

ORÇAMENTO BRASILEIRO DA SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Brazilian Social Security public budget and protection of fundamental rights

Carlos Luiz Strapazon²
Rogério Luiz Nery da Silva³

RESUMO

A DRU é uma autorização constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União em despesas ou investimentos que julgar pertinentes. Esse mecanismo de Desvinculação de Receitas vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. Este artigo objetiva analisar a proteção das expectativas de realização de direitos da seguridade social. Seu objeto principal é a análise das deliberações do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal sobre a desvinculação de receitas do orçamento da Seguridade Social. A metodologia adotada é a de revisão teórica e de análise de casos. A base teórica é a teoria dos direitos fundamentais. A tese principal é que a natureza imperativa das expectativas jurídicas criadas por direitos fundamentais torna-as sobreproporcionalmente resistentes a medidas restritivas, só cabíveis diante de densa fundamentação constitucional que evidencie uma correta ponderação de princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Seguridade Social. Orçamento da Seguridade Social

ABSTRACT

The DRU is an institute to unlink revenue of the Union Government. It is a constitutional authorization for the Union Government apply 20% of the revenue of the constitutional bound in expenses or investments that it deems relevant. This mechanism of *Unlink Revenue of the Union Government* has been systematically extended by successive amendments to the Constitution. This article aims to analyze the protection of expectations to realize public policies that aims to protect the fundamental social security rights. Its main object is the analysis of the reasons presented by the Brazilian National Congress and Supreme Court to decoupling the revenue of the budget of the Social Security System. The methodology is based on case analysis and the basic theory is the Robert Alexy's fundamental rights theory. The main thesis is that in case of fundamental rights, the legal expectations have an imperative nature, what makes them resistant to restrictions, such as revenue decoupling promoted by the DRU.

Key words. Fundamental rights. Social Security System. Public Budget

¹ Este artigo é a versão revisada e ampliada, de um paper para discussão apresentado no II Simpósio Internacional "Dimensões Materiais e eficácia dos direitos Fundamentais", promovido pela Unoesc-Chapecó, realizado em 30 de março de 2012. Agradecemos a todos os participantes do Seminário, em especial aos professores Cristhian Magnus de Marco e Gerson L. C. Branco pelas generosas críticas e sugestões relativas à teoria dos direitos fundamentais e à teoria das legítimas expectativas. Agradecemos também à orientanda Fernanda Dalla Costa, do curso de Direito da Unoesc-Joaçaba, pela diligente atuação no Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais, como bolsista de iniciação científica e como colaboradora das investigações sobre interpretação evolutiva dos direitos fundamentais de seguridade social. A elaboração deste artigo só foi possível graças ao apoio institucional da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc.

² Doutor em Direito Constitucional (UFSC). Professor-pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Direitos fundamentais sociais. e-mail: carlos.strapazon@unoesc.edu.br.

³ Doutor em Direito Constitucional (UNESA-RJ). Professor-pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Direitos fundamentais sociais. e-mail: rogerio.nery@unoesc.edu.br

1. Introdução

As *expectativas*, normalmente, são dadas como externas ao direito. Isso quer dizer que essa categoria tem sido muito aproveitada no desenvolvimento de análises sociológicas do direito, mais até do que no desenvolvimento da dogmática jurídica ou da teoria geral do direito.

Há importantes exceções a essa regra geral. Vários ramos especializados do direito vem reconhecendo a natureza de direito subjetivo a certos tipos de *expectativas*, identificadas como *legítimas expectativas*. Assim ocorre no direito civil, no direito do consumidor, sobretudo. Mas não é só. O direito constitucional pós-1988 passou a proteger expectativas normativas de forma diferenciada. Em razão disso, atualmente, nenhuma teoria da eficácia dos direitos fundamentais pode ser desenvolvida sem um adequado tratamento do sentido e do alcance da proteção de direitos fundamentais em face de omissões legislativas inconstitucionais.

Este trabalho é, em parte, um esforço para seguir revisando a funcionalidade da noção de expectativa de direito no âmbito dos direitos fundamentais. Essa é a primeira parte do estudo. Esse objetivo, já iniciado em outros estudos, assume como pressuposto que para fazer progredir as soluções que enfrentam o problema das omissões inconstitucionais que afetam direitos fundamentais será preciso superar os preconceitos quanto ao papel e a função da jurisdição constitucional em face das expectativas jurídicas geradas por direitos fundamentais. Na primeira parte deste trabalho, para tanto, será apresentada uma revisão teórica e uma revisão da aplicação desse conceito em vários ramos especializados da jurisprudência.

A segunda parte do estudo tem um objeto bem delimitado: as razões para a criação da Desvinculação de Receitas da União, a DRU. Nesse tópico serão analisadas as razões eleitas pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a compatibilidade constitucional da medida e também as razões oferecidas pelo Congresso Nacional para instituí-la e reeditá-la sucessivamente. Interessa discutir, nessa segunda parte, o modo como essas instituições decidiram proteger expectativas de financiamento de direitos fundamentais densamente prestacionais, como são, em grande medida, os direitos sociais de seguridade social.

A metodologia adotada é a de revisão teórica e de análise de casos. A base teórica é a teoria dos direitos fundamentais. A tese principal é que a natureza imperativa das expectativas

jurídicas criadas por direitos fundamentais torna-as sobreproporcionalmente resistentes a medidas restritivas, só cabíveis diante de densa fundamentação constitucional que evidencie uma correta ponderação de princípios constitucionais colidentes.

2. A teoria externa das *expectativas*

Um conhecido ramo da teoria sociológica, denominado de *escola funcionalista*, é o responsável pela mais ampla aplicação desse conceito na análise da dinâmica dos sistemas jurídicos. Niklas Luhmann faz amplo uso da categoria das expectativas cognitivas e normativas, para analisar o direito como microsistema social. Segundo ele, muitas generalizações teóricas podem ser elaboradas a partir do conceito de *expectativas fáticas* e de *expectativas normativas*.

Nem todas as expectativas podem ser qualificadas como direito. É possível haver consenso, não só em relação ao estilo normativo das expectativas, mas também na vontade de impor sanções e de resolver possíveis conflitos, caso as expectativas seja frustradas. Desse ponto de vista, o direito não é um sistema de resolução de conflitos, mas de criá-los (LUHMANN, 1984, pp.33-331, tradução nossa).

ou,

O direito é imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. (LUHMANN 1983, p. 75)

A categoria das *expectativas* (fáticas e normativas) foi apresentada como componente essencial para a compreensão de um sistema social complexo e autopoietico, como seria o Direito. Essa perspectiva analítica será aqui denominada de externa e tem pouca aplicação na compreensão do objeto deste estudo.

3. A teoria interna das *expectativas jurídicas*

Muito embora seja necessário reconhecer os avanços obtidos a partir das pesquisas sociológicas, a aplicação que de fato interessa aqui — do conceito de *expectativa jurídica* — é a que a refere aos *direitos fundamentais* e que, simultaneamente, reconhece a natureza de *direito subjetivo* das expectativas jurídicas geradas por direitos fundamentais. É essa perspectiva *interna* que importa neste estudo, mais do que a externa.

2.1. Teoria dos direitos fundamentais e *expectativas imperativas*

A teoria garantista do direito, que é uma teoria geral do direito e da democracia constitucional, no entanto, elevou a categoria das expectativas ao primeiro nível de importância. A razão disso não é meramente especulativa. É que, como demonstra Ferrajoli na sua recente obra (FERRAJOLI, 2007; CADEMARTORI; STRAPAZZON 2010), as expectativas desempenham um papel central para a compreensão da fenomenologia do dever-ser constitucional. Essa é, seguramente, uma abordagem que muito interessa a uma teorização das funções constitucionais da jurisdição diante de direitos fundamentais densamente prestacionais.

Ferrajoli explica que se, por um lado, o direito poderia continuar a ser interpretado como um sistema deontico semelhante aos demais (moral e costumes) já que, como qualquer sistema deontico seria estruturado por meras expectativas, frustrações e condutas convergentes com as expectativas (espontâneas ou forçadas). Por outro, adverte, o direito é um sistema deontico com especificidades. Tal distinção reside no fato de que o direito é um sistema deontico estruturado por garantias primárias e secundárias. As primárias significam a previsão de uma obrigação ou dever, as secundárias, a sancionabilidade de comportamentos ilícitos ou anulação de atos inválidos (FERRAJOLI 2007, p.166). Ora, essa especificidade garantista do direito está a serviço, precisamente, da *neutralização das frustrações de expectativas*.

É bom notar que em nome de uma adequação da *expectativa* jurídica a uma teoria positivista do direito, o uso da expressão teve de ser especializado. As expectativas assumiram, em Ferrajoli, um *status imperativo* porque são garantidas por obrigações e proibições (FERRAJOLI 2007, 651, tradução nossa). As expectativas jurídicas garantidas por obrigações e proibições foram transformadas, por Ferrajoli em direito subjetivo. Assim, quando há um direito em sentido positivo ou em sentido negativo, para Ferrajoli, o titular do direito subjetivo tem, em favor de si, uma *expectativa imperativa* (positiva ou negativa). Aí estão as obrigações de prestar e as proibições de causar lesão (FERRAJOLI, 2007, p. 653, tradução nossa). Para o garantismo, portanto, “*direito subjetivo é qualquer expectativa [garantida] de prestação ou de não lesão*” (FERRAJOLI, 2007, p.641, tradução nossa).

As *expectativas* decorrentes de obrigações e proibições não são, portanto, para o garantismo, elementos externos ao direito; meras intenções ou quase-direitos. Para Ferrajoli,

todas as *expectativas* jurídicas, mesmo quando incluem uma faculdade, podem ser caracterizadas como direitos subjetivos de não lesão ou de prestação (FERRAJOLI 2007, pp.86, 641, tradução nossa). Isso significa que se é permitida uma comissão, então não pode haver expectativa de sua omissão; se é permitida uma omissão, então não haverá expectativa de comissão. Por outro lado, se não é permitida uma comissão então, sim, haverá expectativa de omissão; se não é permitida a omissão, seguramente haverá expectativa de comissão (FERRAJOLI, 2007, p. 152, tradução nossa).

De acordo com garantismo, reitere-se, as expectativas de comissão e de omissão são fenômenos jurídicos *imperativos*, porque não há direitos não garantidos, todos são perfeitos direitos subjetivos justiciáveis (FERRAJOLI, 2007, pp. 151, 651, tradução nossa; FERRAJOLI, 2008, p. 63). Para não deixar dúvidas, Ferrajoli classificou os direitos subjetivos em quatro tipos. Essa é uma classificação que assume alta relevância para este trabalho, sobretudo a definição proposta para *direito-pretensão*, em face de sua correlação com a noção de expectativa e, até mesmo, com a noção de *pretensão de correção moral*, elaborada por Alexy.

Assim explica o autor do *Principia Iuris*:

O uso corrente do termo “direito subjetivo” em direito revela quatro tipos de direitos: 1. Direitos-potestade: do qual decorrem os direitos potestativos que consistem na faculdade de criar atos preceptivos (imperativos), como ocorre com o direito de propriedade; 2. Direitos-faculdade: do qual decorrem os direitos de mero comportamento, de palavra, de associação, reunião. São as clássicas liberdades fundamentais. 3. Direitos-imunidade: do qual decorrem os direitos negativos de não violação, como o direito à vida, à liberdade pessoal, integridade física, à paz, defesa do ambiente; 4. Direito-pretensão: do qual decorrem as expectativas positivas de prestação, como os direitos de crédito e os direitos sociais (FERRAJOLI, 2007, p. 639, tradução nossa)

Por outro lado, há autores, como Neil MacCormick (MACCORMICK 2007), que rejeitam a existência de pretensões ou expectativas *no* ordenamento jurídico. A crítica sugere que o direito, diferente das pessoas naturais, é uma ordem normativa e, nessa medida, é um *estado de coisas*, não é um ser em condições de produzir qualquer tipo de *pretensão* ou de *expectativas*. Essas seriam características dos seres humanos; não do ordenamento jurídico.

O que importuna MacCormick, na verdade, é a tese de Robert Alexy (ALEXY 2011) segundo a qual o direito tem uma dimensão ideal caracterizada por uma *pretensão de correção moral*. A dimensão factual do direito seria formada por elementos de autoridade e

de eficácia; a ideal, pelas diretrizes morais dos direitos humanos. Para Alexy, não é correta a definição de que o direito são fatos (atos humanos e normas), não, ao menos, nos regimes democráticos e fundados num *constitucionalismo discursivo*. Nesses regimes o direito objetivado nos ordenamentos sempre é guiado por uma *pretensão de correção moral* que não autoriza afirmar que os fatos sejam, por si sós, jurídicos. A melhor prova disso seria imaginar um dispositivo constitucional como o seguinte: “*X é uma nação soberana, federal e injusta*” (ALEXY 2011, p. 40). Esse dispositivo é considerado tão absurdo na cultura jurídica ocidental que, segundo Alexy, bem revela o quanto a justiça, nos Estados Constitucionais, funciona como um caso especial de correção moral do direito.

Alexy deseja evidenciar, com isso, que nos regimes democráticos que contemplam direitos constitucionais, o ordenamento jurídico é formado por uma dimensão moral decorrente da natureza moral *dos direitos humanos*. A seu ver, todo o esforço internacional de posituação dos direitos humanos, ou seja, de conversão dos direitos humanos em direitos positivos internos, é um esforço que visa, precisamente, conectar a dimensão ideal à dimensão real do direito (ALEXY 2011, p. 48).

Na linha de Alexy é possível dizer que os ordenamentos jurídicos que contam com (1) *procedimentos democráticos de produção legislativa*, (2) com procedimentos jurídicos de *judicial review* e com um (3) sistema *complexo de direitos fundamentais* são ordenamentos que, inafastavelmente, têm uma ordem jurídica positiva dotada de uma *pretensão de correção moral*.

A crítica de MacCormick, se acertada, pode comprometer a funcionalidade técnica de categorias jurídicas que têm conexão estreita com a dimensão moral do direito. Por outro lado, a judicialização das *expectativas* está fortemente atrelada a essa mencionada dimensão moral do direito. Isso é especialmente explícito quando é o caso de proteger a eficácia mínima das *expectativas* geradas por direitos fundamentais *densamente prestacionais* em face de omissões arbitrárias. É que a proteção da eficácia dos direitos *densamente prestacionais*, como a maioria dos protegidos pelo sistema de *seguridade social*, geralmente é uma interpretação informada pela filosofia, doutrina, estatutos e pelos precedentes relativos a direitos humanos.

Muito embora as objeções de MacCormick mereçam toda a atenção da pesquisa teórica, a doutrina e a jurisprudência brasileira parecem adotar o alinhamento doutrinário de

Alexy, mesmo sem menção explícita. Isso porque a jurisprudência parece aceitar que o direito é impregnado de conteúdo ético, social e jurídico, e que as relações jurídicas formais estão profundamente afetadas por elementos morais, tais como a boa-fé objetiva e a proteção da confiança, mesmo em direito público (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-MG. 05.02.04).

Aceitar o argumento de MacCormick significa recusar, para dizer o mínimo, a natureza dual dos direitos fundamentais constitucionais. Em consequência, poderia significar *recusa de proteção judicial a expectativas de direitos* por razões éticas. Se for esse o caso, tais conclusões não se coadunariam com a evolução jurisprudencial e teórica brasileira.

Importante reiterar, e insistir, por fim, que essa dimensão moral dos direitos fundamentais ganha especial relevância nas discussões sobre a tutela das *expectativas imperativas* em face das omissões inconstitucionais. Todavia, isso não significa dizer, na linha que se deseja argumentar, que proteger *expectativas imperativas* é o mesmo que proteger o conteúdo definitivo de um direito fundamental. A bem estabelecida distinção entre *direitos prima facie* e direitos definitivos é um ganho muito importante para ser subestimada nesta discussão (ALEXY, 2008, p. 252). A rigor, o que precisa ficar bem estabelecido é que os direitos fundamentais sempre geram uma *expectativa imperativa de ponderação* (ALEXY 2008, p. 515; BOROWSKI, 1998, p. 197 apud SILVA, 2010, p. 146). Ou seja, quando uma intervenção normativa afetar a eficácia de direitos fundamentais (de defesa) ou quando uma omissão afetar as expectativas imperativas de atuação, no caso de direitos fundamentais a prestações, sempre é exigível um criterioso juízo de adequação, necessidade ou proporcionalidade.

2.2. Jurisprudência brasileira e a teoria das legítimas expectativas

Algumas áreas do direito já refinaram o uso do termo *expectativa jurídica* nessa direção antes apontada, qual seja, a de proteger *expectativas imperativas* a partir de fundamentos morais do direito. Essas evoluções, seguramente, sensibilizaram a jurisprudência quanto à natureza de direito subjetivo de certos tipos de *expectativas*. Esta proposição teórica, portanto, não é original, tampouco inédita. O que há de inovador nesta tese — se é que há realmente algo assim no âmbito da pesquisa científica básica — é o esforço para demonstrar que os avanços conceituais já estabilizados em muitas áreas especializadas do direito devem ser estendidos, com mais razão, para a proteção dos direitos fundamentais.

Uma dessas áreas especializadas é a do direito contratual (civil, trabalhista, consumerista) em especial as discussões sobre a proteção das relações pré-contratuais. Outra é a do direito administrativo, com aplicação inovadora do conceito nas relações de tolerância fiscais e de poder de polícia do Estado para com situações aparentemente ilícitas dos administrados. Nesses casos, a *expectativa* protegida é a decorrente da proteção da *confiança* estabelecida entre as partes. Nos dois casos o que se almeja é a não turbção do *status* alcançado pelas partes, se esse *status* decorre de relacionamento baseado na *boa fé* das partes. Aí se enquadram situações como a do benefício fiscal inválido, a segurança do consumidor em face do risco do consumo de massa, a tolerância do locador para situações não previstas no contrato, a tolerância da administração pública para com práticas irregulares, porém de baixo efeito lesivo ao interesse público. Essas variações interessam muito à teoria dos direitos fundamentais de seguridade social, visto que revelam uma aplicação inovadora da noção de *expectativa*, de modo a protegê-la como verdadeiro direito subjetivo.

Hoje é possível afirmar que a teoria brasileira da eficácia dos direitos fundamentais de seguridade social deve se beneficiar, por interação interpretativa, dos avanços já alcançados pela *doutrina das justas e legítimas expectativas*. Expectativas constitucionais de realização de direitos sociais prestacionais, no Brasil, não podem ser identificadas com 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. Contudo, a proteção das *expectativas* em relação à efetivação de *direitos fundamentais sociais densamente prestacionais* devem ser ainda mais cuidadosamente analisadas pelo Poder Judiciário. 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.

A razão desse cuidado especial não é uma eventual diferença qualitativa *a priori* entre esses direitos fundamentais. Isso não parece ser sustentável. A advertência se justifica por outro motivo: a especial estranheza desse entendimento no âmbito de proteção dos bens jurídicos de seguridade social. A proteção de expectativa legítimas (como são chamadas) na arena dos direitos fundamentais civis e políticos é bem assentada. Mas a proteção de expectativas legítimas na arena dos direitos sociais prestacionais não é. No entanto, as

justificativas para esse tratamento diferenciado não parece ter adequado suporte constitucional.

Todas 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.

Comportamentos omissivos em face de *expectativas imperativas* sempre podem ser judicializados a fim de verificar a forma como a omissão afeta (restringe ou viola) o direito social prestacional. Omissões legítimas devem ser razoáveis (adequadas e necessárias). Toda e qualquer omissão em face de expectativas imperativas é, por isso, plenamente justificável. Um bom parâmetro, nessa direção parece ser o seguinte: se o Estado de Direito não tolera ilícitos (por ação ou omissão); o Estado Constitucional não tolera ilícitos nem arbitrariedades, sejam elas decorrentes de ações ou de omissões. Numa palavra, nenhuma omissão em face de direitos fundamentais de seguridade pode ser arbitrária.

3. DRU e fundamentação constitucional do Congresso Nacional

A DRU, como ficou conhecida, é uma autorização constitucional para viabilizar a Desvinculação de Receitas da União. É uma autorização constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União (obtida com impostos e contribuições⁴) em despesas ou investimentos que julgar pertinentes (BRASIL, 2010, p. 26 et seq.). É um mecanismo de mudança de prioridades: receitas que deveriam ser aplicadas em objetivos de Estado determinados pela Constituição originária podem, com autorização da emenda constitucional que criou a DRU, ser aplicadas em objetivos determinados pelo Governo Federal de ocasião.

Apesar de ter sido criada no ano de 1994, com cláusula de vigência de apenas dois anos, o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. A desvinculação de receitas

⁴ Todas as Contribuições Sociais são afetadas pela DRU, exceto a Contribuição Previdenciária de Empregadores e Trabalhadores. A receita de todas elas está vinculada ao orçamento da seguridade social. São elas: São elas: CSLL, COFINS, PIS/PASEP, Concursos e Prognósticos.

recebeu diversas denominações e passou por cinco prorrogações: FSE – Fundo social de Emergência: 1994 e 1995; FEF – Fundo de Estabilização Fiscal: 1996 e 1997 (1º sem); FEF (prorrogação): 1997 (1º sem) a 1999; DRU – Desvinculação de Receitas da União: 2000 a 2003; DRU (1ª prorrogação): 2003 a 2007; DRU (2ª prorrogação): 2008 a 2011. Essa última edição da DRU foi aprovada pela EC 56/2007 e converteu-se no Art. 76, do ADCT, onde se lê:

É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% 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.

Algumas inovações foram incorporadas ao conceito de DRU, a partir da EC 56/2007. São elas: a) a DRU não reduz a base de cálculo das transferências obrigatórias a Estados, Distrito Federal e Municípios; b) permanece intocada a receita da contribuição social do salário-educação (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT) e c) no cálculo dos recursos aplicáveis ao desenvolvimento do ensino, de 18% da receita resultante de impostos, cfe. Art. 212 da CF, a DRU é menor que 20%, assim: 12,5 % em 2009, 5% em 2010. A partir de 2011 não há DRU para as receitas destinadas à Educação, ou seja, a União deve aplicar, ao menos, 18% da receita resultante de impostos, excluída a parcela transferida para Estados, Distrito Federal e Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, “até 2010, era possível verificar a aplicação de recursos inferiores ao mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino se não houvesse o mecanismo da DRU” (BRASIL, 2011, pag. 11).

Por outro lado, permanecem intactas algumas distorções históricas, como a que ocorre com os recursos do PIS/PASEP destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do BNDES. A desvinculação subtrai 8% do total dos recursos do PIS/PASEP legalmente destinados a esse fim. “[E]ssa parcela não retorna ao patrimônio do FAT” (BRASIL, 2011, p. 9).

No encaminhamento que fez da Proposta de Emenda à Constituição, visando prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), o Poder Executivo ressaltou — na Exposição de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 — que a prorrogação da DRU até 31.12.2011 teria duas finalidades precípuas: a racionalização da gestão orçamentária, e garantir um grau mínimo de autonomia na definição de prioridades e

na gestão orçamentária, já que a DRU respondeu por 58% dos recursos livres da União. Segundo os Ministros da Fazenda e do Planejamento, a DRU não *tem impedido a expansão* de programas sociais, e citam como exemplo a expansão do Programa Bolsa-Família e do FUNDEB. Mas o que é importante, realmente, é a afirmação de que as prioridades do governo, com a DRU, são duas: alocar recursos em a) obras de infraestrutura e b) constituir a poupança necessária para a redução da dívida pública.

No Parecer n. 1.080, de 15.11.2007, o líder do governo, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizou: explicou ao Senado da República que a PEC 89 (origem da EC 56/2007), e a prorrogação do DRU até 31.12.2011 teriam três finalidades precípuas: a alocação de recursos para *geração de poupança necessária à redução da dívida pública; financiamento do Programa bolsa família e o Fundeb.*

Bem, a PEC nº 61, de 2011, de autoria do Poder Executivo, que propõe a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015, vai além. Segundo a exposição de motivos (EM Interministerial nº 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011),

[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.

Se nas primeiras versões da DRU o compromisso público do governo era com o incremento de políticas sociais, investimentos em infraestrutura e redução da dívida pública, agora a DRU se destina, precipuamente, a obras de infraestrutura e ao financiamento de grandes eventos esportivos!

Como se nota, a DRU libera o governo federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas. E mais, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de programas sociais constitucionalmente vinculantes.

3.1. DRU e fundamentação constitucional do STF

Essa introdução feita no item anterior é necessária para bem compreender como vem atuando a jurisprudência brasileira na garantia de *expectativas imperativas de seguridade social*, como são as decorrentes de receitas tributárias vinculadas à efetivação de políticas sociais. Os desdobramentos desse tema na jurisprudência do STF podem ser apreendidos a partir de três decisivos julgados.

O primeiro é de 2009. Trata-se do *leading case* RE 537.610, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 1º.12.2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009. Nesse caso a Turma assentou que: “Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.” O que tem sido dito, a respeito dessa decisão, no entanto, é um exagero. Dada a extensão de suas conclusões a casos completamente distintos, é importante compreender qual foi o objeto do pedido e qual foi a posição da Corte nesse litígio. A análise do Relatório revela que a empresa recorrente sustentou que a desvinculação de 20% das receitas da CSLL, do PIS e da COFINS, tal como promovida pela DRU (EC 27/2000) equivaleria à *criação de novo imposto inominado*. Como se sabe, *impostos* são tributos sem vinculação de receita. Assim, se parte das receitas de uma Contribuição Social (que por definição constitucional são tributos com 100% de suas receitas vinculadas) for liberada, o efeito jurídico é idêntico ao da criação de um imposto com base de cálculo idêntica à das Contribuições Sociais. A matéria foi julgada pela segunda turma do STF, órgão fracionário. Em resposta ao pedido, a Turma julgou que a DRU não promovera a criação inconstitucional de novo imposto. O relatório do Min. César Peluso é claro: essa consequência não prospera. Com argumento formal e simplista, o Ministro entendeu que Emendas Constitucionais podem alterar a natureza constitucional vinculada das Contribuições Sociais. “Foram Emendas Constitucionais que determinaram a desvinculação”, afirmou. A Turma votou com o Relator.

O tema voltou ao STF duas semanas depois, no RE 537.668/RS, julgado em 14.12.2009, agora pela relatoria do Min. Carlos. A. Britto. As razões, agora, não são apenas formais, como no voto do Min. Peluso. O Min. é categórico em afirmar que a destinação dos recursos não foi comprometida.

[A] destinação de 20% da arrecadação de contribuições sociais para o Fundo Social de Emergência, [...], não afrontou nenhuma cláusula pétrea [...]. 5. *Nessa contextura, a mudança da destinação de parte dos recursos arrecadados não desnatura a finalidade das contribuições sociais em questão (PIS, Cofins e CSLL), que permanece sendo a de financiar a seguridade social, conforme estabelece o caput do art. 195 do Magno Texto.*

Mais recentemente, o Min. Ricardo Levandowski, no voto proferido no julgamento do RE 596.724-DF, em 23/03/2010, concluiu o seguinte:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desvinculação de parte da receita das contribuições sociais, nos termos do art. 76 do ADCT, é constitucional, conforme se observa da do RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar

Peluso”. (...). No mesmo sentido, as seguintes decisões: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

Não há dúvida jurídica: a DRU criou imposto inominado; e pior desvia recursos da Seguridade Social para fins que nada têm a ver com programas sociais, como está claro nas Mensagens Interministeriais antes analisadas.

No entanto, a jurisprudência do STF vem reafirmando — vide voto do Min. Levandowski — que a desvinculação não viola a Constituição porque o Supremo já teria pacificado entendimento sobre o assunto. Isso não está correto. O que está pacificado é o entendimento (equivocado) do Supremo Tribunal Federal de que a DRU não gera inovação tributária. Todavia, a Corte não discutiu, em sessão plenária, a constitucionalidade da desnaturação jurídica das contribuições sociais promovida pelo desvio de receitas constitucionalmente vinculadas.

O desvio de finalidade constitucional é reconhecido, inclusive, pela área técnica de acompanhamento da execução orçamentária da Câmara dos Deputados. Em relatório emitido em novembro de 2011, Claudio Riyudi Tanno e Túlio Cambraia, da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, afirmam o seguinte:

[U]m dos principais efeitos da DRU é transferir recursos do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal da União. [...] Até aquele ano [2008], inclusive, o valor que era retirado do orçamento da seguridade social era maior do que o montante transferido do orçamento fiscal para suprir as necessidades de financiamento do orçamento da seguridade social. Isso significa que sobriariam recursos no orçamento da seguridade social se não fosse a incidência da DRU sobre suas receitas (BRASIL. 2011, p. 5).

Em 2010 a arrecadação das receitas correntes e de capital vinculadas à Seguridade Social atingiu o montante de R\$ 420,1 bilhões. Já as despesas empenhadas da Seguridade Social totalizaram, após ajustes, R\$ 476,1 bilhões. Em 2010 a DRU excluiu da receita da seguridade social o total de R\$ 43,4 bilhões, relativos a outras receitas correntes e receita de contribuições. O confronto entre receitas e despesas apontou resultado negativo da seguridade social no exercício de 2010, no valor de aproximadamente R\$ 56 bilhões. Por outro lado, se adicionada a DRU a esse resultado negativo o déficit se reduz para R\$ 12,6 bilhões, número melhor que o de 2009, que foi negativo em R\$ 30,3 bilhões (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p. 215)

Na projeção orçamentária de 2012, constante do Demonstrativo da Desvinculação das Receitas da União, nas Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária Anual da União federal, do total de impostos e contribuições sociais e econômicas atingidos pela DRU (R\$ 701,4 bilhões), nada menos que R\$ 100,5 bilhões serão desvinculados para infraestrutura econômica, grandes eventos esportivos, formação de poupança para redução da dívida pública. Desse total, R\$ 62,43 bilhões serão desvinculados de contribuições sociais e econômicas; e R\$38,04 bilhões, de impostos. Individualmente, a COFINS⁵ representará a maior parte da DRU (R\$ 34,81 bilhões), seguida de Imposto de Renda (pessoa física e jurídica), com R\$ 23,33 bilhões, e CSLL⁶ (R\$ 12,68 bilhões).

Assim, somadas as receitas da COFINS e as da CSLL, tem-se que em 2012 haverá um desvio de R\$47,49 bilhões da Seguridade Social para investimentos de infraestrutura, copa do mundo, olimpíadas e poupança para redução da dívida pública. Este parece ser um anúncio de violação explícita de *expectativas imperativas* posto que, no Brasil, as receitas de COFINS, CSLL e PIS são recursos públicos vinculados, desde 1988, à efetivação de programas sociais da área da saúde, inclusão social, risco social de desemprego e previdência. Não podem ter outro destino. Soluções inovadoras devem ser criadas no âmbito do Orçamento Fiscal, não no da Seguridade Social.

4. Conclusões

A visão atual da indivisibilidade, irrevogabilidade, progressividade e interdependência de todos os direitos fundamentais dirige as cinco conclusões deste trabalho.

A primeira conclusão decorre dos argumentos teóricos antes expostos e pode ser assim enunciada: em democracias constitucionais que têm um sistema de direitos sociais densamente prestacionais sobressaem as conexões entre direito positivo e direitos humanos. Nesses regimes, acentua-se a dimensão moral dos direitos fundamentais.

A segunda conclusão também é uma decorrência dos argumentos teóricos expostos na primeira parte, e se enuncia assim: a teleologia da Constituição brasileira está estabelecida nos dispositivos constitucionais expressos no Art. 1º. da Constituição brasileira. Ali estão os

⁵ Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, tributo instituído pela LC 70/91 para assegurar financiamento da Seguridade Social, nos termos da alínea b, do inciso I do art. 195 da Constituição Federal. É o substituto do Finsocial.

⁶ Contribuição Social sobre o Lucro das pessoas jurídicas, instituída pela Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988 para financiar a seguridade social, nos termos da Lei 8.212, Art. 11, § único, d; e CF. Art. 195, I, c.

fundamentos, os princípios e os objetivos (do substantivo) regime republicano brasileiro. A Jurisdição, que é função da República (STRAPAZZON, 2011) e o Poder Judiciário brasileiro, que é instituição de garantia de efetivação da *responsividade* do sistema de governo (STRAPAZZON, 2011) devem garantir adequação entre a teleologia da Constituição e os meios legislativos (ou políticas públicas). Só isso pode assegurar razoabilidade nas decisões dos poderes constituídos.

A terceira conclusão também decorre da revisão teórica da primeira parte e, segundo o que dela se extrai, os direitos sociais prestacionais tem natureza de vínculos que impõem obrigações de fazer (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002; SARLET, 2010). Contudo, pelo fato de serem direitos fundamentais, jamais deixam de ser *limites contra arbitrariedades*, como é da natureza dos direitos de defesa (STRAPAZZON, 2011). Essa dupla natureza de *vínculo* e de *limite* dos direitos fundamentais revelam uma importante dimensão republicana dessa categoria de direitos e que se aplica, igualmente, às expectativas geradas pelos direitos sociais prestacionais, normalmente negligenciada: a aplicação, a recusa de aplicação ou aplicação insuficiente jamais pode conviver com *arbitrariedades*. Quer isso dizer que não é só em caso de aplicação preferencial de um direito fundamental em face de outro que o sistema de expectativas imperativas exige fundamentação constitucional. Essa exigência é cabível também no caso de omissão (recusa de aplicação) ou de proteção deficiente. Nestes dois últimos casos também se exigem corretas ponderações entre os bens preferencialmente protegidos e os bens protegidos pelos direitos sociais prestacionais.

Isso permite visualizar a quarta conclusão e que pode ser assim formulada: aplicar direitos fundamentais (de defesa ou prestacionais) sem a devida fundamentação constitucional (correta ponderação de princípios) deve significar arbítrio e abuso do poder: atitudes inadmissíveis nos quadrantes de um regime republicano. Essa conclusão pressupõe que *omissões injustificadas são recusas e que estas também podem ser intervenções* que afetam os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais.

A quinta conclusão deste trabalho é que as razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal (juízo de adequação constitucional), bem como as justificativas do Senado Federal (conveniência política) da Emenda da DRU representam apenas a *motivação* da medida, mas não uma fundamentação consistente (correta ponderação de princípios) no contexto do direito constitucional brasileiro. A decisão de desvincular recursos do sistema de seguridade social para aplicá-los em vilas olímpicas e estádios de futebol foi realizada sem uma consistente

avaliação da *adequação* e da *necessidade* da medida (razoabilidade). Tampouco foi apresentada um consistente juízo de proporcionalidade. Por essa razão a medida que desvincula receitas do sistema constitucional de direitos de seguridade social representou uma *arbitrariedade*. Não ficou esclarecido, nem no discurso do Congresso Nacional, nem no discurso de fundamentação do STF, por que a infraestrutura e as atividades olímpicas e desportivas são interesses coletivos que devem ter prioridade na aplicação de 20% dos recursos tributários vinculados à aplicação no âmbito da seguridade social.

Fundamentar corretamente essa desvinculação de receitas é um ônus que se transfere para as autoridades que modificam o regime de proteção já estabelecido no sistema constitucional. Apontar as deficiências do modelo de argumentação constitucional segue sendo função da doutrina.

Referências

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

ALEXY, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros.

ALEXY, R. (2011). The dual nature of law. *Law of Ukraine, 1*, 39-50, Disponível em: <http://pravoua.com.ua>.

BOROWSKI, M. (1998). *Grundrechte als Prinzipien: die unterscheidung von prima facie-position und definitiver position als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der grundrechete*. Baden-Baden.

BRASIL. Câmara dos Deputados. (2011). 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*.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. (2011). *Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias. 4o. Bimestre*. Brasília: MPOG.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. (2011), Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContasPresidente/RelatorioPareceresTCU/RPP2010.pdf>). *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República*. Brasília: Tribunal de Contas da União.

CADEMARTORI, S., STRAPAZZON, C. L. (2010). Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Pensar*, V.15. n. 1, 278-302.

FERRAJOLI, L. (2007). *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma, Italia: Laterza.

LUHMANN, N. (1984). *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.

LUHMANN, N. (1983). *Sociologia do Direito I*. (G. Bayer, Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

MACCORMICK, N. (2007). Why law makes no claims. In G. Pavlakos, *Law, Rights and Discourse* (pp. 59-67). Oxford: Hart Publishing.

SARLET, I. W. (2010). *A eficácia dos direitos fundamentais* (10a. ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, V. A. (2010). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros.

STRAPAZZON, C. L. (2011). Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. *Jurisdição constitucional - função da República: linhagens de uma teoria da interpretação evolutiva dos direitos fundamentais*. Florianópolis. 302 f.

JURISPRUDÊNCIA

STF. Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, de 12.09.2000

STF. Recurso Extraordinário n. 537.668/RS, de 14.12.2009

STF. Recurso Extraordinário n. 537.610/RS, de 18.12.2009

STF. Recurso Extraordinário n. 596.724-DF, de 23.03.2010

ATOS NORMATIVOS

BRASIL. Poder Executivo. EM Interministerial nº 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011

BRASIL, Congresso Nacional. PEC n. 50, de 23.4.2007

BRASIL. Ministério da Fazenda. Exposição de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007