

# ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Luiz Strapazzon\*

## Resumo

A DRU é um instituto de Desvinculação de Receitas da União. É uma autorização constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União (obtida com impostos e contribuições) em despesas ou investimentos que julgar pertinentes. Esse mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. Este artigo objetiva analisar a proteção das expectativas de realização de políticas públicas protetivas de direitos da seguridade social. Seu objeto principal é a análise das deliberações do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal sobre a desvinculação de receitas do orçamento da Seguridade Social. A metodologia adotada é a análise de casos e a base teórica é a teoria garantista dos direitos fundamentais. A tese principal é que em sede de direitos fundamentais, as expectativas jurídicas tem natureza jurídica imperativa, o que as torna resistentes a restrições, como a desvinculação de receitas promovida pela DRU. Palavras-chave: Direitos fundamentais. Seguridade Social. Orçamento da Seguridade Social

## 1 INTRODUÇÃO

As *expectativas*, normalmente, são dadas como externas ao direito. Isso quer dizer que a categoria tem sido útil no desenvolvimento de análises sociológicas, talvez mais até do que ao desenvolvimento da dogmática ou da teoria geral do direito. Um importante ramo da teoria sociológica, denominado de escola funcionalista, deu ampla aplicação ao conceito, com o intuito de realizar uma análise do direito enquanto sistema autopoietico, componente essencial de um sistema social complexo. Esse uso sociológico, útil para a investigação do direito e de suas funções no sistema social, tem pouco efeito nos esforços para compreender as funções da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais densamente prestacionais.

Contudo, a aplicação das *expectativas* que de fato interessa, aqui, é a que lhe toma como categoria *justiciável*. Há algumas áreas que especializaram o uso desse termo e que, seguramente, sensibilizaram a jurisprudência. Uma é a área do direito contratual (civil, trabalhista, consumo) em especial as discussões sobre a proteção das relações pré-contratuais. A outra é a do direito administrativo, com aplicação inovadora do conceito nas relações de tolerância fiscais e de poder de polícia do Estado para com situações aparentemente ilícitas dos administrados. Nesses casos, a *expectativa* protegida é a decorrente da proteção da *confiança* estabelecida entre

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Editor-Chefe da Revista Espaço Jurídico/Espaço Jurídico Journal of Law; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

as partes. Nos dois casos o que se almeja é a não turbacão do *status* alcançado pelas partes, se esse *status* decorre de relacionamento baseado na *boa fé* das partes. Aí se enquadram situaçoes como a do benefício fiscal inválido, a seguracão do consumidor em face do risco do consumo de massa, a tolerância do locador para situaçoes não previstas no contrato, a tolerância da administração pública para com práticas irregulares, porém de baixo efeito lesivo ao interesse público. Essas variaçoes interessam muito à teoria dos direitos fundamentais de seguridade social, visto que revelam uma aplicacão inovadora da noçao de *expectativa*, de modo a protegê-la como verdadeiro direito subjetivo.

## 2 TEORIA GARANTISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS

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

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

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

As *expectativas* decorrentes de obrigaçoes e proibiçoes não são, portanto, para o garantismo, elementos externos ao direito; meras intençoes ou quase-direitos. Para Ferrajoli, todas

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

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

Assim explica o autor do *Principia Iuris*:

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

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

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

Alexy deseja evidenciar, com isso, que nos regimes democráticos que contemplam direitos constitucionais, o ordenamento jurídico é formado por uma dimensão moral decorrente da natureza moral *dos direitos humanos*. A seu ver, todo o esforço internacional de positivação

dos direitos humanos, ou seja, de conversão dos direitos humanos em direitos positivos internos, é um esforço que visa, precisamente, conectar a dimensão ideal à dimensão real do direito (ALEXY 2011, p. 48). Desse modo, os ordenamentos jurídicos que contam com (1) *procedimentos democráticos de produção legislativa*, (2) com procedimentos jurídicos de *judicial review* e com um sistema *complexo de* (3) *direitos fundamentais* são ordenamentos que, inafastavelmente, têm uma ordem jurídica positiva dotada de uma *pretensão de correção moral*.

A crítica de MacCormick, se acertada, pode comprometer a funcionalidade técnica de categorias jurídicas que têm conexão explícita com a dimensão ideal do direito, isto é, com sua dimensão moral. Por outro lado, não há dúvidas de que no âmbito das delicadas questões de eficácia dos direitos fundamentais *densamente prestacionais*, a judicialização das *omissões* e das *expectativas* está fortemente atrelada a essa dimensão moral do direito. É que a interpretação das condições de eficácia dos direitos, como os de *seguridade social*, é uma interpretação informada pela filosofia, doutrina, estatutos e pelos precedentes relativos a direitos humanos.

Muito embora as objeções de MacCormick mereçam atenção, a doutrina e a jurisprudência brasileira parecem adotar o alinhamento doutrinário de Alexy. Já admitem, como visto nos casos antes analisados, que o direito é impregnado de conteúdo ético, social e jurídico, e que as relações jurídicas formais estão profundamente afetadas por elementos morais, tais como a boa-fé objetiva e a proteção da confiança, mesmo em direito público (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.268-MG. 05.02.04).

Aceitar o argumento de MacCormick significa recusar, para dizer o mínimo, a natureza dual dos direitos fundamentais constitucionais. Em consequência, significaria *recusar amparo judicial* a “expectativas de direitos” que não sejam “direitos subjetivos” em sentido tradicional. Mais ainda, seria recusar proteção judicial a direitos fundamentais não compatíveis com os da noção civil-liberal. Significaria, por fim, abandonar qualquer projeto que exija a proteção jurídica de institutos que divisam o *jurídico* e a *ética*. Isso, no entanto, não se coadunaria com a evolução da doutrina jurisprudencial e teórica brasileira.

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

As *expectativas* geradas por direitos de *status* constitucional são revestidas de especial *rigidez*, por isso são expectativas duradouras, transgeracionais e irrevogáveis. Como não

há *promessas constitucionais inconsequentes* (STF RE 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000), a teoria brasileira dos direitos fundamentais deve reconhecer a natureza *imperativa* dessas *expectativas* inerentes aos direitos fundamentais de seguridade social.

Comportamentos omissivos em face dessas *expectativas imperativas* sempre podem ser judicializados a fim de verificar a razoabilidade dos motivos da omissão. Toda e qualquer omissão em face de expectativas imperativas há de ser, por isso, plenamente justificável. Um bom parâmetro, nessa direção parece ser o seguinte: se o Estado de Direito não tolera ilícitos (por ação ou omissão); o Estado Constitucional não tolera ilícitos nem arbitrariedades, sejam elas decorrentes de ações ou de omissões. Numa palavra, nenhuma omissão em face de direitos fundamentais de seguridade pode ser arbitrária.

### 3 DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS DA SEGURIDADE SOCIAL E EXPECTATIVAS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

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

Apesar de ter sido criada no ano de 1994, com cláusula de vigência de apenas dois anos, o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. A desvinculação de receitas recebeu diversas denominações e passou por cinco prorrogações: FSE – Fundo social de Emergência: 1994 e 1995; FEF – Fundo de Estabilização Fiscal: 1996 e 1997 (1º sem); FEF (prorrogação): 1997 (1º sem) a 1999; DRU – Desvinculação de Receitas da União: 2000 a 2003; DRU (1ª prorrogação): 2003 a 2007; DRU (2ª prorrogação): 2008 a 2011. Essa última edição da DRU foi aprovada pela EC 56/2007 e converteu-se no Art. 76, do ADCT, onde se lê:

É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Algumas inovações foram incorporadas ao conceito de DRU, a partir da EC 56/2007. São elas: a) a DRU não reduz a base de cálculo das transferências obrigatórias a Estados, Distrito Federal e Municípios; b) permanece intocada a receita da contribuição social do salário-educação (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT) e c) no cálculo dos recursos aplicáveis ao desenvolvimento do ensino, de 18% da receita resultante de impostos, cfe. Art. 212 da CF, a DRU é menor

que 20%, assim: 12,5 % em 2009, 5% em 2010. A partir de 2011 não há DRU para as receitas destinadas à Educação, ou seja, a União deve aplicar, ao menos, 18% da receita resultante de impostos, excluída a parcela transferida para Estados, Distrito Federal e Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, “até 2010, era possível verificar a aplicação de recursos inferiores ao mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino se não houvesse o mecanismo da DRU” (BRASIL, 2011, p. 11).

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

No encaminhamento que fez da Proposta de Emenda à Constituição, visando prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), o Poder Executivo ressaltou — na Exposição de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 — que a prorrogação da DRU até 31.12.2011 teria duas finalidades precípua: a racionalização da gestão orçamentária, e garantir um grau mínimo de autonomia na definição de prioridades e na gestão orçamentária, já que a DRU respondeu por 58% dos recursos livres da União. Segundo os Ministros da Fazenda e do Planejamento, a DRU não *tem impedido a expansão* de programas sociais, e citam como exemplo a expansão do Programa Bolsa-Família e do FUNDEB. Mas o que é importante, realmente, é a afirmação de que as prioridades do governo, com a DRU, são duas: alocar recursos em a) obras de infraestrutura e b) constituir a poupança necessária para a redução da dívida pública.

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

Bem, a PEC n. 61, de 2011, de autoria do Poder Executivo, que propõe a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015, vai além. Segundo a exposição de motivos (EM Interministerial nº 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011), “*a conjuntura do Brasil urge investimentos e respectivas fontes de financiamento, a fim de adequar a infraestrutura do País às exigências internacionais correlatas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016*”. Se antes o compromisso público do governo era com o incremento de políticas sociais, investimentos em infraestrutura e redução da dívida pública, agora a DRU se destina, precipuamente, a obras de infraestrutura para financiar grandes eventos esportivos!

Como se nota, a DRU libera o governo federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas. E mais, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de programas sociais constitucionalmente vinculantes. Essa introdução é necessária para bem compreender como vem atuando a jurisprudência brasileira na garantia de *expectativas imperativas*, como são as decorrentes de receitas tributárias vinculadas à efetivação de políticas sociais. Os desdobramentos desse tema na jurisprudência do STF podem ser apreendidos a partir de três decisivos julgados.

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

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

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

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

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desvinculação de parte da receita das contribuições sociais, nos termos do art. 76 do ADCT, é constitucional, conforme se observa da do RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar Peluso”. (...). No mesmo sentido, as seguintes decisões: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

Não há dúvida jurídica: a DRU criou imposto inominado; e pior desvia recursos da Seguridade Social para fins que nada têm a ver com programas sociais, como está claro nas Mensagens Interministeriais antes analisadas. No entanto, a jurisprudência do STF vem reafirmando — vide voto do Min. Levandowski — que a desvinculação não viola a Constituição porque o Supremo já teria pacificado entendimento sobre o assunto. Isso não está correto. O que está pacificado é o entendimento (equivocado) do Supremo Tribunal Federal de que a DRU não gera inovação tributária. Todavia, a Corte não discutiu, em sessão plenária, a

constitucionalidade da desnaturação jurídica das contribuições sociais promovida pelo desvio de receitas constitucionalmente vinculadas.

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

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

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

Na projeção orçamentária de 2012, constante do Demonstrativo da Desvinculação das Receitas da União, nas Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária Anual da União federal, do total de impostos e contribuições sociais e econômicas atingidos pela DRU (R\$ 701,4 bilhões), nada menos que R\$ 100,5 bilhões serão desvinculados para infraestrutura econômica, grandes eventos esportivos, formação de poupança para redução da dívida pública. Desse total, R\$ 62,43 bilhões serão desvinculados de contribuições sociais e econômicas; e R\$38,04 bilhões, de impostos. Individualmente, a COFINS<sup>2</sup> representará a maior parte da DRU (R\$ 34,81 bilhões), seguida de Imposto de Renda (pessoa física e jurídica), com R\$ 23,33 bilhões, e CSLL<sup>3</sup> (R\$ 12,68 bilhões).

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



## 4 CONCLUSÃO

A visão atual da indivisibilidade, irrevogabilidade, progressividade e interdependência de todos os direitos fundamentais reclama que as funções jurisdicionais atuem como guardiãs das *expectativas imperativas* do sistema de direitos constitucionais; e essa função garantista deve ser exercida em sintonia com o *ethos* republicano vinculante da atuação da Jurisdição, qual seja, a de atuar com o firme comprometimento de coibir todas as manifestações arbitrárias de dominação ou de exercício do poder.

Em democracias constitucionais dotadas de direitos fundamentais densamente prestacionais a Jurisdição é função da república e o Poder Judiciário é instituição de garantia de efetivação da *responsividade* do sistema de governo. Essa atuação jurisdicional, quando prudente, não é inconstitucional. Bem ao contrário, é uma homenagem ao princípio das relações harmônicas entre os poderes para cumprir a teleologia constitucional.

Em alguns Estados Constitucionais os direitos fundamentais prestacionais, que segundo a teoria garantista têm natureza de vínculos (e não de limites), *também têm natureza de limite contra o arbítrio*. Nessa medida, assumem uma importante dimensão republicana pois significam que os direitos fundamentais a prestação legislativa ou a prestação de políticas públicas não deixam de ser limites contra abusos do poder. Não são limites contra intervenções excessivas, como os direitos individuais e civis (proteção da liberdade individual e civil), mas contra omissões arbitrárias.

Conclui-se que é só por não reconhecer essa dimensão republicana dos direitos prestacionais que a teoria garantista da jurisdição não admite, na sua plenitude, a função *responsiva* da jurisdição e seu correlato dever de garantir a sociedade, no interior do sistema de *checks and balances contra todas as formas de uso arbitrário do poder*.

As razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal para admitir a conformidade constitucional da Emenda da DRU, bem como as justificativas do Senado Federal garantem a *motivação* da medida, mas não sua fundamentação racional no contexto do direito constitucional.

Desse modo, este artigo sustenta que a decisão de desvincular recursos do sistema de seguridade social para aplicá-los em vilas olímpicas e estádios de futebol é uma *arbitrariedade* passível de controle jurisdicional pela inconstitucionalidade por inadequação de meios para os fins que justificam as atividades olímpicas e desportivas, bem como para com os fins que justificam o sistema de seguridade social.

### ***Social security public budget and protection of fundamental rights***

#### *Abstract*

*The DRU is an institute to Unlink Revenue of the Union. It is a constitutional authorization for the Union Government apply 20% of the revenue of the constitutional bound in expenses or investments that it deems relevant. This mechanism of Unlink Revenue of the Union has been systematically extended by*

*successive amendments to the Constitution. This article aims to analyze the protection of expectations of realization of public policies protective of the fundamental social security rights. Its main object is the analysis of the deliberations of Congress and the Supreme Court on decoupling the revenue of the budget of the Social Security System. The methodology is based on case analysis and the basic theory is the Italian garantism theory. The main thesis is that in case of fundamental rights, the legal expectations have an imperative nature, what makes them resistant to restrictions, such as revenue decoupling promoted by the DRU.*

*Keywords: Fundamental rights. Social Security System. Public Budget.*

Notas explicativas:

<sup>1</sup>Todas as Contribuições Sociais são afetadas pela DRU, exceto a Contribuição Previdenciária de Empregadores e Trabalhadores. A receita de todas elas está vinculada ao orçamento da seguridade social. São elas: CSLL, COFINS, PIS/PASEP, Concursos e Prognósticos.

<sup>2</sup> Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, tributo instituído pela LC 70/91 para assegurar financiamento da Seguridade Social, nos termos da alínea b, do inciso I do art. 195 da Constituição Federal. É o substituto do Finsocial.

<sup>3</sup> Contribuição Social sobre o Lucro das pessoas jurídicas, instituída pela Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988 para financiar a seguridade social, nos termos da Lei 8.212, Art. 11, § único, d; e CF. Art. 195, I, c.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. A efetiva desvinculação de receitas da União na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas. **Nota técnica n. 18**, 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. **Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias**. Brasília, DF: MPOG, 2011.

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

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

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

MACCORMICK, N. Why Law makes no claims. In: PAVLAKOS, G. **Law, Rights and Discourse**. Oxford: Hart Publishing, p. 59-67, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de segurança n. 24. 268-MG, 05.02.04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 271.286-8, RS, 12.09.2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 537.610, Segunda turma, 1. 12. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 537.668/RS, 14.12.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 596.724-DF, 23.03.2010.

