediata.** A norma que torna impenhorável determinado bem desconstituiu a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental – pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de ‘propriedade familiar’ do Estatuto da Terra.” (RE 136.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-1997, Plenário, DJ de 25-4-1997.)

Ao tratar do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Cunha Jr. (2008, p. 262) afirma que:

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário).

No tocante a este ponto, Sarlet (2012, p. 9) defende que:

[...] a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.

Observa-se, então, que as características acima apontadas delineiam os direitos fundamentais, sendo importante a compreensão de tais normas no ordenamento jurídico pátrio.

2.2.2 A divisão dos direitos fundamentais em gerações

Conforme já afirmado acima, os direitos fundamentais são produto da evolução do homem, tendo se aperfeiçoado à medida que as necessidades humanas foram sendo garantidas. De início, as necessidades individuais eram gritantes, mas, suprindo-se estas, o homem observou novas necessidades para a sua complementação, não mais só como indivíduo, mas agora como ser social, que coexiste em sociedade e necessita de garantias mínimas para uma vida digna.

Vista a sua evolução, os direitos fundamentais foram, então, catalogados em gerações, sendo divididas em primeira, segunda, terceira, quarta e até quinta geração¹⁰. Deveras, é interessante conhecê-las para alocar o objeto de estudo – os direitos sociais –, dentro dos direitos fundamentais.

¹⁰ A divisão dos direitos fundamentais em gerações também é reconhecida pelo STF: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e

2.2.2.1 Os direitos fundamentais de primeira geração

O reconhecimento dos direitos fundamentais – nas primeiras constituições escritas –, são produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, marcado por um cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos individuais perante o poder do Estado (SARLET, 2012, p. 46). Os direitos individuais são classificados como direitos fundamentais de primeira geração, pois foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso do poder, ou seja, o Estado não pode desrespeitar as liberdades individuais do indivíduo, tal como a liberdade religiosa. Trata-se de impor, ao Estado, uma prestação negativa, uma obrigação de não fazer.

Sob a nomenclatura de dimensão e não de geração, Sarlet (2012, p. 47) lembra a importância da conquista dos direitos fundamentais de primeira geração, informando que estes assumem relevo, pois possuem inspiração jusnaturalista, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

2.2.2.2 Os direitos fundamentais de segunda geração

Como lembra Sarlet (2012, p. 47):

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais que a acompanharam, bem como as doutrinas socialistas e constatação de que a consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade puramente não garantia o seu efetivo gozo, acabaram gerando movimentos reivindicando que o Estado promovesse um comportamento ativo na realização da justiça social.

Nascem, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, que são chamados de direitos sociais, assim entendidos os direitos de grupos sociais menos favorecidos, impondo ao Estado uma obrigação de prestação, ou seja, uma obrigação de fazer, promovendo políticas públicas ativas.

reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995).

Os direitos sociais podem ser observados por meio dos direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e alimentação. Baseiam-se na noção de igualdade, ou de redução das desigualdades tendo, como premissa, que não adianta garantir liberdades sem promover as condições mínimas (tais como educação, saúde) para exercê-la. Pois bem, o objeto de estudo do presente trabalho tem seu foco nos direitos sociais, guardando-se, assim, mais desdobramentos sobre o tema na seção à frente.

2.2.2.3 Os direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos transindividuais, ou seja, direitos que são de várias pessoas, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Para Sarlet (2012, p. 48), os direitos fundamentais em questão se destacam pelo fato de se desprenderem da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Ademais, o autor cita, como exemplos consensuais, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e à utilização do patrimônio histórico, artístico, cultural e o direito à comunicação.

Ademais, os direitos fundamentais de terceira geração possuem titularidade, muitas vezes indefinida ou indeterminável (como, por exemplo, na tutela do meio ambiente e da qualidade de vida). Assim, a titularidade é atribuída ao próprio Estado e à Nação (SARLET, 2012, p. 49).

Os chamados direitos de terceira geração têm origem na revolução técnico-científica (terceira Revolução Industrial), a partir da revolução dos meios de comunicação e de transportes, que tornaram a humanidade conectada em valores compartilhados. A humanidade passou a perceber que, na sociedade de massa, há

determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados.

2.2.2.4 Os direitos fundamentais de quarta geração

Por fim, há a classificação dos direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Ainda que pondo em dúvida a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, Bonavides (1997, p. 526 apud SARLET, 2012, p. 50-51) informa que a quarta dimensão resulta da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de institucionalização do Estado Social, sendo composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.

2.2.3 A observação dos direitos fundamentais pelo Estado

Em virtude da constitucionalização dos direitos fundamentais, houve o seu reconhecimento pelos Estados, bem como a aceitação de seu caráter supra-estatal por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Efetivamente, a concepção dos direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira gerações somente foi inserida a partir dessa declaração (ALVIM, 2008, p. 80-81). No Brasil, a supra-estatalidade é evidenciada pela sistematização dos direitos fundamentais na CF/88, disposto de forma específica em capítulo próprio (art. 5º e 7º).

Ademais, conforme destaca Alvim (2008, p. 81), “o grau de supra-estatalidade conferido a esses direitos impõe ao Estado o compromisso de reconhecê-los, protegê-los, e submeter às normas de direito internacional.”

Observa-se, contudo, que mais de meio século após consagração dos direitos fundamentais, bem como após a transição do Estado Moderno para o Estado Social, há que se realizar uma análise crítica da real efetividade de tais direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, introduzidos de forma ampla e organizada no ordenamento jurídico brasileiro pela CF/88 (ALVIM, 2008, p.81).

Ferrajoli (2002, p. 689-690) assinala que, com a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre positivismo jurídico e jusnaturalismo perdeu, em grande parte, seu significado, transformando-se na divergência entre o direito que é e o direito que deve ser, ou seja, entre efetividade e normatividade.

2.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme visto acima, na evolução dos direitos fundamentais, o indivíduo percebeu que as garantias da sua liberdade, bem como os direitos que o defendem do Estado, não lhe proporcionariam, por si só, condições humanas dignas. Deveras, fez-se necessário exigir, do Estado, a intervenção para garantir condições de igualdade para atingir a cidadania.

Em verdade, cobrou-se uma postura ativa do Estado, proporcionando políticas públicas para que fosse garantido, ao indivíduo, um bem-estar social, ou seja, que o mesmo, além de ter a sua liberdade, tenha também condições de exercê-la.

Ora, ofertar ao indivíduo o direito à vida, mas sem ofertar o direito à saúde, não lhe garante a sua vivência. Ofertar ao indivíduo o direito a liberdade, mas sem lhe ofertar o direito à educação, não lhe garante que este possa realmente ser livre, que não fique rendido sob a condição da ignorância, pois não terá como concorrer, com igualdade de possibilidades, com os mais abastados, que têm mais recursos financeiros para custear a educação privada.

Deveras, como lembra Breyner (2006, p. 206), com a superação do modelo liberal, o Estado passou a intervir cada vez mais em campos antes reservados quase que integralmente à esfera privada. A consagração dos direitos sociais legitimou a intervenção estatal na sociedade e na economia, a exemplo da promoção da igualdade material e conseqüente redução das desigualdades sociais e econômicas. Pois bem, a referida intervenção possui justamente o objetivo de garantia dos direitos fundamentais prestacionais, consistentes no dever do Estado em oferecer, aos cidadãos e à comunidade, prestações positivas.

Nesse contexto é que se fez importante o posicionamento do Estado de intervir para proporcionar garantias aos indivíduos de inclusão, provendo a cidadania por meio de direitos que foram consagrados como direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a moradia, dentre outros¹¹.

Em verdade, o que se observava ao somente garantir aos indivíduos sua liberdade, com a auto-regulamentação social e econômica é que, em vez de conduzir a sociedade ao patamar esperado de liberdade e igualdade, se provocou um profundo abismo social e grande desigualdade econômica.

Portanto, com o intuito de corrigir tais desigualdades e proporcionar um favorecimento à população carente, o Estado, além de respeitar a esfera privada dos indivíduos, assumiu, principalmente frente aos hipossuficientes, o dever de oferecer prestações positivas, de modo a eliminar obstáculos socioeconômicos que impossibilitassem o alcance da igualdade real e de liberdade. Juridicizaram-se, então, os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, correspondentes ao dever de prestações estatais positivas.

Nas palavras de Alexy (2008, p. 499), “direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.” Contudo, realizando-se a interpretação das palavras do doutrinador para a situação brasileira, havendo indivíduos carentes, que não possuem condições financeiras de subsistir, é papel do Estado proporcionar tais prestações.

No Brasil, a prova da afirmação acima é justamente a promulgação da CF/88, conhecida como Constituição Cidadã e que trouxe, em seu texto, uma gama de direitos sociais a serem observados pelo Poder Público, com o intuito justamente de otimizar a vida do indivíduo que habita o território nacional.

¹¹ Sobre os direitos sociais é interessante conferir o posicionamento do STF ao informar que o direito à segurança, na qualidade de direito social, deve ser implementado pelo Estado: “O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.” (RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011).

De fato, sobretudo em relação aos direitos sociais à prestação, verificam-se problemas específicos no que tange à sua realização, tendo em vista que dependem, em sua maioria, da atuação positiva do Estado, ao contrário dos denominados direitos de defesa.

Os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver a crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra. Ademais, fundados no princípio da solidariedade humana, tais direitos foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados de justiça social, contudo, dependentes de execução de políticas públicas voltadas a garantir o amparo e a proteção social aos mais fracos e mais pobres (CUNHA JR., 2008, p. 691).

No Brasil, os direitos sociais surgiram com a Constituição de 1934, por obra do constitucionalismo social que se difundiu por todo o mundo a partir da Constituição Mexicana de 1917. Entretanto, como lembra Cunha Jr. (2008, p. 694), a constituição que mais influenciou a Constituição brasileira de 1934 foi a Constituição alemã de Weimar de 1919. Cumpre observar que, a partir da Constituição de 1934, todas que lhe sucederam consagraram direitos sociais.

Apesar de o Brasil ser um país ocidental capitalista, não se observou nele a instituição do Estado de bem-estar social que foi deflagrado na Europa e nos Estados Unidos após a década de 40. Ao contrário, o Brasil foi assolado pelo crescimento da miséria e da segregação, aumentando as desigualdades entre ricos e pobres, em um verdadeiro apartheid social, que excluiu a maior parcela da população de obter os principais serviços básicos, tais como saúde, educação e segurança pública.

De acordo com dados coletados por Bonelli e Ramos (1993, p. 78), por meio do censo demográfico, a distribuição de renda da população brasileira economicamente ativa, com rendimento não nulo nos anos 60, demonstrava que os 20% inferiores concentravam 3,5% da renda, enquanto os 20% superiores concentravam 54,4% da renda. Outrossim, de acordo com os dados, a situação observada nos 70 se agravou, pois demonstrou-se que os 20% inferiores concentravam 3,2% da renda, enquanto os 20% superiores concentravam 62,2% da renda.

Da mesma forma, por meio dos dados coletados no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) –, Lacerda (1994, p. 136) demonstra que o Brasil chega, aos anos 80, com uma gritante desigualdade de renda entre pobres e ricos. Ora, em 1981, os 10% dos mais ricos concentravam 46,6% da renda mensal do país, enquanto os 50% mais pobres concentravam 13,4% da renda mensal do país.

A situação somente se agravou nos anos seguintes, uma vez que, pelos dados relatados por Lacerda (1994, p. 136), em 1989, os 10% mais ricos detinham 53,2% da renda mensal do país, enquanto os 50% mais pobres detinham 10,4% da renda mensal do país. Com tais condições, somente uma ruptura com o sistema vigente poderia modificar a ordem econômica e social para pôr fim na segregação que vigia no Estado brasileiro.

Foi a CF/88 que mais avançou em relação aos direitos sociais. De acordo com Cunha Jr. (2008, p. 694), o diploma constitucional atual encerrou uma discussão doutrinária que o autor denominou como estéril, e inseriu os direitos sociais no Título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos, ou seja, como sendo verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investe os seus titulares de prerrogativas de exigir, do Estado, as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial.

Decerto, a promulgação da CF/88 tentou adequar no país o sistema de economia de mercado com a garantia do bem-estar social, trazendo um enorme leque de garantias e direitos fundamentais e sociais aos seus tutelados. Na busca de um conceito sobre o tema, Silva (1998, p. 286) informa que os direitos sociais:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Já Cunha Jr. (2008, p. 691) informa que os direitos sociais:

[...] são aquelas proposições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a

igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Pois bem, o art. 6º da CF/88 reconhece os seguintes direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados, a proteção à maternidade e a infância. Os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, à proteção, à maternidade e a infância, estão sistematizado no Título VIII que trata da ordem social. Os direitos sociais do trabalhador foram tratados no art. 7º da CF/88, contudo, não são objetos de estudo do trabalho em tela (BRASIL, 1988).

Partindo-se deste pressuposto, observa-se, então, que os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos indivíduos. A CF/88 teve uma preocupação especial quanto aos direitos sociais dos brasileiros, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem, ao cidadão, todo o básico necessário para a sua existência digna e para que tenha condições de trabalho e emprego ideais. Em suma, todas as formalidades para que se determinasse um Estado de bem-estar social para o brasileiro foram realizadas.

Na sua grande maioria, os direitos sociais dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual a doutrina vacila sobre a eficácia dos postulados sobre a matéria. Nesse sentido, os direitos sociais são como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, pois proporcionam uma condição mais compatível com o exercício efetivo das liberdades.

A efetividade dos direitos sociais tem, por pressuposto lógico, a eficácia jurídica, definida como a capacidade da norma de produzir seus efeitos. Como será explicitado em pormenores, se o direito positivado tem alta densidade normativa, surtirão os seus efeitos plenos, sem a necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional. Ao revés, se possuir baixa densidade normativa, dependerá da atuação concretizadora do legislador para gerar a plenitude de seus efeitos.

Ao comentar os direitos sociais, Breyner (2006, p. 211) afirma que:

[...] tais direitos são direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, o que imputa imediatamente ao Estado o dever em sua implementação. Portanto, a omissão estatal traduz-se em sua inadimplência perante aqueles que carecem dos bens jurídicos, conteúdo de tais direitos.

Convém notar que existe uma estreita relação entre eficácia da norma constitucional e densidade normativa, visto que a capacidade da norma de produzir efeitos está diretamente relacionada ao grau de densidade normativa.

Ademais, o estudo se refere a normas de direitos fundamentais, não se podendo olvidar da garantia inserta no § 1º do art. 5º da CF/88, a qual determina a aplicação imediata de tais direitos, conforme já visto quando se tratou das características dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

2.4 OS DIREITOS SOCIAIS TUTELADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vista a importância e a conceituação dos direitos sociais, há aqui que se observar quais deles são tutelados na CF/88.

2.4.1 Os direitos sociais da seguridade social

O sistema de proteção social, que abona os fundamentos da República Federativa do Brasil, está arrolado no art. 3º da CF/88, sendo observados: (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária¹²; (II) garantir o desenvolvimento nacional; (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e (IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A partir da leitura da obra de Vieira (2010, p. 567), verifica-se que o objetivo desse sistema de proteção social é:

[...] dar a toda sociedade proteção e segurança social, promover a redução das desigualdades, fortalecer a dignidade da pessoa humana, gerar uma sociedade livre e justa, baseada no desenvolvimento nacional, realizar o bem estar de todos, dentro de parâmetros da justiça social.

¹² Nesse sentido o STF já decidiu: “o sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia.” (RE 450.855-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-8-2005, Primeira Turma, DJ de 9-12-2005).

Nesse sentido, os direitos de seguridade social têm o propósito de garantir um mínimo necessário a uma existência digna, indispensável à satisfação da justiça social. De acordo com Paulsen (2011, p. 457-458):

A Seguridade Social é a área de atuação do Poder Público que abrange a saúde, a assistência social e a previdência social. Não se trata, pois, de órgão da Administração Direta ou Indireta de quaisquer esferas políticas. Vários são os órgãos e pessoas políticas que se ocupam da seguridade social, como no âmbito federal, a Administração Direta da União, através do Ministério da Saúde, e o INSS (regime geral de previdência social), os Estados e os Municípios.

Pois bem, observa-se, então, que a seguridade social possui claramente três enfoques de ações, sendo eles (a) saúde, (b) assistência social e (c) previdência social. De acordo com o art. 194 da CF/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.” (BRASIL, 1988).

No que se refere à saúde, observa-se que a seguridade social se apresenta sob a configuração de um sistema amplo, de universalidade plena, atribuindo, a todos os seres sociais viventes no território nacional, indistintamente, o direito de acesso à saúde (VIEIRA, 2010, p. 568).

O artigo 196 da CF/88 estabelece a amplitude do exercício desse direito ao dispor que 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 (BRASIL, 1988).

Assim, a CF/88 consagra o direito à saúde como um direito universal da população brasileira de receber, do Estado, as prestações necessárias para a manutenção de sua saúde, destacando-se que o exercício do direito à saúde não está vinculado a nenhuma contraprestação por parte do cidadão. Ao reconhecer, no artigo 196, a necessidade de políticas econômicas para a efetivação do direito à saúde entre a população, fica claro que apenas as prestações do sistema público de saúde não são um fator suficiente para essa efetivação.

Já as ações previdenciárias e assistenciais são direcionadas para universos distintos dentro da sociedade. As primeiras têm como objeto os indivíduos econômica e socialmente incluídos, por meio do trabalho ou mesmo em razão de rendimentos de capital. Trata-se de segurança social que demanda contribuição direta exigindo, de cada indivíduo, o exercício da responsabilidade na busca da proteção de riscos futuros e incertos. Contudo, as ações assistenciais têm como objeto o universo dos indivíduos excluídos econômica e socialmente (VIEIRA, 2010, p. 568-569).

O direito à previdência social consiste na prerrogativa de o indivíduo se filiar ao regime de previdência social que lhe assegure, mediante pagamento de contribuição à seguridade social, a cobertura dos infortúnios, ou seja, dos eventos como: doença; invalidez; morte por idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependente (CUNHA JR., 2008, p. 702).

O direito à inclusão encontra a sua fundamentação na CF/88, em seu art. 193, o qual preceitua que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, o direito à assistência social compreende ações do Estado para os mais necessitados, independentemente de contribuição à seguridade social. É observado na proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; no amparo a crianças e adolescentes carentes; na promoção da integração ao mercado de trabalho; na habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência e na promoção de sua integração à vida comunitária; na garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme estabelece a lei (CUNHA JR., 2008, p. 702).

Mais uma vez, destacando as lições da professora Vieira (2010, p. 569) observa-se que a intenção do sistema de seguridade é a proteção social, pois:

Todos têm direito à oportunidade do trabalho e dentro dessa perspectiva os excluídos sociais têm direito à programas sociais de inclusão, que os preparem para o exercício de atividade remunerada, com a finalidade de promover a autonomia e a dignidade dessa parcela social.

Resta patente que o Estado tem o dever constitucional de proporcionar o bem-estar social dos indivíduos, trazendo segurança para aqueles economicamente ativos, inclusão para os excluídos social e economicamente, além de saúde para todos.

2.4.2 Os direitos sociais à educação e à cultura

No que se refere à educação, a CF/88 indicou a mesma como um direito social e estabeleceu, no seu art. 205, que:

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. (BRASIL, 1988).¹³.

Pois bem, sendo a educação um dever do Estado, a CF/88 foi mais longe e fixou, no seu art. 208, que:

[...] o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (I) educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (II) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (III) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (IV) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; (V) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (VI) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (VII) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (VIII) atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; (IX) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (BRASIL, 1988).

¹³ De acordo com o STF, “a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da CB. A omissão da administração importa afronta à Constituição.” (RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009).

Já o direito à cultura encontra-se positivado no art. 215¹⁴ da CF/88, quando o mesmo informa que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” (BRASIL, 1988).

O parágrafo terceiro do art. 215 acima informa que a lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando o desenvolvimento cultural do País e a integração das ações do Poder Público que conduzem à: (I) defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (II) produção, promoção e difusão de bens culturais; (III) formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (IV) democratização do acesso aos bens de cultura, e (V) valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988).

Outrossim, o art. 216 da CF/88 destaca que:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (I) as formas de expressão; (II) os modos de criar, fazer e viver; (III) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (IV) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e (V) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico". Ademais, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo informa que "o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL, 1988).

¹⁴ Mais uma vez, cumpre observar a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o direito fundamental em questão: “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial à livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a priviligia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006).

2.4.3 O direito social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O direito ao meio ambiente encontra-se insculpido no art. 170 da CF/88, mas surge como direito fundamental no seu art. 225, quando este informa que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Ademais, a própria CF/88 estabelece, no parágrafo primeiro do dispositivo acima transcrito, a efetividade a tal direito, incumbindo, ao Poder Público:

[...] I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
 II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
 IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
 V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
 VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
 VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

2.4.4 Os direitos sociais da criança e do idoso

Sobre os direitos sociais das crianças, o art. 227¹⁵ da CF/88 informa que:

¹⁵ Ilustrando o tema, é válido destacar o pensamento do STF: “É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* (...). (...) o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Para conceber a efetividade do postulado acima transcrito, o mesmo art. 227, em seu parágrafo primeiro, estabelece que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

- I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
- II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

No que se refere aos direitos sociais dos idosos, o art. 230 da CF/88 informa que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, 1988).

175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o STF (...). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na CR (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF (...). Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente. (...) Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pela eminente Min. Cármen Lúcia (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise.” (RE 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 23-3-2010, DJE de 7-4-2010).

2.5 OS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

A Constituição poderá ter suas normas suprimidas, modificadas ou mesmo acrescidas por meio do chamado poder constituinte, cuja titularidade emana do povo, tal como aponta o parágrafo único do art. 1º da CF/88 (BRASIL, 1988)¹⁶.

Deveras, o poder constituinte é classificado em originário e derivado. O poder constituinte originário é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem jurídica anterior, com o objetivo de criar um novo Estado, diverso daquele que o precedia. Ou seja, com a CF/88, o Estado brasileiro não é mais o mesmo daquele da Constituição Federal de 1969, bem como das constituições antecessoras. Já o poder constituinte derivado é criado pelo poder originário, constituindo a possibilidade de o legislador modificar as normas constitucionais então vigentes (BASTOS, 1999, p. 29-31).

Com efeito, ao contrário do poder originário, que é ilimitado, o poder constituinte derivado é limitado e condicionado aos parâmetros impostos pelo poder constituinte originário. Em classificação doutrinária, o poder constituinte derivado poderá ser o revisor¹⁷, o decorrente¹⁸ e o reformador, sendo que, para o trabalho em tela, somente o último interessa.

O poder constituinte derivado reformador tem a capacidade de modificar a constituição por meio de um procedimento específico estabelecido pelo constituinte originário, ou seja, por emendas constitucionais, que terão quórum qualificado de aprovação pelo Congresso Nacional, como estabelece o art. 59, I e 60 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Contudo, como informado acima, o poder constituinte derivado reformador é condicionado, tendo o constituinte originário limitado à reforma da CF/88 nos casos de vigência do estado de sítio, defesa e intervenção federal (art. 60, § 1º, da CF/88),

¹⁶ Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷ O poder constituinte derivado revisor é decorrente do art. 3º da ADCT da CF/88 que estipulou a revisão constitucional após cinco anos da promulgação da atual Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

¹⁸ O poder constituinte derivado decorrente tem como objetivo a estruturação das Constituições dos Estados federados.

bem como nos casos de matérias intangíveis – denominadas de cláusulas pétreas –, estabelecidas no art. 60, § 4º (BRASIL, 1988).

Na redação do § 4º do art. 60 da CF/88, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (I) a forma federativa de Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; (IV) os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Cunha Jr. (2008, p. 242-243) afirma que o § 4º do art. 60 acima transcrito constitui uma limitação expressa ou explícita e, por se revestir de singular importância, impede que as matérias descritas em EC sejam sequer objeto de deliberação pelo Congresso Nacional. Ademais, o autor frisa que a Constituição veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas, e não somente a proposta que efetivamente venha a suprimi-las. Com efeito, isso significa que a proibição não ocorre apenas para as propostas de emendas que, explicitamente, declarem a abolição da cláusula pétrea, como também qualquer proposta de emenda inclinada a suprimir o valor inerente às cláusulas pétreas, mesmo que de forma indireta.

Pois bem, no caso do trabalho em tela, a questão fundamental a ser abordada é justamente se os direitos sociais constituem ou não cláusulas pétreas, pois, de acordo com a redação do inciso IV, § 4º, art. 60 da CF/88, são cláusulas pétreas os direitos e garantias fundamentais individuais (BRASIL, 1988).

Em primeira análise, poderiam os mais apressados interpretar o dispositivo em questão sob a ótica da dimensão clássica dos direitos e garantias individuais, ou seja, como direitos de liberdades individuais – direitos de defesa do cidadão para impedir que o Estado venha a invadir a sua vida privada.

Contudo, entende-se que a referida norma deve ser compreendida no contexto do Estado Democrático de Direito, ou seja, compreender a evolução dos direitos fundamentais em gerações, observando, como foi feito na seção 2.2.2, em que os direitos sociais são direitos do indivíduo em obter prestações positivas do Estado para a garantia dos seus direitos individuais, uma vez que, historicamente, observou-se a ligação entre eles.

Ou seja, como já afirmado nesta seção, não é somente declarar ou positivar o direito à vida (direito e garantia individual de primeira geração), mas também garantir o direito à saúde (direitos e garantia social – segunda geração), uma vez que o segundo viabiliza o primeiro.

Há quem realize a interpretação literal do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88¹⁹, contudo, discorda-se de tal posicionamento. Há aqui que se filiar a Sarlet (2012, p. 431) que, em se reconhecendo a restrição de cláusula pétrea somente aos direitos e garantias individuais, ter-se-ia que reconhecer a exclusão não apenas dos direitos sociais, como também dos direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13 da CF/88) e dos direitos políticos (arts. 14 a 17 da CF/88).

¹⁹ Opinando pela interpretação literal e restritiva encontra-se o posicionamento de Mendes (2012, p. 795-796): “o consagrar a cláusula pétrea em apreço, referiu-se o constituinte, expressa e inequivocadamente, aos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º).

A simples enunciação do problema e a utilização de uma terminologia diferenciada parecem demonstrar que o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas suas diversas dimensões. É certo, no entanto, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender do disposto nos arts. 5º, 7º e 8º do texto constitucional. A cláusula pétrea do art. 60, § 4º, não parece abranger os direitos sociais, que como visto, se não confundem com os direitos individuais propriamente ditos.

Antes da Constituição brasileira, também outras Constituições já haviam consagrado a imutabilidade mais restrita ou mais ampla dos direitos fundamentais (Lei Fundamental, art. 79, III; Constituição de Portugal de 1976, art. 290).

Essa tendência reflete a ideia de que, diferentemente de outros princípios constitucionais, que podem revelar-se dispensáveis ou suscetíveis de atualização no curso do desenvolvimento constitucional, os direitos individuais são apanágios do Estado de Direito, revelando-se, na sua essência, duradouros ou permanentes.

Vê-se, pois, que a opção do constituinte brasileiro pela imutabilidade dos direitos individuais se explica também de um prisma estritamente material ou ontológico.

É que, enquanto os direitos individuais propriamente ditos - especialmente os chamados direitos de liberdade e igualdade - guardam, na sua essência, uma certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável ao Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade e, podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo. Também por essa razão alguns modelos constitucionais, como é o caso da Lei Fundamental de Bonn, não contém uma disciplina analítica dos direitos sociais, entendendo suficiente e adequada a instituição de Princípios do Estado Social, cuja concretização é confiada ao legislador ordinário.

Assinale-se, a propósito que uma peculiaridade dos direitos sociais ou se quiser, dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftsgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direitos do trabalho (CF, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma o direito à educação (CF, art. 205 c/c o art. 6º), o direito a assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

Parece inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, são, fundamentalmente, aqueles analiticamente elencados no art. 5º.”

Para Sarlet (2012, p. 432-433), a interpretação restritiva esbarra em diversos argumentos. Em primeiro lugar, o autor informa que a CF/88 não fez qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais. Em segundo lugar, o autor aponta que os partidários da corrente restritiva partem da premissa de que todos os direitos sociais são direitos a prestações materiais estatais, quando boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz respeito à função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa. Em terceiro lugar, o doutrinador relembra que admitir a interpretação restritiva é excluir, do alcance das cláusulas pétreas, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, IV do Texto Constitucional.

Deveras, para incluir os direitos sociais no inciso IV em questão, faz-se necessário interpretar, sistematicamente, a CF/88, a fim de se desgarrar do sentido literal dos direitos e garantias individuais, para prevalecer um posicionamento mais amplo sobre o tema.

A inclusão dos direitos sociais no rol de cláusulas pétreas pode ser justificada pelo próprio Texto Constitucional positivo, pois, já no preâmbulo²⁰ do Texto Fundamental, encontra-se referência expressa à garantia dos direitos sociais com objetivo permanente no Estado brasileiro. A Constituição ainda consagra a ideia de que o Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito, como fica evidente nos art. 1º, incs. I a III²¹, e 3º, incs. I, III e IV (BRASIL, 1988)²².

Sendo assim, a cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, IV, da CF/88 também compreende os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, as

²⁰ Nesse sentido é válido conferir a redação do Preâmbulo da CF/88: “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.

²¹ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

²² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

prestações positivas do Estado ao cidadão, necessárias à realização dos princípios e objetivos da Constituição (BRASIL, 1988).

Deveras, os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são, em verdade, direitos de titularidade individual, ainda que sejam de expressão coletiva, posto que é o indivíduo quem tem direito à saúde, à assistência social, à aposentadoria, à educação, dentre outros (SARLET, 2012, p. 433).

Importante frisar que a função principal das cláusulas pétreas é a de impedir a destruição da Constituição, servindo para preservar a identidade constitucional formada pelas decisões fundamentais do constituinte originário, como afirma Sarlet (2012, p. 433) ou, como lembra Bastos (1999, p. 36), o constituinte originário, por razões políticas, isola qualquer possibilidade de alteração ulterior de determinados assuntos estruturais ao Estado.

Observa-se, então, que os limites materiais à reforma constitucional têm por função primária a preservação da identidade da ordem constitucional, em seus elementos essenciais. Ora, os direitos fundamentais são parte integrante da identidade constitucional, o que impede a sua supressão pelo constituinte derivado reformador. Desta forma, os direitos fundamentais, expressos ou implícitos, seja no Título II da CF/88, ou estejam situados em qualquer parte do Texto Constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos (subentendidos no sistema constitucional).

Nesse sentido, Sampaio (1961, p. 94 apud BASTOS, 1999, p. 37-38), tratando sobre o assunto, indicou os direitos fundamentais como norma intangível dentro da Constituição Federal, considerando-os com cláusulas pétreas implícitas.

Sendo assim, há que se filiar ao pensamento de Sarlet (2012, p. 436) quando este informa que, constituindo os direitos sociais valores de um Estado Social e Democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da ordem constitucional o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas.

Ademais, filiando-se ao pensamento defendido neste trabalho, Cunha Jr. (2008, p. 243) também comunga pela interpretação extensiva, incluindo os direitos sociais como cláusulas pétreas:

Apesar do art. 60, § 4º referir-se a direitos e garantias individuais, é inegável que a proteção alcança todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais, em razão da concepção hoje dominante da unidade e indivisibilidade dos direitos e garantias.

Desta forma, por premissa fundamental adotada, os direitos sociais são cláusulas pétreas e qualquer EC tendente a aboli-los ou a suprimi-los deve ser afastada por inconstitucionalidade.

2.6 A SITUAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL ATUAL

Apesar da proteção constitucional e eficácia imediata no plano jurídico, o Brasil ainda se encontra longe de uma efetividade real dos direitos sociais. A implementação das políticas sociais visando à instituição do Estado de bem-estar social é lenta, esbarrando nos problemas estruturais brasileiros, tais como a burocracia e a corrupção, o que distancia o plano jurídico do plano fático, criando a descrença do cidadão no Estado e em seus representantes.

Notícias sobre as péssimas condições de saúde não são novidades. Em pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, encomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM, 2014a, p. 24), 92% dos brasileiros consideram o serviço de saúde, público ou privado, como péssimo, ruim e regular (notas entre 0 e 7), demonstrando, também, que 87% da população se encontra insatisfeita com o Sistema Único de Saúde (SUS). Tudo isso apesar de a saúde ser um direito fundamental social.

O G1 (2015) noticiou a situação dos postos de saúde brasileiros, informando a falta de medicamentos e infraestrutura para o atendimento dos cidadãos. Observa-se que a notícia acima referida é somente exemplificativa, uma vez que só basta ligar a televisão para assistir ao caos da saúde pública no Brasil, sem leitos em hospitais, sem médicos, sem medicamentos, sem infraestrutura e sem uma política séria a ser seguida.

Deveras, demonstrando o reflexo dos baixos investimentos do Estado na saúde, o CFM (2014b), após analisar os dados oficiais do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), publicado pelo Tesouro Nacional, noticiou que, no ano de 2013, dos 47,3 bilhões gastos com investimentos

pelo Governo Federal, o Ministério da Saúde foi responsável pela utilização de apenas 8,2% dessa quantia, informando ainda que, na escala de prioridades com os gastos ditos nobres, a saúde aparece em 5º lugar. Ademais, a análise publicada pelo CFM (2014b) revela que:

Do total de R\$ 9,4 bilhões disponíveis para investimentos em unidades de saúde em 2013, o governo desembolsou somente R\$ 3,9 bilhões, incluindo os restos a pagar quitados (compromissos assumidos no ano anterior pagos no exercício seguinte). Os valores foram bem inferiores aos investimentos dos Transportes (R\$ 11 bilhões), Defesa (R\$ 8,8 bilhões), Educação (R\$ 7,6 bilhões) e Integração Nacional (R\$ 4,4 bilhões).

Outrossim, o texto pontua que:

Nos últimos 13 anos (2001 a 2013), foram autorizados R\$ 80,5 bilhões específicos para este fim. No entanto, apenas R\$ 33 bilhões foram efetivamente gastos e outros R\$ 47,5 bilhões deixaram de ser investidos. Em outras palavras, de cada R\$ 10,00 (dez reais) previstos para a melhoria da infraestrutura em saúde, R\$ 6,00 (seis reais) deixaram de ser aplicados. (CFM, 2014b).

O efeito da falta de investimentos é justamente a judicialização das políticas de saúde, uma vez que os cidadãos, desacreditados no Poder Executivo, socorrem-se ao Judiciário, ajuizando demandas para verem implementados os direitos garantidos constitucionalmente.

De acordo com o estudo publicado pela Advocacia Geral da União (AGU, 2013, p. 4), verifica-se que houve uma crescente no número de ações para a efetivação dos direitos à saúde. No ano de 2009, 10.486 novas ações; no ano de 2010, 11.203 novas ações; no ano de 2011, 12.436 novas ações; por fim, no ano de 2012, 13.051 novas ações foram ajuizadas contra a União na temática saúde.

O estudo da AGU (2013, p. 10) informa que, no ano de 2005, o Ministério da Saúde gastou, com aquisição de medicamentos e em virtude de decisão judicial, o valor de R\$ 2.441.041,95, enquanto que, no ano de 2012, a cifra subiu para R\$ 287.844.968,16.

Resta evidente, então, que, em se tratando do direito fundamental à saúde, o Estado não tem garantido as necessidades básicas da população, tendo os cidadãos, inclusive, que recorrer ao Poder Judiciário para compelir o Executivo ao cumprimento das prestações insculpidas no Texto Constitucional.

Com a educação não é diferente, contando ainda com indicadores de péssima qualidade para um país que se encontra entre as dez maiores economias do mundo.

De acordo com o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP, 2014), dados da Pnad apontam que o analfabetismo atinge 8,3% da população brasileira. Contudo, contrariando os dados oficiais, pesquisa realizada por Fernandes (2012) demonstra que, em 2011 e 2012, o analfabetismo funcional (analfabeto pleno e alfabetizado de forma rudimentar) atinge 27% da população entre 15 e 64 anos.

No mesmo estudo, aponta-se que o Pnad referente ao ano de 2010 estimou que 9% da população brasileira entre 15 e 64 anos não possui qualquer escolaridade (FERNANDES, 2012). Ou seja, em números reais, representam 11.766.782 pessoas, o que corresponde à população de diversos países do mundo, tais como Portugal, que conta com 10.610.304 habitantes, e Bélgica, que conta com uma população de 11.144.420, habitantes, como apresenta o IBGE ([entre 2010 e 2015]).

Contudo, a partir da reportagem de Foreque e Patu (2015), ao que indicam as pesquisas recentes, o Brasil vem se esforçando no investimento na educação, tendo investido, no ano de 2013, o montante de 6,6% do Produto Interno Bruto (PIB) em políticas sobre o tema.

Ainda assim, para Vieira e Rangel (2014), em valores absolutos, a pesquisa divulgada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) incluiu o país como o penúltimo em investimento entre os 35 países mais desenvolvidos do mundo. O relatório da OCDE informa que o gasto médio anual brasileiro por estudante foi de US\$ 3,066.00 (no ano de 2011), só superando os US\$ 625.00 da Indonésia. Os valores de investimento do Estado brasileiro são inferiores aos de países de renda similar, como Turquia (US\$ 3,240.00), México (US\$ 3,286.00) e Hungria (US\$ 5,410.00), estando muito distantes da média de US\$ 9,487.00 do conjunto de países que compõem a OCDE (da qual o Brasil não faz parte). No topo da tabela figuram nações como Suíça (US\$ 16,090.00) e Estados Unidos (US\$ 15,345.00).

Parece, então, que o Brasil vem em uma crescente no incentivo à educação, contudo, ainda aquém do desenvolvimento assegurado pela CF/88. Cabe, ainda, uma análise das políticas de assistência social no Brasil para a exclusão da população da linha de extrema pobreza.

Deveras, de acordo com Abrantes (2014), o estudo realizado pelo Ipeadata apresenta que o número de brasileiros em situação de miséria subiu 3,6% do ano de 2012 para o ano de 2013. Entretanto, observa-se que se encontram nessa faixa, em números absolutos, 10.452.383 pessoas.

No que se refere às condições de moradia, o IBGE (2012, p. 99) informa que apenas 52,5% dos domicílios brasileiros têm abastecimento de água, esgoto sanitário ou fossa séptica, coleta de lixo e até dois moradores por dormitório, conforme condições consideradas adequadas pelo referido instituto. De acordo com os dados, em análise realizada pelo G1 (2012), são 30 milhões de domicílios brasileiros que possuem essas características, de um total de 57,3 milhões de domicílios existente no Brasil. Os dados ainda demonstram que 2,3 milhões de moradias (4,1%) não apresentam nenhuma dessas condições, bem como que, dentre as regiões do país, o Norte apresentou o pior quadro, com apenas 16,3% de domicílios considerados adequados. Enquanto isso, no Sul (68,9%) e no Sudeste (59,35%) mais da metade das casas está ligada a redes de saneamento básico.

Quando se considera o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), em pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no ano de 2013, o Brasil se encontra na 79ª posição no ranking mundial que conta com 187 países, possuindo um índice de 0,744, como explicam Borges e Calgaro (2014). Observa-se que o índice encontra-se superior à média da América Latina (0,74), bem como que superior à média mundial (0,702). Entre os países do grupo político formado pelo Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS), o Brasil encontra-se na segunda colocação, atrás da Rússia, que possui índice de 0,778. Contudo, quando comparado com países que instalaram um Estado de bem-estar social, como o caso da Noruega, com índice de 0,944 (o melhor índice da pesquisa), observa-se que o Estado brasileiro ainda tem muito trabalho pela frente.

Pois bem, pelos dados acima expostos, resta claro que há uma disparidade entre os ditames constitucionais para a implementação dos direitos sociais e o Estado de bem-estar social, pois, por mais que se prove, nas pesquisas, uma evolução do Brasil, ainda não é satisfatória para se considerar que houve a instalação do mesmo.

A necessidade de implementação dos direitos fundamentais sociais continua sendo grande, não tendo o País atingido o quanto preconizado pelo constituinte originário ao defender os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas, dirigindo o Estado brasileiro para a instalação de políticas públicas que permitam o gozo de plena cidadania pela totalidade da população.

Com efeito, para a efetivação dos direitos sociais, por terem caráter prestacional, faz-se necessária a existência de recursos financeiros que custeiem as despesas que o Estado possuirá a fim de implementar tais políticas. Houve, então, a criação de contribuições sociais como instrumentos de arrecadação vinculados aos fins para os quais foram constituídos, inclusive, com regras orçamentárias rígidas.

Observada a situação dos direitos sociais no Brasil atual, a qual ainda está longe de atingir a sua plenitude, questiona-se se o constituinte derivado reformador poderia, então, alterar as regras para desvincular a arrecadação dos tributos que foram criados para o financiamento dos direitos sociais. Para responder a tal problema, há que se analisar, na próxima seção, o financiamento dos direitos sociais por meio das contribuições sociais.

3 O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

As prestações objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem a bens materiais economicamente relevantes e vultosos, cuja efetivação depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma (CUNHA JR, 2008, p. 693).

Assim, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros, ou de meios jurídicos necessários a satisfazê-los e, no sistema jurídico brasileiro, estão disponíveis diversos instrumentos destinados a assegurar a efetividade dos direitos. Contudo, apesar da exigência de recursos financeiros para a sua implementação, não se venha a alegar a reserva do possível²³ como pretexto para a insuficiência dos direitos sociais.

Ora, considerando-se que os direitos sociais à prestação dependem primordialmente de recursos financeiros para a sua efetivação, há que se dispensar atenção às contribuições sociais, que foram consagradas na CF/88 como um

²³ De acordo com Cunha Jr. (2008, p. 710-713) a reserva do possível foi desenvolvida pela doutrina germânica e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, entendendo que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência social, etc). Concorde-se com o pensamento do autor de que no Brasil os direitos sociais não podem ser condicionados à reserva do possível. Deveras, como o próprio doutrinador explica, em um país em que o povo carece de um padrão mínimo de prestação social para sobreviver, onde ainda existe uma massa de cidadãos socialmente excluídos, abaixo da linha de miséria, sem serviço público de saúde, sem segurança assistencial e social, não é possível alegar a falta de caixa para a implementação das políticas sociais necessárias a satisfazer os direitos sociais constitucionalmente assegurados. Conforme Cunha Jr., no caso brasileiro, esperar a existência de "caixas-cheios" representa a frustração da vontade do constituinte na implementação do Estado de Bem-Estar Social. Ademais, sobre a aplicação da reserva do possível no sistema jurídico pátrio, interessante conferir decisão do STF de relatoria do Ministro Celso de Mello: "A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.)

instrumento de arrecadação para a atuação do Estado em áreas definidas para a implementação de políticas sociais, efetivando, assim, os direitos sociais.

Deveras, para se manter, o Estado necessita de receitas, sendo estas originárias, arrecadadas por meio da exploração do seu patrimônio ou da atividade econômica realizada pelo próprio Estado e de natureza contratual; ou derivadas, que são receitas arrecadas a partir do poder de imposição do Estado.

A exploração de atividade econômica pelo Estado é uma exceção no sistema jurídico nacional, cabendo somente quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme se observa da interpretação do art. 173 da CF/88. Sendo assim resta, ao Estado, para prover as suas necessidades, a arrecadação de receitas obrigatórias, e a melhor forma de se fazer isso é por meio da tributação. Conforme lembra Ataliba (2008, p. 23), “o objeto da relação tributária é o comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos.”

O STN encontra-se insculpido analiticamente na CF/88, entre os artigos 145 e 162. Realmente, sendo a relação de tributação uma expropriação, e sendo a propriedade privada uma garantia fundamental (art. 5º, XXII, CF/88), somente por meio do Texto Constitucional admitir-se-ia que o Estado se apropriasse de recursos com a imposição aos particulares (BRASIL, 1988).

Pois bem, o STN é considerado pentapartite, compondo-se de cinco espécies de tributos: impostos (art. 145, I), taxas (art. 145, II), contribuições de melhoria (art. 145, III), empréstimos compulsórios (art. 148) e contribuições especiais (art. 149) (BRASIL, 1988). Dentre os tributos elencados, apesar de todos financiarem o Estado, o que interessará ao presente trabalho são justamente as contribuições especiais, pois, dentro delas, há a subespécie contribuição social.

3.1 A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMO SUBESPÉCIE DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

A contribuição especial é uma espécie tributária prevista no art. 149 da CF/88²⁴, por meio do qual fica reservada, à União, a competência para instituir

²⁴ A redação literal do art. 149 da CF/88 é: "compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou

contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses de categoria profissional e econômicas, com a finalidade de arrecadar receitas para aplicá-las nas despesas previamente definidas na lei que as instituir, objetivando garantir o suporte financeiro para as atividades estatais (BRASIL, 1988).

As contribuições passaram a ser consideradas como tributos em virtude da edição da EC n. 01 (1969), a qual estabeleceu a competência da União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse da previdência social e do interesse de categorias profissionais (art. 21, § 2º, I, da Constituição Federal de 1967). Com a EC n. 08 (1977), houve um acréscimo do inciso X ao art. 43, para, então, dispor sobre a competência da União para instituir contribuições sociais (PAULSEN, 2011, p. 107).

Sendo assim, com a implantação das contribuições especiais, o constituinte originário estabeleceu, previamente, a vinculação dos ingressos financeiros a gastos por ele determinados, considerados como prioritários, impedindo o Poder Executivo, por meio do orçamento, de utilizar tais recursos para finalidade diversa (BREYNER, 2006, p. 203).

O critério que diferencia as contribuições especiais das demais espécies de tributos é a finalidade, especialmente do imposto, que é tributo não vinculado a qualquer atividade estatal específica²⁵. De acordo com Paulsen (2011, p. 108):

O enquadramento da finalidade apontada na lei instituidora dentre aquelas constitucionalmente previstas como autorizadas da instituição de contribuição é requisito de validade da mesma. Verifica-se qual é a finalidade pela análise da destinação legal do produto da arrecadação.

Ademais, o autor ainda lembra que, se a lei instituidora não prever a destinação, o tributo não poderá ser considerado como uma contribuição especial.

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." (BRASIL, 1988).

²⁵ Na dicção do art. 16 do Código Tributário Nacional "imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte". Ademais, a CF/88, em seu art. 167, inciso IV, veda "a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo." (BRASIL, 1966).

A questão da finalidade é tão importante que Grecco (2000, p. 150) leciona que, alterada a finalidade da exigência tributária, altera-se, também, a própria exigência tributária. Para o autor, com a alteração de finalidade, ou a contribuição deixa de ter fundamento constitucional, ou a nova contribuição passa a subsistir com nova finalidade, desde que admitida constitucionalmente. Como exemplo, o autor elucida que se uma contribuição para a seguridade social é alterada em sua finalidade para assumir outra feição, deixará de ser a contribuição de seguridade social que fora originalmente instituída; apesar disso, poderá, eventualmente, subsistir se vier a ser instituída por lei complementar (art. 195, § 4º, combinado com o art. 154, I da CF/88).

O STF, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), de relatoria da então Ministra Ellen Gracie, chancelou o entendimento de que é a destinação o critério diferenciador das contribuições especiais:

[...] CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, **que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado** a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas a, b e c do inciso II do citado parágrafo. (STF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/12/2003, Tribunal Pleno). (BRASIL, 2005, grifo nosso).

De acordo com Castellani (2009, p. 97), a contribuição especial subdivide-se em quatro espécies, sendo elas: (a) contribuição social; (b) Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE); (c) contribuição corporativa, e (d) Contribuição de Iluminação Pública (CIP)²⁶. Explicando com perspicácia, é salutar citar as palavras de Barreto (2011, p. 101):

O art. 149 da Constituição Federal menciona as espécies de contribuições: sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas. As primeiras (contribuições sociais) se subdividem em: (i) de seguridade social e (ii) específicas, no sentido que são destinadas a um fim social especificamente determinado. Tais espécies

²⁶ A CIP foi introduzida no texto constitucional de 1988 pela EC nº 39/2002, atribuindo competência aos Municípios e Distrito Federal para a instituição do tributo em questão a fim de fazer frente a despesa de iluminação pública. A criação ocorreu após o STF se pronunciar pela inconstitucionalidade da criação da taxa de iluminação pública, o que inclusive tornou-se a súmula de jurisprudência nº 670, que diz: "o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa". De acordo com o art. 149-A da CF/88 "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".

de contribuições sociais estão sujeitas a regimes constitucionais próximos, mas não idênticos.

O trabalho em tela se prende somente à subespécie contribuição social, pois a mesma foi criada para o financiamento dos direitos sociais, sendo assim é que se passa à sua análise.

3.2 A FINALIDADE CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Na seção dois, observou-se que foram as Constituições de 1934 e de 1946 que iniciaram a formação do Estado Social, prevendo direitos à aposentadoria, à educação, à assistência social, à cultura, à moradia, dentre outros e, em especial, aos que visavam à proteção dos trabalhadores. No entanto, muitos direitos fundamentais, como o direito à saúde, apesar de representarem um típico direito social, somente ganharam o status constitucional, de forma expressa, no Texto Constitucional de 1988. Antes, as normas de direitos fundamentais tinham caráter eminentemente programático, o que reduzia a sua eficácia e efetividade.

Como visto, o legislador constituinte inseriu, na atual Constituição Federal, uma série de direitos sociais, os quais, em sua maior parte, por exigirem a atuação positiva do Estado, carecem de recursos financeiros para a sua efetivação, conforme já dito acima. Sendo assim, para a implementação das prestações a serem realizadas pelo Estado, ou seja, para fazer frente às despesas, foi necessário prever também as receitas, as fontes de recursos que iriam custear tais despesas.

Pois bem, ao mesmo tempo em que a CF/88 assegurou um amplo leque de direitos sociais, também criou o recurso material necessário à concretização de tais direitos, ao vincular as contribuições sociais à área social. Conforme leciona Alvim (2008, p. 96), outra exegese não se pode extrair do citado art. 149 da CF/88, uma vez que as contribuições foram concebidas como “instrumentos” e devem ser compreendidas como meios para alcançar algum fim, pois não haveria sentido conceber algo como instrumento em si mesmo.

Seguindo tal entendimento, as contribuições sociais somente podem ser instituídas para atender às finalidades já consagradas pelos direitos sociais positivados na Constituição Federal atual. São, portanto, o meio por excelência,

eleito pelo legislador constituinte para assegurar a efetivação dos direitos sociais à prestação (em sentido estrito), na medida em que fornecem os recursos indispensáveis para a atuação do Estado.

Mais uma vez, utilizando-se das lições de Alvim (2008, p. 96), observa-se que as contribuições sociais têm o perfil delineado no Título VIII da CF/88, denominado "Da Ordem Social", em que é firmado o primado do trabalho e postos os objetivos do bem-estar e da justiça social. Além disso, a seguridade social foi disciplinada de forma detalhada, sendo financiada pelas contribuições sociais e, ainda, por recursos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, na forma disciplinada no art. 195 da CF/88, tema que será aprofundado adiante.

Para financiar a seguridade social, no art. 195 da CF/88, foram instituídas as contribuições previdenciárias da empresa e do empregado. A fim de recolher recursos para a saúde e para a Previdência Social, foi criada (e já extinta) a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), cujo fundamento constitucional está disposto no art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Enquanto isso, para custear a educação, foi estabelecida a contribuição social do salário educação, prevista no art. 212, § 5º, o qual diz textualmente que “a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.” (BRASIL, 1988).

Diversamente dos impostos – que objetivam custear as funções gerais e indivisíveis do Estado –, as contribuições sociais, por serem contribuições especiais, têm como característica peculiar a destinação a determinada atividade, conforme lembra Alvim (2008, p. 97):

Se em relação a uma taxa, por exemplo, alguém deve pagá-la porque usufrui de um serviço público ou porque deu ensejo ao exercício e uma atividade fiscalizadora do poder de polícia, no caso das contribuições, a imposição se dá em decorrência de certa finalidade.

Ademais, para Amaro (2006, p. 85), “o que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados para instrumentar (ou financiar) a atuação da União”, na área social. Assim, não há somente a função fiscal, mas,

primordialmente, extrafiscal, visto que são destinadas a atender atribuições específicas já previstas pela Constituição Federal.

Desta forma, imperioso entender que as contribuições sociais configuram um instrumento indispensável à efetivação dos direitos sociais à prestação, porque os recursos delas provenientes estão vinculados ao custeio das finalidades determinadas na Constituição Federal. Segundo Castellani (2009, p. 102), a contribuição social é um tributo cuja receita tem por finalidade custear a atividade estatal no campo social, ou seja, a receita deve, obrigatoriamente, ser destinada à finalidade de manutenção da atividade relacionada aos aspectos sociais da atividade estatal.

As contribuições sociais podem ser classificadas como: (a) contribuições sociais para a seguridade social ordinárias e residuais, pois têm, como finalidade, custear a seguridade social; e (b) contribuições sociais gerais, quando tenham por objetivo custear as atividades sociais do estado não coincidentes com a seguridade social (CASTELLANI, 2009, p. 104)²⁷.

No que se refere às contribuições sociais para a seguridade social, o legislador constitucional entendeu por especificá-las no art. 195 da CF/88, bem como prever as eventuais residuais no art. 194, § 4º, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Já as contribuições sociais gerais constituem a possibilidade de a União criar contribuições sociais para o financiamento da ordem social, contudo, não estando relacionadas com a seguridade social. Seriam contribuições destinadas ao financiamento da educação, ao desenvolvimento da cultura, à ciência e tecnologia ao amparo da família, entre outras. A Constituição previu, expressamente, algumas contribuições sociais gerais, tais como a contribuição ao salário-educação, conforme

²⁷ Em verdade, Castellani (2009, p. 104-113), em sua obra, classifica as contribuições sociais em (a) contribuições sociais para a seguridade social ordinária e (b) Contribuições para a Seguridade Social residuais. Contudo, pede-se vênia para discordar do autor, uma vez que as chamadas residuais é a possibilidade do legislador criar novas contribuições sociais para a seguridade social, observando o requisito do art. 195, § 4º da CF/88: “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.” Na forma do art. 154, I, da CF/88, a União poderá instituir 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. (BRASIL, 1988) Desta forma, resolveu-se restringir a classificação do autor.

o art. 212, § 5º, e a contribuição ao Sistema “S”, prevista no seu art. 240²⁸ (CASTELLANI, 2009, p. 122).

Não que as contribuições sociais gerais não tenham relevância, contudo, para atingir o cerne do trabalho, é imperioso avançar no estudo das contribuições sociais para a seguridade social, uma vez que a sua materialidade encontra-se constitucionalmente estabelecida, tanto no que se refere à instituição, quanto no que se refere à vinculação da sua arrecadação, com destinação específica no orçamento da seguridade social.

3.3 O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL: OS CONTORNOS DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SEGURIDADE SOCIAL

Para se entender o debate sobre a constitucionalidade da DRU frente aos direitos sociais, devem ser analisadas as contribuições sociais, em especial as que financiam a seguridade social e, para isso, faz-se necessário definir os contornos da seguridade social, da contribuição social para a seguridade social e as regras da destinação da sua arrecadação, ou seja, o orçamento da seguridade social.

Decerto, como lembra Oliveira (2014, p. 433), a seguridade social compreende um conjunto integrado de iniciativas do Poder Público e da sociedade destinado a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência. Para sustentar tais propostas e atividades, o Estado deve abastecer seus cofres, cobrando contribuições e as destinando às finalidades previstas na Constituição, controlando não só a sua arrecadação, como também seu emprego, vinculando os recursos às atividades previamente estabelecidas.

Para a melhor compreensão do tributo em questão, cumpre enfrentar, separadamente, a forma de financiamento da seguridade social, a contribuição social para a seguridade social em si e os desdobramentos do desvio da sua arrecadação dentro da teoria geral do Direito Tributário.

²⁸ De acordo com a redação do art. 240 da CF/88, “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.” (BRASIL, 1988).

3.3.1 O formato brasileiro de financiamento da seguridade social

De acordo com a CF/88, o financiamento da seguridade social compreende, além das contribuições previdenciárias, também os recursos orçamentários destinados a este fim pela União e organizados em um único orçamento (SALVADOR, 2008, p. 143). Entender o financiamento da seguridade social é compreender que ele se encontra baseado nos princípios da diversidade e na equidade na forma do financiamento.

O princípio da diversidade na forma de financiamento está claramente insculpido no art. 194 da CF/88, no qual se estabelece 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.” Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional, estabelece que “compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] (VI) diversidade da base de financiamento.” (BRASIL, 1988). Ou seja, o princípio inserido no texto da Constituição Federal tem, por propósito, gerar diferentes bases econômicas para custear o sistema de proteção social.

Já a equidade na forma de financiamento é um princípio de aplicação à seguridade social, contudo, se destaca por demonstrar a aplicação de princípios específicos do Direito Tributário no custeio da seguridade.

Pois bem, de acordo com Vieira (2010, p. 573), a equidade, na forma de financiamento, estabelece que as relações de seguridade social devem ser direcionadas para a realização da igualdade, da solidariedade, da capacidade contributiva e dos ditames da justiça social.

Ou seja, valendo-se do magistério de Vieira (2010, p. 573), observa-se que “todos devem contribuir com uma parcela, de acordo com a capacidade contributiva, ou seja, de acordo com as suas possibilidades econômicas, com objetivo de realizar verdadeiramente a justiça social.”

Busca-se, então, que se observe, na relação jurídico-tributária e com o viés da seguridade social, o princípio da isonomia e suas decorrências, tais como o

princípio da capacidade contributiva. Ou seja, “o preceito da equidade tem por finalidade imprimir no custeio da Seguridade Social a da igualdade, direito e garantia fundamental, de todos os seres sociais preconizados na Constituição Federal.” (VIEIRA, 2010, p. 574).

O STN traz, entre os seus princípios, o da isonomia, restando evidenciado no art. 150 que:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]
(II) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. (BRASIL, 1988).

Também se destaca a previsão do princípio da capacidade contributiva, insculpido no § 1º do art. 145 da CF/88, preceituando que:

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. (BRASIL, 1988).

Deveras, apesar do §1º citado acima trazer a espécie tributária dos impostos, Paulsen (2011, p. 53) leciona que “não há incompatibilidade entre o subprincípio da capacidade contributiva e as contribuições, mormente considerando que estas podem ser instituídas – e normalmente o são – com fato gerador não vinculado.”

Com efeito, entender a equidade é importante para construir o raciocínio sobre a incidência da contribuição social e entender a sua destinação. Ora, conforme já exposto acima, o financiamento da seguridade social é realizado por toda sociedade, destacando-se a solidariedade. Sendo assim, observa-se a existência de um sistema contributivo, uma vez que, além do Estado, as pessoas físicas e jurídicas também contribuem para o financiamento da seguridade social.

Com efeito, entre as formas de contribuição, o Estado brasileiro optou pelo sistema de repartição em vez do sistema de capitalização. Os sistemas se diferenciam, sendo interessante conferir os ensinamentos de Castro e Lazzari (2012, p. 226-227) sobre o tema:

No sistema contributivo, por seu turno, podemos estar diante de duas espécies: uma, em que as contribuições individuais servirão somente para o pagamento de benefícios aos próprios segurados sendo colocadas numa reserva ou conta individualizada (sistema adotado pelos planos de previdência complementar privada) a que chamamos de sistema de capitalização; noutra, as contribuições são todas reunidas num fundo único, que serve de pagamento das prestações no mesmo período, a quem delas necessite – é o sistema de repartição, hoje vigente em termos de Seguridade Social no Brasil.

Pois bem, como confirmam os autores citados, o Brasil adota o sistema de repartição, com alicerces na ordem social prevista pela própria CF/88. As pessoas jurídicas (sociedades empresárias e equiparadas), as pessoas físicas e entes destituídos de personalidade contribuem para sustentar o financiamento da seguridade social atual, e não para fazerem uma “poupança”, a fim de que sejam pagos os seus benefícios futuros. Em verdade, o contribuinte nem sabe se ele irá receber algum benefício, mas contribui, de forma solidária, para o financiamento do sistema de seguridade social.

Decerto, no modelo brasileiro, todos estão comprometidos com o custeio do sistema de proteção social, sendo os recursos para o financiamento constituídos de forma direta e indireta. Observa-se, então, que a CF/88 distanciou-se do modelo de seguro adotado em 1923, em que apenas o segmento dos trabalhadores e seus dependentes estava protegido pela previdência social, ou seja, o seguro social protegia apenas os contribuintes diretos.

De acordo com o art. 195 da CF/88, “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 [...]” (BRASIL, 1988). Ou seja, o custeio da seguridade social será universal, sendo realizado de forma indireta ou direta.

A forma indireta de financiamento da seguridade social é realizada por meio de parcela dos orçamentos fiscais das pessoas políticas, pois a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios deverão destinar recursos de seus orçamentos para custear as ações de proteção social (VIEIRA, 2010, p. 575).

Cumpramos observar que as pessoas físicas apenas contribuem de forma indireta para o custeio da saúde e assistência, o que não ocorre na previdência. Já a forma

direta de financiamento da seguridade social ocorre por meio das contribuições sociais, nomeadamente destinadas ao custeio da seguridade social e expressamente arroladas nos arts. 195 e 239 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Sendo assim, na forma direta, o financiamento caberá às: (a) pessoas físicas trabalhadoras; (b) pessoas físicas e jurídicas empregadoras; (c) empresas de um modo geral; (d) empregadores domésticos, e (e) pessoas físicas e jurídicas importadoras de bens e serviços no exterior.

3.3.2 A arrecadação de receitas para a seguridade social: contribuição social de seguridade social

Já foi mencionado que, de acordo com a doutrina majoritária e as jurisprudências predominantes nos Tribunais, o Brasil possui uma classificação pentapartite quanto às suas espécies tributárias, que se dividem em imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais. Decerto, para o presente trabalho, interessante é a análise dos contornos da contribuição social, em especial, a contribuição social para a seguridade social.

Novamente, há aqui que se retornar para a letra do art. 149 da CF/88, pois nele se baseia o estudo realizado:

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. (BRASIL, 1988).

Pois bem, a preocupação do trabalho em tela é justamente com a contribuição social para o financiamento da seguridade social. Desde logo, torna-se imprescindível encontrar a definição de contribuição social, pois se observam conceitos diversos a depender da ótica do seu operador, podendo ser analisado sob o prisma previdenciário, assim como sob o tributário.

Em sua obra, Vellejo (1953, p. 33 apud CASTRO; LAZZARI, 2012, p. 229) define que as contribuições sociais são “valores com que, a título de obrigações sociais, contribuem os filiados, e os que o Estado estabelece para manutenção e financiamento dos benefícios que outorga.” Ademais, Ruprecht (1996, p. 96 apud

CASTRO; LAZZARI, 2012, p. 229) também traz como conceito que “a contribuição pode ser definida como obrigação legal que se impõe a entidades e indivíduos para que contribuam para as despesas do regime da seguridade social, com base em determinados critérios legais.”

Decerto, enriquece conhecer opiniões diferentes sobre o conceito de contribuição social, contudo, assim como Castro e Lazzari (2012, p. 229) o fizeram em seu livro, procura-se aqui definir a contribuição social dentro da CF/88 como espécie tributária que o é.

Ataliba (2008, p. 152) informa que “contribuição é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado.” Ademais, importante também é observar a definição do tributarista cearense Machado (2010, p. 433), o qual informa que:

Diante da vigente Constituição, pode-se conceituar 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.

Muito se debateu sobre natureza jurídica das contribuições sociais, se tributárias ou não, sendo que, atualmente, o entendimento da doutrina majoritária e do STF²⁹ é de que as contribuições sociais têm natureza jurídica de tributo. Lecionando sobre o tema, o professor Carvalho (2008, p. 707-708, grifo do autor) sustenta que:

Não é de agora que advogo a tese de que as chamadas 'contribuições' têm natureza tributária. Sempre as tive como figuras de impostos ou taxas, em estrita consonância com o critério constitucional consubstanciado naquilo que nominamos de *tipologia tributária no Brasil*. Todo o suporte argumentativo calcava-se na orientação do sistema, visto e examinado na sua integridade estrutural. Penso que outra coisa não fez o legislador constituinte senão prescrever, manifestamente, que as contribuições são entidades tributárias, subordinando-se, em tudo e por tudo, às linhas definitórias do regime constitucional peculiar aos tributos. [...]
A conclusão parece-nos irrefutável: as contribuições são tributos, devendo sua instituição ou alteração de quaisquer de seus critérios normativos ser realizada com integral observância do regime jurídico tributário constitucionalmente prescrito.

²⁹ ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.10.99, DJ de 4.4.2003.

Observada sua natureza tributária, deverá a contribuição social se sujeitar a todo o regime jurídico-tributário edificado na CF/88, se atentando para os seus princípios, tais como a legalidade, a anterioridade, a isonomia e a irretroatividade.

No que tange ao princípio da legalidade, observa-se que a contribuição social deverá ser instituída por lei ordinária, de acordo com as previsões do art. 195 da CF/88, em que já se encontram estabelecidas as fontes de custeio da seguridade. Outrossim, a instituição de outras fontes de custeio para a seguridade social somente se dará com a autorização constitucional prevista no § 4º do art. 195 da CF/88, o qual estipula que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.” Ou seja, traz a mesma regra para o exercício da competência residual da União ao instituir impostos, qual seja, “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”, como prevê o art. 154, I da CF/88 (BRASIL, 1988). Exemplificando o tema, o STF já decidiu:

RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – INCIDÊNCIA NOS CASOS TAXATIVAMENTE INDICADOS NA CONSTITUIÇÃO – CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DEVIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EM ATIVIDADE – INSTITUIÇÃO MEDIANTE LEI ORDINÁRIA- POSSIBILIDADE (STF, Plenário, ADIn 2.010-2/DF, Min. Celso de Mello, set/99, DJ 12.04.2002, p. 51). (BRASIL, 2002).

Outro princípio que também merece destaque é o da anterioridade, pois possui regra especial prevista no § 6º do art. 195 da CF/88, ao instituir que “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’.” (BRASIL, 1988).

Também não se pode esquecer a limitação à competência tributária (imunidade) prevista no § 2º do art. 149 da CF/88, ao estabelecer que “as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação [...]” (BRASIL, 1988, grifo do autor).

O foco do trabalho é o estudo da contribuição destinada à seguridade social, sendo imprescindível, então, unir a regra do art. 149 com a regra estabelecida pelo art. 195 para se conhecer a estrutura da hipótese de incidência da contribuição

social, ou como leciona o professor Carvalho (2008, p. 715), a Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT)³⁰.

Ao discriminar a competência para instituição de contribuições destinadas à seguridade social, o constituinte traçou minuciosamente os arquétipos das possíveis regras-matrizes de incidência tributária, impondo, ao legislador infraconstitucional, observância a uma série de requisitos. Dentre as exigências estipuladas para o exercício dessa competência tributária cabe destacar as fontes de custeio autorizadas pelo Texto Maior, às quais deve limitar-se o legislador ordinário da União, bem como as condições necessárias à criação de nova fonte.

Deveras, as fontes de financiamento encontram-se no art. 195, I a VI e § 8º da CF/88:

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:

- 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;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

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;

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. [...]

§ 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. (BRASIL, 1988).

A partir da leitura dos artigos 149 e 195 pode-se extrair, então, a regra de incidência da contribuição social: critério material (núcleo da hipótese de incidência, fato ocorrido no mundo fenomênico que enseja a obrigação de pagar tributo, como, por exemplo, pagar ou creditar salário e demais rendimentos ao trabalhador); critério espacial (local onde o fato deverá ocorrer, como o território nacional); critério temporal (momento em que o tributo é devido, ou seja, momento do pagamento ou do creditamento do salário e demais rendimentos do trabalhador); critério pessoal

³⁰ RMIT é o termo utilizado pelo doutrinador Carvalho (2008) para definir a incidência da lei que institui o tributo. Para o autor, ao se analisar a lei instituidora do tributo o operador deverá observar a existência de critérios a fim de cumprir uma estrutura lógica normativa.

(sujeito ativo e passivo da relação tributária, sendo que o sujeito ativo é a União e o passivo é o empregador ou empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei), e critério quantitativo (base de cálculo, como a folha de salário e demais rendimentos pagos ou creditados; alíquota, como o percentual fixado em lei).

Contudo, a contribuição social tem peculiaridades que ultrapassam a norma que delimita a sua arrecadação, adentrando na destinação para a qual o produto desta arrecadação deverá está afetado.

Uma questão a ser debatida é saber se a destinação faz parte da regra de incidência da contribuição social. Decerto, há que se observar que o Código Tributário Nacional (CTN) – Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 –, traz o conceito de tributo no seu art. 3º, informando claramente ser “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.” (BRASIL, 1966).

Observa-se que, dentro do conceito legal, não há menção à destinação, deixando claro que o CTN somente se preocupa com o caminho que a pecúnia atravessa da propriedade do contribuinte até os cofres estatais, mas nada menciona quando os valores já se encontram dentro dos cofres estatais.

Ademais, tal interesse do CTN fica claro ao se observar a dicção do seu art. 4º, pois o mesmo estabelece que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la (II) a destinação legal do produto da sua arrecadação (BRASIL, 1966).

Ocorre que é a destinação da receita que faz com que a contribuição social seja considerada espécie tributária autônoma, pois, sem observar uma destinação específica, a contribuição social tem os mesmo contornos legais observados para a espécie tributária imposto, a qual encontra-se prevista no art. 16 do CTN, informando que é o “tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (BRASIL, 1966).

Ora, se for irrelevante a denominação do tributo e também irrelevante a destinação da sua arrecadação, poder-se-ia dizer que a contribuição social é, em

verdade, um imposto e não uma nova espécie tributária. Nesse sentido, Gama (2006, p. 1148) conclui que “uma contribuição especial, embora possa buscar fins extrafiscais, além dos meramente arrecadatários, precisa ser instituída para fazer frente a despesa específicas, senão sua natureza será de imposto e não de verdadeira contribuição.”

Outrossim, conforme bem explica Baleeiro (2013, p. 42):

A Constituição de 1988 disciplina tributos ‘finalisticamente’ afetados que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhes é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do ponto de vista do Direito Tributário. É que a Constituição converte os atos que realizam a finalidade constitucional em fato gerador.

Como visto acima, já é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a contribuição social é uma espécie tributária e, para isso, a destinação do seu produto é um dos elementos da sua regra de incidência. Nesse sentido Castellani (2009, p. 74) destaca que, dentro da norma de incidência da contribuição social, deverá haver o critério da destinação necessária, ou seja, o destino que deverá ter a arrecadação da contribuição social ao ser instituída.

Deveras, o autor entende que a destinação é um elemento fundamental na caracterização das espécies tributárias e, assim sendo, deve constar na norma atribuidora da competência, pois a competência para criar tributos depende de determinadas finalidades, definidas constitucionalmente. Ademais, a destinação do produto da arrecadação, constante da norma de competência, faz com que o exercício da competência deva respeitar esta previsão, de forma que, sendo elemento diferenciador das espécies, será elemento diferenciador das normas de competência.

Com efeito, para Castellani (2009, p. 74), haverá destinação necessária para as normas de competência de taxas, de empréstimos compulsórios e de contribuições especiais, enquanto não haverá tal previsão para as normas de competência de impostos e contribuições de melhoria. Sendo assim, na norma de competência, haverá a inclusão do elemento previsão ou não da destinação necessária do produto da arrecadação.

Outra lição que é de suma importância destacar é a Figueiredo (1991 apud SOARES DE MELO, 2011, p. 96):

A característica diferencial mais marcante das contribuições em relação aos impostos e taxas reside na circunstância de ser ela - contribuição - necessariamente relacionada com uma despesa ou vantagem especial referidas aos sujeitos passivos respectivos (contribuintes) [...] outro elemento normativo previsto na Constituição de 1988 como peculiar as contribuições é a prévia, expressa e inequívoca destinação da respectiva receita [...]; nas contribuições sociais, ao contrário dos demais tributos, é relevante para caracterizar uma exação não só a finalidade para a qual foi ela instituída, como também a afetação de sua receita ao custeio da atividade estatal que é pressuposto de sua criação.

Sob esse prisma, revela-se destituída de plena eficácia a regra inserta no art. 4º, II, do CTN no sentido de que para qualificar a natureza jurídica específica do tributo é irrelevante 'a destinação legal do produto de sua arrecadação.'

As linhas básicas das contribuições (no caso, as de natureza social, do art. 195) repousam na sua vinculação com a Seguridade Social, sendo desnecessário argumentar-se com a existência de elementos e situações financeiras.

Devem as contribuições integrar, de forma direta, o orçamento dos órgãos de Assistência Social, como estatuído nos incisos III do art. 165 da CF. (SOARES DE MELO, 2011, p. 96).

Cabe aqui informar que Alvim (2008, p. 104), em seu texto, traz a diferença sobre finalidade e destinação, esclarecendo que:

A finalidade é o objetivo almejado pelo legislador constituinte, enquanto a destinação é o direcionamento dado à receita das contribuições pela lei instituidora da exação, pela lei orçamentária e pelo administrador para alcançar o fim constitucional.

Resta evidente, então, que a destinação do produto da contribuição social é parte integrante da RMIT dessa espécie tributária, bem como que, se desrespeitada a sua destinação, fere-se a constitucionalidade da própria espécie tributária, conforme se deve observar na seção abaixo.

3.3.3 A (in)constitucionalidade do desvio de destinação das contribuições sociais sob a ótica do Sistema Tributário Nacional

A questão da destinação é tão importante dentro da instituição da contribuição social que, sob um aspecto do direito fundamental individual (de primeira geração) do contribuinte, em havendo o desvio da destinação, a arrecadação tributária é considerada inconstitucional, bem como o contribuinte tem direito à repetição do

indébito, ou seja, à devolução do valor pago, pois fere o seu direito de o Estado respeitar o STN, bem como fere o seu direito constitucional fundamental à propriedade privada.

Pode-se exemplificar um contexto em que o contribuinte descobre que parte de sua riqueza foi utilizada para destinação diversa daquela estipulada na lei instituidora do tributo, ou então que a pecúnia que este confiou aos cofres públicos para financiar a seguridade social – em determinado exercício –, nem mesmo foi utilizada, estando somente rendendo dividendos ao Estado, mas sem uso na sua destinação própria. Realmente, são situações difíceis para o contribuinte, que mal se sustenta com a pouca receita, o lucro e o salário que possa obter.

Nesses casos há, nitidamente, uma quebra de confiança entre o contribuinte e o Estado. Mais ainda, há uma patente incongruência no sistema tributário e social, desencadeando uma questão de inconstitucionalidade que merece ser sanada.

O Estado é um ente público que necessita de recursos financeiros para manter a prestação de diversos serviços à população que habita o seu território, tais como os essenciais, quais sejam, educação, segurança pública e saúde. Deveras, conforme já lembrado no início desta seção, para o Estado, existem duas formas típicas de obter os recursos: ou explora atividade econômica, ou exige dos habitantes do seu território que lhe prestem tributo sobre a propriedade, a renda ou o consumo.

Ora, já foi lembrado anteriormente que, por meio da interpretação do art. 173 da CF/88, a exploração da atividade econômica pelo Estado é uma exceção. Pois bem resta, ao Estado, obter receitas de forma derivada, tributando atividades praticadas pelos indivíduos que lhes são submetidos. É a soberania estatal que permite, ao Estado, a instituição de medidas que legitimam a arrecadação financeira por meio do tributo. Nesse sentido, Jarach (2004, p. 48) leciona que “a formação histórica do tributo no moderno Estado tem origem em um princípio jurídico-constitucional, o da aprovação dos encargos tributários por parte da assembleia de representantes mediante atos que têm natureza jurídico formal de lei.”

Sobre o tema, Ataliba (2008, p. 29) leciona que “os políticos (homens que dirigem o Estado), precisando atender as necessidades financeiras do poder público, usam do direito como instrumento do desígnio de abastecer o estado de dinheiro.”

Observa-se, então, que a soberania estatal é concedida pelos próprios cidadãos³¹ que escolhem os seus representantes para figurarem nos cargos eletivos do Estado, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo, sendo a instituição de tributo um produto do processo legislativo que conta com a participação dos dois poderes estatais elencados, funcionando num sistema de freios e contrapesos.

Percebe-se que quem confere legitimidade ao Estado para a instituição e arrecadação de tributo é o próprio povo que, futuramente, sofrerá a expropriação em seu patrimônio, levando dinheiro aos cofres públicos para que o Poder Público possa realizar suas atividades. Ao fim, é o cidadão que autoriza a exação tributária.

Cumprir observar a existência da relação obrigacional em si, marcada pela presença do credor (Estado/Fisco), do devedor (responsável tributário/contribuinte), do liame que institui a obrigação (a lei) entre as partes e da prestação (o tributo). Decerto, o indivíduo encontra-se submetido às imposições estatais para o pagamento do tributo, sendo tal imposição realizada por meio de lei, como bem definiu o art. 3º do CTN ao conceituar tributo (BRASIL, 1966).

Como se vê, a obrigação tributária nasce da lei, ou *ex lege*, que significa, nas palavras de Ataliba (2008, p. 35, grifo do autor) que “não nasce, como obrigação voluntária (*ex voluntate*), da vontade das partes. Esta é irrelevante para determinar o nascimento deste vínculo obrigacional.” Sendo assim, o indivíduo se submete a ter o seu patrimônio diminuído em virtude de uma imposição legal realizada por representantes seus que ocupam cargos políticos e que produzem o sistema legislativo nacional, sob o qual todos estão submetidos. Desta forma, ao fim, o indivíduo paga o tributo porque, em confiança, ele mesmo o instituiu, ainda que tenha sido por meio de seus representantes. Contudo, pode-se indagar como agir quando tal confiança é quebrada.

³¹ Não esquecer que a Constituição Federal de 1988 informa claramente, no parágrafo único do seu art. 1º, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Ora, há que se destacar que a validade da norma tributária decorre de sua compatibilidade com a norma de competência da qual ela deriva, cuja observância é obrigatória. Consequentemente, a inobservância dos requisitos formais ou materiais – estabelecidos pela norma de competência –, invalida a norma tributária. Decerto, norma tributária válida é aquela que atende aos requisitos formais exigidos pelo processo legislativo previsto para a sua edição, como também aos requisitos materiais intrínsecos à delimitação do âmbito material de competência da autoridade que a edita.

O contribuinte tem o direito de se sujeitar apenas às normas tributárias válidas, não sendo obrigado a observar o comportamento previsto por uma norma tributária inválida. Portanto, tem o direito subjetivo de não sofrer redução patrimonial em virtude da aplicação de norma inconstitucional. Nesse sentido, a CF/88 assegura o direito de propriedade e só autoriza a interferência – no patrimônio do particular –, nos casos expressamente por ela indicados. Sob a ótica do princípio da segurança jurídica, especialmente aplicado à relação jurídico-tributária, a CF/88 tratou de exaustivamente detalhar as exigências formais e materiais a serem observadas pelo legislador infraconstitucional para a válida instituição de tributos.

A necessária observância das disposições constitucionais – rígido repertório de enunciados prescritivos –, que delimitam a competência tributária representa o direito subjetivo do contribuinte de não ter o seu patrimônio reduzido, ou seja, ser expropriado em virtude de exação que não se adequa àquelas regras de competência, direito subjetivo este que decorre do próprio direito individual de propriedade.

Ao comentar sobre os direitos fundamentais e a tributação, Carrazza (2011, p. 447-449) lembra que o Estado deve, enquanto ente que exerce a tributação, observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive no que se refere aos direitos subjetivos das pessoas. Deveras, a CF/88 determinou, de modo negativo, o conteúdo das leis tributárias e, assim, ao exercerem a sua competência tributária, os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias. O autor lembra que os direitos fundamentais do homem não foram elencados na Constituição apenas para

serem formalmente reconhecidos, mas para serem concretamente efetivados. Sendo assim, Carraza (2011, p. 447-449) informa que o contribuinte tem a faculdade de, mesmo sendo tributado pela pessoa jurídica competente, ver respeitados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos.

Ora, se a hipótese de incidência da obrigação tributária encontra-se definida em lei; se a destinação é critério da Regra-Matriz de Incidência da Contribuição Social (RMICS) para a seguridade social, conforme critério anteriormente adotado; questiona-se, então, se a atribuição de destinação diversa implicaria na inconstitucionalidade da exação. Pois bem, para Paulsen (2011, p. 109), “se a própria legislação para atribuir destinação diversa da que dá suporte à instituição, restará evidenciada a falta de correspondência da sua cobrança a finalidade que a justifica, ensejando o reconhecimento da inconstitucionalidade”. Ademais, Paulsen (2011, p. 108) ainda informa que “o enquadramento da finalidade apontada na lei instituidora dentre aquelas constitucionalmente previstas como autorizadas da instituição da contribuição é requisito de validade da mesma.”

Já Castellani (2009, p. 197) advoga que:

As receitas das contribuições especiais devem ser efetiva e obrigatoriamente destinadas às atividades estatais previamente definida no texto constitucional. Vimos que essa afirmação é corroborada e torna-se cogente por intermédio da construção de uma norma de competência tributária que irradia seus efeitos sobre a norma instituidora do tributo e sobre a norma orçamentária. Mais que isso ainda acaba por regular, por via indireta, as normas construídas a partir destas, no momento de sua incidência.

Em sua obra, Barreto (2011, p. 186) lembra que a primeira manifestação do STF sobre o tema foi do Ministro Carlos Velloso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 183.906/SP que, apesar do voto vencido destacou:

Uma ressalva é preciso ser feita. É que caso há, no sistema tributário brasileiro em que a destinação do tributo diz com a legitimidade deste e, por isso, não ocorrendo a destinação constitucional do mesmo, surge para o contribuinte o direito de não pagá-lo. Refiro-me às contribuições parafiscais - sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, C.F., art. 149 - e aos empréstimos compulsórios (C.F., art. 148).

Como lembra Alvim (2008, p. 118), no julgamento da ADIn n. 2925/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF evidenciou o seu entendimento a respeito

do desvio de destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais, tendo decidido que:

É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no art. 177 da Constituição Federal.

Sob essa ótica é que se questiona se o não cumprimento da norma que instituiu o tributo gera, para o contribuinte, o direito de reaver o valor que foi recolhido. Mais precisamente, o trabalho visa indagar se, no caso das contribuições especiais, em havendo desvio do recurso financeiro arrecadado para a finalidade descrita em lei, gerar-se-ia o direito subjetivo do contribuinte de reaver o dinheiro recolhido, uma vez que a imposição legal a que este se encontra submetido não foi cumprida pelo Estado, quebrando a confiança retro mencionada.

Outrossim, cabe ainda realizar uma incursão sobre as hipóteses de repetição do indébito, bem como da construção da Regra-Matriz de Incidência da Contribuição Especial (RMICE), para, então, se observar se o desvio de finalidade do produto da arrecadação gera o direito a repetição do indébito.

Ora, a relação jurídico-tributária tem nascimento com a obrigação tributária na qual o devedor (contribuinte ou responsável tributário), ao se enquadrar na hipótese tipificada em lei, faz nascer, para o Fisco, o direito de constituir o crédito tributário. De acordo com o CTN, no § 1º do seu art. 113, “a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.” Ademais, em seu art. 114, o mesmo CTN descreve o que vem a ser o fato gerador da obrigação principal, informando que “é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.” (BRASIL, 1966).

Contudo, este trabalho se filia à tese de Carvalho (2008, p. 418), quando o mesmo define a obrigação tributária, afirmando ser esta:

[...] o nexó lógico que se instala a contar de um enunciado factual, situado no conseqüente de uma norma individual e concreta, juntamente com a constituição do fato jurídico tributário descrito no suposto da mesma norma. A edição dessa regra, como norma válida no sistema positivo, tem o condão de introduzir no ordenamento dois fatos: o fato jurídico tributário (fato gerador) e o fato relacional que conhecemos por ‘relação jurídico tributária’.

Por meio de lei, o Estado define a hipótese de incidência que, quando praticada pelo devedor, enseja para esse mesmo Estado (Fisco) o direito da prestação pecuniária referente, ou seja, o direito de lançar e cobrar o crédito tributário. É a prática de tal ato, pelo devedor, que se considera como fato gerador da obrigação tributária. Nesse sentido, buscando clarear mais uma vez, volta-se novamente para Carvalho (2008, p. 421-422) quando leciona que:

[...] as regras de direito juridicizam os fatos sociais (entre eles, os naturais que interessem de algum modo a sociedade) fazendo irromper relações jurídicas no seio das quais aparecem os direitos subjetivos e os deveres correlatos. Dai dizer-se que a incidência da regra faz nascer o vínculo entre sujeitos de direito, por força da imputação normativa. E a norma tributária não refoge desse quadro de atuação, que é universal, valendo para todo espaço e para todo tempo histórico.

Como decorrência do acontecimento do evento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato, constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja, o liame abstrato, mediante o qual uma pessoa, na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de sujeito passivo, o cumprimento de determinada prestação pecuniária. Empregando a terminologia do Código Tributário Nacional, diríamos que ocorreu o 'fato gerador' (em concreto), surgindo daí a obrigação tributária: é a fenomenologia da chamada 'incidência dos tributos'.

Em rigor, não é o texto normativo que incide sobre o fato social, tornando-o jurídico. É o ser humano que, buscando fundamento de validade em norma geral e abstrata, constrói a norma jurídica individual e concreta, na sua bimedridade constitutiva, empregando, para tanto, a linguagem que o sistema estabelece como adequada, vale dizer, a linguagem competente. Instaure, desse modo, o fato e relate seus efeitos prescritivos, consubstanciando no laço obrigacional que vai atrelar os sujeitos da relação. E tal atividade, que consiste na expedição de uma norma individual e concreta, somente será possível se houver outra norma, geral e abstrata, que lhe sirva de fundamento.

Com efeito, a hipótese de incidência do tributo deve ser bem definida em lei, na qual deverão constar todos os critérios para que o ato praticado no mundo real (mundo fenomênico) seja subsumido ao quanto descrito em lei. Incidindo o devedor na hipótese definida em lei nasce, para o Fisco, o direito de constituir o crédito tributário por meio de ato individual e concreto denominado lançamento. O lançamento, de acordo com o art. 141 do CTN é:

[...] o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (BRASIL, 1966).

Decerto, ao criar a hipótese de incidência do tributo, o legislador deverá definir o seu critério material, atentando-se para o fato que será tributado; o seu

critério temporal, ou quando haverá a exação do tributo; o seu critério espacial, ou o local de incidência do tributo; o seu critério pessoal, definindo os sujeitos passivo e ativo; bem como o seu critério quantitativo, ou seja, a base econômica (base de cálculo) sobre o qual incidirá alíquota definida, chegando-se ao valor do quanto o devedor deverá recolher aos cofres públicos.

Deveras, a relação surgida entre o Fisco e o devedor é uma relação pautada na legalidade, em que o Fisco somente poderá exigir aquilo que a lei assim determina, sob pena de ser indevido o tributo. Ora, em sendo indevida a prestação cobrada e tendo o devedor recolhido (aos cofres públicos) tal prestação, nasce, então, o direito deste último de recobrar aquilo que pagou injustamente. De acordo com o art. 165 do CTN:

O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

- I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
- II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
- III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. (BRASIL, 1966).

Utilizando-se das palavras de Machado (2010, p. 214):

O tributo decorre da lei e não da vontade, sendo por isto irrelevante o fato de haver sido pago voluntariamente. Na verdade o pagamento do tributo só é voluntário no sentido da inoportunidade de atos objetivando compelir alguém a fazê-lo. Mas é óbvio que o devedor do tributo não tem alternativas. Está obrigado por lei a fazer o pagamento.

Estes esclarecimentos são interessantes porque no Direito Civil havia regra expressa dizendo que quem paga voluntariamente só terá direito à restituição se provar que fez por erro (Código Civil de 1916, art. 965). Aliás, essa regra chegou a ser invocada pelo fisco para não restituir tributos, mas a tese foi repelida pelos tribunais e hoje, diante do CTN, dúvida não pode mais haver quanto ao direito à restituição.

O erro a que reportava a lei civil é um vício ou defeito na formação da vontade. No Direito privado, nas obrigações nascidas da vontade, é de grande relevância o seu exame. Já no Direito Tributário a vontade é irrelevante na formação da relação jurídica. Assim, um contribuinte, mesmo sabendo que o tributo é indevido, se o paga, tem direito a restituição. O que importa é a demonstração de que o tributo é realmente indevido.

Opinião que também deve ser observada sobre o tema é a de Carvalho (2008, p. 475):

Muitas vezes, a importância recolhida a título de tributo é indevida, quer por exceder o montante da dívida real, que por ter sido o crédito tributário desconstituído, em virtude de estar em desacordo com o sistema pátrio. Nesse caso, assegura o ordenamento jurídico a devolução daquilo que o contribuinte pagou indebitamente. Fá-lo mediante norma geral e abstrata cuja hipótese descreve, em caráter conotativo, o pagamento indevido, prescrevendo, no conseqüente, uma relação jurídica obrigacional em que o Fisco ocupará o polo passivo, assumindo o dever de restituir o indébito, enquanto o contribuinte figurará como sujeito ativo, com o direito de exigir o cumprimento dessa restituição. Diferentemente do que ocorre na obrigação tributária, o contribuinte é credor na relação ora examinada. O fisco se encontra no polo passivo do vínculo obrigacional, possuindo o dever de cumprir uma prestação pecuniária para com o contribuinte. Eis porque nos referimos a esse dever como 'débito do Fisco'.

Analisado o direito de repetição do indébito, cabe, então, voltar à hipótese desse trabalho, questionando se nasce o direito de repetição do indébito quando houver o desvio de destinação da arrecadação da contribuição especial, mas não sem antes analisar a RMICS.

Entendendo-se que a destinação faz parte da RMICS e que a mesma é instituída em lei, observa-se que, se não cumprida a destinação legalmente prescrita, o tributo será indevido, sendo passível de restituição por parte de Fisco. Sendo mais específico, Barreto (2011, p. 184) leciona que:

O montante cobrado a título de contribuição só pode ser aplicado na finalidade que deu causa à sua instituição. A causa, na contribuição, afirma a sua finalidade estipula o destino da arrecadação. O vínculo entre causa e destino da arrecadação não é passível de ser alteado ou afastado por intermédio de lei orçamentária, sob pena de seu comprometimento estrutural como espécie tributária. A autorização para a instituição de contribuição decorre da necessidade do ente tributante obter recursos que se destinem ao atendimento de uma finalidade específica. Em contrapartida, o ente tributante tem o dever jurídico de usar integralmente o produto da arrecadação nesse fim colimado. A norma orçamentária que rompe com esse vínculo desnatura a exigência: abre ao contribuinte a possibilidade de repetir o indébito tributário. O débito do contribuinte atrelado à finalidade. Se há desvinculação, o débito torna-se *ipso facto*, um indébito.

Comungando do mesmo entendimento, Baleeiro (1997, p. 598-599 apud PAULSEN, 2011, p. 109-110) menciona que:

Assim, a destinação assume relevância não só tributária como constitucional e legitimadora do exercício da competência federal. O contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionais admitidos; igualmente poderá reclamar a

repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto a aplicação dos recursos arrecadados [...].

Desta forma, resta evidente que a destinação faz parte da regra de incidência das contribuições sociais, não podendo ser desrespeitada pelo gestor público, sob pena de ser inconstitucional e gerar, para o contribuinte, o direito de reaver a parcela que lhe foi obrigado a pagar.

Vistos os contornos da contribuição social de seguridade social, e restando evidente que a destinação da exação encontra-se compreendida em sua regra de incidência, cabe analisar os dispositivos constitucionais que estabelecem o orçamento da seguridade social, ou seja, justamente as regras que disciplinam o destino das contribuições sociais que financiam a seguridade social.

3.4 A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

A implementação dos direitos sociais faz-se por meio da introdução do Estado Social, ou Estado de bem-estar social, decorrente da garantia de tais direitos positivamente assegurados no Texto Constitucional.

Sendo os direitos sociais prestações positivas do Estado, e necessitando de recursos a serem arrecadados para a aplicação no desenvolvimento das políticas sociais, Torres (2013, p. 9) trouxe a classificação de Estado Social Fiscal, pois, apesar de a atividade financeira continuar a se fundamentar na receita de tributos, provenientes da economia privada, estes passam a ter finalidade social e extrafiscal, com o intuito de desenvolver certos setores da economia ou de inibir o consumo e condutas nocivas à sociedade. Ademais, o autor ainda lembra que, com o Estado Social, a atividade financeira se desloca para a redistribuição de renda, por meio do financiamento da entrega de prestações de serviços públicos ou de bens públicos, além da promoção do desenvolvimento econômico (pelas subvenções e subsídios).

Deveras, conforme já afirmado acima, a destinação da contribuição social tem como finalidade a realização dos direitos sociais, uma vez que a norma instituidora do tributo em questão já traz a destinação do produto da sua arrecadação ao financiamento de atividade social específica. Ocorre que o produto a ser arrecadado

ingressa como receita no orçamento, que o vinculará à realização da atividade específica por parte do gestor estatal.

Sendo assim, faz-se necessário estudar dois pontos para melhor compreender a vinculação das receitas arrecadas por meio da contribuição social com a sua aplicação na finalidade para a qual foi criada. No primeiro ponto, encontra-se a importância do orçamento público para a efetivação dos direitos sociais. Mais à frente, cabe a análise do orçamento da seguridade social e a vinculação específica que o constituinte originário realizou sobre as receitas arrecadadas com as contribuições sociais, a fim de suportar o financiamento do sistema.

3.4.1 O orçamento e os direitos sociais

Barreto (2011, p. 177) afirma que “a noção correta de orçamento é a de estimativa de receitas e fixação de despesas, num certo lapso temporal.” Ademais, para o autor, o orçamento é um relevante instrumento de gestão de políticas públicas, apontando rumos a serem perseguidos pela Administração Pública. Ademais, é necessário destacar o ensinamento de Baleeiro (2012, p. 525) sobre o tema, quando o mesmo informa que:

Os orçamentos documentam expressivamente a vida financeira de um país ou de uma circunscrição política em determinado período, geralmente de um ano, porque contém o cálculo das receitas e despesas autorizadas para o funcionamento dos serviços públicos ou para outros fins projetados pelos governos.

A constituição de um Estado Democrático e Social de Direito deve adotar formas de programação ou de planejamento de sua atividade. De acordo com Torres (2013, p. 172), o Estado orçamentário baseia-se no planejamento, procurando fixar receitas tributárias e patrimoniais, redistribuindo rendas, entregando prestações de educação, saúde, seguridade e transporte, promovendo o desenvolvimento econômico e equilibrando a economia.

Deveras, Bustelo (1982, p. 152 apud GOTTI, 2012, p. 202-203) enfatiza que o planejamento econômico e o planejamento social encontram-se inter-relacionados, pois, para este, por trás de muitos fracassos do planejamento está uma concepção

“economicista” e tecnocrata de tal instrumento. De acordo com o autor, na elaboração do orçamento, as políticas econômica e social devem ser integradas de tal modo que quem faz política econômica faz, ao mesmo tempo, política social. Ademais, o doutrinador destaca que a política econômica refere-se à geração de recursos, enquanto que a política social trata dos problemas de distribuição, sendo que o mesmo considera as duas como fenômenos indissociáveis.

No que tange à lei orçamentária cabe, ao Poder Executivo, por meio do seu chefe, a competência para a propositura do seu projeto. Já ao Legislativo cabe o papel da deliberação, alteração, modificação e aprovação dos diversos projetos encaminhados. Observa-se, então, que os poderes participam ativamente da elaboração das peças orçamentárias, visando destinar os recursos públicos para atender as necessidades da população (OLIVEIRA, 2014, p. 552).

A CF/88 definiu que esse planejamento orçamentário se dará por intermédio do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes e da Lei Orçamentária Anual. O Plano Plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo, observando, em um planejamento conjuntural, a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital³² para o exercício financeiro subsequente; orientará a elaboração da lei orçamentária anual; disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, conforme o art. 165, § 2º da CF/88 (BRASIL, 1988). Nas palavras de Torres (2013, p.174-175), a LDO é um plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais para ulterior

³² De acordo com Carneiro (2010, p. 14), despesas de capital “são aquelas que contribuem para a formação e aquisição de um bem de capital, ou seja, que têm por finalidade o custo do aumento do patrimônio público, incluindo material permanente e a aquisição e manutenção de bem imóveis. A despesa de capital é subdividida em: Investimentos (art. 12, § 4º e art. 13 da Lei nº 4.320/1964), Inversões financeiras (art. 12, § 5º e art. 13, da Lei nº 4.320/1964) e Transferência de Capital (art. 12, § 6º, e art. 13, da Lei nº 4.320/1964.”. Ademais, as despesas de capital devem ser diferenciadas das despesas correntes, que Carneiro (2010, p. 14) classifica define como “os gastos usuais para a manutenção da máquina administrativa, incluindo os da Administração Indireta, que se subdividem em Despesas de Custeio (art. 12, § 1º, e art. 13, da Lei nº 4.320/1964) e Despesas de Transferência Corrente (art. 12, § 2º, e art. 13, da Lei nº 4.320/1964).”

elaboração da proposta orçamentária do Executivo, do Legislativo (art. 51, IV e 52, XIII da CF/88), do Judiciário (art. 99, § 1º da CF/88) e do Ministério Público (art. 127, § 3º da CF/88).

Por fim, a LDO será o diploma normativo que conterà todas as receitas e despesas da União, abrangendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. A lei orçamentária, apesar da unicidade do orçamento, prevê três espécies de orçamentos: (a) o fiscal, (b) o de investimento das empresas e (c) da seguridade social. Conforme lembra Castellani (2009, p. 159), essa divisão leva em conta o tipo de receitas e despesas consideradas e, apesar de o orçamento estar materialmente dividido em três partes, não resta afastado o princípio constitucional da unidade do orçamento.

Nesse sentido, por orçamento fiscal entende-se como a previsão de despesas e receitas da União, englobando não apenas as necessárias para a manutenção da estrutura dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), assim como as necessárias para os fundos, órgãos ou entidades da administração direta e indireta.

O orçamento de investimento engloba os valores destinados às sociedades nas quais o ente público tem participação societária. Já o orçamento da seguridade social englobará as atividades relacionadas à assistência social, à seguridade e à saúde, sendo abrangidas todas as atividades desta área, assim como eventuais fundos e órgãos ligados à seguridade, direta ou indiretamente.

Conforme lembra Oliveira (2014, p. 444), é por meio do orçamento que os recursos são destinados às necessidades assumidas pelo Poder Público. Nesse sentido, o autor informa que há uma prévia definição do que deve ser atendido, pois o agente político deve escolher, dentre as diversas opções, aquela a que dará prioridade e atenção. O doutrinador ainda elucida que é pela análise do projeto orçamentário que se observa qual o destino dos recursos arrecadados. Assim, um governo tido por socialista, que queira dedicar-se a finalidades sociais, destinará maiores recursos para fins sociais (habitação, educação e saúde), enquanto que um governo que apenas pensa em recursos para obras faraônicas marcará o orçamento com tal ideologia (OLIVEIRA, 2014, p. 552).

Observa-se, então, que a programação financeira reflete as prioridades econômicas e as diretrizes de investimento, definindo as áreas de atuação que receberão recursos do administrador público. Conforme bem pontua Castro (2014, p. 136), as decisões postas no orçamento devem ser legitimadas pelos valores constitucionalmente protegidos, levando a sociedade para um futuro melhor.

Ora, pela interpretação sistemática da CF/88, extrai-se que o Estado não pode se pautar em uma conduta minimalista liberal, mas sim em um Estado Social Democrático de Direito, interferindo na economia para a efetivação dos direitos fundamentais sociais (CASTRO, 2014, p. 135).

Por sua vez, o Texto Constitucional de 1988 preceituou que são prioritários os investimentos em: (a) habitação, saneamento básico e transporte (art. 21, XX da CF/88), nos termos das diretrizes definidas no art. 182 da CF/88; (b) política agrícola e fundiária para a consecução da reforma agrária (art. 184 e seguintes da CF/88); (c) seguridade social. A autora lembra, ainda, que o art. 170 da CF/88 prega que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (CASTRO, 2014, p. 135).

Pois bem, os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, enquanto que os direitos de primeira geração são os individuais, oriundos da herança liberal. É óbvio que ambos devem ser atendidos sem haver distinção. Conforme conclui Oliveira (2014, p. 445), observa-se que os gastos são menores para os direitos individuais, uma vez que são atendidos com a omissão do Poder Público, contudo, os direitos sociais exigem a atividade da Administração, realizando, assim, o dispêndio de dinheiro, razão pela qual é tão importante a previsão orçamentária das despesas para a efetivação dos direitos sociais.

Concorda-se com Castro (2014, p. 141) quando esta afirma que o orçamento não pode ser visto somente como uma peça financeira, mas como um produto de planejamento no qual são formuladas as grandes diretrizes das políticas públicas e identificados os recursos para implementá-las. Apesar de, no Brasil, o orçamento ser

considerado meramente autorizativo³³, e não obrigatório, a destinação de verbas deverá observar as prioridades eleitas pelo constituinte originário, tendo sido estabelecidas no art. 3º do Texto Constitucional, tais como:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Pois bem, as decisões orçamentárias devem se manter alinhadas com os ditames constitucionais, especialmente os sociais, sendo peças importantes para a realização das políticas públicas a fim de garantir os direitos sociais constitucionalmente assegurados.

3.4.2 As especificidades do orçamento da seguridade social

Os recursos arrecadados com as contribuições sociais têm, como destino, o orçamento próprio da União para o custeio da seguridade social, sendo acrescida, a este orçamento específico, a parcela do orçamento fiscal da União, que constitui uma forma indireta de financiamento da seguridade social. Ressalta-se que não se incluem as parcelas do orçamento dos Estados, Distrito Federal e municípios, que deverão permanecer nos seus respectivos orçamentos para custeio de ações de saúde e assistência social.

O orçamento da seguridade social da União destina-se a cumprir integralmente o custeio da previdência social e, parcialmente, o financiamento das ações de saúde e assistência social (VIEIRA, 2010, p. 578). A aplicação dos recursos deve estar prevista na LDO e na Lei Orçamentária Anual da União, conforme estabelece o art. 165, § 5º, I, II e III da CF/88 (BRASIL, 1988).

A proposta de orçamento da seguridade social encontra-se insculpida no § 2º do art. 195 da CF/88, em que se esclarece que a mesma:

³³ De acordo com Carneiro (2010, p. 34), “o orçamento é uma exigência constitucional expressa em um planejamento financeiro de estruturação orçamentária, que autoriza as despesas públicas com base na estimativa de arrecadação de receitas, através da lei formal, não havendo espaço para o ato administrativo normativo.” Pois bem, possuir natureza de autorizativo é informar que o orçamento trata-se de uma mera previsão de gastos, que serão realizados de acordo com a disponibilidade das receitas arrecadas no exercício.

[...] 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. (BRASIL, 1988).

Pois bem, o art. 165, § 5º, III da CF/88 estabelece que “[...] o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.” (BRASIL, 1988).

Observa-se, então, que os recursos de custeio e investimento da seguridade social são apartados daqueles que integram o orçamento fiscal. De acordo com Vieira (2010, p. 577), para os recursos em tela, não se adota a parafiscalidade, com o deslocamento do exercício da capacidade tributária ativa, mas sim, adota-se uma parafiscalidade orçamentária.

Para um melhor entendimento do tema, faz-se necessário transcrever a lição de Alvim (2008, p. 33):

Verifica-se, a partir do art. 165, § 5º, da Constituição Federal, que existem três espécies de orçamento da União, a saber: o orçamento fiscal, referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento das sociedades de economia mista; e o orçamento da seguridade social.

A citada regra constitucional de direito orçamentário repercute diretamente sobre as contribuições, visto que a receita tributária delas decorrente somente poderá ser direcionada para o orçamento fiscal ou da seguridade social, ficando afastada a possibilidade de o recurso ser encaminhado para o orçamento das sociedades de economia mista, por incompatibilidade entre o tipo de receita (tributária) auferida e a natureza da pessoa jurídica relacionada no orçamento.

Fato também que merece destaque é que o orçamento da seguridade social é exigido apenas da União (VIEIRA, 2010, p. 577). Pois bem, o produto da arrecadação das contribuições sociais de seguridade social é destinado ao orçamento da seguridade social, assim como outras receitas determinadas pela Constituição e por lei³⁴, devendo ser aplicado em sua finalidade social, sendo

³⁴ É interessante observar que o art. 11 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, estabelece a composição do orçamento da seguridade social, informando que: “art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas: I - receitas da União; II - receitas das contribuições sociais; III - receitas de outras fontes. Parágrafo único. Constituem contribuições sociais: a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; b) as dos empregadores domésticos; c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro; e) as incidentes sobre a

interessante observar, inclusive, as vedações trazidas pelo constituinte originário no art. 167 da CF/88, que vedam a utilização de recursos do orçamento da seguridade social em finalidades outras que integrem o orçamento fiscal ou o de investimento (BRASIL, 1988).

Em primeiro lugar, o inciso VI do art. 167 veda “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.” (BRASIL, 1988). Ou seja, o que integra o orçamento da seguridade social não pode ser remanejado para o orçamento fiscal ou de investimento sem a prévia autorização legislativa.

Para Oliveira (2014, p. 618), a vedação em questão deixa claro que, ao ser aprovado um orçamento, ele deve ser cumprido, não podendo o Executivo, a pretexto de melhor atendimento das necessidades públicas, alterar as categorias nem transferir verbas de um órgão para outro, pois estaria adulterando a definição das necessidades dada pelo próprio Poder Legislativo. Sendo assim, somente haverá alteração mediante prévia autorização legislativa. O inciso VIII do mesmo artigo constitucional também veda “[...] a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º.” (BRASIL, 1988).

Oliveira (2014, p. 619) chama a atenção que, no inciso em voga, é imperiosa a exigência de lei, pois ressaltou-se a “autorização legislativa específica”. Para o autor, nos demais incisos do art. 167 da CF/88, basta a mera previsão genérica, sem ser necessária uma lei específica. Ademais, sobre o inciso VIII em questão, é interessante observar a lição de Castellani (2009, p. 149):

receita de concursos de prognósticos.” Ademais, o art. 27 do mesmo diploma legal ainda estabelece outras receitas para o orçamento em questão: “art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social: I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios; II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros; III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens; IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras; V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais; VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal; VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal; VIII - outras receitas previstas em legislação específica.” (BRASIL, 1991).

O art. 167, VIII, da CF, indica, expressamente, a impossibilidade de transpor tais créditos para orçamento de investimentos, não vedando, desde que haja autorização legislativa, o manejo dos valores entre o orçamento fiscal e da seguridade. Entendemos, apesar de não enunciado de maneira expressa, que a norma de competência das contribuições impõe a impossibilidade de alteração dos valores para qualquer tipo de orçamento. Com isso, entendemos que os valores decorrentes das contribuições sociais para a seguridade social devem estar relacionados, em sua totalidade, no orçamento da seguridade.

Outra vedação interessante, e que interfere diretamente nas contribuições sociais de seguridade social e em sua destinação, é a insculpida no inciso XI, do art. 167 da CF/88, em que o constituinte originário vedou “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.” (BRASIL, 1988).

Pois bem, o dispositivo constitucional em tela proíbe, taxativamente, que as contribuições sociais do empregador sobre a folha de salário, receita ou faturamento, lucro e do trabalhador sejam destinadas a outra finalidade que não ao pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador, sujeito ao regime geral da previdência, tal como previsto no art. 201 da CF/88. Comentando as vedações do inciso XI, Castellani (2009, p. 176) aponta que:

Nos termos do mandamento constitucional constante do artigo 167, XI, as receitas específicas das contribuições sociais para a seguridade incidente sobre a remuneração pagas pelo empregador e sobre a aferição de rendimentos, por trabalhadores e demais segurados, devem ser destinadas especificamente para o custeio do sistema de previdência social. Para estas contribuições, o campo de destinação é ainda mais específico, na medida em que a seguridade social engloba, também, as atividades ligadas à saúde e à assistência social, destinos autorizados para tais contribuições. Em outras palavras, se as demais contribuições sociais para a seguridade podem ter suas receitas utilizadas para o financiamento de qualquer atividade social relacionada à seguridade social, as citadas somente podem ser destinadas ao montante previdenciário. Não vislumbramos, contudo, qualquer possibilidade de destinação diferenciada destes recursos (não relacionados à seguridade social). Não seria possível, com isso, alocar os recursos provenientes destas contribuições nos orçamentos fiscais ou de investimentos.

Desta forma, entender as regras de financiamento e do orçamento é imprescindível para se discutir a destinação das contribuições sociais. Em primeiro lugar, o financiamento, pois o foco é justamente a forma direta de obtenção de recursos pela seguridade social por meio da arrecadação da espécie tributária

contribuição social. Em segundo lugar, o orçamento, pois é o planejamento de despesas que o Executivo realiza com as receitas arrecadas.

Deveras, pode-se observar que as contribuições especiais sociais são criadas com a destinação vinculada ao financiamento das prestações estatais de efetivação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Ou seja, ao prever os direitos sociais como direitos prestacionais realizados pelo Estado para salvaguardar o bem-estar social dos seus cidadãos, o constituinte originário também criou a fonte de custeio para arrecadar receitas, a fim de implementar tais direitos.

A intenção de implementação dos direitos sociais resta mais clara ainda quando o constituinte originário, ao criar as regras constitucionais orçamentárias, destaca um orçamento específico para a seguridade social, criando vedações de transposições de recursos sem autorização legislativa, ou seja, sem autorização do próprio cidadão por meio dos seus representantes constituídos e, ainda assim, estabelecendo que os valores arrecadados com contribuições sociais do empregador sobre a folha de salário, receita ou faturamento e lucro e do trabalhador não sejam destinadas a outra finalidade que não o pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador sujeito ao regime geral da previdência, não prevendo qualquer forma de desvinculação.

Pois bem, percebe-se que desvincular tais receitas para a efetivação dos direitos sociais não foi o plano do constituinte originário, pela dificuldade por ele criada, bem como por não permitir a desvinculação das contribuições sociais do empregador sobre a folha de salário, receita ou faturamento e lucro, e do trabalhador não sejam destinadas a outra finalidade que não o pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador sujeito ao regime geral da previdência. Ademais, corroborando com o tema, Pinto (2008, p. 529) assim se posiciona:

Bem é de se ver que a procedimentalização das peças orçamentárias – em sua elaboração e execução – diz respeito, em última instância, a um rol de prioridades governamentais na alocação de recursos em específicas atividades e despesas. O estabelecimento em sede constitucional de vinculações é, portanto, uma estruturação normativa de fonte de custeio própria dentro de orçamento específico para a seguridade e de limites mínimos discursivamente postos no ordenamento brasileiro (vide, por exemplo, o art. 198, § 2º, e o art. 212, da Constituição de 1988).

As vinculações orçamentárias são garantias instrumentais de consecução de políticas públicas que tanto viabilizam que o Estado cumpra seus deveres constitucionais (explicitamente assim denominados) com educação

(art. 205), saúde (art. 196) e seguridade (art. 194, parágrafo único), como também asseguram que os cidadãos – do ponto de vista de suas posições jurídicas subjetivas individuais – possam exercer seus direitos fundamentais.

Contudo, eis que o constituinte derivado reformador resolve criar a chamada DRU, por meio de EC aos ADCT's da CF/88, o que atinge, indiscriminadamente, o produto das contribuições sociais, as regras orçamentárias acima elencadas e a efetivação dos direitos sociais. Desta forma, é imperioso estudar a DRU, a sua evolução legislativa, os motivos para a sua implementação e o seu impacto financeiro no orçamento da seguridade social. Somente assim é que se poderá questionar se a DRU fere ou não a Lei Constitucional quando utilizados, como parâmetros, os direitos sociais fundamentais.

4 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO E A SUA APLICAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Como se observa, para a efetivação dos direitos sociais, é necessária a fonte de custeio que os financie, sendo que o legislador constituinte originário criou as contribuições sociais para financiar as atividades específicas do Estado no sentido de prestar serviços ao cidadão e concretizar o Estado de bem-estar social. Buscaram-se garantir, assim, os direitos sociais previstos no Texto Constitucional, vedando, no orçamento, que os valores arrecadados sejam transferidos a outra finalidade, exceto com autorização legislativa, mas assegurando que parcelas desses valores não sejam destinadas a outra finalidade que não seja o pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador – sujeito ao regime geral da seguridade social.

Pois bem, ocorre que o legislador constitucional derivado reformador, por meio de EC, alterou os ADCT's da CF/88 para promover a desvinculação das receitas arrecadadas a título de contribuições sociais. Com efeito, o art. 76 da ADCT, atualmente modificado pela EC n. 68 de 2011, estabeleceu a chamada DRU, informando que:

São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (BRASIL, 1988).

Destaca-se que está excetuada a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da CF/88. Deveras, é interesse este trabalho conhecer a DRU, entender a sua evolução normativa, a intenção do legislador e os efeitos desta sobre a efetivação dos direitos sociais, utilizando-se, como parâmetro, o deslocamento das receitas que deveriam ingressar no orçamento da seguridade social.

4.1 A EVOLUÇÃO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO

Conforme já dito acima, por meio da DRU, a União poderá desvincular em até 20% o montante arrecadado com as contribuições sociais. Com efeito, a nova

redação do dispositivo constitucional acima transcrito foi dada pela EC n. 68, de 2011.

Como lembra Velloso (2012, p. 671), a DRU foi instituída pela EC n. 27, de 2000, abrangendo, originariamente, 20% dos recursos arrecadados com os impostos e contribuições sociais federais. Com a edição da EC n. 42, o dispositivo constitucional também passou a prever as receitas da Cide.

Cumprir observar que o desvio de receitas vinculadas da União não foi uma novidade introduzida pela EC n. 27/2000. Antes dela, a EC de Revisão n. 1, de 1994, já havia afetado, ao FSE, 20% dos recursos angariados com todas as contribuições da União, ao incluir o art. 72 no ADCT, que estabeleceu que:

[...] integram o Fundo Social de Emergência [...] (IV) vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, já instituídos ou a serem criados, excetuado o previsto nos incisos I, II e III, observado o disposto nos §§ 3º e 4º (redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1996). (BRASIL, 1988).

Tobaldini e Suguihiro (2011, p. 5) lembram que, a princípio, o FSE seria limitado ao exercício financeiro de 1994 e 1995. Lembram ainda que, de acordo com o texto da EC de Revisão n. 1, “os recursos desvinculados pela aplicação do FSE seriam direcionados para as ações nas áreas de saúde e educação, benefícios previdenciários, bem como para outros programas de relevante interesse econômico e social.” Contudo, isso não ocorreu, visto que estes recursos foram utilizados para “[...] senão equilibrar, ao menos atenuar o déficit das finanças públicas federais e para obter maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento.”

Historiando a trajetória da desvinculação, Tobaldini e Suguihiro (2011, p. 6) informam que:

No ano de 1996, a EC nº 10 explicitou o verdadeiro intuito do FSE, renomeando-o como Fundo de Estabilização Fiscal – FEF, sem grandes alterações quanto à operacionalização. O objetivo central era a prorrogar este dispositivo para os exercícios financeiros de 1996 e 1997. Em 1997 houve nova prorrogação deste dispositivo, por força da EC nº 17. O art. 3º trouxe de diferente foi apenas o estabelecimento de uma medida de compensação de perdas quando foram desvinculadas as receitas do imposto sobre propriedade territorial rural a que têm direito os municípios, por força do art. 158, II da Constituição. Esta EC prorrogou o Fundo de Estabilização Fiscal até 1999. A EC nº 27 no ano de 2000, cria a Desvinculação de Recursos da União – DRU.

A EC n. 42, de 2003, prorrogou a DRU por mais quatro anos, mantendo, como lembra Pinto (2008, p. 520 apud TOBALDINI; SUGUIHIRO, 2011, p. 6), “o formato de pura e direta desvinculação linear de qualquer órgão, despesa ou fundo do montante de 20% de todos os impostos e contribuições sociais federais.”

Ademais, no ano de 2007, foi aprovada a EC n. 56, com o intuito de manter a DRU até 31 de dezembro de 2011, conforme redação dada à época pelo art. 76 dos ADCT's. Tobaldini e Suguihiro (2011, p. 6) lembram que “a EC n. 59, de 2009, reduziu gradativamente os percentuais da DRU sobre a política pública de educação.” Deveras, esta EC acrescentou, ao artigo 76 dos ADCT's, o § 3º, a partir do qual diminui gradativamente a incidência da DRU de 20% para 12,5% (em 2009), para 5% (em 2010) e, no exercício de 2011, este percentual seria nulo. Contudo, como se observa da EC n. 68, a DRU continua sendo aplicada e, em vez de ser um ato transitório, vem se prolongando por mais de duas décadas.

4.2 A JUSTIFICATIVA PARA DESVINCULAR RECEITAS

Conforme se observa da narrativa do trabalho em tela, a CF/88 representou um enorme avanço na garantia dos direitos sociais e, para a efetivação dos mesmos, criou, por meio das contribuições sociais, instrumentos de arrecadação de receitas para fazer frente às despesas que os direitos prestacionais exigem do Estado, vinculando os recursos arrecadados à finalidade específica e retirando a discricionariedade do gestor. Ademais, nas palavras de Tanno e Cambraia (2011, p. 3):

A CF/88 avançou no reconhecimento de direitos sociais, notadamente nas áreas da saúde, previdência, assistência e educação. Também, aumentou participação de estados-membros e municípios na distribuição de impostos federais, por meio de transferências aos fundos de participação dos entes federados. Essas ações contribuíram para elevação do 'grau de engessamento' do orçamento, pois acarretaram o aumento de vinculações das receitas públicas e das despesas obrigatórias.

Pois bem, o Texto Constitucional prevê, como regra, que a arrecadação dos impostos federais deve ser repartida, direta ou indiretamente, com os estados federados e os municípios. Sendo assim, aumentar a arrecadação por meio de impostos não resolveria o problema do fluxo financeiro para o Governo Federal.

Com efeito, se fosse nos dias atuais e a União instituísse um novo imposto (art. 154, I, CF/88), 20% da arrecadação seriam destinados aos estados e Distrito Federal, na forma do art. 157, II da CF/88. Ademais, aumentando-se a arrecadação dos impostos já existentes – como o Imposto de Renda (IR) e o Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) –, esbarrar-se-ia na redação do art. 159 da CF/88, o qual determina que:

A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:

- a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
- c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;
- d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;
- e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano [...]. (BRASIL, 1988).

Tomando-se, como parâmetro, os dias atuais, o mesmo art. 159, em seu inciso II, determina que a União entregará:

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (BRASIL, 1988).

Aumentar a carga tributária existente, por meio de impostos, não auxiliaria no projeto de liberação financeira de recurso, pois, como visto, o constituinte elaborou um sistema de repartição de receitas tributárias que vinculou a entrada de recursos com a distribuição entre os entes federados (distribuição de competência). Sendo assim, tal medida não ajudaria o governo.

Esse fator, conjugado com a estabilização econômica almejada a partir da implementação do Plano Real, revelou a necessidade da adoção de algum

instrumento que pudesse substituir as receitas inflacionárias, a fim de permitir a consolidação da política econômica e a realização das ações prioritárias do governo. Diante da dificuldade de realização de uma reforma tributária, a solução encontrada foi a criação do já citado FSE, em 1994, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica. Os recursos deste fundo foram constituídos, entre outras receitas, de 20% do produto obtida pela arrecadação de impostos e contribuições especiais (incluindo a contribuição social).

O FSE tem, como fundamentação, a Exposição de Motivos n. 395, de 7 de dezembro de 1993, de autoria do então Ministro de Estado da Fazenda Fernando Henrique Cardoso, na qual se propõem três frentes para a estabilização da economia: a) o equilíbrio orçamentário no biênio 1994-1995; b) sugestões à revisão constitucional, e c) reforma monetária. (REVISTA DE ECONOMIA POLÍTICA, 1994, p. 114).

Nesse documento, o ex-Ministro menciona que a crise fiscal da União também decorre do aumento de rigidez das contas públicas, resultado da expansão gradual das transferências obrigatórias e vinculações constitucionais das despesas e receitas, as quais não podiam ser alteradas nos orçamentos anuais. Como exemplo, Fernando Henrique Cardoso destaca que as transferências para estados e municípios passaram de 11,87%, em 1983, para 18,8%, em 1992, enfatizando, ainda, que as despesas predeterminadas à seguridade social passaram de 34,8%, em 1988, para 48,1%, em 1992. Sendo assim, concluiu que as receitas “livres” da União foram reduzidas.

Ademais, Fernando Henrique Cardoso aponta que, naquele momento, após reestimar as despesas com pessoal e os benefícios previdenciários, o déficit operacional do orçamento de 1994 chegava aos 9,3 bilhões de dólares.

Ora, foi para sanar o déficit nas contas públicas daquele momento histórico que o então Ministro da Fazenda propôs a criação do FSE, que teve, de acordo com o quanto escrito na exposição de motivos em análise, o “[...] objetivo de equacionar o financiamento dos principais programas sociais que na proposta orçamentária original, mesmo após os cortes feitos, teriam de ser financiados por fontes inflacionárias.” Ressalta, também, que o FSE seria “[...] utilizado, de forma a

complementar, no pagamento, de despesas relacionadas com outros programas especiais de relevante interesse econômico e social.” (REVISTA DE ECONOMIA POLÍTICA, 1994, p. 120).

As ideias apresentadas na Exposição de Motivos n. 395 foram utilizadas pelo relator da proposta da EC de Revisão n. 1, de 1994:

Como se depreende da exposição de motivos nº 395, de dezembro de 1993, e da mensagem complementar à Mensagem 550, de agosto de 1993, o Programa de Estabilização tem por objetivo fundamental a eliminação do déficit operacional que figurava no Projeto de Lei do Orçamento de 1994, remetido ao Congresso Nacional em agosto de 1993, e na manutenção desse equilíbrio em no orçamento de 1995.

A premissa básica do governo de trabalhar com o pleno equilíbrio operacional (déficit zero), em que as despesas não financeiras são financiadas exclusivamente com receitas não financeiras, levou-o a reduzir as despesas e a criar o Fundo Social de Emergência - FSE, que ao lado de lhe haver possibilitado alocar os recursos previsto com maior flexibilidade, pôs-lhe à disposição um mote adicional de recursos, necessários para eliminar a última parcela do déficit operacional de 1994, que remanesce após o processo de redução de despesas. [...]

Através do Fundo Social de Emergência, o Governo Federal propunha recolher da sociedade, em substituição ao imposto inflacionário, um adicional de imposto e contribuições federais, da ordem de US\$ 3,7 bilhões (5% de aumento linear), bem como propunha a desvinculação de 15% das receitas sujeitas às destinações constitucionais, situação que implicava a retenção de 15% dos recursos destinados aos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no montante previsto de US\$ 2,1 bilhões. O Governo solicitou do Congresso Nacional a aprovação dessas duas medidas, para assegurar o ingresso adicional de recursos necessários para eliminar a última parcela remanescente do Déficit, após concluído o processo de redução de despesas. (BRASIL, 1994 apud FRANCO, 2011, p. 32).

Comentando a criação do FSE, Salvador (2008, p. 321) informa que a desvinculação desses recursos, com a utilização de instrumentos como a DRU, caminhou na direção oposta às conquistas sociais da Constituição. Tudo começou nos preparativos para a adoção do Plano Real, no início dos anos 90. A política fiscal foi, como se sabe, parte determinante das decisões macroeconômicas que deram sustentação ao plano. Para o autor, o governo da época seguiu as recomendações dos organismos multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), realocando recursos dos fundos públicos para a livre aplicação dos condutores das políticas econômicas.

A desvinculação de recursos para salvaguardar déficits do orçamento também é observada no FEF, editado pela EC n. 10/1996, que o prorrogou até 30 de junho

de 1997, bem como pela EC n. 17/1997, que realizou nova prorrogação até 31 de dezembro de 1999.

Deveras, sobre a prorrogação do FEF, a Mensagem n. 275, enviada ao Congresso Nacional para justificar o encaminhamento da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 449, de 1997, que deu origem à EC n. 17/1997, explicitava o objetivo de tal medida, informando que:

2. O objetivo da iniciativa é preservar as condições mínimas necessárias à obtenção de resultados fiscais compatíveis com a consolidação da estabilidade e o crescimento sustentado. Para tanto, continua a ser necessária a manutenção de instrumento capaz de reduzir a rigidez provocada pela excessiva vinculação de receitas e gastos predeterminados, de tal maneira a permitir que se financie despesas incomprimíveis sem a necessidade de endividamento adicional da União. [...]

7. Ocorre que ainda agora se encontram em tramitação no Congresso Nacional as emendas constitucionais indispensáveis à reestruturação dos gastos públicos. Persiste, pois, o quadro de restrições que exigiu a criação do Fundo Social de Emergência, como única forma de avançar no processo de estabilização, enquanto não se aprovassem as emendas constitucionais referidas.

8. Em face do exposto, torna-se impositivo encaminhar a V. Exa., a presente proposta de emenda constitucional, visando à prorrogação de prazo de vigência do Fundo de Estabilização Fiscal até o final do ano de 1999, quando deverão estar definitivamente implantadas as reformas constitucionais indispensáveis à manutenção do equilíbrio fiscal em bases permanentes. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997, p. 12-13).

A mesma justificativa foi dada na PEC n. 85, de 1999, que resultou na EC n. 27/2000, contudo, ressaltou-se “[...] que a desvinculação de fontes orçamentárias é de essencial importância para que se possa financiar adequadamente programas sociais indispensáveis, ainda que parte do que é desvinculado seja devolvido para a mesma finalidade.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1999, p. 12).

Já na PEC n. 41, de 2003, encaminhou-se a prorrogação, mas agora somente a título de cautela, como se observa:

A nova redação dada ao art. 76 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias amplia o prazo de vigência de uma norma relevante na condução da política econômica do Governo brasileiro. Embora os indicadores da economia nacional, estejam, hoje, bem melhores do que no passado, a cautela exige que se mantenha vigente tal comando até que as condições macroeconômicas e as incertezas do cenário internacional desapareçam. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003, p. 15).

Na PEC n. 56, de 2007, na qual houve a prorrogação da DRU até dezembro de 2011, o texto justificativo trouxe as mesmas razões de liberdade de receitas e quebra do engessamento orçamentário.

A desvinculação de receitas e a criação ou majoração de tributos foram os principais instrumentos de ajuste fiscal adotados na implementação do Plano Real em 1994. As sucessivas prorrogações da desvinculação e da CPMF foram necessárias para preservar a estabilidade econômica e, a partir de 1999, viabilizar a obtenção de superávits primários.

A adoção de um severo programa de ajuste fiscal, em 1999, voltado para a obtenção de superávits primários expressivos, impôs a permanência do mecanismo de desvinculação de receitas. Desde aquele exercício, as receitas da seguridade social vêm sendo redirecionadas não apenas para gastos fiscais, mas também para assegurar saldos positivos nas contas públicas. (DIAS, 2008, p. 9).

São esclarecedoras as considerações de Salvador (2008, p. 328) sobre o fato de a DRU ser utilizada para a formação de superávit primário:

Os recursos desvinculados da seguridade social pela DRU têm participação relevante na composição do superávit primário. Em 2000, o desvio realizado pela DRU foi equivalente a 73% do superávit primário do governo federal. No período de 2002 a 2004, a participação da DRU vinha sendo reduzida ao montante do superávit primário. Contudo, após esse ano, voltou a subir e, em de 2007, 65% do superávit primário advém de recursos que pertenciam à seguridade social [...]. Portanto, cada R\$ 100,00 de superávit primário, pelo menos R\$ 65,00 foram retirados por meio da DRU do orçamento da seguridade social.

Para Cardoso Jr. e Castro (2005, p. 14 apud SALVADOR, 2008, p. 328), a DRU é uma peça-chave na estratégia da política fiscal para a composição do superávit primário, o que significa que “por meio deste expediente, processa-se, então uma transferência não desprezível de recursos do lado real da economia, e mais explicitamente, da área social, para a gestão financeirizada da dívida pública [...]”. De acordo com Cardoso e outros (2006 apud SALVADOR, 2008, p. 328):

A engenharia macroeconômica que permitiu o controle relativo da inflação passou pelo crescente endividamento financeiro do país, pelo corte de gastos reais e pelo incremento de receitas próprias (uma apropriação maior de recursos por parte do governo central), sobretudo no segundo mandato do governo Fernando Henrique Cardoso (1999 a 2002). A estratégia é mantida no Governo Lula, que aprofunda o ajuste econômico desde 1995, adotando políticas monetárias e fiscais restritivas.

Na opinião de Velloso (2012, p. 671), a DRU:

[...] trata-se de um artifício contábil que almeja reduzir o engessamento financeiro da União, cujos recursos são comprometidos, em larga medida, com despesas correntes (gastos com pessoal, material de consumo, etc.) e com finalidade específica e pré-determinada, o que ocorre sobretudo nas contribuições especiais, tributos que se singularizam justamente por serem afetados a finalidade específicas.

Como o art. 195 da CF/88 determina que as contribuições sociais sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro financiem, exclusivamente, a seguridade

social, a desvinculação liberou receitas desse orçamento para gastos de natureza fiscal (BRASIL, 1988). O pagamento de juros e a amortização da dívida, em especial, são despesas próprias do orçamento fiscal, com raras e específicas exceções.

Ademais, é importante destacar, por último, a exposição de motivos da EC n. 68/2011, assinada pelos então Ministros de Estado Guido Mantega (Ministro de Estado da Fazenda) e Miriam Aparecida Belchior (Ministra de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão) que, como visto acima, estende a DRU até 31 de dezembro de 2015:

2. Essa alteração no ADCT justifica-se porque a estrutura orçamentária e fiscal brasileira possui elevado volume de despesas obrigatórias, como as relativas a pessoal e a benefícios previdenciários, e também vinculação expressiva das receitas orçamentárias a finalidades específicas. Esse delineamento tende a extinguir a discricionariedade alocativa, pois reduz o volume de recursos orçamentários livres que seriam essenciais para implementar projetos governamentais prioritários, e prejudica a formação de poupança para promover a redução da dívida pública.

3. Nesse cenário, a desvinculação de receitas, vigente desde o ano 2000, foi instrumento de racionalização da gestão orçamentária, que ampliou as possibilidades de atuação dos gestores públicos e possibilitou atender, de forma célere e tempestiva, as demandas da sociedade, sem comprometer o equilíbrio fiscal das contas públicas. Nesse ínterim, a DRU tem permitido à Administração Pública Federal não só estabelecer prioridades, mas também prover e alocar recursos para torná-las exequíveis. Ressalte-se que a conjuntura do Brasil urge investimentos e respectivas fontes de financiamento, a fim de adequar a infraestrutura do País às exigências internacionais correlatas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. (BELCHIOR; MANTEGA, 2011).

Pois bem, de acordo com as peculiaridades de cada exercício fiscal, a DRU tem possibilitado uma maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento e no fechamento das contas públicas. Enfim, a finalidade da DRU, sob a ótica do governo, é colaborar para que se garanta a estabilidade econômica.

O mecanismo da DRU vem sendo desenvolvido como um artifício para que a meta de superávit primário seja alcançada, ou seja, que o governo demonstre ter arrecadado mais do que gastou. Deveras, se não estivessem desvinculadas as receitas da seguridade social, a destinação legal das contribuições sociais estaria mantida e os recursos acabariam por ser aplicados em gastos com previdência, saúde ou assistência social.

Ademais, ainda que não houvesse o aumento de despesas, esses recursos não poderiam ser aplicados no serviço da dívida pública federal, que constituem despesas do orçamento fiscal, uma vez que os valores arrecadados com as contribuições sociais não podem ser destinados a outra finalidade em virtude da sua vinculação constitucional. Resta claro então que, com a DRU, as receitas do orçamento da seguridade deixam de ser vinculadas, contribuindo para viabilizar o superávit pretendido.

4.3 O EFEITO FINANCEIRO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO PARA O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

De acordo com a justificativa acima, a DRU tem, como foco principal, a liberação de receitas orçamentárias viabilizando, assim, que o governante tenha discricionariedade na aplicação de tais recursos, observando o desenvolvimento político e econômico do país.

Contudo, a DRU envolve diretamente a destinação das contribuições sociais que, como visto, financia os direitos sociais. Sendo assim, nada mais exemplificativo do que perquirir qual o efeito financeiro da DRU perante o orçamento da seguridade social, posto que financia a maior parte dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Ao comentar sobre a DRU, as autoras Behring e Boschetti (2006, p. 166-167) chegam à conclusão de que, “no período de 2002 a 2004, foram desviados do Orçamento da Seguridade Social R\$ 45,2 bilhões, que deveriam ser utilizados para as políticas de previdência saúde e assistência social e poderiam ampliar os direitos relativos a essas políticas.”

Na mesma esteira, Tobaldini e Suguihiro (2011, p. 6) informam que, no período de 2000 a 2007, a DRU foi responsável por 62,45% do superávit primário, ou seja, apresentadas as contas do governo, as receitas superaram os gastos, tendo a DRU a participação acima afirmada.

Em análise sobre a arrecadação das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social e a DRU, Salvador (2008, p. 12) observou que,

somente em 2007, a DRU retirou R\$ 38,6 bilhões do orçamento da seguridade social, conforme dados da Secretaria do Tesouro Nacional. O autor ainda comenta que esses recursos deveriam ser destinados às ações de previdência, saúde e assistência social, e poderiam ampliar os direitos relativos a estas políticas sociais, mas acabaram compondo o superávit primário.

Exemplificando o quanto informado, Salvador (2008, p. 12) colaciona, em seu trabalho, uma planilha elaborada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) que compara a arrecadação por meio das contribuições sociais – com e sem a DRU. Em tal planilha, o autor afirma que a Previdência Social arrecadou, no ano de 2006, o valor de R\$ 119,096 bilhões, contudo, ao se aplicar a DRU, a arrecadação caiu para R\$ 95,277 bilhões. Na mesma planilha, o autor observa que, no ano de 2007, houve arrecadação da seguridade social no valor de R\$ 136,874 bilhões, mas, quando aplicada a desvinculação de 20% referente à DRU, houve uma queda para R\$ 109,499 bilhões. Por fim, no ano de 2008, a arrecadação da seguridade social foi de R\$ 155,639 bilhões, mas, ao ser aplicada a desvinculação, houve nova queda para R\$ 124.511 bilhões.

O relatório formulado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP, 2011, p. 62) destacou que, no ano de 2005, foram desvinculados, do orçamento da seguridade social, R\$ 32,496 bilhões; no ano de 2006, a soma subiu para R\$ 33,806 bilhões; na mesma crescente, no ano de 2007 foram desvinculados R\$ 38,550 bilhões; já no ano de 2008, foram desvinculados R\$ 39,255 bilhões; no ano de 2009, houve queda de desvinculação, mas, ainda assim, foram desvinculados R\$ 38,776 bilhões; e por fim, no ano de 2010, foram desvinculados R\$ 45,860 bilhões.

Já no relatório da Anfip (2014, p. 127) apurou-se que, no ano de 2011, foram desvinculados R\$ 52,441 bilhões; já no ano de 2012, o valor de desvinculação foi de R\$ 58,075 bilhões e, por fim, o último dado publicado demonstra que, no ano de 2013, a DRU retirou a cifra de R\$ 63,4 bilhões do orçamento da seguridade social.

Uma análise importante sobre o tema é realizada por Davi e outros (2010, p. 79-80), quando destacam que a DRU é um duro golpe nas principais políticas sociais do Estado brasileiro, em especial na seguridade social. Os autores lembram

que o sistema de seguridade é financiado por tributos pré-definidos, ou seja, as contribuições sociais possuem arrecadação vinculada, mas, desde a criação da DRU, tal sistema perde 1/5 dos recursos para o mercado, beneficiado pelo pagamento de juros. Ademais, a Anfip (2007 apud DAVI et al, 2010, p. 80) comenta que:

A DRU resulta da política de ajuste fiscal, implantada desde os anos 1990 no Brasil, e foi mantida, com metas mais ousadas, no Governo Lula, na entrada do novo milênio. Tem a finalidade de minimizar os impactos dos gastos com a dívida pública, fruto da política das altas taxas de juros, após o Plano Real.

É justamente no orçamento da Seguridade Social que a DRU encontra a sua principal fonte e isso representa a restrição dos recursos para a garantia dos direitos sociais, o que expressa uma inegável evidência da opção brasileira pela redução do escopo da proteção social dos trabalhadores, em prol de um beneficiamento ao capital financeiro, especulativo. (DAVI et al, 2010, p. 79-80).

Interessante também é colacionar o pensamento de Boschetti e Salvador (2007, p. 17), quando informam que é por meio da DRU que “ocorre a alquimia de transformar os recurso destinados ao financiamento da seguridade social em recursos fiscais para a composição do superávit primário e, em consequência, sua utilização para pagamento de juros da dívida.”

Como exemplo, Davi e outros (2010, p. 72) informam que, no ano de 2008, os encargos da dívida pública consumiram R\$ 162 bilhões de receitas da União, representando 16 vezes o montante de recursos destinados ao programa Bolsa Família que, de acordo com os autores, foi de R\$ 10,6 bilhões. Ademais, de acordo com dados extraídos do Siafi no ano de 2008, conclui-se que, muitas vezes, o sistema financeiro recebeu mais recursos com o pagamento de juros do que os recursos que foram gastos com educação, saúde e outras rubricas sociais. Os autores ainda levantam que a União, entre os anos de 2000 e 2007, gastou 264,24 vezes mais com juros do que gastou com habitação. Utilizando-se dos dados do Siafi, os autores informam que a União, neste mesmo período, gastou 7,74 vezes mais com o pagamento de juros do que foi gasto com assistência social; gastou 3,11 vezes mais com o pagamento de juros do que o que foi gasto com saúde; gastou 6,53 vezes mais com o pagamento de juros do que o que foi gasto com educação;

gastou 154,53 vezes mais com pagamento de juros do que o foi gasto com ciência e tecnologia.

Os autores ainda mencionam que, no período de 2000 a 2007, a União gastou R\$ 250 bilhões com saúde e R\$ 119 bilhões com educação. Contudo, as soma dos dois gastos acima indicados somente representam 47,5% do que foi gasto com o pagamento de juros da dívida pública (DAVI et al, 2010, p. 72).

Como se observa dos seletos dados apurados, realizando-se a análise desde o ano de 2002, até a mais recente publicada pela Anfip (2011, 2014) e acima transcrita, a DRU acarreta a desafetação de recursos arrecadados para a promoção dos direitos sociais originariamente previstos pela Constituição Federal. Mais especificamente, a DRU vem realizando o desvio da destinação das contribuições sociais para a seguridade social e revertendo 20% do montante para o orçamento fiscal, ou seja, para o pagamento de despesas quaisquer.

Boschetti e Salvador (2007, p. 5) consideram que, no Brasil, a seguridade social enfrenta dificuldades desde seu nascimento, em consequência da não-implementação do sistema orçamentário próprio previsto na CF/88.

A finalidade principal do orçamento da seguridade social era constituir-se em um espaço próprio e integrador das ações de previdência, saúde e assistência social, assegurando a apropriação dos recursos do orçamento fiscal. Entretanto, isso na prática não se consolidou; a área de assistência social foi virtualmente eliminada, e a saúde imprensada, de um lado, pelo Orçamento Geral da União e, de outro, pelo Ministério da Previdência. (BOSCHETTI; SALVADOR, 2007, p. 6).

É interessante destacar que, quanto à PEC n. 61, que acarretou na EC n. 68, de 2011, Lessa (2011, p. 7) informa que:

A DRU não tem impedido a expansão de gastos sociais prioritários, ao contrário, o sistema de desvinculação tem permitido à Administração Pública estabelecer prioridades e alocar recursos para o atendimento destas, como é o caso, por exemplo, do programa Bolsa Família e de parte dos projetos inseridos no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Contudo, os indicadores sociais – percorridos na seção 2.5 desse trabalho –, demonstram que o Estado de bem-estar social ainda não foi atingido, sendo temeroso desvincular receitas que foram criadas justamente para financiar programas sociais e estabelecer os direitos sociais insculpidos na CF/88.

Sobre a verdade quanto à criação da DRU, Lessa (2011, p. 4) revela que:

[...] as finalidades da desvinculação são:

- a) permitir a alocação mais adequada de recursos orçamentários, evitando que algumas despesas fiquem com excesso de recursos vinculados, enquanto outras apresentem carência de recursos;
- b) atender melhor às prioridades de cada exercício, bem como possibilitar uma melhor avaliação do custo de oportunidade das ações públicas;
- c) permitir o financiamento de despesas incomprimíveis sem endividamento adicional da União;
- d) viabilizar a obtenção de superávits primários, especialmente com a introdução das metas fiscais na lei orçamentária anual, a partir do exercício de 1999.

Ademais, o autor conclui, em seu parecer, que:

A DRU constitui instrumento de extrema importância para a operacionalização do Orçamento Geral da União e para a obtenção de resultados fiscais compatíveis com a estabilidade macroeconômica e o crescimento sustentado. Esse mecanismo libera parcela da receita primária vinculada e reduz o nível total das vinculações da União. Mesmo assim, estas vinculações ainda correspondem a mais de $\frac{3}{4}$ do total das receitas. Ao ampliar a flexibilidade do orçamento e propiciar condições para a implementação de prioridades de políticas públicas, a DRU permite que recursos fiscais sejam desvinculados e direcionados para o custeio de ações de governo segundo as prioridades estabelecidas nas respectivas leis orçamentárias anuais. (LESSA, 2011, p. 7).

Deveras, conforme a análise realizada acima, o objetivo da DRU não guarda consonância com a implantação de programas sociais, mas, desde a sua criação até o momento atual, ou seja, há mais de 20 anos, a DRU tem servido como um instrumento de estabilização orçamentária para os governos que se sucederam, os quais puderam livrar 20% de recursos vinculados e utilizá-los de qualquer forma, visto que as ECs que instituíram o FSE, o FEF e a DRU nunca delimitaram a competência dos governantes em utilizar os recursos desvinculados.

Scaff (2004, p. 40) lembra que o FSE e o FEF tinham a finalidade de “saneamento da Fazenda Pública Federal” e da aplicação “prioritária” de recursos a despesas associadas a programas relevantes e de interesse social e econômico. De acordo com o autor, para ser afirmado se os recursos foram, efetivamente, destinados à finalidade indicada nas ECs que os criaram, seria necessária a análise dos itens constantes nos balanços financeiros da União. Ademais, para o doutrinador, a DRU destaca a diferença entre o FSE e o FEF, visto que as ECs que a implementaram não fizeram referência a qualquer vinculação ou direcionamento sobre como o dinheiro desvinculado deveria ser utilizado.

Com efeito, se o governante retirou recursos para o pagamento de uma política assistencial e, com eles, pagou juros da dívida pública, o fez com a liberdade que lhe foi dada pelas ECs; se o governante aplicou o dinheiro para demonstrar a existência de superávit primário, o fez com a liberdade das ECs, pois, como afirmado acima, nunca houve qualquer vinculação ou plano prévio de como o governo deveria utilizar tal verba sendo, como os mesmos denominam nos documentos aqui relatados, uma “alocação de recursos livres”, o que permite a discricionariedade dos representantes.

Pode-se demonstrar, por meio dos dados coletados nesta pesquisa, que o prejuízo financeiro da DRU para os direitos sociais é significativo. Tendo-se como base o programa Bolsa Família, observa-se que o dinheiro que foi desviado pela DRU poderia ter retirado, da miséria absoluta, as famílias que ainda possuem tal condição no Brasil.

Com efeito, de acordo com o levantamento de dados realizado pelo Ministério de Desenvolvimento Social, no ano de 2013 gastou-se, com o programa Bolsa Família, a quantia de R\$ 25 bilhões para beneficiar, com tal assistência, 14,1 milhões de famílias (COSTA; CASTRO, 2015). Em contrapartida, a Anfip (2014, p. 127) divulgou que, no ano de 2013, a DRU retirou, do orçamento da União, o montante de R\$ 63,4 bilhões.

Em um rápido cálculo (mera regra de três), observa-se que o valor desvinculado poderia conceder o benefício de Bolsa Família a mais 35,76 milhões de famílias no Brasil, além das 14,1 milhões já beneficiadas, totalizando, assim, 49,86 famílias assistidas no país.

Na seção 2.5 deste trabalho, observou-se que 10.452.383 pessoas vivem em miséria absoluta no Estado brasileiro, de acordo com pesquisa do Ipeadata (ABRANTES, 2014). Sendo assim, em tese, e de acordo com os dados coletados, se o Governo aplicasse o dinheiro desvinculado pela DRU no ano de 2013 no programa Bolsa Família teria retirado, da miséria absoluta, todas as pessoas que ainda possuem tal condição no território brasileiro.

É claro que o cálculo pode conter falhas e não ter observado outras condicionantes para o fornecimento do benefício em tela. Contudo, não há dúvida de

que aumentaria, de forma significativa, o programa assistencial para a redução da miséria.

Sendo assim, restam patentes os prejuízos efetivos que a DRU traz ao orçamento da seguridade social e, por isso, cumpre, então, enfrentar o reflexo constitucional do desvio da destinação da arrecadação para os direitos sociais, a fim de compreender se há constitucionalidade da DRU frente aos direitos sociais estabelecidos pelo constituinte originário.

5 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO FRENTE AOS DIREITOS SOCIAIS

A discussão da constitucionalidade da DRU não é nova, sendo que o próprio STF já analisou a matéria, entendendo pela constitucionalidade da EC n. 27/2000, que instituiu a DRU pela primeira vez. Contudo, propõe-se aqui a análise por outro viés. Cabe enfrentar a questão em três perspectivas: a) delimitar qual o parâmetro para que se considere uma norma como constitucional frente a CF/88; b) entender os motivos da decisão do STF que levaram a DRU a ser considerada como constitucional; e c) analisar a DRU sob a ótica dos direitos sociais fundamentais, tendo as contribuições sociais um papel fundamental na sua implementação. Desta forma, pretende-se responder se a DRU goza ou não de constitucionalidade frente aos ditamente impostos pela CF/88.

5.1 O PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de adentrar à análise da constitucionalidade da DRU, faz-se necessário investigar os parâmetros do controle de constitucionalidade das normas na CF/88, pois, somente buscando elucidar tal questão, pode-se traçar uma premissa para afirmar se a DRU é constitucional ou não.

Adverte-se logo, em um primeiro momento, que o presente trabalho não irá se ocupar do processo judicial de controle de constitucionalidade – como a ADIn, a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) –, pois não cabe aqui divagar sobre o tema. A questão é delimitar o que faz uma norma ser constitucional ou não perante a CF/88, para, então, apurar se a DRU deve ser declarada constitucional ou inconstitucional.

Utilizando-se dos ensinamentos de Cunha Jr. (2008, p. 254), “a supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação de valores sociais.”

Deveras, sendo a Constituição a pedra angular da formação do Estado, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se com o Texto Constitucional. Do contrário, a norma que foi produzida ferindo o dispositivo constitucional vigente, ou seja, lesiva a preceito constitucional, poderá ser afastada ou invalidada por meio do controle de constitucionalidade, a fim de assegurar a supremacia da Constituição Federal.

De acordo com Kelsen (2006, p. 246-247), uma norma somente é válida por que e na medida em que foi produzida pela maneira determinada por uma outra norma, e esta outra norma representa o fundamento de validade da primeira. Para o autor, a relação entre a norma que regula a produção de uma outra norma e a norma assim regulamente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. O jurista defende que a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

A validade de uma norma dependeria da sua aceitação pelo texto constitucional, sendo que a este representa, dentro do direito positivo, o escalão mais elevado do sistema de normas jurídicas.

Observa-se, então, que o controle de constitucionalidade assegura a superioridade da constituição, fazendo prevalecer as normas constitucionais frente às demais normas produzidas, sendo um importante instrumento de contenção de excessos, abusos e desvio de poder, garantindo os direitos fundamentais (CUNHA JR., 2008, p. 254).

Ademais, nos dizeres de Silva (1998, p. 47), a Constituição:

[...] é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade às demais normas jurídicas.

Deveras, como pressuposto, um controle de constitucionalidade requer a existência de uma constituição formal e escrita, que implique em um conjunto normativo de princípios e regras escritas, estabelecendo um texto jurídico supremo. Uma constituição costumeira e histórica (não escrita), por ser juridicamente uma constituição flexível, não dispõe de um controle de constitucionalidade, uma vez que,

nos países que a adotam, vige o princípio da supremacia do parlamento, não se aceitando a fiscalização dos atos dele decorrentes (CUNHA JR., 2008, p. 256).

A constituição deverá ser observada como norma jurídica fundamental, rígida e suprema. Com efeito, ser rígida significa a necessidade de um processo especial e complexo para a alteração das normas constitucionais, o que confere a esta a qualidade de ser fundamental e suprema em relação às demais. Conforme Cunha Jr. (2008, p. 257), decorre da rigidez constitucional a distinção entre as leis constitucionais (superiores ou supremas) e as leis comuns (inferiores), existindo, entre elas, uma relação de hierarquia. Sendo assim, o autor afirma que a supremacia constitucional decorre, logicamente, da rigidez da constituição.

Conforme esclarecido, interessa, ao presente trabalho, investigar qual parâmetro é utilizado para se declarar uma norma como constitucional ou não. Novamente, adotar-se-á o critério utilizado por Cunha Jr. (2008, p. 257) em sua obra, observando-se o que se aplica à CF/88.

Deveras, o autor informa que a fiscalização ou controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pode ter como parâmetro: (a) toda constituição formal, incluindo os princípios e regras implícitas; (b) apenas alguns dispositivos da Constituição; ou (c) um bloco formado pela constituição formal mais os princípios superiores definidos como direitos supraleais, ou seja, princípios implícitos positivados ou não na constituição (CUNHA JR., 2008, p. 289). No caso do Brasil, o parâmetro utilizado é toda a Constituição formal, em face da qual se exerce a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade (CUNHA JR., 2008, p. 290).

Outrossim, Cunha Jr. (2008, p. 290-291) informa que, no Brasil, o objeto do controle de constitucionalidade são os atos normativos, ou seja, aqueles que veiculam normas e aqueles editados pelos poderes públicos, uma vez que se admite o controle concentrado de atos concretos do Poder Público por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Bulos (2007, p. 63) lembra que a inconstitucionalidade poderá ser formal (instrumental) ou material (substancial), sendo que “uma lei é considerada formalmente inconstitucional quando é elaborada por procedimento contrário à

constituição, ou quando emana de órgão incompetente, ou ainda, quando é criada em tempo proibido.” Ademais, Bulos (2007, p. 65) cita que a inconstitucionalidade material se opera quando se viola a finalidade presente na Constituição, definindo o termo como:

[...] o assunto, o tema, a substância que está por trás dos artigos, incisos ou alíneas da constituição. Não diz respeito ao procedimento, nem à técnica formal de produção legislativa; relaciona-se à conveniência ou inconveniência de editar, ou não, determinada lei ou ato normativo. Nisso abrange os grandes princípios formulados pelo constituinte e o quadro de valores supremos inseridos na mensagem constitucional positivada.

Interessante que Bulos (2007, p. 58), citando o julgamento da ADIn n. 1.588/DF, lembra que a noção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é a possibilidade de se examinar a compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia.

Pois bem, resta, então, realizar o enfrentamento da DRU, instituída por meio de emenda à Constituição que modifica os ADCTs, com a CF/88, para se chegar à conclusão se a mesma é ou não constitucional.

5.2 ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO

No que tange às teses de inconstitucionalidade julgadas pelo STF, a preocupação com a DRU sempre ocorreu no plano tributário e individual. As alegações levadas aos tribunais são de que a DRU fere o federalismo fiscal; ou de que a DRU transformou as contribuições especiais em impostos, posto que desvinculem 20% da sua arrecadação; ou de que a DRU criou um novo imposto ao arrepio da competência instituída no art. 154, inciso I, da CF/88. Sendo assim, os inconformados clamam pela declaração de inconstitucionalidade da DRU em virtude de a mesma ofender ao direito e garantia individuais previstos constitucionalmente, que constituem uma cláusula pétrea.

De acordo com Velloso (2012, p. 671), devem ser descartadas as argumentações de burla ao sistema de competências tributárias, devido à inobservância dos requisitos impostos ao exercício de competências residuais

(instituição por lei complementar, não cumulatividade e *non bis in idem*), além da deturpação das contribuições especiais, sob o argumento de ofensa a garantias individuais dos contribuintes e, conseqüentemente, de cláusulas pétreas, imunes à ação do poder constituinte derivado. Entende o autor que não se pode conceber que todo o sistema tributário (ou parte dele) é imodificável, e somente seria derruído por completo por meio de uma nova constituição.

Na opinião de Velloso (2012, p. 672), mais interessante seria a alegação de que a DRU fere o princípio republicano e, assim, o federalismo fiscal (art. 60, § 4º, I da CF/88). Deveras, como frisa o autor, a desvinculação da destinação de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais criaria um tributo *sui generis*, híbrido de contribuições e impostos, cuja receita não é totalmente destinada às finalidades próprias e tampouco repartida com os estados, o Distrito Federal e os municípios, conforme determinam os artigos 157 a 159 do Texto Constitucional de 1988.

Paulsen (2011, p. 641) lembra que, em um primeiro momento, parece descabida a previsão de desvinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa, uma vez que o próprio texto constitucional, em seu art. 167, inciso IV³⁵, já veda tal vinculação. O autor lembra que é preciso considerar a vinculação de impostos a fundos e despesas estabelecidas pela própria Constituição.

Ademais, para Paulsen (2011, p. 641-642), a DRU não descaracteriza as contribuições sociais. O autor verifica que o desvio de finalidade, por ter sido incorporado formalmente por EC, e de forma temporária, parece estar legitimado, pois, em sua concepção, não fere qualquer dispositivo do art. 60, § 4º da CF/88, incluídos os direitos fundamentais e as limitações constitucionais ao poder de tributar. Nesse sentido, destaca-se:

³⁵ De acordo com o art. 167, IV, CF/88: “são vedados: (IV) a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo [...]” (BRASIL, 1988).

Ora, ainda que entendamos que a desvinculação do produto das contribuições, mesmo que parcial, as transforme em típicos impostos, o instrumento de Emenda Constitucional legitima a inovação. Note-se que haveria a vedação da criação de novos impostos por Emenda Constitucional, ainda que sem observância das normas relativas ao exercício da competência residual da União, pois estas só vinculam o legislador infraconstitucional, e não o Poder Constituinte Derivado. Em suma ainda que tecnicamente inadequada e inconveniente, a determinação constante deste artigo, tendo advindo de Emenda Constitucional, foi válida.

Ao tratar especificamente da natureza jurídica das contribuições especiais e a legitimação do desvio de destinação realizado pela DRU, Velloso (2012, p. 672-673) informa existirem duas teses: (a) que as contribuições permanecem íntegras, e (b) que as elas foram cindidas, dando ensejo ao nascimento de impostos. O autor destaca que, na primeira tese, a DRU criou um tributo *sui generis*, que se situa entre a contribuição e o imposto. Ou seja, sob essa perspectiva, a desafetação parcial das contribuições implicaria na formação de aberrações jurídicas, criadas para propiciar burla aos limites das competências impositivas e às regras constitucionais de repartição das receitas.

Comentando a segunda tese, o autor esclarece que as contribuições preservam a pureza conceitual, levando à existência da sua cisão. Ora, Velloso (2012, p. 673) explica que, com a DRU, haverá a cisão das contribuições então existentes, mas que permaneceriam afetadas, correspondentes a 80% do seu montante e, no restante, correspondente a 20% desafetados, o que as transformaria em impostos, com estrutura normativa idêntica à das contribuições das quais derivam e das quais somente se diferenciam pelo fato de não serem afetados a quaisquer finalidades específicas. Para o autor, o STF inclina-se pela primeira tese, uma vez que negou que a desafetação parcial das contribuições tenham repercussão na seara tributária.

Deveras, a ementa do julgado, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, assim estabelece:

1. TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional. (RE 537.610, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 18.12.2009). (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

O tema foi debatido em sede de recurso extraordinário, no qual, por meio do relatório do voto, observou-se que foi alegado, pelo recorrente, que “a desvinculação de percentual (20%) do produto da arrecadação das contribuições sociais teria, na realidade, criado imposto novo e inconstitucional, motivo pelo qual requer a desoneração de 20% do valor que seria devido.” (BRASIL, 2009b).

O Ministro Cezar Peluso inicia a fundamentação do seu voto já informando que é inconsistente o argumento ventilado. Ele lembra que a Ministra Ellen Gracie, no julgamento da já citada ADIn n. 2.925, reconheceu que o elemento essencial para a identificação das contribuições sociais é a destinação do produto de sua arrecadação. Porém, para Peluso, a desvinculação parcial do produto da arrecadação não teria importado na criação de um novo imposto.

Peluso ressalta que a criação da DRU pelas ECs n. 27/2000 e n. 42/2003 não despontam com incompatibilidade com o resto do Texto Constitucional. Ademais, o Ministro afirma que a destinação do produto das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea, pois o tema não foi contemplado no art. 60, § 4º da CF/88. Sendo assim, o Ministro Cezar Peluso negou seguimento ao recurso extraordinário, publicando que a DRU é constitucional.

De acordo com Velloso (2012, p. 673), o STF se inclinou para a primeira tese, negando que a desvinculação parcial tenha repercussão na seara tributária. Contudo, concorda-se com autor quando o mesmo questiona se desvinculações na arrecadação das contribuições sociais na ordem de 50%, 99% ou a desvinculação total da arrecadação causariam alguma repercussão (BRASIL, 2009b).

Ademais, há que registrar aqui que a opinião de Velloso (2012, p. 674, grifo do autor) é de que:

[...] um tributo predominantemente desafetado jamais pode qualificar-se como uma contribuição especial, mesmo que a desafetação seja temporária. Pode ser enquadrado como imposto *sui generis*, parcialmente vinculado a finalidade específica, mas nunca como contribuição. [...]

Embora a DRU não viole a Lei Maior, reputamos que ela, assim como os demais artifícios utilizados para desviar os recursos angariados com as contribuições especiais, fulmina a eficácia das contribuições.

Obstar a incidência das contribuições, em parcela equivalente à desafetada, haja vista a efetiva necessidade dos recursos arrecadados ser um requisito de eficácia das contribuições especiais, como defendemos em obra dedicada ao tema.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, dificilmente acolherá essa tese, pelas vultosas repercussões financeiras.

Pois bem, de acordo com as premissas já adotadas neste trabalho, discorda-se do entendimento do STF sobre a constitucionalidade da DRU. A desvinculação em tela fere o sistema tributário nacional, fere direito e garantia individuais do cidadão que confiou no Estado, acreditando que o produto da arrecadação seria aplicado na finalidade pela qual o cidadão foi expropriado.

Conforme já visto na seção 3.3 deste trabalho, a contribuição especial tem, em sua regra de incidência, justamente a vinculação, sendo que descumprir tal preceito é fragilizar a relação jurídico-tributária consagrada pela Lei Maior, a qual protege o indivíduo.

Ora, se o indivíduo é expropriado por meio da tributação, e se a propriedade privada é um direito fundamental individual, então, a norma que fere a incidência pela qual o cidadão deixou-se submeter é sim inconstitucional, conforme diversos preceitos já citados acima, inclusive a ADIn citada pelo Ministro Peluso em sua decisão.

Filia-se ao entendimento trazido por Oliveira e Rêgo (2000, p. 57 apud PAULSEN, 2011, p. 642), quando os mesmos se posicionam pela inconstitucionalidade da DRU, afirmando que:

Verifica-se, portanto, que o constituinte derivado se voltou contra a Constituição Federal de 1988 ao tentar desvincular 20% da arrecadação das contribuições sociais. Não lhe é dada a possibilidade de desvirtuar o Sistema Tributário Nacional como a EC 27/2000 estaria fazendo. Retirar a destinação específica de 20% das contribuições sociais implica inexoravelmente retirar a razão de ser destes tributos e atentar contra o direito fundamental do cidadão de possuir um sistema tributário constitucionalmente reconhecido. Conforme se infere do exposto, além de desnaturar por completo o sistema tributário nacional, a retirada da destinação específica de 20% das contribuições sociais, como estabelece a Emenda Constitucional nº 27/2000, acaba por transformá-las em verdadeiros impostos, uma vez que os elementos distintivos entre as contribuições sociais e impostos decorrem justamente das destinações específicas das receitas obtidas pelas primeiras.

Sendo assim, a DRU fere direito e garantia fundamentais do contribuinte, atentando contra o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, e merecia ser julgada inconstitucional pelo STF naquela oportunidade.

Outrossim, o argumento de que a DRU é temporária não se sustenta pela própria observação da evolução legislativa sobre o tema, uma vez que a medida de desvinculação de receitas foi adotada pela primeira vez como FSE, em 1994, e

prorrogada inúmeras vezes, sendo agora denominada de DRU, e vigorará até dezembro de 2015, já contando com uma vida útil de 21 anos. Sendo assim, nada de temporário se explicaria por tanto tempo.

Sobre a prorrogação da DRU, é válido destacar a crítica de Pinto (2008, p. 528):

O problema passa a se configurar no caráter de norma geral e continuada (para não dizer quase permanente) conferido à DRU por seis emendas constitucionais que lhe assentaram a vigência para, pelo menos, dezessete anos. Essas mesmas emendas lhe permitiram, na prática, senão a fixação de uma nova vinculação para formação de superávit primário, uma fixação de limites menores para as atuais vinculações postas na CF/1988. É subliminar o regime jurídico instituído pela desvinculação de receitas da União, já que, por atuar como regra autorizativa geral posta como “antídoto” excepcional contra as vinculações constitucionais, desconhece – tomado o seu uso reiterado no médio e longo prazo – estar redesenhando, além dos próprios limites mínimos de gasto com as políticas públicas vinculadas, a natureza tributária específica das contribuições sociais, por meio de várias emendas contingenciais ao texto do Ato das Disposições Transitórias da CF/1988.

Ademais, é interessante destacar a visão de Pinto (2008, p. 527-528) quando a mesma observa que a DRU fere a constitucionalidade ao ser inserida via ADCT. Para a autora, essa redefinição restritiva das prioridades alocativas, inscritas no Texto Constitucional, tem sido empreendida sem que isso tenha sido explícita e diretamente discutido e aprovado pelo Poder Legislativo na forma de emenda aos dispositivos permanentes da CF/88, a fim de rever as próprias vinculações ali instituídas na execução de gastos mínimos (arts. 198, § 2º e 212) e na destinação de receitas (arts. 149 e 195).

O ADCT se constitui em “normas jurídicas passageiras, efêmeras, momentâneas, temporárias, que possibilitam a passagem de uma ordem constitucional a outra.” (BULOS, 2007, p. 1356). Contudo, o autor critica a atuação de tais normas no ordenamento jurídico pátrio, afirmando que “verdugos da inconstitucionalidade as convertem em definitivas a exemplo do que fizeram com a famigerada CPMF, prorrogando-a sucessivamente.” (BULOS, 2007, p. 1358). Na mesma esteira do exemplo citado pelo autor encontra-se a DRU que, sucessivamente, vem sendo reeditada.

O constitucionalista informa que o ADCT tem natureza jurídica de norma constitucional de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, incidindo sobre fato

sócio-constitucional relevante e, após cumprida sua missão, extingue-se no tempo e no espaço³⁶. O autor ainda frisa que o ADCT tem objetiva harmonizar pendências herdadas do passado com normas voltadas para o futuro, evitando incompatibilidades, situações desastrosas, violações a direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada (BULOS, 2007, p. 1356-1358).

Contudo, discorda-se que o ADCT possa ser objeto de emenda à Constituição, sob pena de desconfigurar o papel para o qual o mesmo existe. Nesse sentido, Bulos (2007, p. 1358-1359) acredita que os atos transitórios que cumpriram o seu papel não estão sujeitos à incidência do poder reformador derivado, pois, do contrário, viria à tona o instituto da repriminção, que deve ser combatido em nome da certeza e da segurança das relações jurídicas. Ademais, o autor frisa que as normas em questão, ao cumprirem o seu papel, perdem a razão de existir, pois solucionaram conflitos entre normas antigas e atuais, conciliando os efeitos imediatos e retroativos disseminados.

Assim, conclui que tal prática é “providência execrável, vício irremissível, corrosão à vigas mestras da obra constituinte de primeiro grau, que as concebeu para durar momentaneamente.” (BULOS, 2007, p. 1358).

Outrossim, ratificando o entendimento do doutrinador, o mesmo citou, como exemplo, o posicionamento do STF em EC à ADCT, quando o objeto era o seu art. 3º, que previa a revisão constitucional. Pois bem, o Ministro Marco Aurélio, na ADIn n. 1.722-MC decidiu que “ao Poder Legislativo, federal ou estadual, não está aberta a via de introdução, no cenário jurídico, do instituto da revisão constitucional.”³⁷

³⁶ Sobre o tema, válido conferir o posicionamento do STF: “[...] o Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexitem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado. [...]” (STF - RE: 160486 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/10/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 09-06-1995 PP-17246 EMENT VOL-01790-06 PP-01223).

³⁷ Sobre o tema também é interessante conferir outro posicionamento do STF: “o resultado do plebiscito não tornou sem objeto a revisão a que se se refere o art. 3º da ADCT. Após 5-10-1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita 'uma só vez'. As mudanças na Constituição, decorrentes da

Desta forma, se serviu ao art. 3º da ADCT, também deveria servir ao art. 76 da mesma ADCT.

Ademais, não se alegue que a DRU é constitucional pelo simples fato de ser veiculada por meio de emenda à Constituição, como o fez Paulsen (2011, p. 641) no comentário anteriormente transcrito. Deveras, quando atenta contra cláusula pétreas, a EC pode ser objeto de declaração de inconstitucionalidade, conforme já decidiu o STF:

O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755). (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, DJ de 14-9-2001.) (BRASIL, 2001).

Ora, a norma que cria a DRU, apesar de ter sido inserida no ordenamento pátrio por meio de EC, atenta contra o núcleo imutável da Lei Maior e, mesmo sendo formalmente uma norma constitucional, pode ser declarada inconstitucional. Nesse sentido, Bachof (2008, p. 54) prega a possibilidade da inconstitucionalidade de norma constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior.

De acordo com Bachof (2008, p. 55), a questão pode parecer paradoxal, pois uma lei constitucional não pode violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário fosse de encontro a um preceito fundamental da Constituição. Ademais, na mesma passagem, o autor opina que a norma de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

Sendo assim, resta claro que a decisão do STF careceu de técnica jurídica, parecendo mais uma legitimação política para a liberdade de recursos almejada pelos governantes nesses 21 anos de vigência da DRU.

Contudo, ainda que a argumentação jurídico-tributária não tenha logrado êxito, há aqui que se propor o estudo da questão sob a ótica dos direitos fundamentais sociais, argumento que não foi apreciado pelo STF.

'revisão' do art. 3º da ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das 'cláusulas pétreas', consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988." (STF, ADIn 981-MC, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ de 5-8-1994).

5.3 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O debate sobre a constitucionalidade da DRU não pode ficar restrito à seara individual do contribuinte, que deseja a proteção à propriedade, ou mesmo a proteção aos princípios e limites insculpidos na Lei Maior para a implementação do STN.

Como se observou acima, o STF foi instado a se posicionar sobre a matéria por meio de uma ótica individualista, pois o argumento era que a desvinculação de 20% do montante arrecadado com as contribuições sociais criaria um novo tributo, não previsto no ordenamento jurídico e que, por isso, seria inconstitucional, ferindo, assim, o direito individual do contribuinte.

Contudo, a compreensão do problema deve ser ampliada, observando-se a tributação dentro do complexo normativo constitucional, com fundamentos e objetivos traçados para a edificação do Estado. Se limitado somente à esfera do contribuinte, é óbvio que não se compreenderá o todo do problema proposto, mas restará o interprete limitado a discutir a relação jurídico-tributária, observando somente se a DRU feriu a hipótese de incidência das contribuições sociais, mas, ainda assim, sem conseguir aprofundar o debate e traçar as premissas que fundamentem se há, ou não, constitucionalidade na edição da DRU, no que se refere à própria sistemática adotada pelo constituinte originário.

Deveras, a premissa a ser tratada não será investigar a tributação em si, mas observá-la como instrumento para a promoção dos objetivos e fundamentos do Estado. Nesse sentido, é esclarecedor quando Scaff (2004, p. 33) menciona entender que o debate sobre direitos humanos e tributação não pode ficar restrito ao estudo dos direitos fundamentais do contribuinte, que traduzem somente a primeira dimensão dos direitos humanos, mas deve ser abordado também sob a ótica da segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais.

Ora, é necessário voltar a atenção para o ensinamento de Torres (2013, p. 9) já tratado neste trabalho, quando o mesmo considerou a existência de um Estado Social Fiscal, ponderando que as questões tributárias e orçamentárias devem ser

analisadas no sistema da nova Constituição que surgiu em 1988, a Constituição Cidadã.

A relação tributária não é um fim em si mesmo. Tributa-se para arrecadar receitas, a fim de promover as finalidades para as quais o Estado foi criado. Não se tributa por tributar, sem qualquer consequência. A tributação é realizada com o fim de financiar as políticas estatais planejadas pelos governantes em seus orçamentos, premissa também adotada pelo trabalho em tela.

Ademais, conforme já frisado em uma seção exclusiva deste trabalho, alguns tributos foram criados como instrumentos de financiamento dos direitos sociais garantidos pelo constituinte originário, e somente para esse fim é que os recursos por eles arrecadados devem ser utilizados.

Pois bem, aclarando a discussão, há que se observar que a DRU foi criada com o fim de desvincular receitas que a Lei Maior de 1988 havia destinado a financiar para atividades específicas. Assim, o papel da DRU foi dar liberdade ao governante para alocar os recursos, a fim de permitir a governabilidade.

Acontece que, dentre os recursos desvinculados pela DRU, encontram-se justamente 20% das receitas arrecadas com as contribuições sociais, subespécie tributária que foi designada no Texto Constitucional como um instrumento para viabilizar a arrecadação de recursos, a fim de implementar os direitos sociais garantidos pelo constituinte originário.

Ao tratar da destinação da contribuição social, Pinto (2008, p. 523) lembra que, conforme indicado alhures, as contribuições sociais de que trata o art. 149 da Constituição de 1988 são espécies tributárias diferentes e, precisamente, é a destinação vinculada que lhes confere identidade própria e perfaz sua natureza jurídica.

Ora, adotou-se, neste trabalho, o entendimento de que os direitos sociais fundamentais são cláusulas pétreas, núcleo imutável da CF/88 e, por tal fato, não podem ser suprimidos ou extintos. Ainda mais, o art. 60, § 4º, inciso IV da Lei Maior informa que não será objeto de deliberação a EC “tendente” a abolir direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988). Sendo assim, o constituinte derivado não

pode modificar os dispositivos constitucionais – prejudicando a implementação dos direitos sociais –, sob pena de inconstitucionalidade.

Como visto, as contribuições sociais têm sua destinação vinculada ao financiamento dos direitos sociais, em especial ao financiamento da seguridade social, sendo tal afetação garantida, constitucionalmente, pelo constituinte originário, a fim de proteger os direitos sociais, bem como implementar o tão aclamado Estado de bem-estar social. Contudo, a quebra da vinculação da arrecadação da subespécie tributária em questão – realizada pela DRU e frustrando que a integralidade dos recursos arrecadados sejam aplicados à efetivação dos seus fins garantidos – é inconstitucional.

Cumprir observar que a questão da DRU torna-se tormentosa justamente por alguns fatos especiais existentes na espécie tributária contribuição social, já tratados acima. Um deles é o seu caráter social, ou seja, as contribuições sociais destinam-se a financiar o bem-estar social de todos e não somente dos seus contribuintes. Os indivíduos contribuem justamente com base no princípio da solidariedade, sendo expropriados em um quinhão de sua riqueza para que o Estado venha a prover assistência social, saúde e previdência social, dentre outros direitos sociais. Assim, deve-se observar que o princípio da solidariedade:

[...] permeia todas as relações jurídicas, especificamente as tarefas de Direito Público, onde seres sociais se unem para realizar finalidades e interesses comuns, tanto na esfera econômica como social, de modo que cada integrante da sociedade se responsabilize por todos e todos por um. (VIEIRA, 2010, p. 570).

Sob o enfoque do financiamento da seguridade social, observa-se que o princípio da solidariedade embasa a tese de que cabe, a toda a sociedade, arcar com o sustento do sistema, externando, assim, o seu caráter solidário. De acordo com Paulsen (2011, p. 460), “podem as pessoas físicas e jurídicas serem chamadas ao custeio em razão da relevância social da seguridade, independentemente de terem ou não relação direta com os segurados ou de serem ou não destinatárias de benefícios.”

Outrossim, também é necessário destacar o ensinamento de Coelho (2007, p. 18) sobre o princípio da solidariedade aplicado no STN e, especialmente, às contribuições sociais:

A solidariedade é sobrevalor típico da Teoria dos Impostos. Em duas ocasiões a Constituição refere-se à solidariedade como valor jurídico-axiológico. No art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) quando preconiza uma nação justa e solidária. É um comando programático, que deveria mover as políticas públicas, inclusive tributárias, especialmente no campo dos impostos, onde a capacidade contributiva, a pessoalidade, a progressividade e, até mesmo a seletividade, a proporcionalidade e o não confisco são valores positivados em princípios concretos a serem observados pelo Legislador.

Outra vez no art. 195, o Constituinte preconiza uma Seguridade Social Solidária, por isso a existência de Impostos afetados a esse fim, embora com o nome de contribuições : PIS, COFINS, CPMF, CSLL, para atender aos mais necessitados às expensas de pagantes que contribuem sem receber em retorno algum especial benefício, em exceção expressa do art. 167, IV, da CF/88, que proíbe a afetação de impostos a órgãos, fundo ou programa, por razões políticas e práticas (preservação da autonomia do Poder Executivo para administrar). [...]

A solidariedade refulge com esplêndido vigor na teoria dos impostos, livrando inclusive, os entes paraestatais, públicos e privados, com ou sem fins lucrativos, mas sem ânimo de distribuir lucro, dos ônus fiscais (por ausência de capacidade contributiva real, tal e qual o Estado).

Ora, o princípio da solidariedade se faz presente para fundamentar todo o sistema da seguridade social, de uma ponta a outra. Ou seja, fundamenta a concessão dos benefícios, bem como fundamenta a instituição das fontes de custeio. O importante detalhe é que, em parte, o custeio é realizado por meio da arrecadação de tributos, em especial, das contribuições sociais. Sendo assim, é o princípio da solidariedade que fundamenta a instituição da tributação para a manutenção do sistema da seguridade social, em que o indivíduo (pessoas físicas e jurídicas) contribui para a formação do fundo social, a fim de serem pagos os benefícios. Sobre o tema, interessante verificar o posicionamento de Breyner (2006, p. 217):

O desvirtuamento da destinação pré-estabelecida abala todo o sistema constitucional da seguridade social. Por esse motivo, a DRU fere um dos princípios fundantes do Estado de Seguro Social, erigido pelo constituinte com vistas a garantir condições mínimas de existência e dignidade aos cidadãos por meio da garantia dos direitos fundamentais prestacionais, qual seja, a afetação da receita destes tributos ao gasto social a ser realizado.

Defendendo a mesma tese acima se encontra a opinião de Scaff (2003, p. 351-352), que realiza a correlação entre a destinação das receitas das contribuições sociais e o financiamento dos direitos sociais (ou seja, fundamentais prestacionais), destacando que o aspecto fundamental da contribuição social é o da destinação, que a faz ser enquadrada como um instrumento de arrecadação de valores para cumprir as finalidades estatais previamente estipuladas.

Para o autor, as contribuições se caracterizam como um instrumento de arrecadação tributária com a finalidade específica de implementar os direitos humanos de segunda geração que, conforme visto neste trabalho, são aqueles que estabelecem prestações positivas a serem desenvolvidas pelo Estado, com a implementação da isonomia entre os homens, tratando-os de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Ou seja, são os direitos fundamentais de segunda geração que, por meio das prestações estatais, garantem a existência dos direitos fundamentais de primeira geração, os denominados direitos de defesa.

Ademais, o doutrinador lembra que cumpre, às contribuições sociais, a função específica, no âmbito da arrecadação tributária, de financiar os direitos sociais. Dessa forma, não podem ser completamente entendidas de maneira apartada da destinação de sua arrecadação.

Ora, a contribuição de Scaff (2003, p. 351-352) é imprescindível para se afirmar, então que, sob tal ótica, o desvio da arrecadação das contribuições para outras finalidades que não as previstas originariamente pela CF/88 fere, desde logo, o limite explícito ao poder do constituinte derivado – previsto no art. 60, § 4º, IV da CF/88 –, que, repita-se, informa não ser possível a deliberação à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

Corroborando com a defesa aqui exposta, Breyner (2006, p. 217) também se posiciona sobre o tema, informando que as ações prestadas pela seguridade social são direitos fundamentais prestacionais de segunda geração e, por isso, devem ter o seu custeio preservado, pois, se abalado o seu orçamento, poderá comprometer a própria prestação do Estado.

O tema também é defendido por Pinto (2008, p. 523), quando o mesmo afirma:

Pode-se também apontar a inconstitucionalidade dos FSE e FEF e da DRU na desvinculação de receitas constitucionalmente afetadas a determinadas políticas públicas que promovem – em caráter material e progressivo – direitos fundamentais de segunda geração (também chamados de direitos sociais) com base em duas linhas de justificativa. A primeira reside na constatação de que a seguridade social tem amparo constitucional diferenciado por meio da destinação vinculada da receita de contribuições sociais e da existência de orçamento próprio. E a segunda base argumentativa para sustentar tal inconstitucionalidade pode ser extraída do princípio de vedação de retrocesso no que se refere à garantia de direitos fundamentais.

Com efeito, o presente trabalho procurou demonstrar não somente a importância da arrecadação de receitas realizada pelas contribuições sociais, como também como o constituinte originário procurou se assegurar de que os recursos arrecadados não seriam utilizados para fins diversos. Ora, criou-se um orçamento próprio da seguridade social e, inclusive, por meio do art. 167 da CF/88, criaram-se vedações de transposições de recursos sem autorização legislativa, ou seja, sem autorização do próprio cidadão – a partir dos seus representantes constituídos. Ademais, estabeleceu-se que os valores arrecadados com contribuições sociais do empregador sobre a folha de salário, receita ou faturamento e lucro, e do trabalhador não sejam destinadas a outra finalidade que não o pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador sujeito ao regime geral da previdência, não prevendo qualquer forma de desvinculação. Complementarmente, Spagnol (2002, p. 151 apud BREYNER, 2006, p. 218) afirma que:

A DESTINAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NÃO PODE SER ALTERADA SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO CONTIDO NO ART. 1º DA CARTA CONSTITUCIONAL. Estando assentado que as contribuições sociais se justificam e se impõe pela necessidade de se garantir eficácia, por meio de sua arrecadação, às garantias sociais insculpidas na Constituição, a alteração da destinação do produto arrecadado não possui apenas impedimento moral, mas jurídico.

Outra doutrina que também endossa o posicionamento da inconstitucionalidade da DRU é a teoria das expectativas defendida por Strapazzon (2012, p. 241), ao afirmar que, tendo a Constituição previsto a destinação da arrecadação das contribuições sociais para a efetivação dos direitos sociais, os recursos não podem ser desvinculados, sob pena de frustrar expectativas constitucionais imperativas. Nesse sentido, Strapazzon (2012, p. 244-245, grifo do autor) leciona que:

Hoje é possível afirmar que a teoria brasileira da eficácia dos direitos fundamentais de seguridade social deve partilhar dos avanços já alcançados pela *doutrina das justas e legítimas expectativas*. Não há mais razões para que todos os institutos jurídicos que produzem *expectativas* sejam tratados pela doutrina dos direitos fundamentais como externos ao direito. Expectativas, no Brasil, não são meras esperanças sem consequências justiciáveis. Partilhar dos avanços alcançados pela doutrina civil-liberal, no entanto, não é o mesmo que reproduzi-los no âmbito dos direitos de seguridade social. É que a doutrina civil das expectativas não alcança a natureza densamente prestacional dos direitos fundamentais constitucionais de seguridade social. Por isso, as *expectativas* em relação à efetivação de *direitos fundamentais sociais densamente prestacionais* devem ser ainda mais cuidadosamente amparadas pelo Poder Judiciário, isto é, devem ser tuteladas de modo ainda mais cuidadoso do que a forma de tutela já desenvolvida para as legítimas e justas expectativas geradas por direitos de natureza civil e, comparativamente, de menor densidade prestacional.

As *expectativas* geradas por direitos de *status* constitucional são revestidas de especial *rigidez*, por isso são expectativas duradouras, transgeracionais e irrevogáveis. Como não há *promessas constitucionais inconsequentes* (STF. RE 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000), a teoria brasileira dos direitos fundamentais deve reconhecer a natureza *imperativa* dessas *expectativas* inerentes aos direitos fundamentais de seguridade social.

Pois bem, como o próprio Strapazzon (2012, p. 246) conclui, a DRU libera o Governo Federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas, contudo, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de programas sociais constitucionalmente vinculantes.

É nesse sentido que se torna salutar observar a lição de Scaff (2004, p. 48), quando o mesmo lembra que, por meio destas ECs que instituíram a DRU, proporcionou-se que verbas vinculadas (afetadas) a uma determinada destinação fossem utilizadas para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos e, com isso, no caso concreto, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos – ou, como deseja parte da doutrina, dos direitos fundamentais sociais –, por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades.

O posicionamento do autor fica evidente quando se demonstrou, no corpo deste trabalho que, apesar da implementação de uma Constituição Cidadã em 1988, visando ao Estado de bem-estar social, há indicadores sociais que denotam que o Brasil ainda se encontra longe dos objetivos almejados, ou seja, garantir o mínimo existencial digno a todos os indivíduos sobre a sua tutela. Ou seja, quando analisada a situação da saúde, da educação, da moradia, entre outras, fica evidente que o Estado não cumpre, corretamente, com as prestações que o constituinte originário

determinou e, por isso, não poderia extrair recursos que foram arrecadados justamente para colocar em funcionamento tais direitos e aplicar em despesas outras.

Deveras, é mais grave ainda quando o governante revela que os recursos arrecadados com constituições sociais farão frente às despesas com festejos como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, como o fez o ex-Ministro da Fazenda, na exposição de motivos da EC n. 68/2011, que renovou a DRU até 31 de dezembro de 2015 (BELCHIOR; MANTEGA, 2011).

Cumprir observar que, em seu texto, Scaff (2004, p. 48) traz a ementa da decisão da ADIn 2.010-MC/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, na qual afirma-se que “razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar desrespeito à supremacia da Constituição da República.”

As razões para a desvinculação de receitas, seja pelo FSE, FEF ou pela DRU, foram sempre razões de Estado, envolvendo a governabilidade do país, ou mesmo uma cautela para que se atinjam os níveis de superávit primário. Contudo, quaisquer que sejam os motivos elencados, todos eles foram de encontro à supremacia do texto constitucional.

Por outro lado, Pinto (2008, p. 534-535) aponta que, do ponto de vista da vinculação de gasto mínimo, a DRU descumprir o princípio de vedação de retrocesso social e, por isso, afronta o art. 60, §4º, IV da C/88, quando mitiga a garantia de financiamento de direitos sociais fundamentais – percebidos individualmente –, no que se refere às receitas vinculadas de que tratam os arts. 149 e 195, e também no que afeta os percentuais mínimos de gastos previstos nos arts. 198, §2º e 212.

Deveras, a autora sustenta que as severas restrições fiscais a direitos sociais fundamentais – que já tinham constitucionalmente assegurada a garantia material de seu financiamento –, não guarda proporcionalidade com a ilimitada geração de despesas da política monetária. De acordo com Pinto (2008, p. 534-535), o conflito em questão é um retrocesso social vedado constitucionalmente, e decorre das obscuras regras de desvinculação de receitas que foram inseridas nas disposições

transitórias da CF/1988, a título de conferir discricionariedade alocativa na execução orçamentária da União.

Criticando a liberdade que a DRU concedeu ao governante, também se encontra a posição de Oliveira (2014, p. 623), lecionando que “outorgou-se ao Executivo a faculdade totalmente descabida, ficando ao seu alvedrio a alocação de recursos, o que é incompatível com o todo constitucional.”

Ademais, não cabe aqui a argumentação de que a DRU é constitucional em virtude de o veículo que lhe introduziu, no ordenamento, ter sido uma EC. Ora, o tema foi tratado no tópico anterior, ao contraditar a argumentação de Paulsen (2011, p. 641). Em sua obra, Scaff (2004, p. 49) também se preocupou com tal questionamento, afirmando que o STF já decidiu que ECs podem ser inconstitucionais, caso violem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da CF). Desta forma, também para Scaff (2004, p. 49), o fato de serem ECs não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos fundamentais de segunda geração (direitos fundamentais sociais), fruto do afastamento de recursos fiscais constitucionalmente destinados à educação, saúde e seguridade social, conforme acima evidenciado.

Pois bem, a DRU, editada pela EC n. 68/2011 chega ao seu final no dia 31 de dezembro de 2015, motivo pelo qual Oliveira (2014, p. 624) comemora em seu livro, realizando uma previsão otimista de que, no ano de 2016, haverá o investimento total dos recursos destinados aos direitos sociais fundamentais. Contudo, pela atual situação do Brasil (entre maio e junho de 2015), percebe-se que estão presentes as mesmas condições vistas em 1993 para a edição do sistema de desvinculação, primeiro denominado de FSE e, agora, conhecido como a DRU.

De acordo com informações prestadas pelo Secretário do Tesouro Nacional, Sr. Marcelo Saintive, o Brasil finalizou o ano de 2014 com um déficit primário, nas contas do Governo Central, na ordem de R\$ 17,2 bilhões, sendo que as perspectivas dos economistas não são boas para o ano de 2015, conforme obtido em Branco (2015).

Ora, em entrevista, Salto (2015) estima uma retração entre 0,4% e 0,7% da economia para o ano de 2015 e, sendo assim, não alcançará a meta de superávit primário estabelecida no ano de 1,2% do PIB, ou seja, R\$ 66,3 bilhões.

Acredita-se que, ao final do ano corrente, entre os meses de setembro a novembro, haverá uma nova EC reeditando a DRU para o período de mais quatro anos, ou seja, até 31 de dezembro de 2019, sob a justificativa da atual crise financeira em que o Brasil se encontra inserido, o que torna necessária a liberdade de alocação dos recursos então vinculados.

Acredita-se que a DRU somente terá fim com a sua declaração de inconstitucionalidade, por meio do viés técnico-jurídico aqui traçado. Desta forma, conclui-se que, sendo a contribuição social um instrumento de viabilização dos direitos sociais fundamentais, a EC que desvincular, ainda que temporariamente, os recursos arrecadados para o financiamento de tais prestações que devem ser realizadas pelo Estado, tende a abolir direitos e garantias fundamentais e, por isso, é sim inconstitucional.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho encadeou estrategicamente os capítulos versados acima para responder se a instituição da DRU pelo legislador constitucionalista derivado reformador é, ou não, constitucional, traçando premissas a serem seguidas a fim de se encontrar a resposta almejada.

O primeiro objeto a ser posto foi justamente a evolução dos direitos humanos fundamentais, observando-se, então, que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, definidos como prestações positivas realizadas pelo Estado para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social.

Ademais, a premissa mais importante a ser encontrada na pesquisa em tela foi justamente saber se os direitos sociais são, ou não, cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988. A dificuldade residiu justamente em virtude de o Texto Constitucional informar que não serão objeto de deliberação as ECs tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, como preconiza o art. 60, § 4º, IV da CF/88.

Deveras, conclui-se que o dispositivo inserido no art. 60, § 4º, IV da Lei Maior não pode ser interpretado literalmente como querem alguns doutrinadores. Resta evidente que a cláusula pétrea em questão deverá ser observada no contexto da Lei Maior, por meio do qual o constituinte originário fundou um Estado baseado nos fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pois bem, ainda que não estejam literalmente expostos, os direitos sociais fundamentais, por meio de uma interpretação sistemática, podem ser observados como cláusulas pétreas implícitas no Texto Constitucional. Sendo assim, a EC que seja tendente a abolir os direitos sociais fundamentais é inconstitucional.

Ora, quando se se refere ao termo “tendente”, infere-se qualquer dispositivo que venha a restringir, limitar ou diminuir a eficácia das normas que impõem, ao

Estado, o dever de prestar ações positivas para o desenvolvimento do aclamado Estado de bem-estar social.

Sendo os direitos sociais prestações que necessitam da arrecadação de recursos, o trabalho tratou, então, de estudar a subespécie tributária das contribuições sociais, as quais são instrumentos disciplinados, pelo constituinte originário, como meios de arrecadar recursos para que o governante possa desenvolver políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, chega-se à conclusão de que a destinação dos recursos das contribuições sociais é vinculada à finalidade para a qual a subespécie tributária foi criada, sendo, inclusive, considerado como inconstitucional pelo STF, o desvio de destinação do produto arrecadado com as contribuições.

Para melhor elucidar o tema, investigaram-se as contribuições sociais para o financiamento da seguridade social. Tal direcionamento foi estratégico por dois motivos: (a) a seguridade social é o expoente maior dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, uma vez que envolve a saúde, a assistência social e a previdência social; e (b) a CF/88, ao traçar as diretrizes para a implantação da seguridade social, criou as contribuições sociais para o financiamento dos direitos sociais ali assegurados.

Ademais, o constituinte originário não somente criou a fonte de financiamento dos direitos sociais de seguridade social, como também determinou que os recursos arrecadados deveriam ser direcionados para um orçamento diferenciado, disciplinando, assim, o orçamento da seguridade social.

Em se tratando de orçamento, a intenção da implementação dos direitos sociais resta mais clara quando o constituinte originário, ao criar as regras constitucionais orçamentárias, destaca um orçamento específico para a seguridade social, criando vedações de transposições de recursos sem autorização legislativa, ou seja, sem autorização do próprio cidadão por meio dos seus representantes constituídos e, ainda assim, estabelecendo que os valores arrecadados com contribuições sociais do empregador sobre a folha de salário, receita ou faturamento e lucro, e do trabalhador não sejam destinadas a outra finalidade que não o

pagamento dos benefícios ao próprio trabalhador sujeito ao regime geral da previdência, não prevendo qualquer forma de desvinculação.

Desta forma, atingiu-se a segunda premissa para o desfecho da questão posta, qual seja, que as contribuições sociais foram criadas para financiar direitos sociais fundamentais, sendo inconstitucional o desvio de destinação da sua arrecadação.

A peculiaridade é que, com a DRU, o governante poderá desvincular 20% das arrecadações com as contribuições sociais, destinando os recursos de forma aleatória, seja para satisfazer outras necessidades sociais, seja para o pagamento de juros da dívida, para a realização do superávit primário, bem como para a realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, demonstrando que o governo arrecadou mais do que gastou.

Ocorre que, no curso da história, observou-se que a DRU já é aplicada há 21 anos, ainda que com outra nomenclatura inicialmente apresentada, e vigorará até 31 de dezembro de 2015, salvo se não editarem mais uma prorrogação, demonstrando que não existe transitoriedade em sua instituição, mas sim que se tornou um instituto permanente, constituindo-se em um dispositivo para salvaguardar os interesses do governante que se encontra à frente da Administração Pública naquele momento.

Ademais, na catalogação dos dados encontrados, a DRU tem permitido a desvinculação de vultosos recursos que iriam implementar o Estado de bem-estar social, retirando recursos da seguridade social para o pagamento de outras despesas que não sejam o financiamento de políticas sociais.

Em verdade, o agravamento observado neste trabalho é que, em pesquisa realizada, os indicadores sociais detectam que o Brasil ainda se encontra longe da efetivação do almejado Estado de bem-estar social.

Restou demonstrado que a saúde encontra-se precária, com índices de insatisfação popular e aplicação insuficiente de recursos para salvaguardar os direitos constitucionalmente garantidos. A crescente intervenção do Poder Judiciário para assegurar tratamentos de saúde é uma demonstração clara da ineficiência das políticas públicas sobre a matéria adotadas no Brasil.

Observou-se, também, por meio de índices de analfabetismo, que a excelência da educação ainda tarda a ser implementada, uma vez que o analfabetismo funcional atinge mais de 1/4 da população ativa, que se encontra entre 15 e 64 anos.

Os indicadores de desenvolvimento humano também são péssimos, demonstrando que a situação de miséria absoluta subiu 3,6%, entre os anos de 2012 e 2013. Encontram-se nessa faixa, em números absolutos, 10.452.383 pessoas. Ou seja, dentro do Brasil há um país inteiro de miseráveis!

Sendo assim, restou claro que a DRU traz prejuízo financeiro ao orçamento da seguridade social, bem como que as políticas sociais, até o momento, não implementaram o Estado de bem-estar social, concluindo-se que a DRU traz prejuízo à efetividade dos direitos sociais no Brasil.

Desta forma, é de se questionar como seria constitucional a desvinculação de receitas que foram afetadas ao desenvolvimento dos direitos sociais constitucionalmente assegurados pelo constituinte originário, posto que o Estado de bem-estar social ainda não foi implementado.

Ora, em primeira notícia, observou-se que o STF declarou que a DRU é constitucional. Contudo, o julgado do STF somente analisou o instituto por meio de uma ótica jurídico-tributária, tomando, como parâmetro, a Lei Magna enquanto disciplinadora do Sistema Tributário Constitucional. Ou seja, no entendimento do STF, observa-se que a RMICS engloba a destinação, mas que a DRU somente desvincula tal arrecadação parcialmente, em 20%, não sendo possível declará-la como sendo inconstitucional. Entretanto, o próprio Supremo não fez a análise da DRU sobre o prisma dos direitos sociais fundamentais.

Ora, partindo-se das premissas assentadas neste trabalho e realizando-se uma interpretação lógica e sistemática da DRU frente aos direitos sociais constitucionais assegurados na CF/88, observa-se que a DRU é inconstitucional, merecendo ser extirpada da Lei Magna, pois padece de vício insanável, não podendo, assim, conviver no ordenamento jurídico pátrio.

De forma lógica, o presente trabalho traçou que: (a) os direitos sociais fundamentais são cláusulas pétreas; (b) a contribuição social é um instrumento de

financiamento dos direitos sociais fundamentais, sendo uma garantia trazida por meio de destaque orçamentário pela CF/88; (c) a DRU desvincula receitas arrecadas pelas contribuições sociais; (d) desvinculando receitas oriundas das contribuições sociais, a DRU impede a implementação dos direitos sociais; (e) o parâmetro para se declarar a inconstitucionalidade de normas é a Constituição, em especial as cláusulas pétreas; (f) conclui-se, então, que sendo os direitos sociais fundamentais cláusulas pétreas e sendo a DRU um instituto veiculado por EC tendente – limitando, restringindo e diminuindo – a abolir os direitos sociais, conclui-se, então, que ela é inconstitucional.

Desta forma, mostrou-se a importância de se estudar sobre a legitimidade da DRU frente aos direitos sociais fundamentais e os reflexos constitucionais de tal medida, na tentativa de ampliar o debate e não enxergar somente o fenômeno da arrecadação tributária das contribuições sociais em sua vertente jurídico-tributária, como também de proporcionar a sua integração aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito que foi implantado pela CF/88.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Talita. Depois de 1 década, nível de miséria volta a subir no Brasil.

Exame, São Paulo, 5 nov. 2014. Disponível em:

<<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/depois-de-1-decada-nivel-de-miseria-volta-a-subir-no-brasil>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Intervenção judicial na saúde pública**.

Brasília, DF, jun. 2013. Disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa--o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Tatiana Araújo. **Contribuições sociais: desvio de finalidade e seus reflexos no direito financeiro e no direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (ANFIP). **Análise da seguridade social 2010**. Brasília, DF: ANFIP, 2011.

_____. **Análise da seguridade social 2013**. Brasília, DF: ANFIP, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 18. ed. rev. e atual. por Hugo de Brito Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamento e história**. São Paulo: Cortez, 2006.

BELCHIOR, Miriam Aparecida; MANTEGA, Guido. **EM Interministerial n. 00104/2011/MP/MF**. Brasília, DF, 8 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/104-MP%20MF.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONELLI, Regis; RAMOS, Lauro. Distribuição de renda no Brasil: avaliação das tendências de longo prazo e mudanças nas desigualdades desde meados dos anos 70. **Texto para Discussão**, Brasília, DF, n. 288, jan. 1993. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2493>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BORGES, Bruna; CALGARO, Fernanda. IDH do Brasil melhora e supera média da AL; país é o 79º em ranking mundial. **UOL**, Brasília, DF, 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2014/07/24/idh-do-brasil-sobe-supera-media-latinoamericana-mas-ainda-e-2-entre-brics.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BOSCHETTI, Ivanete; SALVADOR, Evilásio. O financiamento da seguridade social no Brasil no período de 1999 a 2004: quem paga a conta? **Serviço Social e Saúde: Formação e Trabalho Profissional**, [S.l.], 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/200137481/Seguridade-Social-No-Brasil-Financimento#scribd>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRANCO, Marina. Tesouro Nacional: superávit primário mostra reversão de tendência. **EBC Agência Brasil**, Brasília, DF, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-04/tesouro-nacional-superavit-primario-mostra-reversao-de-tendencia>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 1º jun. 2015.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 4. ed. Brasília, DF: Secretaria de Documentação, 2011.

_____. _____. ADI 2010. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], v. 02064, p. 51, 12 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. _____. ADI 2925. Relatora: Ministra Ellen Gracie. **Lex STF**, [Brasília, DF], v. 27, n. 316, p. 52-96, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000012045&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. _____. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI-MC 1946 DF. Direito Constitucional, Previdenciário e Processual Civil. Licença-gestante. Salário. Limitação. Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, e do art. 6º da Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, baixada a 16.12.1998, pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Alegação de violação ao disposto nos artigos 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Medida cautelar. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], p. 00048, 14 set. 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739416/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1946-df>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. _____. Recurso Especial n. 537610. TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], 18 dez. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166361&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. _____. Recurso Extraordinário 537.610 Rio Grande do Sul. **Diário de Justiça**, [Brasília, DF], 18 dez. 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606995>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais. **Revista do CAAP**, [Belo Horizonte], n. 1, p. 203-222, 2006. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/49>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição n. 41, de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. [Brasília, DF], 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/esp/pec41-2003.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Proposta de Emenda a Constituição n. 85, de 1999**. Acrescenta o art. 76 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [Brasília, DF], 14 set. 1999. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1234503&filename=Dossie+-PEC+85/1999>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Proposta (sic) de Emenda a Constituição n. 449, de 1997**. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. [Brasília, DF], 11 mar. 1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1242433&filename=Dossie+-PEC+449/1997>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67/2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELLANI, Fernando Ferreira. **Contribuições especiais e a sua destinação**. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 131-148, ago. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. **Portal TvJustiça**, [Brasília, DF], [entre 2010 e 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. **Rere – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, set./nov. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Contribuições no Direito brasileiro: seus problemas e as soluções. In: _____ (Coord.). **Contribuições para a seguridade social**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 17-64.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Opinião dos brasileiros sobre o atendimento na área de saúde**. [Brasília, DF?], jul. 2014a. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentao-integra-datafolha203.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Saúde representa só 8% do total de investimentos públicos no Brasil**. [Brasília, DF?], 21 fev. 2014b. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24511:saud-e-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-brasil&catid=3>. Acesso em: 10 jun. 2015.

COSTA, Ana Clara; CASTRO, Gabriel. Depois de onze anos, o Bolsa Família chega ao seu limite. **Veja**, [São Paulo], 11 jan. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/onze-anos-depois-o-bolsa-familia-chega-ao-seu-limite/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador, Juspodivm, 2008.

DAVI, Jodeana et al. A seguridade social em tempos de crise do capital: o desmonte de seu orçamento. **SER Social**, Brasília, DF, v. 12, n. 26, p. 59-87, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). **Separação dos poderes e efetividade do direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 19-50

DIAS, Fernando Alvares Correia. Desvinculação das receitas da união, gastos sociais e ajuste fiscal. **Texto para Discussão 38**, Brasília, DF, fev. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-38-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-gastos-sociais-e-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

FERNANDES, Elisângela. Inaf: cai analfabetismo no País, mas desafio ainda é gigante. **Nova Escola**, [São Paulo?], jul. 2012. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/cai-analfabetismo-pais-desafio-ainda-gigante-693353.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOREQUE, Flávia; PATU, Gustavo. Gasto público em ensino atinge 6,6% do PIB, mas crise ameaça expansão. **Folha de São Paulo**, Brasília, DF, 4 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/04/1612236-gasto-publico-em-ensino-atinge-66-do-pib-mas-crise-ameaca-expansao.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

FRANCO, Diego Guimarães Teles. **A inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) referente às contribuições no Sistema Tributário Nacional**. 2011. 71 f. Monografia (Graduação em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3426/1/2011_DiegoGuimar%C3%A3esTelesFranco.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

G1. Apenas 52,5% das moradias do Brasil têm condições adequadas, diz IBGE. São Paulo, 17 out. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/apenas-525-das-moradias-do-brasil-tem-condicoes-adequadas-diz-ibge.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Fantástico mostra situação alarmante dos postos de saúde brasileiros. [Rio de Janeiro?], 1º mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/03/fantastico-mostra-situacao-alarmante-dos-postos-de-saude-brasileiros.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GAMA, Tácio Lacerda. Contribuições especiais: natureza e regime jurídico. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em Direito Tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1143-1166.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECCO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura *sui generis*)**. São Paulo: Dialética, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**: famílias e domicílios, resultados da amostra. Rio de Janeiro, p. 1-203, 2012. Disponível em: <<http://www.abc.habitacao.org.br/homologacao/wp-content/uploads/2012/10/Censo-familias-e-domicilios-IBGE.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Países**. [Rio de Janeiro?], [entre 2010 e 2015]. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/paisesat/main_frameset.php>. Acesso em: 10 jun. 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Pesquisa aponta queda do analfabetismo. **Outras Notícias**, Brasília, DF, 19 set. 2014. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/visualizar/-/asset_publisher/6AhJ/content/pesquisa-aponta-queda-do-analfabetismo>. Acesso em: 10 jun. 2015.

JARACH, Dino. **O fato imponível**: teoria do Direito Tributário substantivo. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, Antônio Corrêa de. Distribuição de renda o Brasil nos anos 80. **Revista de Economia Política**, [São Paulo], v. 14, n. 3, p. 134-140, jul./set. 1994. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/PDF/55-11.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Monografia jurídica**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LESSA, Maurício Quintella. **Proposta de Emenda à Constituição n. 61, de 2011**. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/914107.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB).

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.], 1948. Disponível em: <<http://e25.d32.myftpupload.com/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições**: custeio da seguridade social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2011.

PINTO, Élide Graziene. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais? **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 11, p. 511-537, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/120>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

REVISTA DE ECONOMIA POLÍTICA. Plano Fernando Henrique Cardoso: Exposição de Motivos nº 395, de 7 de dezembro de 1993. [São Paulo], v. 14, n. 2, p. 114-131, abr./jun. 1994. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/PDF/54-10.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SALTO, Felipe. Governo não alcançará superávit primário de 1,2% do PIB, diz especialista. **Correio Braziliense**, Brasília, DF, 22 maio 2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/02/22/internas_economia,472171/governo-nao-alcancara-superavit-primario-de-1-2-do-pib-diz-especiali.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social)– Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://btd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4535>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAFF, Fernando Factory. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Foudazione Cassamarca, 2003. p. 337-367.

_____. Direitos humanos e a Desvinculação de Receitas da União – DRU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 33-50, abr./jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÕES, Thiago Laborda. **Contribuições sociais: aspectos tributários e previdenciários**. São Paulo: Noeses, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Orçamento da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 2., 2012, [S.I.]. **Anais...** [S.l.:s.n.], 2012. p. 241-251. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1542>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

TANNO, Claudio Riyudi, CAMBRAIA, Túlio. A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas. **Nota técnica n. 18**, Brasília, DF, 11 nov. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/estudos/2011/nt_18_2011>. Acesso em: 10 jun. 2015.

TOBALDINI, Renata Teixeira de Castro; SUGUIHIRO, Vera Tieko. A Desvinculação de Recursos da União – DRU e o (des)financiamento da seguridade social brasileira. In: CIRCUITO DE DEBATES ACADÊMICOS, 1., 2011, [Brasília, DF]. **Anais...** [Brasília, DF]: IPEA, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo10.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária interpretada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, Helga Klug Doin. Contribuições para o custeio da seguridade social. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 8. 2010, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IBET, 2010. p. 567-594.

VIEIRA, Leonardo; RANGEL, Andrea. Brasil é o penúltimo em ranking internacional de investimento por aluno. **O Globo**, [Rio de Janeiro?], 9 set. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-o-penultimo-em-ranking-internacional-de-investimento-por-aluno-13873118>>. Acesso em: 10 jun. 2015.