

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU SOB A LUZ DO INCISO XI DO ARTIGO 167 DA CONSTITUIÇÃO SOCIAL E A FALSA IDEIA DO *DÉFICIT* PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Karen Costa Braga¹

Resumo: Com o propósito de realizar um estudo sobre a desvinculação das receitas públicas, no ordenamento jurídico brasileiro, que extirpa do orçamento da Seguridade Social uma parcela de toda a sua arrecadação, faz-se uma análise integrativa dos mecanismos utilizados indevidamente para operacionalizar a atividade estatal e ainda o debate entre o possível engessamento da prática orçamentária rígida e a defasagem dos direitos prestacionais fundamentais que garantiriam, sob o enfoque dos direitos sociais, o mínimo existencial e a completude da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que, apesar de legalmente prevista, a DRU é inconstitucional sob o enfoque do artigo 167, inciso XI, da Carta Magna, pois retira valores consideráveis do Orçamento da Seguridade Social que, via de consequência, deixam de ser aplicados na efetivação do direito fundamental à Previdência Social e prejudicam a proteção social de novas contingências e riscos sociais sob o falso argumento do *déficit previdenciário*.

Palavras-chave: Previdência Social. DRU. Orçamento. Inconstitucionalidade. Direitos Sociais. Dignidade da pessoa humana.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF “URU” UNDER THE LIGHT OF THE SUBITEM XI OF ARTICLE 167 OF THE CONSTITUTION SOCIAL AND THE FALSE IDEA OF DEFICIT IN THE BRAZILIAN SOCIAL SECURITY SYSTEM

Abstract: With the purpose of conducting a scientific study about untying of public revenues, in the Brazilian legal system, which takes out of the social security budget a portion of your entire collection, is studied an integrative analysis of wrongly used mechanisms that is created to operating the State activity and even between the possible casting of rigid budget practice and the features that guarantee rights gap, under the focus of social rights, the existential minimum and the dignity completeness of the human person. It is concluded which, although legally Predicted , an URU is unconstitutional under the focus of article 167 item XI of the Constitution because it removes significant values of the Social Security Budget and, in consequence , cease to

1 Mestranda em Direito Previdenciário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito. Presidente da Comissão do Acadêmico do Direito e Estagiário da OAB – Santo André/SP. E-mail: karen.braga@fatej.edu.br

be apply in the execution of the fundamental right of Social Security and damage the enlargement of the social protection in new contingencies and social risks under the false argument of the pension deficit .

Keywords: Social security. URU (Unbinding the revenues of the union). Budget. Unconstitutionality Social rights. Human person dignity.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida e, por estar no topo da estrutura normativa-jurídica brasileira, é tida como fundamento de validade das normas hierarquicamente inferiores. A Carta Cidadã, em cumprimento ao Estado Democrático de Direito, estipulou a criação de três poderes independentes e harmônicos entre si: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Ao Poder Legislativo foi dado o poder e a competência de criação de veículos introdutores de normas no ordenamento jurídico (emenda constitucional, medidas provisórias, leis ordinárias...) – dentre essas atribuições está o “poder de tributar”. Instituíram-se, então, as contribuições sociais.

As contribuições sociais se inserem no conceito de tributo, pois são obrigações *ex leges*, conforme preconiza o artigo 149 do texto constitucional. Em contrapartida, a Carta Magna, considerando que as contribuições sociais constituem instrumentos para a efetivação do Direito Fundamental à Previdência Social, campo este extremamente sensível e altamente custoso para o Poder Público, também estipulou fronteiras para essa atuação tributária, conforme está disposto no artigo 167, inciso XI, do texto fundamental.

Aprovada inicialmente como Fundo Social de Emergência (FSE), em 1994, e com caráter provisório, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) passou a ter esta nomenclatura no início do século XX e adquiriu o caráter permanente, tendo em vista estar sendo renovada continuamente pelo Poder Público por meio de Emendas Constitucionais até o ano de 2015. Em que pese a determinação do legislador constituinte de que os recursos provenientes das contribuições sociais dispostas no artigo 195, I e III, da CF/88 deveriam ser utilizados unicamente para o pagamento de benefícios previdenciários e integram o Orçamento da Seguridade Social, a DRU retira, anualmente, vinte por cento desse orçamento, transferindo-o para o Orçamento Fiscal, para utilização em despesas públicas, violando totalmente o texto constitucional.

Utilizando o método dogmático-instrumental, uma vez que se pretende uma discussão no âmbito da Ciência do Direito e a coerência do sistema jurídico e seus elementos, investigam-se as leis aplicáveis, citando-se também parâmetros jurisprudenciais como forma de compreender o objetivo fundamental da proteção social por intermédio do pagamento de prestações pecuniárias mensais por meio de benefícios previdenciários, objetivo que não pode ser usurpado do cidadão comum sob o argumento de insuficiência de recursos no Orçamento.

Dessa forma, o trabalho apresenta: (i) o constitucionalismo moderno e os princípios vetores da Seguridade Social; (ii) a classificação dos tributos à luz da Constituição Federal; (iii) a conceituação diferenciada entre tributos e impostos; (iv) as características e peculiaridades das contribuições vertidas para a Seguridade Social; (v) o surgimento da DRU e os seus impactos no Orçamento da Seguridade Social, principalmente na Previdência Social; e, por

fim, (vi) a inconstitucionalidade da DRU sob o enfoque social-constitucional, com análise do artigo 167, inciso XI, da Constituição Federal e dos princípios informadores do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Espera-se com este estudo evidenciar a criação de uma falsa ideia de *déficit* orçamentário no sistema previdenciário e examinar o Sistema Tributário Nacional sob o manto do coerente texto constitucional. Busca-se, também, descrever as regras de destinação das contribuições sociais, a sua espécie *sui generis* e o tratamento constitucional a ela dispensado, o que deve ser combatido, uma vez que, ao utilizar-se a DRU para o pagamento de despesas diversas, desvirtuando o texto constitucional que estipula a sua natureza de tributo vinculado com destinação específico, não há a possibilidade e a ampliação da proteção social face às novas contingências e riscos sociais que surgem diariamente.

2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E OS PRINCÍPIOS VETORES DA SEGURIDADE SOCIAL

O constitucionalismo moderno se caracteriza por ser composto de normas e princípios que estão subjacentes ou positivados no texto constitucional, e é natural que assim o seja. No momento em que o legislador acolhe e positiva no sistema normativo os princípios que deseja que vigorem, estes se transmutam em um princípio geral do direito que deve ser obedecido pelo Estado e pela sociedade. Canotilho (1993, p. 168) é extremamente esclarecedor ao tratar da necessidade de um sistema constitucional misto, em que regras e princípios, como elementos integrantes de uma mesma Carta Magna, coexistem:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas [...]. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (ZAGREBELSKY). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis.

Ao ser positivado, no entendimento desse estudioso, estar-se-ia diante de um “princípio em forma de norma jurídica”:

Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como demonstra Jean Boulangier, os primeiros portam em si pressuposto de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*) suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma séria indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas. De resto, a necessidade de concretização dos princípios não é exclusiva deles, manifestando-se também no caso das normas programáticas propriamente ditas e das normas perceptivas. Estamos, aí, diante dos princípios que Larenz refere-se como

‘princípio em forma de norma jurídica’ (*Rechtssatzformige Prinzipien*) (CANOTILHO, 1993, p. 169).

Toda obra legislativa encontra, então, o seu fundamento em princípios supremos e informativos constantes no edifício normativo constitucional, e é por meio do método indutivo que há uma harmonização sistemática de todos os textos, em busca de um Estado Democrático de Direito.

Estabelecido o papel mandamental dos princípios, o seu poder de conferir uma unidade ao sistema constitucional e a sua hierarquia material em face das demais normas, passa-se à análise dos princípios que regem a Seguridade Social.

De acordo com o *caput* do artigo 194 da Constituição Federal Brasileira, “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”. Instituiu-se, então, que o sistema da seguridade é guiado pelo princípio da equidade na forma de participação do custeio (artigo 194, inciso V) e da diversidade da base de financiamento (artigo 194, inciso VI) sobre a receita deste sistema, adotando a forma direta ou indireta de custeio. Referida constatação está no artigo 195 do texto constitucional:

Artigo 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: [...].

O Sistema da Seguridade Social, como é hoje estruturado, tem por objetivo precípuo a proteção do indivíduo frente a situações de contingência ou risco social, evitando ou reparando o estado de indigência social, garantindo uma proteção mínima pelo Estado brasileiro em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, na área da Saúde, da Assistência Social ou da Previdência Social.

Com a maestria ímpar que lhe é peculiar, Balera (2006, p. 13) define que “a Constituição de 1988 não apenas realizou essa opção política como foi além, apontando até mesmo os recursos financeiros capazes de dar suporte aos programas de proteção social, ordenando que fossem configurados em favor da população”.

Pelo fato de ofertar programas de ação social à família e atender às necessidades básicas do cidadão, a Assistência Social possui caráter não contributivo e é financiada pelo Fundo Nacional de Assistência Social.

A Previdência Social, atualmente concebida como um direito social, também busca a harmonia social e a justiça social e está fundada no sistema de financiamento de repartição, sustentado mediante contribuições.

3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 se ocupou em instituir um referencial de classificação dos tributos considerando que tratou, de modo extremamente detalhista, as regras, os princípios e as espécies tributárias no próprio texto da Carta Cidadã. Ataliba (1990), em sua clássica obra “Hipótese de incidência tributária”, já ensinava a necessidade de o intérprete

precisar qual tributo a ser estudado, uma vez que a Constituição Federal atribui critérios diversos para cada espécie tributária.

Assim, Ataliba (1990) determinou que a hipótese de incidência seria a característica individualizadora dos tributos que poderiam ser classificados em duas espécies: **vinculados**, considerando aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência esteja direta ou indiretamente atrelado a uma ação estatal, como, por exemplo, as taxas e contribuições de melhoria, e **não vinculados**, considerando aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência independem de uma ação estatal, citando como exemplo os impostos.

Essa classificação é importante para fins de estudo do presente tema. Com base nos ensinamentos de Lourival Vilanova, Barreto (2008, p. 49) afirma que “classificar é distribuir em classes, de acordo com um método ou critério previamente estabelecido [...] um conjunto não se constitui sem critério-de-pertinência. É a partir da fixação deste critério que se afere a compatibilidade entre elementos que formam a classe”. Nesse mesmo sentido, Carvalho (2010, p. 119) defende que “toda classe é susceptível de ser dividida em outras classes. É princípio fundamental da lógica que a faculdade de estabelecer classes é ilimitada enquanto existir uma diferença, pequena que seja, para ensejar distinção”.

Assim, constatada a existência de uma diferenciação criada pela própria Constituição Federal, não há como desprezá-la, sob pena de evidente violação à ordem constitucional.

4 CONCEITUAÇÃO DE TRIBUTOS X IMPOSTOS

O conceito de tributo está estampado no artigo 3º do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída de lei e cobrada mediante atividade administrativa”.

O imposto encontra a sua conceituação no artigo 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”.

Os impostos são tributos classificados como não vinculados, o que equivale a dizer que o Estado pode cobrá-lo sem uma contraprestação específica de determinado serviço público e o valor arrecadado não possui uma destinação específica.

Pelo fato de a Seguridade Social ser estruturada em diversas fontes de custeio, as contribuições vertidas para o seu funcionamento são relacionadas no grupo de tributos vinculados, com destinação específica.

5 CLASSIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PARA A SEGURIDADE SOCIAL

Não basta afirmar que as contribuições sociais estão sujeitas ao mesmo regime jurídico dos tributos em geral, até mesmo porque esta exação, iluminada por diversas peculiaridades, tem a sua classificação condicionada à vinculação ou não do aspecto material da hipótese de incidência a uma atividade estatal. Para melhor entender a destinação das contribuições

sociais vertidas para a Seguridade Social, é necessário um estudo etimológico da palavra “contribuição”.

“Contribuição” é derivada do latim *contributio*, de *contribuire* e entende-se por uma parte ou uma participação que é dada a uma pessoa para a formação de um acervo ou cumprimento de uma obrigação qualquer. Sob o ponto de vista fiscal, a contribuição é o dever a que está sujeito o cidadão para a formação de um fundo necessário para o custeio das despesas públicas. Trata-se de um dever estritamente *ex lege*. Conforme ensina Engisch (1988, p. 35), “as consequências jurídicas, que nas regras de Direito aparecem ligadas às hipóteses legais, são constituídas por direitos e deveres. As estatuições das consequências jurídicas prescrevem a constituição ou a não-constituição de direitos e deveres”.

O artigo 4º, inciso II, do Código Tributário Nacional 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”.

Referido dispositivo tem a sua aplicação restrita aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria. Com relação às contribuições sociais, o elemento essencial para a sua identificação tributária e sua característica peculiar está justamente na destinação do produto de sua arrecadação. Segundo o ensinamento de Barreto (2006, p. 95): “[...] as contribuições têm natureza tributária por se amoldarem ao conceito de tributo. Não é a sua submissão ao regime tributário que lhe confere tal natureza. Ao revés, é a sua natureza que define o regime jurídico ao qual deva estar submetida”.

Em que pese não estar expresso no texto constitucional, já há um consenso na doutrina (AYRES BARRETO, 2006; SCHOUERI, 2010; CARRAZA, 2008; CARVALHO, 2008) e na jurisprudência (RE 559.943/RS de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral) de que as contribuições sociais são tributos e que a competência para a sua instituição é da União, nos termos do artigo 149 da Constituição Federal:

Artigo 149: Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de seu 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 artigo 195, parágrafo 6º, relativamente às contribuições que alude o dispositivo.

A exceção prevista no texto constitucional está no parágrafo primeiro do artigo acima mencionado, que possibilita a regra para permitir aos Estados e Municípios a instituição de contribuições destinadas a financiar o regime próprio de previdência a eles assegurado pelo artigo 40 do texto constitucional.

A própria Constituição Federal já pacificou esse entendimento ao inserir as contribuições sociais, topograficamente, no Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional. Mas pode-se questionar por qual razão o legislador houve por bem regular as contribuições sociais como tributos vinculados em vez de tributos não vinculados (impostos)? A resposta é bem simples: não necessitaria repartir a arrecadação com os demais entes federativos – Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 159, CF/88), não estão submetidos ao

princípio da anterioridade tributária, e sim da anterioridade nonagesimal (artigo 195, § 6º, CF/88) e, ainda, houve a preocupação do legislador em resguardar a sustentação do sistema de proteção social tendo em vista os fins para que se propõe (dignidade da pessoa humana, proteção nos riscos e contingências sociais, pagamento de prestações previdenciárias etc.).

Basta verificar que, desde a implantação do Plano Real em 1994 e a consequente redução acentuada da inflação, houve expressivo aumento na carga tributária, em sua maior parte resultante da instituição ou elevação das contribuições sociais. No ano de 1994, as contribuições sociais e econômicas constantes no orçamento da seguridade social representavam 8,9% do Produto Interno Bruto (PIB) e, em 2006, passaram a representar 15,4% do PIB, segundo pesquisa conjunta realizada pelo Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) e o Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal (Prodasen), divulgado pelo Ministério do Planejamento em novembro/2015.

6 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E O SURGIMENTO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU)

Após breve estudo sobre o conceito de contribuições sociais e a sua posterior definição tributária, é importante repisar que, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios financiam de forma direta e indireta o sistema de Seguridade Social por meio de suas dotações orçamentárias. E as contribuições sociais vertidas para a Seguridade Social são tributos vinculados e com destinação específica, não podendo ser desafetados para destinação distinta daquela já prevista na Constituição. É o que diz o artigo 167, inciso XI, da Carta Constitucional:

Artigo 167: São vedados: [...].

XI- a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o artigo 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 artigo 201.

O artigo 167, inciso XI, é categórico ao afirmar que todo o produto da arrecadação das contribuições sociais está vinculado a uma única finalidade: pagamento de benefícios previdenciários, porém não é o que ocorre atualmente.

Aprovada inicialmente como Fundo Social de Emergência (FSE), em 1994, e com caráter provisório, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) passou a ter esta nomenclatura no início do século XX. Nessa época, a desvinculação das receitas era utilizada como um mecanismo para obtenção de superávits primários significativos em um período em que a economia brasileira atravessava grande período de instabilidade com a implantação do Plano Real (DIAS, 2011).

Em 21 de março de 2000, por intermédio do artigo 76 da Emenda Constitucional nº 27, foi instituída a DRU, cuja existência foi limitada ao ano de 2000 a 2003. A DRU consiste na desvinculação de vinte por cento de impostos e contribuições vertidas para a União. Posteriormente, a Emenda Constitucional 42/2003 alterou a vigência da DRU

para abranger o período de 2003 a 2007, e a Emenda Constitucional 56/2007 prorrogou novamente a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011. A Emenda Constitucional 68/2011 estendeu a DRU para 31 de dezembro de 2015. Há ainda em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n° 04/2015 que prorroga a DRU até 31 de dezembro de 2019.

Bem da verdade é que a política orçamentária brasileira coexiste com um elevado número de despesas postas por um sistema orçamentário rígido, o que acaba por reduzir a discricionariedade do legislador com relação aos recursos financeiros livres. Na realidade, a DRU foi criada e desenvolvida por meio de Emendas Constitucionais e transformada em uma espécie de válvula de escape para a desorganização financeiro-atuarial de outros sistemas, como educação, transporte, aviação, dentre outros. Onde há falta de dinheiro supre-se com os valores retirados por meio da DRU dos cofres da Seguridade Social. Explica-se.

Segundo um estudo divulgado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), apenas no ano de 2014 a receita da Seguridade Social totalizou R\$ 686,1 bilhões, o que se pode considerar uma boa arrecadação, pois superou em R\$ 35,1 bilhões a arrecadação de 2013. Desse valor, foi desvinculado do Orçamento da Seguridade Social o montante de R\$ 63,161 bilhões a título de DRU.

O total de despesas da Seguridade Social somou R\$ 632,2 bilhões. Incluem-se neste conceito os pagamentos efetuados pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que, no ano paradigma de 2014, somaram R\$ 394,2 bilhões. Os gastos com a Saúde totalizaram R\$ 94,2 bilhões de reais e, por fim, o pagamento dos benefícios da Assistência Social (LOAS) atingiu R\$ 37,6 bilhões.

Deve ser acrescentado nessas despesas o desembolso de R\$ 51,8 bilhões para o pagamento de dois significativos programas sociais: o seguro-desemprego e o abono salarial pago pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Para o Bolsa Família foram destinados R\$ 26.162 bilhões e as demais despesas, que totalizaram R\$ 121.883 bilhões, foram destinadas para o custeio de funcionários ativos do Ministério da Saúde, do Ministério do Desenvolvimento Social e Ministério da Previdência Social, bem como despesas relativas ao custeio e investimento nos programas sociais. Portanto, o total de despesas somou R\$ 632,199 bilhões, deixando um saldo superavitário de R\$ 53,9 bilhões de reais “em caixa” para a Seguridade Social, segundo o Estudo da Anfip divulgado em 2015.

Apenas a título de comparação: os valores desvinculados pela DRU seriam capazes de pagar todos os benefícios previdenciários concedidos durante o ano de 2014 no Estado de Minas Gerais, que totalizaram R\$ 5.048.983.841,00; do Estado do Rio de Janeiro, que totalizaram R\$ 39.251.904.280,00; do Estado do Distrito Federal em que R\$ 3.833.609.110,00 em benefícios foram concedidos, e ainda restaria saldo remanescente, segundo Anuário publicado pelo Ministério da Previdência Social em 2015.

Esses valores desvinculados são os recursos financeiros que deixaram de ser aplicados diretamente em programas sociais, penalizando a sociedade e permitindo que o governo gaste, sem qualquer controle e na área em que bem entender, os valores que deveriam ser destinados para a área social (prestações previdenciárias – artigo 167, inciso XI, da Constituição).

Tanto é verdade a afirmativa acima que já existe uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC n° 87/2015) tramitando na Câmara dos Deputados para estender a DRU até 31 de dezembro de 2019, transfigurando o seu caráter inicialmente provisório para definitivo e, pior, ampliar de 20% para 30% o percentual das receitas dos tributos federais que podem ser desvinculados da arrecadação total da Seguridade Social e ser utilizado livremente pelo Governo. Eis a justificativa utilizada pelo Poder Executivo para a referida prorrogação:

A prorrogação na vigência da DRU justifica-se porque a estrutura orçamentária e fiscal brasileira possui elevado volume de despesas obrigatórias, tais 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 [...]. Neste interím, a DRU tem permitido à Administração Pública Federal não só estabelecer prioridades, mas também prover e alocar recursos para torná-las exequíveis.

Desta forma, propõe-se que a DRU passe a incidir à alíquota de 30% sobre as Contribuições Sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social sobre as Contribuições Econômicas [...] (PEC 87/2015, texto digital).

Em nenhum momento houve a apresentação de uma justificativa plausível para o aumento da alíquota. Apenas afirmou-se que existem prioridades, mas não houve menção de quais são as prioridades. Ou seja, há total ausência de embasamento técnico-jurídico na justificativa apresentada. Vê-se aqui que o legislador pretende autorizar a utilização de recursos arrecadados pela Seguridade Social, até o ano de 2019, a seu talante, contrariando diretamente uma norma constitucional.

Nesse pensamento, falar em déficit no orçamento previdenciário é por demais ilógico, como bem salienta Balera (1997, p. 25), pois as contribuições sociais que deveriam ser destinadas única e exclusivamente para o sustento do sistema previdenciário são desviadas para outras finalidades por meio da DRU:

Ocorre que, desde a edição da Emenda Constitucional de Revisão n° 1, de 1994, o legislador permitiu que parcela do produto da arrecadação das contribuições da seguridade social fosse desviada de suas finalidades essenciais e passasse a compor as receitas da própria União.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n° 56, de 2007, seguindo esta trilha, permite que vinte por cento (!) de toda a arrecadação de contribuições sociais seja desviada de suas finalidades. Portanto, desde 1994 e até o ano de 2011, vultuosos recursos deixam de ser investidos na saúde, na previdência social e na assistência social e são aplicados, sem nenhum critério, pelo Estado brasileiro.

Ora, evidentemente não se pode falar em déficit num sistema que tem sangrado de vinte por cento de todas as suas receitas há mais de quinze anos!

Ao instituir a DRU, o legislador transmudou um tributo vinculado para se tornar um tributo não vinculado, sem destinação específica. Como já dito em seção anterior, a Seguridade Social constitui um sistema complexo e com ampla base de arrecadação e distribuição de receitas.

Primeiramente, não há *déficit* orçamentário, uma vez que o caixa da Seguridade Social é o que fornece suporte para todas as demais áreas de educação, transporte etc. *Ad argumentandum tantum*, somente no ano de 2014, como já dito anteriormente, foram desvinculados R\$ 63,161 bilhões que seriam suficientes para cobrir o falacioso *déficit* da Previdência Social que supostamente totalizara, no ano de 2014, o montante de R\$ 58 bilhões, segundo informações prestadas pelo Tesouro Nacional.

Desviando os valores do caixa da Seguridade Social, inviabiliza-se a concretização da justiça social. A justiça social, nas palavras de Balera (2004, p. 11), é:

[...] a redução das desigualdades sociais – tarefa que exige esforço colossal da comunidade. E, essa redução não depende exclusivamente de programas de governo [...]. A concretização desta justiça social juntamente com o bem estar depende muito mais dos particulares do que do Estado, esses devem desenvolver tais valores em conjugação com o valor social do trabalho e da liberdade de iniciativa do terreno econômico.

Assim, a função básica das contribuições sociais é fornecer às entidades previdenciárias e de assistência social (nela incluída o Sistema Único de Saúde) as formas e os meios necessários para a realização das tarefas constitucionais que lhe são atribuídas pela Constituição Federal para atender ao bem-estar social.

7 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL-SOCIAL

Em 12/08/2014, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 793.564/PE, em que o Ministro Relator, Marco Aurélio de Melo, afirmou expressamente que “a desvinculação parcial da receita da União, constante no referido artigo 76 do Ato das Disposições Transitórias, não transforma as contribuições sociais e de intervenção de domínio econômico em impostos, alterando a essência daquelas”.

Com relação à constitucionalidade da DRU, o STF também já se posicionou no Recurso Extraordinário 537.610/RS. O Senhor Ministro César Peluzo a declarou constitucional sob a seguinte fundamentação:

É de se observar que a norma que determina a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea, uma vez não contemplada pelo artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal [...]. Destarte, nada impede que Emenda Constitucional estatua desvinculação de receitas, como fizeram as Emendas Constitucionais n° 27/2000 e 42/2003.

Ora, há um evidente conflito jurídico. Deve-se ter em mente a base principiológica e as normas constantes no constitucionalismo moderno com relação às contribuições sociais e pelos fins sociais/princípios que ela destina a proteger, bem como se ter a aplicação total do produto de sua arrecadação nas suas finalidades constitucionais. Uma Emenda Constitucional não pode desvirtuar toda a base principiológica que o texto constitucional original já instituiu.

Não se pode, agora, dar interpretação diversa ao artigo 167, inciso XI, possibilitando uma aplicabilidade diversa do texto constitucional, e converter a contribuição social prevista no artigo 195, I, “a”, e II, para a realização distinta do pagamento de benefícios previdenciários, o que afronta a coexistência entre os princípios e normas esculpidos na Constituição. Dallari (1997, p. 57), tratando sobre o poder das emendas constitucionais, ensina: “Ora, se a Constituição restringe o poder de emenda, que somente pode ser exercido dentro de certos limites, evidentemente proíbe, implicitamente, a emenda total, parcial, radical, modificadora absoluta do texto inicialmente proposto [...]”.

De onde vêm esses recursos usurpados da DRU? Vêm das contribuições pagas pelos segurados e dos valores que seriam pagos como pensões às viúvas, aos acidentados, às gestantes, aos aposentados.

Ora, a utilização da DRU acaba por retirar grande parte do orçamento que sustenta a Seguridade Social, o que gera, de forma absoluta, uma ruptura do pacto federativo, pois influencia na repartição das receitas da União para o Estado. Cria-se, assim, a falsa ideia do “déficit previdenciário”, já rechaçada por grande parte da doutrina (BALERA, 1997; GENTIL, 2006). Em 2012, o orçamento da Seguridade Social apresentou superávit de R\$ 78,1 bilhões (ANFIP, 2013). Definitivamente, não existe déficit no orçamento social.

Deve-se ter em mente que, ao utilizar a DRU, o grande sacrificado, no final, é a sociedade. Com efeito, Persiani (2008, p. 128) defende que “a função das contribuições previdenciárias é, exatamente, a de fornecer às entidades previdenciárias os meios necessários à realização das tarefas a elas confiadas pela lei para o atendimento imediato de um interesse público”.

O Poder Executivo não pode invocar grande “número de despesas obrigatórias” como pretexto para deixar de cumprir a Constituição. A Constituição exige expressamente que as contribuições sociais sejam revertidas, diretamente, para o pagamento de benefícios. Há uma cláusula fechada que não permite interpretação diversa. O parágrafo 5º do artigo 195, em que há a afirmação de que a Seguridade Social seria financiada por toda a sociedade, mediante os recursos do Orçamento da União, deve ser lido conjuntamente com o parágrafo 5º do artigo 165, que disciplina que a lei orçamentária compreenderá: (I) o orçamento fiscal; (2) o orçamento de investimento das empresas; e (3) o orçamento da Seguridade Social.

Dessa forma, se o orçamento da Seguridade Social não for competente para o custeio de suas ações e de seu próprio financiamento, caberá o ônus do seu financiamento a toda a sociedade. Nos termos do artigo 167, inciso XI, da Constituição Federal e sob a ótica social, a Desvinculação das Receitas da União é inconstitucional, mesmo que seja instituída e prorrogada por uma emenda constitucional.

Por fim, tem-se mais uma inconstitucionalidade da DRU, segundo o artigo 60, parágrafo 4º, do texto constitucional, em que há a afirmação expressa de que propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais não poderão ser objeto de deliberação no Senado Federal. Ao analisar o Título II da Constituição Federal, mais precisamente o artigo 6º, verifica-se que “a saúde”, “a previdência social”, a “assistência aos desamparados” encontram-se no rol dos direitos ali elencados e fazem parte do tripé que constituem a Seguridade Social.

É importante mencionar que não existe, como garantia fundamental, somente os direitos e garantias arrolados no Título II da Carta Magna, mas em outros artigos da Constituição Federal também se pode perfeitamente encontrar princípios e garantias implícitas. Esses direitos implícitos se espalham por todo o texto constitucional e estão, inclusive, previstos no artigo 167. Qualquer desfalque no orçamento da Seguridade Social, como já dito anteriormente, prejudica a sustentabilidade de todo o sistema de proteção social e impede que ele avance protegendo novos riscos e contingências sociais (regra da contrapartida prevista no artigo 195, parágrafo 5º, CF/88).

O Governo tenta, e com sucesso, burlar as garantias constitucionais vigentes e prejudica não somente o cidadão, mas sim toda norma relativa à organização do próprio Estado. É sabido, na doutrina moderna, que os direitos fundamentais não compreendem apenas os direitos e garantias fundamentais, mas também os direitos e garantias sociais (direitos fundamentais de segunda geração) (SARLET, 2007).

Caso a DRU prossiga com as suas sucessivas prorrogações, afinal existe há mais de quinze anos, gerar-se-á grande insegurança jurídica, pois suprime e afasta a garantia do cidadão de gozar, em sua plenitude, da Seguridade Social, deformando e subvertendo os princípios que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, bem como comprometendo a supremacia da própria Constituição Federal brasileira.

8 CONCLUSÃO

É evidente que existe grande preocupação com relação à capacidade de manutenção financeira do sistema da Seguridade Social. Não se buscou, com o presente artigo, alcançar uma metodologia que trouxesse um resultado favorável para todo o sistema, com a extinção ou não da DRU, mas sim trazer a proposta de se aproveitar corretamente os princípios e normas constitucionais e inserir as contribuições sociais no campo ao qual elas realmente pertencem: dos tributos com destinação específica nos termos do inciso XI, do artigo 167 da Constituição Federal.

A cada novo Governo procuram-se criar planos milagrosos para tentar “consertar” o país, e a sociedade brasileira está vivendo, pelo menos nos últimos 10 anos, em sobressaltos. Se esta é, ainda, matéria de grandes debates entre doutrinadores, juristas e aplicadores da lei, a questão quanto ao alcance dos artigos 167 e 195 da Constituição Federal, quiçá no Poder Legislativo que é composto, majoritariamente, por pessoas com total desconhecimento do direito previdenciário e dos princípios que norteiam a Seguridade Social, não se trata aqui, *data venia maxima*, de um juízo preconceituoso, mas de uma infeliz constatação da realidade.

Se houver a flexibilização do texto expresso constitucional, visando a uma abertura no orçamento da Seguridade Social, ter-se-ia uma carta em branco de atuação por parte do Governo Federal. Não há como escapar do comando constitucional que é iniludível. As competências e responsabilidades em provisionar recursos financeiros para fazer frente aos gastos públicos de transporte, habitação, segurança etc., além de outros serviços inerentes à Administração Pública, devem sempre ser analisados sob a luz dos princípios constitucionais e os direitos sociais garantidos na *norma mater*.

É fato notório que o Brasil, atualmente, atravessa uma grande crise financeira e o pagamento das despesas mencionadas no PEC 87/2015 depende do desenvolvimento de novas políticas públicas. Em outras palavras, o Governo não poderá desviar o produto da arrecadação das contribuições sociais vertidas para a sustentação do Sistema da Seguridade Social, tendo em vista a expressa determinação na Carta Magna.

Os valores atualmente desvinculados do Orçamento da Seguridade Social são redirecionados não apenas para suprir desmedidos gastos fiscais, mas também para garantir saldo positivo nas contas públicas, e garantir a quitação de juros e correção monetária da dívida pública. É necessária uma grande reestrutura fiscal, a fim de expurgar a DRU do sistema jurídico brasileiro. Porém referida alternativa não tem encontrado guarida dos governantes, pois exigiria a alteração de inúmeros artigos constitucionais, bem como exigiria um consenso político, o que certamente seria inviável, pois todos os setores seriam, definitivamente, afetados, sejam as áreas que tiveram valores desvinculados, sejam as áreas que deixarão de receber os valores desvinculados.

Dessa feita, a alternativa mais pragmática encontrada pelo governo é prorrogar, sucessivamente, a DRU e garantir mais maleabilidade orçamentária.

A Seguridade Social é informada pelo princípio da solidariedade que assegura a distribuição dos encargos do sistema entre os segurados, como forma de garantir o equilíbrio financeiro-actuarial. Todos contribuem para um fim comum, e não para um sistema individual.

Os dados estatísticos apontados no presente artigo trazem a conclusão óbvia de que o sistema da Seguridade Social possui base ampla e diversificada e é financeiramente sustentável, porém grande parte dos recursos é legalmente (mas inconstitucionalmente) desvinculada por meio do mecanismo da DRU. É, portanto, um mecanismo para negar recursos financeiros à saúde, à previdência social e à assistência social.

A incolumidade da própria ordem constitucional não coaduna com as pretensões fiscais do Poder Público que, por intermédio de instrumentos que manipulam e subvertem os direitos e garantias fundamentais, impõe um verdadeiro estado de submissão tributária que destrói o Estado Democrático de Direito.

A DRU fez da Constituição Federal uma letra morta, pois viola, frontalmente, cláusula pétrea constitucional (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV) que constituiu a previdência social como direito fundamental (artigo 5º, *caput*).

Não se pode admitir que, pelo fato de a DRU ser prorrogada mediante sucessivas emendas constitucionais, trata-se de uma norma constitucional de hierarquia análoga à Constituição Federal. Tem-se aqui uma verdadeira agressão aos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais).

As formas de proteção social foram construídas para atenuar os conflitos sociais da desigualdade, da pobreza, da velhice, da doença, da morte e do desemprego, e as contribuições arrecadadas devem ser utilizadas, única e exclusivamente, para custear o pagamento dos benefícios previdenciários, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Análise da Seguridade Social 2014**. Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 4. ed. São Paulo: RT, 1990.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- BALERA, Wagner. **Informativo do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n° 86, 1997.
- _____. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- _____. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. **Sistema de Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. **Sistema da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho – Nova Edição – 7. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional 87**, 08 de julho 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1567815>>. Acesso em: 07 maio 2015.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Evolução das Despesas Discricionárias da União**. Novembro/2015. Brasília, 2015.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatísticos da Previdência Social**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/dados-abertos/dados-da-previdencia/previdencia-social-e-inss/anuario-estatistico-da-previdencia-social-aeps>>. Acesso em: 07 maio 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 793.564/PE – Brasília, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo.

Julgamento: 12 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4521477>>. Acesso em: 07 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 537.610/RS – Brasília, Distrito Federal. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Julgamento: 01 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2492317>>. Acesso em: 07 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Lei Orçamentária – Processo Legislativo: Peculiaridades e Decorrências. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 5, n. 19, abr./jun./1997.

DIAS, Fernando Álvares Correia. **Desvinculação de Receitas da União, Gastos Sociais e Ajuste Fiscal**. Consultoria Legislativa do Senado Federal: Coordenação de Estudos. Brasília, Fevereiro/2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-38-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-gastos-sociais-e-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 07 maio 2016.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990-2005**. 358 folhas. Tese de Doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 7. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. **DCOM em revista**, Brasília, jul. 2013, n. 2. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/205525/Revista_pdf.pdf>. Acesso em: 07 maio 2016.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2002.