

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

I. ARTIGOS

1.1 SEIS VEZES DRU: FLEXIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA OU Esvaziamento de Direitos Sociais?

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Doutora em Direito Administrativo pela UFMG

Servidora da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado de Minas Gerais, atualmente ocupante do cargo em comissão de Consultora

Técnico-Legislativa na Secretaria de Estado de Governo

Coordenadora do Curso de Administração Pública do UNIFEMM

Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM), do Programa de Especialização em Administração Pública da Escola de Governo “Professor

Paulo Neves de Carvalho” da Fundação João Pinheiro (PROAP/EG/FJP) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

RESUMO: O presente artigo insere-se nos campos do Direito Constitucional e Financeiro e tem por objetivo analisar a conformidade constitucional da desvinculação de receitas da União (DRU) à luz do princípio da proporcionalidade, aqui invocado em busca da máxima eficácia dos direitos sociais. Foram considerados como indicadores de análise tanto os impactos da DRU sobre as fontes específicas de receita da seguridade social, quanto a redução prática do percentual de gastos mínimos com as políticas públicas de saúde e educação. É este, pois, um estudo exploratório que, embasado no princípio da proporcionalidade, trabalha com a hipótese de que tal instrumento de flexibilidade orçamentária traz o risco de esvaziamento dos citados direitos sociais. A conclusão obtida ao longo do estudo é que os arts. 71, 72 e 76 do ADCT da CR/1988 são inconstitucionais por reduzirem desproporcionalmente as disponibilidades orçamentário-financeiras que capacitam o Estado a garantir direitos sociais que, por sua relevância, tiveram garantia constitucional de financiamento seja pela via da receita vinculada, seja pela via do patamar mínimo de gasto.

PALAVRAS-CHAVE: Desvinculação de receitas; discricionariedade na execução orçamentária; direitos sociais; políticas públicas; Constituição de 1988.

ABSTRACT: The present article is about Constitutional and Financial Law and aims at analysing the constitutional conformity of non-deposited revenue of the Union (DRU) in the light of the principle of proportionality, in order for one to obtain the

maximum efficiency of social rights. One considered as analysis indicators not only the impact of DRU on the specific income sources of social security but also the practical reduction of the percentage of minimal amount spent with public policies in the areas of health and education. This is thus an exploratory study based on the principle of proportionality that uses the hypothesis that such an instrument of budgetary flexibility may risk to empty the aforementioned social rights. The obtained conclusion is that the art. 71, 72 and 76 of Constitutional Transitory Dispositions Act (ADCT) of the Brazilian Federal Constitution of 1988 are unconstitutional since they disproportionately reduce the financial-budgetary availability of resources that allow the State to guarantee social rights whose relevance is the reason for their constitutional assurance of sponsorship by means of deposited revenue or by means of the minimum expenditure.

KEY WORDS: non-deposited revenue; discretionary budgetary execution; social rights; public policies; Brazilian Constitution of 1988.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ganho de discricionariedade orçamentária: a criação e as diversas prorrogações do instituto de desvinculação de receitas da União. 3. (Des)conformidade constitucional da desvinculação de receitas da União. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O problema que orienta este estudo reside na análise da conformidade constitucional dos impactos da reiterada prorrogação de dispositivo transitório de desvinculação de receitas da União (DRU) sobre a garantia de direitos sociais fundamentais que têm algum nível de vinculação constitucional para sua consecução.

O que se busca compreender é se seria constitucionalmente adequado reduzir o escopo da garantia de haver orçamento específico – com fonte de custeio própria – para a seguridade social (art. 165, §5º, III, c/c art. 195, ambos da CF/1988), bem como da obrigatoriedade de gasto mínimo em ações de saúde (art. 198, §2º) e educação (art. 212) não por emendas diretas a esses dispositivos, mas por emendas ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Desde 1994, e assim o será até 2011, as vinculações estabelecidas constitucionalmente têm sido parcialmente mitigadas por meio de mecanismos tergiversadores de pretensa natureza transitória. Tergiversam dos limites constitucionais os arts. 71, 72

e 76 do ADCT que foram acrescidos ou alterados por seis¹ emendas sucessivas, porque, embora sejam marcados pela excepcionalidade e pela delimitação temporal, têm se perenizado em efeitos práticos que alteram a essência do texto de natureza permanente da Constituição da República de 1988.

Nesses termos, é preciso questionar sobre como a desvinculação de receitas, inserida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias desde 1994 e reinstituída por cinco vezes para durar – segundo a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007 – até 31 de dezembro de 2011, tem alterado o ciclo de prioridades governamentais constitucionalmente postas ao neutralizar em caráter parcial, mas reiterado no tempo, as vinculações orçamentárias arroladas na CF/1988.

Em consonância com o princípio da proporcionalidade, a problematização do *como* inscrita no parágrafo anterior pauta-se, pois, pela perplexidade de que a desvinculação – como mecanismo precário e excepcional que era para ser – não poderia, por força da reiteração de emendas constitucionais, vir a representar uma medida estendida no tempo de redefinição pela tangente das prioridades constitucionais no que se refere à fonte específica de receitas e gastos mínimos com determinadas políticas públicas. Objetivamente, o que se tem feito com tais mecanismos de desvinculação de receitas é reduzir as disponibilidades orçamentário-financeiras que capacitam o Estado a garantir direitos sociais que, por sua relevância, tiveram garantia constitucional de financiamento seja pela via da receita vinculada, seja pela via do patamar mínimo de gasto.

Para cuidar desse propósito, o presente artigo foi dividido em quatro capítulos, incluída esta introdução, sendo que, no segundo capítulo, será retomado o processo histórico de instituição e alteração dos dispositivos de desvinculação de receitas da União empreendido ao longo da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994 e das Emendas Constitucionais nº 10, de 4 de março de 1996; nº 17, de 22 de novembro de 1997; nº 27, de 21 de março de 2000; nº 42, de 19 de dezembro de 2003 e nº 56, de 20 de dezembro de 2007.

Após a apresentação descritivo-comparativa das diversas alterações do texto constitucional vigente para instituir e manter a DRU em vigor, o terceiro capítulo cuida de apontar as inconsistências normativas desse mecanismo financeiro instituído sob o formato de medida transitória e de exceção e que tem se perenizado fora do devido espaço de discussão com a sociabilidade democrática em torno das prioridades alocativas da União.

¹ A saber, Emenda Constitucional de Revisão nº 1/1994 e Emendas Constitucionais nº 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 e 56/2007.

Ao final, espera-se assentar, no quarto capítulo, no sentido de firmar que o mecanismo de desvinculação de receitas inscrito atualmente no art. 76 do ADCT da CF/1988 é, tributariamente, questionável do ponto de vista das contribuições sociais destinadas à seguridade social, assim como a alocação discricionária – determinada no corpo das disposições transitórias – não confere à União o direito de se eximir dos percentuais mínimos de gastos com saúde e educação, esses, por seu turno, fixados no texto permanente da Constituição. A hipótese que se busca confirmar ao longo deste estudo é a de que a regra de transição não pode permanecer indefinidamente sob pena de inconstitucionalidade transversa, até porque a flexibilidade orçamentária trazida *transitoriamente* pela DRU e seus congêneres (FSE e FEF) não pode implicar o esvaziamento normativo da garantia dos direitos sociais.

2. Ganho de discricionariedade orçamentária: a criação e as diversas prorrogações do instituto de desvinculação de receitas da União

Não obstante ser adotado no Brasil o regime autorizativo de orçamentação, algumas despesas impõem-se à revelia das oscilações no curso da arrecadação ou dos remanejamentos promovidos em nome da revisão dos planos de ação governamental. Isso ocorre porque tais despesas – lastreadas em comandos legais e constitucionais específicos – não podem ser constrangidas ou restar inexecutadas. Tampouco podem ser desviadas para outras áreas as receitas cuja instituição (no sistema tributário nacional) somente se legitima se for cumprido o “critério de validação constitucional” (GRECO, 2000) da destinação a políticas públicas delimitadas, na forma do que dispõe o art. 149 da CF/1988.

A partir desse reconhecimento factual em torno do que se convencionou chamar *orçamento engessado*, dois paradoxos se apresentam à análise normativa do quadro orçamentário atual. O primeiro deles decorre da perspectiva de que, embora se diga que, no Brasil, os orçamentos são peças simplesmente autorizativas e não vinculantes, na prática, é percentualmente minoritário o caráter discricionário dos orçamentos anuais. Por outro lado, o segundo paradoxo envolve a inversão da equação entre receitas e despesas, pois, em um quadro agravado de rolagem da dívida e de excesso de gastos com pessoal e com benefícios previdenciários, impõe-se a orientação do *quantum* arrecadatório, que passa a oscilar para conseguir (ou buscar conseguir) cobrir despesas inafastáveis. Ou seja, com um orçamento predominantemente obrigatório, as despesas tornam-se baliza imutável em torno da qual se empreendem esforços inimagináveis para garantir receitas que, minimamente, respondam pela estabilidade da dívida líquida do setor público.

Eis, então, o ponto de inflexão de que trata a alocação discricionária de recursos obtida notoriamente por mecanismos de desvinculação de receitas, o que é feito a

título de promover algum controle do crescimento da relação entre a dívida líquida do setor público brasileiro e o produto interno bruto (DLSP/PIB). O pressuposto que informa esse esforço de desvincular receitas para garantir a sustentabilidade da relação DLSP/PIB é o de que as receitas que forem liberadas de sua original destinação não deverão ser gastas em novas despesas, mas devem ser revertidas apenas para o próprio custeio do serviço da dívida. Literalmente é como se a União estivesse se forçando a poupar – com receitas ordinárias (correntes) – para não precisar se endividar – com receitas financeiras (de capital) – na rolagem da dívida pública interna.

Historicamente, o avanço da discricionariedade alocativa no curso da execução orçamentária da União compreende um processo errático e juridicamente sinuoso que se desenrolou a partir da implantação do modelo de estabilização monetária trazido pelo Plano Real a partir de 1993. Desde 1994, foram aprovadas seis emendas à Constituição da República de 1988, sem que restasse sistematizado um marco regulatório capaz de dar resposta duradoura ao problema do engessamento orçamentário em tempos de instabilidade fiscal e monetária.

Os mecanismos que ampliaram a margem de aplicação discricionária das receitas no Orçamento Geral da União tiveram início com o denominado Fundo Social de Emergência – FSE instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994. Tal emenda inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) os arts. 71 e 72, com a finalidade de, em criando o FSE, promover tanto o “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal”, quanto a “estabilização econômica” do país.

Com duração limitada aos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o aludido fundo compreendia (a) toda a arrecadação do imposto de renda incidente na fonte sobre quaisquer pagamentos efetuados pela Administração direta, autárquica e fundacional da União; (b) o acréscimo de arrecadação oriundo de modificações trazidas aos impostos sobre a propriedade territorial rural, sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre as operações financeiras (respectivamente ITR, IR e IOF), tal como dispuseram a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e as Leis n.ºs 8.849 e 8.848, ambas de 28 de janeiro de 1994; (c) o acréscimo de arrecadação oriundo da majoração de alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras (na forma do art. 22, § 1º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991), que, à época, chegou a 30% (trinta por cento), segundo dispôs a parte final do inciso III do art. 72, do ADCT; (d) 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuadas as hipóteses anteriores; (e) o fruto da arrecadação com a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) devida pelas instituições financeiras, mediante a aplicação da alíquota de 0,75% (setenta e

cinco centésimos por cento) sobre a receita bruta operacional daquelas; e (f) outras receitas previstas em lei específica.

Embora formalmente o Fundo Social de Emergência (FSE) captasse recursos de fontes diversas para que, tal como prescrevera o caput do art. 71 do ADCT, tais receitas fossem aplicadas “[...] no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”, na prática, a desvinculação das receitas supracitadas serviram para, senão equilibrar, ao menos atenuar o déficit das finanças públicas federais e para obter maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento.

Ora, não era necessário criar um mecanismo de desvinculação de receitas se o FSE tratasse, efetivamente, de destinar recursos às ações de saúde, previdência e assistência social, porque a seguridade social, com lastro no art. 195 da CF/1988, já justificava a instituição e cobrança de amplo rol de contribuições sociais. Aliás, a autonomia jurídica dessa espécie tributária, por concepção, funda-se em sua destinação à seguridade social.

Não obstante as ações da seguridade social já terem receitas constitucionalmente vinculadas, o FSE conseguiu, com base no art. 72, IV, do ADCT, desvincular 20% (vinte por cento) das contribuições sociais, o que, na prática, significou redução no montante de recursos exclusivamente destinados para a saúde, a assistência e a previdência sociais.

Tampouco houve destinação de recursos às ações de educação de modo a ampliar – notoriamente – o fluxo de gastos ali. Bem é de se lembrar que, em sua redação original e até hoje vigente, o *caput* do art. 212² da Constituição de 1988 prescreve que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 01/1994 tanto não promoveu majoração da base de receitas destinadas às atividades de manutenção e desenvolvimento do

² Não bastasse o fato de que a educação já tinha vinculação orçamentária com percentual mínimo de gastos fixado constitucionalmente, a Emenda Constitucional nº 14/1996 ainda criou hipótese de intervenção federal caso os Estados não cumpram o disposto no art. 212 da CF/1988. Nesse sentido, informa Moraes (2001, p. 663) que “[...] a aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área da educação, a partir da Emenda Constitucional nº 14, de 12-9-1996, com entrada em vigor no primeiro ano subsequente, tornou-se *princípio sensível* da Constituição Federal (CF, art. 34, VII, e), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilitará a intervenção federal.”

ensino, como, pelo contrário, o FSE conseguiu reduzir o montante vinculado para a educação, com base no disposto pelo art. 72, §§2º e 3º, do ADCT.

Ao haver criado uma regra de dedução prévia dos recursos que integram o FSE da base de cálculo das vinculações com seguridade social, educação, algumas transferências obrigatórias para Estados e Municípios e com o Programa de Integração Social (PIS), os supracitados §§2º e 3º do art. 72 do ADCT promoveram, na verdade, um remanejamento restritivo de receitas para tais políticas públicas. Exemplo disso está na desvinculação sobre o art. 212 da CF/1988, que, na prática, significou que os 18% (dezoito por cento) do total de impostos arrecadados pela União que deveriam ser destinados para a educação passassem a ser aproximadamente 14,4% (quatorze inteiros e quatro décimos por cento) do montante efetivamente arrecadado.

A bem da verdade, o Fundo Social de Emergência se propunha a ser mecanismo de estabilização fiscal, nome que mais tarde lhe seria conferido pela EC nº 10/1996 para superar as críticas oriundas da redução do volume de recursos aplicados em políticas públicas prestacionais, como saúde, educação, assistência e previdência. Mudada a denominação de “Fundo Social de Emergência” para “Fundo de Estabilização Fiscal”, foi esclarecida a real destinação dos recursos captados por meio, entre outras fontes, da desvinculação de receitas.

Por outro lado, não se pode olvidar que a criação do FSE também afetou diretamente algumas das transferências obrigatórias da União aos Estados e Municípios. As receitas do FSE inscritas no art. 72, incisos I, II, III e V – na redação que lhe deu a ECR nº 01/1994 – não se submetiam ao disposto nos arts. 158, II, 159, 212 e 239 da Constituição.³ Ou seja, não se submetiam às regras de repasse obrigatório aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM), nem tampouco às vinculações com a educação e com o PIS/PASEP.⁴

Quanto à receita oriunda do inciso IV do aludido art. 72, qual seja, a que viria da desvinculação geral e irrestrita de 20% (vinte por cento) do total da arrecadação com impostos e contribuições federais, esta seria previamente deduzida da base de cálculo das vinculações ou participações constitucionais previstas nos arts. 153, § 5º, 157, II, 158, II, 212 e 239 da Constituição, sem que houvesse afetação das

³ Assim dispõe o § 2º do art. 72 do ADCT, o qual foi incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994: “as parcelas de que tratam os incisos I, II, III e V serão previamente deduzidas da base de cálculo de qualquer vinculação ou participação constitucional ou legal, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 158, II, 159, 212 e 239 da Constituição.”

⁴ Não há se falar em vinculação para as ações de saúde antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, ou seja, trata-se de norma que só veio a ingressar no ordenamento constitucional vigente seis anos depois da instituição do FSE.

transferências obrigatórias previstas no art. 159 da CF/1988.

Paradoxal e ironicamente, tal *exceção* inscrita no art. 72, §4º do ADCT ao art. 159 da Constituição – que é o mais importante artigo relativo ao FPM e ao FPE –, ao tentar respeitar parcialmente o pacto federativo, evidenciou a afronta de o FSE haver absorvido diversas receitas, a cuja transferência em favor de Estados e Municípios a União estava constitucionalmente obrigada.

Nesse caso, o que se fez foi estabelecer comandos normativos contraditórios, como já se denunciou antes, uma vez que Estados e Municípios deixariam de receber percentual que lhes corresponde no acréscimo de arrecadação com o imposto de renda e com o imposto sobre propriedade territorial rural, muito embora não se deduzisse da base de cálculo inscrita no art. 159 os 20% (vinte por cento) de desvinculação do art. 72, IV do ADCT.

Não há como cumprir apenas parcialmente a disposição constitucional que obriga a repartição (verdadeiro reequilíbrio) de receitas entre os diferentes níveis da federação. É norma inserida no núcleo intangível da CF/1988, vez que qualquer alteração que vise constranger a forma federativa de Estado será rechaçada por inconstitucional, na forma do que dispõe o art. 60, §4º, I, da Constituição. Por tal razão é que se levantaram Estados, Municípios e Distrito Federal para questionar o fato de que o FSE colidiu com algumas das regras constitucionais de transferência obrigatória de receitas tributárias.

Na Emenda Constitucional nº 10, de 4 de março de 1996, por seu turno, encontram-se poucas mudanças na passagem do FSE para FEF, entre elas, a inclusão do vocábulo *prioritariamente* ao texto do FSE que prevê a destinação dos recursos desvinculados para ações sociais e outros programas, no intuito de amenizar as críticas decorrentes da aplicação dos recursos desvinculados.

A bem da verdade, a finalidade primordial da EC nº 10/1996 era a mera prorrogação do instituto para vigor no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997. Com a prorrogação, veio também a atribuição de novo nome – “Fundo de Estabilização Fiscal” (FEF), o qual efetivamente passou a guardar maior coerência (do que o nome de “Fundo de Emergência Social”) com a destinação dos recursos angariados pelo aludido fundo.

Além da nomenclatura, o Fundo de Estabilização Fiscal – se comparado com o Fundo Social de Emergência – alterou a regra inscrita no art. 72, § 4º, do ADCT de dedução prévia da desvinculação de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições sobre a base de cálculo de todas as demais vinculações

ou participações constitucionais, para fazer exceção não apenas aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (art. 159 da CF/1988), mas também à receita de 50% (cinquenta por cento) do ITR a que têm direito os Municípios (art. 158, II, da CF/1988).

Em 22 de novembro de 1997, nova emenda ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988 (a EC nº 17) promoveu pequenas alterações nos citados artigos 71 e 72 para prorrogar pela 2ª vez o dispositivo de alocação discricionária ali inscrito, tendo, na oportunidade, mantido o nome de Fundo de Estabilização Fiscal (doravante chamado de FEF 2).

Importa esclarecer que, com o FEF 2, o governo federal obrigou-se a ressarcir progressivamente os Municípios pelas perdas decorrentes da inclusão da parcela do IR que compõe o FPM no cálculo das desvinculações. O art. 3º da Emenda Constitucional nº 17/1997 trouxe medida de compensação pelas perdas decorrentes do FSE, notadamente 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.

Mudança substancial ocorreu apenas com a substituição do FEF 2 pela DRU, a qual foi inserida no texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias por meio da Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000, por meio da inclusão do art. 76 ao aludido corpo de disposições transitórias.

Criada na forma de uma desvinculação linear de 20% (vinte por cento) sobre o montante total da arrecadação de quaisquer impostos e contribuições sociais da União, a DRU distinguiu-se – em relação aos seus antecessores (FSE e FEF) – por (1) não causar redução da base de cálculo dos fundos regionais e do FPM e FPE, na forma do que dispõe o art. 76, § 1º do ADCT; (2) ter por objeto apenas percentual fixo da arrecadação de contribuições sociais e impostos, sem que se cogitasse – como acontecia no FSE e no FEF – de incorporar outras parcelas adicionais, por meio da majoração de alíquota de tributos já existentes ou da assimilação integral do imposto de renda incidente na fonte dos pagamentos feitos pela União; e, enfim, por (3) ter prazo de vigência comparativamente maior em relação às demais emendas que sucessivamente criaram ou mantiveram mecanismos de alocação discricionária.

Vale lembrar que a ECR nº 01/1994 instituiu o FSE com prazo de vigência entre 1994 e 1995 (24 meses), a EC nº 10/1996 instituiu o FEF para o período de 1996 a junho de 1997 (18 meses), a EC nº 17/1997 prorrogou o FEF (também chamado de FEF 2) para o período de julho de 1997 a 1999 (30 meses) e a EC nº 27/2000 criou a DRU para durar por quatro anos, ou seja, de 2000 a 2003 (48 meses).

Em 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional nº 42 prorrogou a duração desse mecanismo de alocação discricionária para vigorar até 2007, mantendo o formato de pura e direta desvinculação linear de qualquer órgão, despesa ou fundo do montante de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições sociais federais. Na DRU-2, pode-se apontar como alteração que merece destaque a inclusão das contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE's) no quadro de desvinculação horizontal de 20% (vinte por cento), além dos impostos e contribuições sociais.

A sexta emenda ao texto constitucional tendente a manter o dispositivo da desvinculação de receitas da União foi a Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007, que cuidou apenas de prorrogar o prazo de validade inscrito no art. 76 do ADCT para até 31 de dezembro de 2011. É interessante notar, nesse aspecto, que já não há qualquer modificação na EC nº 56/2007 – ademais da dilatação de prazo (por mais 48 meses) – que aprimore o instituto, tampouco são empregadas justificativas que embasem a perenização de tal dispositivo transitório por meio de emendas sucessivas ao ADCT.

A DRU-3 simplesmente mantém o poderoso instrumento de flexibilidade no uso das receitas orçamentárias sem rever as passagens do texto permanente da Constituição que prevêm as vinculações de gasto mínimo (em áreas como saúde e educação) e de destinação de receita (como ocorre com as contribuições sociais para a seguridade social).

Pois bem, ultrapassada tal retomada histórica de base comparativo-descritiva, faz-se necessária uma análise das três figuras (FSE – FEF – DRU) do ponto de vista de sua adequação ao texto constitucional vigente.

3. (Des)conformidade constitucional da desvinculação de receitas da União

Para lidar com o problema da adequação constitucional de emendas à Constituição, logo de início, faz-se necessário retomar, com Mendes (2004, p. 435-436), a perspectiva de que, embora:

[...] uma concepção conseqüente da idéia de soberania popular [...] [devesse] admitir que a Constituição pode ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes, [...] evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para eventual mudança.

Para Mendes (2004, p. 438), “[...] restam evidenciadas aqui a permanente contradição

e a inevitável tensão entre o poder constituinte originário, que legitima a alteração da Constituição ou, até mesmo, a substituição de uma ordem constitucional por outra, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais”.

Schmitt (1982, p. 119, grifo nosso) supera tal tensão a partir da diferença entre revisão e supressão da Constituição, porquanto a revisão somente é feita “[...] bajo el supuesto de que queden garantizadas la *identidad y continuidad de la Constitución* considerada como un todo”.⁵

Daí decorre que “não só os princípios gravados, eventualmente, com a *cláusula de imutabilidade*, mas também outras disposições – inclusive aquelas relativas ao processo de revisão constitucional – não poderiam ser alterados sem afetar a *identidade e a continuidade* da Constituição” (MENDES, 2004, p. 439, grifo do autor). Para o citado autor, “é que, nesse caso, *a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição*” (MENDES, 2004, p. 441, grifo nosso).

Certo é que o grande desafio da jurisdição constitucional reside no esforço de “não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo” (MENDES, 2004, p. 452).

No que se refere à realidade brasileira, não apenas há a vedação da pura e simples supressão da Constituição de 1988, como também ali foram inscritos dispositivos que lhe garantem a manutenção de sua identidade ao longo do tempo indeterminado de sua vigência, por mais que lhe sejam apresentadas emendas que visem aprimorá-la em face da realidade social em transformação. Exemplo claro disso são os limites impostos ao Poder Constituinte derivado pelo Constituinte Originário, seja circunstancialmente (art. 60, §1º, da CF/1988 e art. 3º do ADCT), seja mediante processos qualificados de apresentação e aprovação da proposta ou, em especial, seja na forma de limites materiais, haja vista o rol de cláusulas pétreas inscritas no art. 60, §4º, do Texto Constitucional de 1988.

A regularidade democrática pressupõe o equilíbrio entre a possibilidade de alterações ao texto constitucional e a garantia da identidade e continuidade de tal texto, tal como Schmitt (1982, p. 119) asseverara. Sobre o problema de como processar essa clássica tensão entre constitucionalismo e democracia, Sarmento

⁵ Em tradução livre, tem-se: “[...] sob o pressuposto de que ficam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo”.

(2005, p. 3) assim se posiciona:

O convívio entre democracia e constitucionalismo não é isento de tensões. De fato, numa primeira mirada, a democracia postula o governo do povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para a soberania popular. São dois ideais que nasceram de visões políticas não convergentes: o ideário democrático, de inspiração rosseauiana, propõe o fortalecimento do poder, desde que exercido pelo próprio povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz lockeana e liberal, busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados. O primeiro aposta resolutamente na vontade das majorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.

Para lidar com essa complexa tensão, vale retomar o princípio da proporcionalidade a contextualizar quais alterações seriam admissíveis em face de quais sacrifícios normativos seriam impostos aos indivíduos e à coletividade. Bonavides (2003, p. 424-425) é emblemático no sentido de afirmar que:

[...] o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis. Com tal posicionamento, chega-se ‘ao advento de um novo Estado de Direito [e] à plenitude da constitucionalidade material’.

Por outro lado,

[...] sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade [material] ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas da lei. (BONAVIDES, 2003, p. 425)

Pois bem, uma vez estabelecidas tais bases de compreensão sobre os limites à mutabilidade do texto constitucional brasileiro, é preciso firmar, desde já, que a hipótese que se busca sustentar neste artigo é a de que as normas que instituíram

o FSE (e, posteriormente, o FEF e a DRU) são inconstitucionais por ferirem, em especial, a garantia de execução orçamentária privilegiada dada aos direitos fundamentais individuais inscritos como cláusulas pétreas, respectivamente, nos incisos I e IV do §4º do art. 60 da Constituição.

Isso ocorre, porque, nos arts. 72, IV e 76 do ADCT, foram instituídas regras de desvinculação de 20% (vinte por cento) das receitas de impostos e contribuições da União, entre as quais constam as receitas destinadas especificamente à garantia de determinados direitos sociais.

Vale lembrar que, em regra, as receitas públicas não têm destinação alguma, por força da vedação expressa do art. 167, IV, da CF/1988, qual seja, a de que não se pode vincular impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as próprias previsões constitucionais que garantem (1) as transferências tributárias intergovernamentais a que se referem os arts. 158 e 159; (2) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, na forma do art. 198, §2º; (3) a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, de acordo com o já citado art. 212; (4) a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII), conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003; e (5) a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, segundo os arts. 165, § 8º, e 167, § 4º.

Mas, no que se refere às contribuições sociais de que trata o art. 149 da Constituição de 1988, não se aplica a citada regra geral de não se poder vincular a órgãos, fundos ou despesas as receitas com impostos. Contudo, não é demasiado lembrar que impostos e contribuições sociais são espécies tributárias diferentes e precisamente é a destinação vinculada das contribuições sociais que lhes confere identidade própria e perfaz sua natureza jurídica. É que, como acentua Derzi (2002, p. XII, grifo da autora), “[...] a norma tributária, matriz das contribuições sociais, quer em seus fundamentos, quer em sua estrutura lógica, está integrada pelos elementos finalísticos com que a própria Constituição dotou a espécie *contribuições*”.

A bem da verdade é como se, além das ressalvas expressamente arroladas pelo art. 167, IV, a Carta Magna houvesse instituído sistemática diferenciada de financiamento – por meio das contribuições sociais instituídas nos arts. 149, 195, 212, §5º, 239 e 240 – para garantir determinados direitos sociais, com fonte de receita vinculada, cuja legítima criação depende precisamente de sua afetação. Como pertinentemente assevera Greco (2000, p. 239-240),

Nem se diga, citado o Código Tributário Nacional, que o destino da arrecadação é irrelevante. O critério do artigo

4º do Código Tributário Nacional pode ser adequado para os impostos, mas, para as contribuições, é ao contrário. Para as contribuições, o destino da arrecadação é um elemento essencial à definição da figura. Se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um determinado grupo, e a existência do pagamento é feita em solidariedade ao grupo e à luz da finalidade, o destino da arrecadação deve ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade. Daí o requisito de o destino da arrecadação ser elemento essencial no caso das contribuições.

Diante das exceções referidas pelo supracitado art. 167, IV à regra geral de ser vedado vincular receitas e diante do art. 149 da CF/1988 – que afeta a existência de contribuições sociais às finalidades taxativamente previstas na correspondente lei instituidora –, questionável é a constitucionalidade da existência de fundo como o FSE que angaria receitas de impostos em detrimento das transferências obrigatórias intergovernamentais e – ao que se somam o FEF e a DRU – que absorvem receitas de contribuições sociais em detrimento das vinculações de receita com a seguridade. A inconstitucionalidade advém tanto da afronta, no primeiro caso, ao pacto federativo (art. 60, §4º, I, da Constituição), quanto, no segundo, aos direitos fundamentais (art. 60, §4º, IV).

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 retrocesso⁶ no que se refere à garantia de direitos fundamentais. A esse respeito, Spagnol (2002, p. 101-103, grifo nosso) aponta linhas fortes de controle na esfera tributária:

Os avanços sobre os recursos da seguridade social não têm se limitado ao legislador ordinário. Até mesmo por meio de

⁶ Vale anotar o conceito dado por Canotilho (1998, p. 320-321) sobre o aludido princípio da vedação de retrocesso: “[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

emendas à Constituição, busca-se garantir a transferência de recursos do orçamento social para o orçamento fiscal. [...] *O Poder Constituinte derivado não pode tanto. [...] são as contribuições sociais instrumento basilar para a garantia de uma série de direitos fundamentais do cidadão.* Repita-se que o Estado Democrático de Direito possui nas contribuições um dos principais estribos para a intervenção no campo social. [...] É imperioso concluir que qualquer disposição no sentido de suprimir recursos para a garantia e manutenção dos direitos sociais vai, também, atentar contra os direitos e garantias individuais do cidadão. [...] De evidência solar, portanto, que *a desvinculação de 20% do produto da arrecadação das contribuições sociais do orçamento da seguridade social é irrita, já que atentatória à Constituição por comprometer o custeio de direitos fundamentais do cidadão.* Em decorrência, existindo desvio de finalidade em relação ao gasto, ilegítimo se torna o ingresso, surgindo direito subjetivo para o contribuinte de opor-se ao pagamento ou repetir o referido percentual.

É preciso que se esclareça que os direitos sociais são direitos fundamentais e integram o rol de direitos intangíveis à pretensão reducionista do Constituinte derivado, por mais que se saiba que sua eficácia dependa da possibilidade de o Estado não só lhes assegurar a existência jurídica, como também a econômica (BONAVIDES, 2003, p. 644).

A alegada limitação de recursos e disponibilidades materiais – sob pena de afronta ao art. 60, §4º, IV da CF/1988 – não pode decorrer da ação do legislador ordinário, nem do Constituinte Derivado, se efetivamente o Constituinte Originário resguardou fonte de receitas para a seguridade social (art. 195) e assegurou percentual mínimo de gastos com educação (art. 212). E, de outro lado, embora o percentual mínimo de gastos com saúde tenha decorrido de emenda constitucional (EC nº 29/2000) posterior à instituição do FSE e mesmo da sua transformação em FEF, tal garantia material de consecução inscrita no art. 198, §2º não poderia ser pura e simplesmente reduzida – sob pena de retrocesso vedado constitucionalmente – sem que outras formas de custeio fossem adicionalmente criadas.

Disso tratou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 045/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, com a defesa consistente de que não pode o Executivo empregar suas disponibilidades financeiras – sob o emprego da cláusula da *reserva do possível* (que coincide com o volume de recursos financeiros efetivamente disponíveis para o Estado) – para desincumbir-se de seus deveres constitucionais e, assim, deixar de garantir materialmente direitos sociais que

respondem pelo *mínimo existencial*:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. *Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.*

Cumprir advertir, desse modo, que *a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* (ADPF 45/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2004 P – 00012, grifo nosso)

Forte, pois, é a posição do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF no sentido de afirmar que os direitos sociais encontram tal grau de proteção constitucional que não se admite o manejo da atividade fiscal do Estado para mitigar a continuidade de sua prestação. Essa prestação, embora se efetive em níveis progressivos, não pode ser tomada como se fora programa de ação estatal que pode ser restringido ou

relativizado (simplesmente contingenciado) – sem razoabilidade aferível diante dos pressupostos de fato e de direito do caso concreto – diante das despesas decorrentes da administração da dívida pública. A esse respeito, Machado Segundo (2005, p. 181, grifo nosso) – em análise fundamentada em bases tributaristas – afirma categoricamente que:

A ‘Desvinculação de Receitas da União’, prova inconteste da fraude à Constituição, deve ser considerada inconstitucional, sob pena de todo o sistema tributário, e toda a distinção traçada entre impostos e contribuições, perder completamente o sentido. Contribuição será apenas uma palavra utilizada para fraudar contribuintes e entes periféricos. O uso de ‘contribuições’ que depois são ‘desvinculadas’, nada mais é do que a prática de um ato ‘de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada’. Confia-se que o Juiz aplique o art. 149 da CF, quando incidem, a rigor, os arts. 154, I e 157, II. Fraude à Constituição é o nome que se pode dar a essa conduta, pois a União ‘põe o diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. Fraude à lei é infração à lei, confiando o infrator que o juiz erre’.⁷

Se o alerta do ponto de vista tributário é severo, não menos fortes são os fundamentos da Nova Hermenêutica constitucional – tal como a denomina Bonavides (2003) – que permitem questionar a constitucionalidade dos mecanismos de desvinculação de receitas empregados pela União para promover o seu ajuste fiscal.

Assim, se se considerar a fórmula dada por Alexy (1998, grifo nosso) segundo a qual: “[...] quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, poder-se-á questionar que, a se seguir mantendo a lógica da desvinculação, ou seja, da alocação discricionária de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições da União em caráter reiterado no tempo, na prática restarão configurados tanto um novo patamar de mínimos a serem executados (como, por exemplo, com saúde e educação), quanto um novo sistema tributário de financiamento da seguridade social.

Ora, essa redefinição restritiva – via ADCT – das prioridades alocativas inscritas no texto constitucional tem sido empreendida, sem que isso tenha sido explícita e diretamente discutido e aprovado pelo Legislativo na forma de emenda aos

⁷ Para tratar do tema da *fraude à Constituição* e da *fraude à lei*, Machado Segundo (2005, p. 181) vale-se das lições de Pontes de Miranda, cuja referência bibliográfica citada por aquele autor é: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. I, §17, n. 6, p. 51.

dispositivos permanentes da CF/1988, para rever as próprias vinculações ali instituídas para execução de gastos mínimos (arts. 198, § 2º, e 212) e para destinação de receitas (arts. 149 e 195).

Desvio de finalidade e falta de transparência ocorre no seio do instituto da desvinculação de receitas da União exatamente em função de estar sendo ele reinstituído e interpretado inequivocamente contra a própria finalidade publicística a que veio, qual seja, aplicar maiores recursos “no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”, tal como previa a parte final do *caput* do art. 71 do ADCT.

Ao instituir uma regra transitória paralela e ao se retirar do cenário em que a discussão sobre haver despesas mais ou menos vinculadas diz do rol de prioridades do corpo permanente da Constituição de 1988, o Poder Executivo da União conseguiu mitigar o nível (determinado constitucionalmente) de obrigatoriedade de alocação de recursos para gerir, em sede de decisões administrativas discricionárias, uma crise financeira excepcional.

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.

À pergunta de qual seria a conseqüência de eventual desvio na destinação de contribuições sociais (mesmo quando o desvio seja apenas parcial), Souza (2003, p. 266) responde que “se o desvio de destinação estiver previsto em lei, o ato legislativo padecerá do vício maior da inconstitucionalidade, além de desnaturar a figura como contribuição, tornando ilegítima a sua exigência”. Por outro lado, “se o desvio derivar de ato administrativo, para além da ilegalidade que comprometerá a

sua cobrança, a ação da autoridade que o praticar estará viciada, tornando-a passível de processo por responsabilidade, na forma do art. 85, VI da CF/88". Mas, enfim,

[...] se emanar de Emenda Constitucional, a conclusão que se impõe, é que, dependendo da nova destinação que vier a ser dada a sua receita, a contribuição se transforma em outra, ou desnatura-se como tal, tornando-se outra espécie tributária. [...] Nessa medida, as contribuições passam à condição de imposto, submetendo-se a todas as conseqüências dessa transmutação. (SOUZA, 2003, p. 266)

É possível assentar, desse modo, o entendimento de que a predestinação das contribuições sociais para finalidades alheias àquelas que justificaram sua instituição pode não só macular de vício seu manejo no curso da execução orçamentária, mas também acabar por mudar sua natureza tributária. Em ambos os casos haverá afronta ao ordenamento constitucional brasileiro.

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.

Nem se diga que o exercício dos direitos à saúde, à educação ou às prestações da seguridade depende – programaticamente – da apuração unilateral pelo Poder Executivo do que seja possível empreender orçamentariamente a cada exercício financeiro, uma vez que o Legislativo já aprovava a lei de orçamento anual (LOA).

A reserva do possível é noção que perpassa sim a elaboração progressiva das políticas públicas prestacionais, mas que não afasta a possibilidade de controle diante do caso concreto, conforme estiver sendo conduzida a execução orçamentária em afronta a direitos fundamentais.

Noutra perspectiva de análise, há que se retomar a própria essência do discurso de justificação da desvinculação de receitas da União, que é a necessidade de administração da crise financeira do Estado e do crescimento desordenado da dívida líquida do setor público. Vale dizer, tratava-se, na origem, de uma medida excepcional e transitória para formar um fundo tendente a fazer frente a encargos *sociais de emergência*, ainda que, com o passar dos anos e das emendas constitucionais que prorrogaram sua existência, a DRU tenha mudado de finalidade (o fundo inicialmente *social de emergência* tornou-se de *estabilização fiscal*) e até que simplesmente não esteja mais hoje fazendo qualquer remissão específica a uma finalidade pré-determinada, conforme se infere da redação atual do art. 76 do ADCT.

Segundo Afonso (2004, p. 19), “[...] vale criticar um pouco mais a idéia da desvinculação, que as autoridades federais enxergam como o caminho necessário para se racionalizar o gasto [público] e implantar políticas fiscais anticíclicas”, porque “[...] não há relação de causa e efeito – isto é, nem vincular, muito menos desvincular, por si só, asseguram boas ou más performances do gasto”. Embasam a afirmação em pauta as constatações feitas pelo citado autor (2004, p. 19-21) de que:

- a) “num exemplo extremo, se as contribuições para a seguridade social fossem convertidas em impostos de livre aplicação, por si só, isso não significaria desobrigar a previdência social de pagar aposentadorias e pensões, nem mesmo aos que ainda trabalham, mas têm direitos adquiridos”; embora seja sempre “alegado que, sem tal processo [de desvinculação], seria impossível cumprir as metas fiscais, porém, as mais duras firmadas com o FMI, inclusive após a elevação da meta de superávit primário para patamar nunca observado na história recente, foram sucessiva e plenamente cumpridas”;
- b) “após a implantação do caixa único do Tesouro Nacional, sempre há opção de simplesmente contingenciar as dotações orçamentárias e manter entesourado os recursos, como atalho mais curto para assegurar a geração do superávit”;
- c) “no âmbito estadual e municipal, o atendimento das metas de superávit primário tem sido fruto justamente de uma vinculação: de proporção da receita corrente para pagamento mensal do serviço da dívida renegociada com o Tesouro Nacional”;
- d) existe severa contradição no “discurso oficial recente de que a vinculação prejudica a eficiência e a eficácia da provisão de serviços sociais básicos, porque elas [as vinculações de receitas para a seguridade social e de percentual mínimo de gastos para saúde e educação] foram aprovadas no Congresso justamente com o objetivo inverso”;
- e) enquanto “o pretexto [da desvinculação] foi de assegurar a continuidade do financiamento e da despesa com benefícios e serviços sociais básicos, inclusive para permitir a pactuação de uma nova divisão de responsabilidades entre esferas de governo que promovesse a descentralização das ações e também para custear o

aumento dos gastos correntes resultantes das novas e maiores inversões esperadas”, efetivamente, “é inegável que a política fiscal do governo federal foi e continuará sendo beneficiada pela desvinculação de 20% de sua receita tributária”, sendo que “o maior efeito prático desta medida era liberar contribuições da seguridade (COFINS, CSLL) para financiar os benefícios dos servidores [públicos] inativos”, o que seria burla à diferenciação dos regimes geral e próprio de previdência social; e, enfim, f) cumpre lembrar o relevante papel de poupança interna da “[...] vinculação que foi desenhada com um regime especial, visando gerar uma poupança pública no presente que financie o gasto futuro, ou mesmo procure evitá-lo – caso particular da destinação constitucional da contribuição sobre receitas (do PIS/PASEP) para aplicações através do BNDES e para custeio do seguro-desemprego, no âmbito do Fundo de Amparo aos Trabalhadores (o FAT).” De acordo com Afonso (2004, p. 21). “[...] é paradoxal que graças justamente a uma vinculação constitucional se formou um dos itens mais valiosos do patrimônio público federal – o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cujo valor do fundo – acima de R\$ 80 bilhões em 2004 – já supera o valor contábil das ações de controle da PETROBRÁS, a maior empresa do País e entre as maiores do mundo.”

Do ponto de vista prático, a desvinculação tem redefinido, desde 1994 e assim será até 2011, as regras constitucionais de destinação obrigatória de receitas e de gasto mínimo nas políticas públicas de saúde e educação sem atentar para os devidos limites procedimentais e materiais a isso, para percorrer a meta de ordenação do crescimento da dívida pública nacional.

A natureza provisória e excepcional dos dispositivos (arts. 71, 72 e 76, do ADCT) de desvinculação de receitas da União – tal como vulgarmente são conhecidos – pode ser percebida na própria vigência temporal delimitada e na sua inserção ao texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Obviamente, como mecanismo de contenção de crise, a desvinculação de receitas no âmbito da União deveria ser remédio forte a ser ministrado por prazo curto, sob pena de desconstituir o quadro de prioridades na destinação de receitas e na execução do gasto público estabelecido na CF/1988.

Diferentemente do que deveria ter sido, o discurso de administração da crise desdobrou-se ao longo dos anos e foram, portanto, cinco as prorrogações de prazo ocorridas das mais variadas formas e motivos, ampliando a vigência da aludida “emergência social” de dois (1994 e 1995) para dezessete anos (1994 a 2011). Ora, essas novas emendas ao Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 – dilatando o prazo de duração da desvinculação – vieram dotadas, na maior parte das vezes, do esforço de justificar que, para administrar o crescimento da dívida pública brasileira, seria necessário mitigar as vinculações de despesa e criar margens de

liberdade na aplicação dos recursos federais.

Notadamente, tornou-se necessário retirar recursos de onde eles estavam fixados por força de vinculações constitucionais para aplicá-los na formação de superávits primários (aqui entendidos como o resultado positivo obtido ao final da diferença entre todas as receitas e despesas estatais, ressalvadas as despesas com os encargos com a dívida) e para, assim, fazer frente ao saldo do serviço da dívida pública nacional e diminuir a expectativa de crescimento descontrolado dessa dívida.

Não bastasse a regra de desvinculação de receitas (como medida de exceção inscrita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) ter se tornado habitual pela sua prorrogação *ad hoc*, ela também colocou em pauta o quão frágil é a definição das prioridades orçamentárias na regularidade institucional de convivência entre os Poderes Executivo e Legislativo. Tal fragilidade vai de encontro à “vedação de retrocesso” na consecução de direitos sociais, pois sem garantia de recursos orçamentários para fazer frente aos gastos com as ações em saúde, educação, assistência e previdência – que são políticas públicas que têm vinculação orçamentária seja de gastos mínimos, seja de fonte de receita – o caráter de avanço progressivo nas prestações estatais é objetivamente mitigado.

Urge, pois, apontar o caráter desarrazoado da prorrogação reiterada de emendas constitucionais ao ADCT que trataram do FSE, FEF e DRU, vez que, como avisara Spagnol (2002, p. 101), “[...] o Poder Constituinte derivado não pode tanto”. Tais emendas desproporcionalmente afetam a natureza jurídica das contribuições sociais ao desvincularem-nas (ainda que parcialmente) de sua afetação à seguridade (arts. 149 e 195), na medida em que, como Machado Segundo (2005, p. 181) alerta, se quisesse a União tributos desvinculados, criasse impostos no uso de sua competência residual e os repartisse com os Estados (na forma do art. 157, II, da CF/1988).

Por outro lado, também é necessário que se questione a Emenda de Revisão nº 01/1994 e as Emendas nº 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 e 56/2007 no mérito de topicamente deflagrarem processo de *erosão constitucional* (MENDES, 2004, p. 441) sobre as garantias de consecução material dos direitos sociais pela via da limitação do financiamento das políticas públicas que lhes dizem respeito. Ora, a vedação de retrocesso no âmbito dos direitos sociais deve ser interpretada de forma conjugada com a proteção que é conferida a esses direitos como *cláusula pétrea* e deve buscar garanti-los materialmente diante do caso concreto, além do seu enunciado formal.

Outro agravante desse quadro reside na perspectiva de que o próprio Poder Executivo fez da aludida regra peça fundamental na condução de sua política fiscal para a

administração da dívida pública nacional. O dispositivo inicialmente admitido apenas e tão somente na condição de regra temporária e excepcional passou a ser meio inafastável de atingimento de metas de superávit primário inscritas na LDO (conforme determina o art. 4º da LRF).

Considerada a incapacidade anual de abatimento integral do serviço da dívida (juros e encargos incidentes sobre o total de débitos contraídos pela União) e o real crescimento do estoque da dívida pública, por mais que se tenha feito crescer, em volumes nunca antes vistos, o nível da poupança do setor público (superávit primário), a evolução da desvinculação de receitas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias leva a uma profunda inquietação com a sua manutenção.

Cumprir suscitar aqui a perplexidade em torno de como tornar mais discursivamente democrática a não implementação das políticas públicas em seu percentual mínimo exigido constitucionalmente, se se mantiver a linha de desvincular para formar capacidade de pagamento do serviço da dívida tal como se vem fazendo desde 1994.

Nesse sentido, é de se notar que a administração da crise financeira com seus mecanismos excepcionais de redefinição de prioridades orçamentárias tem se tornado, por si só, uma nova regra de priorização que atua em uma lógica de neutralização, no médio prazo, das vinculações estabelecidas na CF/1988.

Uma vez afastada a idéia de ser temporária, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) efetivamente tem reduzido a obrigatoriedade constitucional de a União alocar recursos nas áreas de saúde (art. 198, § 2º, da CF/1988), educação (art. 212 da CF/1988) e na manutenção integral do orçamento da seguridade social (art. 165, §5º, III, c/c art. 195 da CF/1988), sem se falar nos fundos⁸ e órgãos que têm receitas próprias a eles vinculadas.

4. Conclusão

Para responder à questão da conformidade constitucional da instituição e das sucessivas prorrogações da DRU via ADCT, urge lembrar, com Alexy (1998), que a consideração dos direitos fundamentais como verdadeiros princípios constitucionais permite a sua “flexibilidade” diante dos avanços e tensões da realidade social sem que haja o seu “esvaziamento” normativo. E, em se tematizando os efeitos da DRU à luz da teoria dos princípios, não se pode constitucionalmente admitir que

⁸ Todos os fundos existentes no âmbito da União [como, por exemplo, o Fundo Nacional de Direitos e Interesses Difusos de que trata a Lei nº 7347, de 25 de julho de 1985 e o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) previsto na Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001] passam pela desvinculação de 20% (vinte por cento) de suas receitas.

a busca por flexibilidade orçamentária implique esvaziamento de direitos sociais fundamentais.

Ora, para evitar o risco de esvaziamento normativo de direitos sociais (carentes que são de ação positiva do Estado), revela-se pragmaticamente necessário controlar o estágio objetivo – em níveis de preservação ou majoração – dos mecanismos orçamentários de seu financiamento.

Na Constituição brasileira, a fonte vinculada de receita para a seguridade social e a previsão de percentuais mínimos de gasto público nas ações em saúde e educação são dois exemplos importantes desses mecanismos assecuratórios, os quais serviram a este estudo como crivo de análise para testar a conformidade constitucional da DRU.

Do ponto de vista da fonte vinculada de receita para a seguridade social, pode-se afirmar que a desvinculação das contribuições sociais da finalidade a que se encontram afetadas, por meio de emenda constitucional, tem lhes alterado a natureza tributária, transformando-as (ainda que parcialmente) em impostos. Esses, por seu turno, somente podem ser tidos como consonantes com o Sistema Tributário Nacional inscrito na Constituição de 1988 se obedecerem às regras de exercício da competência residual pela União e de repartição com os Estados, na forma do que dispõe o art. 157, II, da Carta Magna.

De fato, solução ao conflito tributário instaurado pela desvinculação das contribuições sociais reside na imposição à União de que maneje – dentro das respectivas finalidades – as competências constitucionais que obteve para tributar. Ou seja, deve a União, em querendo tributos desvinculados, majorar os impostos já instituídos ou valer-se da sua competência residual para instituir novos impostos, conforme o disposto no art. 154, I, da CF/1988.

Já do ponto de vista da vinculação de gasto mínimo, a DRU descumpe o princípio de vedação de retrocesso social e afronta o art. 60, §4º, IV, da Constituição, 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.

As severas restrições fiscais a direitos sociais fundamentais que já tinham constitucionalmente assegurada garantia material de seu financiamento não guarda proporcionalidade com a ilimitada geração de despesas da política monetária. O

presente conflito distributivo⁹ presentemente vivenciado entre as políticas sociais e o serviço da dívida pública – tal como definira o IPEA (2004) – 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.

Em face de todos os aspectos supracitados e especialmente em face do princípio da proporcionalidade – no que se refere à adequação normativa dos meios aos fins (segundo a qual são vedados meios que ensejem o arbítrio do poder público), à necessidade (em que se deve buscar adotar a opção menos nociva aos interesses dos cidadãos) e à proporcionalidade estrita (da equação entre os fundamentos que legitimam a ação estatal e os resultados dela) – é que se afirma serem inconstitucionais os arts. 71, 72 e 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Somente assim assegurar-se-á a máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais fundamentais, propugnada no art. 5º, §1º, da Constituição da República de 1988.

Nesse suceder excessivo de emendas ao ADCT da CF/1988 promovido para desvincular receitas da União, o risco efetivamente é de que a *inconstitucionalidade*¹⁰ – a que se referiu Bonavides (2003) – e a *economicização* do programa constitucional de governo (noção defendida por Canotilho, 1994) marquem a financeirização do orçamento público por sua submissão à política monetária, tornando todas as demais políticas públicas – como bem definira Nunes (2005) – *políticas de segunda classe*.

Decerto, na Constituição de 1988, não há qualquer fundamento normativo para essa hierarquização orçamentária, pelo contrário, existe a demanda para que o legislador infraconstitucional aponte limites ao avanço da dívida pública (arts. 48, XIV e 52, VI) e para que o poder público não se descuide de agir sempre conforme o devido

⁹ O aludido conflito foi assim descrito pelo Boletim nº 8 de Políticas Sociais do IPEA: “No Brasil, os direitos sociais e culturais estão em segundo plano, e o Estado não os garante plenamente. As questões sociais, como a violência, a fome, a miséria, o desemprego, a escola e os serviços de saúde de qualidade, cedem lugar às prioridades do ajuste fiscal. [...] Mesmo na presença da melhor das intenções e dos diagnósticos mais precisos, os esforços de reforma apresentam-se como o trabalho de Sísifo diante da ausência de recursos e das prioridades das políticas econômicas” (INSTITUTO..., 2004, p. 67).

¹⁰ Segundo Bonavides, “Poder-se-á chegar, assim, à inconstitucionalidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, senão impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexequibilidade da Constituição.

Caso haja também *acumulação de contradições insolúveis no sistema constitucional, a ponto de quebrantar-se o axioma da unidade da Constituição*, o caminho estará aberto ao ingresso da crise de inconstitucionalidade. Nesse caso, o espírito que sustenta a funcionalidade e juridicidade dos valores, regras e princípios da Lei Suprema tende a perecer.” (BONAVIDES, 2003, p. 389, grifo nosso)

processo legal, noção essa que não se restringe à garantia formal de contraditório e ampla defesa, mas que impõe materialmente o respeito aos direitos fundamentais. Mais do que nunca a comunidade aberta (por isso, plural e democrática) de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997) precisa submeter a desvinculação de receitas da União ao crivo da sua conformidade com o texto constitucional vigente. Pois, como bem acentuara Canotilho (1994), ali não serão encontrados apenas limites, mas fundamentos normativos que imprimem sentido à ação estatal.

5. Referências bibliográficas

AFONSO, José Roberto. *RRF*: por que parou? Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <www.joserobertoafonso.ecn.br>. Acesso em: 15 mai. 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. In CONFERÊNCIA PROFERIDA NA FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1998. Rio de Janeiro. *Conferências...* Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJU de 04/05/2004, p. 00012. Julgamento em 29/04/2004.¹¹

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista*

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Ementa: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJU de 04/05/2004, p. 00012. Julgamento em 29/04/2004.

Crítica Jurídica, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio. In: SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECÔNOMICAS APLICADAS. *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Rio de Janeiro: IPEA, n.8, fev. 2004. Suplemento.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética: 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. I, 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. §17, n. 6, p. 51.

NUNES, Selene Peres. *Reforma orçamentária: riscos e oportunidades*. Brasília: INESC, abr. de 2005. (Nota Técnica. n. 96).

SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 dez. 2005.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. 2 v.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Contribuições sociais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 251-268.