

FERNANDO FACURY SCAFF
ANTONIO G. MOREIRA MAUÉS

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E TRIBUTAÇÃO



DIALÉTICA

FERNANDO FACURY SCAFF
ANTONIO G. MOREIRA MAUÉS

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E TRIBUTAÇÃO



São Paulo - 2005

© by **Fernando Facury Scaff / Antonio G. Moreira Maués**



é marca registrada de

Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34

CEP 04021-000 - São Paulo - SP

e-mail: atendimento@dialetica.com.br

Fone/fax (0xx11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

ISBN nº 85-7500-138-8

Revisão de texto: Camilla Bazzoni e Viviam Silva Moreira

Na capa, reproduz-se, em destaque,
obra de **Marola Omartem**.

Projeto (miolo)/Editoração Eletrônica: Mars

Fotolito da capa: Duple Express

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Scaff, Fernando Facury
Justiça constitucional e tributação / Fernando
Facury Scaff, Antonio G. Moreira Maués. --
São Paulo : Dialética, 2005.

Bibliografia.
ISBN 85-7500-138-8

1. Justiça constitucional - Brasil 2. Leis -
Constitucionalidade 3. Medidas provisórias -
Brasil 4. Tributação - Brasil I. Maués, Antonio G.
Moreira. II. Título.

05-4266

CDU-340.114:342:336.2(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Justiça constitucional e tributação :
Direito 340.114:342.336.2(81)

Sumário

Apresentação	7
1ª Parte: A Proteção dos Direitos Fundamentais em um Sistema Misto de Justiça Constitucional - <i>Antonio G. Moreira Maués e Fernando Facury Scalf</i>	11
1.1. Introdução	11
1.2. Antecedentes históricos	18
1.3. O desenvolvimento da Justiça Constitucional sob a Constituição de 1988	21
1.4. A criação da ação declaratória de constitucionalidade e a consolidação do efeito vinculante	38
1.5. Os problemas de articulação entre controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade: em busca de alternativas	68
2ª Parte: Quando as Medidas Provisórias se transformaram em Decretos-lei ou Notas sobre a Reserva Legal Tributária no Brasil - <i>Fernando Facury Scalf</i>	74
2.1. A legalidade como interdição	74
2.2. Distinguindo decretos-lei de medidas provisórias	87
2.3. O julgamento do RE nº 146.733-9-SP pelo Supremo Tribunal Federal	89
2.4. Repercussões econômicas desse julgamento na República: o uso indiscriminado de medidas provisórias em matéria fiscal	91
3ª Parte: A Desvinculação de Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição - <i>Fernando Facury Scalf</i>	96
3.1. As vinculações constitucionais	97
3.2. A desvinculação das receitas da União através de vários fundos	99
3.3. A supremacia da Constituição	111
4ª Parte: Legitimidade da Justiça Constitucional: Reflexões sobre o Caso Brasileiro - <i>Antonio G. Moreira Maués</i>	114
4.1. O problema da legitimidade democrática da Justiça Constitucional	114
4.2. O problema da legitimidade democrática do STF	118
Índice Sistemático	123
Bibliografia	125

Apresentação

1. Este é um livro que surge em um delicado momento de transição entre dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, reforçado pela Emenda Constitucional nº 45.

Desde a proclamação da República, o Brasil segue o modelo de controle difuso de constitucionalidade das leis, inspirado na Constituição norte-americana, em que qualquer pessoa do povo poderia levar ao Poder Judiciário uma demanda através da qual buscava a não-aplicação de uma lei a um caso concreto, arguindo-a de violar a Constituição. Deste modo, a atuação do Poder Legislativo poderia ser contestada de forma difusa através de todo o sistema judicial, sendo permitido a um juiz singular deixar de aplicar a norma ao caso concreto, e a qualquer Tribunal declará-la inconstitucional. O sistema de separação de Poderes permitia que, através dos freios e contrapesos, a fiscalização da supremacia da Constituição ocorresse de forma espalhada por todo o universo dos membros do Poder Judiciário.

Ao longo da nossa história republicana várias modificações foram sendo realizadas nesse processo, restringindo o sistema de controle difuso e construindo ao seu lado o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis, muito mais próximo dos europeus que dos norte-americanos. Na raiz dessa modificação encontram-se as questões econômicas e tributárias que afligiram nossa sociedade a partir da década de 1980. A hiperinflação que grassava impelia as pessoas à busca de recuperação de perdas nos Tribunais, o que acarretou uma enorme pressão no Judiciário. Ao mesmo tempo, a Constituição de 1988 criara um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade com ampla legitimidade, as ADIn's - Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

2. Ao concretizar a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal interpretou de forma restritiva várias de suas normas, o que pode ser observado sob o ângulo material e processual.

Por um lado, material, observa-se que o Supremo Tribunal Federal começou a decidir demandas novas, fruto de um amplo processo de redemocratização, com uma visão velha, de um Tribunal vitalício herdado do regime ditatorial. A promessa de concretização de uma nova Constituição foi sendo solapada dia a dia, através de interpretações que deixavam os novos mecanismos constitucionais cada vez mais parecidos com os da Constituição autoritária. O trabalho intitulado "Quando

as Medidas Provisórias se transformaram em Decretos-lei ou Notas sobre o Princípio da Reserva Legal Tributária”, inserido na 2ª parte desta obra, bem demonstra este processo de leitura da realidade e deste o novo instrumento através de óculos que possuem lentes velhas e desgastadas. O Supremo Tribunal Federal viu a nova Constituição através de lentes antigas, dos julgados e da realidade preexistente.

Por outro lado, processual, a Corte foi fechando a porta para a ampla legitimação processual constante do texto constitucional através de uma série de interpretações reducionistas, que visavam impedir a avalanche de processos propostos através de controle concentrado de constitucionalidade. O marco deste movimento foi a criação do instituto da *pertinência temática*, através do qual somente quem possuísse vinculação ao tema, pretendia discutir através de controle concentrado, é que teria legitimação processual para agir. Foi a consagração das normas de Direito Processual Civil como regulatórias do processo constitucional.

Questões importantes não foram solucionadas através da sistemática então existente de forma a atender aos reclamos da sociedade. Casos como o do *Plano Collor*, do *reajuste das aposentadorias em 147%* e o da *contribuição sobre o pro labore*, colocaram em xeque a articulação entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade. Tal situação foi muito bem apreendida pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu voto na ADI nº 223:

“O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.”¹

Estas questões deixaram marcas fortes na sociedade, colocando em xeque, de certa forma, a legitimidade do STF (objeto da 4ª parte deste trabalho). O caráter premonitório do voto do Min. Paulo Brossard no julgamento da ADI nº 534 (que se referia ao bloqueio efetuado pelo *Plano Collor*) não pode deixar de ser registrado: “Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refleti serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso,

¹ RTJ 132/589-590. Ao tratar da Emenda nº 16, o Ministro refere-se à Constituição de 1967.

em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e concluí que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar. Em uma das formidáveis tragédias de Ésquilo, lê-se que 'um voto a menos pode ser uma catástrofe, como um voto a mais reergue uma casa'... Votando como voto, suponho estar reerguendo a casa da lei e da segurança jurídica, sem a qual a lei não tem sentido. Concedo a cautelar."² Registra-se que o Min. Brossard foi vencido no julgamento.

3. Todas estas questões desembocaram na Emenda Constitucional nº 3, que trouxe para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro uma ação peculiar, de difícil justificativa doutrinária, que é a ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A questão de ordem levantada pelo Min. Moreira Alves, Relator da ADC nº 1, selou o ingresso desse novo instrumento processual de controle concentrado em nossa ordem jurídica, legitimando a cobrança da Cofins, cuja constitucionalidade que estava sendo contestada de forma difusa por mais de 9.000 processos em todo o País. Neste julgamento foi ouvido o protesto isolado do Min. Marco Aurélio, para quem:

"a) declarando o Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de votos, constitucional a Lei, os demais órgãos do Judiciário estarão compelidos, em face do citado efeito vinculante, a emprestar, com automaticidade imprópria ao ofício judicante, ou seja, sem a realização de um julgamento livre e, portanto, norteado pela prova dos autos e convencimento formado, solução idêntica às lides; b) declarando a inconstitucionalidade, da mesma forma far-se-á presente o efeito vinculante. Pois bem: em face do primeiro desfecho, os contribuintes que tenham ação em andamento, quer em primeiro ou em segundo grau, perderão o bem em litígio, sem o devido processo legal, pois não terão participado do processo objetivo julgado por este Tribunal. (...) Com a ação de constitucionalidade e o efeito vinculante do provimento positivo do Supremo, as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do que decidido em processo diverso, sem dele ter participado os verdadeiramente interessados e que integram uma minoria."³

² RTJ 152/723.

³ RTJ 157/398-400.

E tal preocupação foi reafirmada quando, através da ADC nº 4, o Supremo Tribunal Federal, com nítida feição de legislador, concedeu-se o direito de dar efeito vinculante às decisões liminares em ADC's, criando as medidas cautelares em ADC's, impedindo o exercício jurisdicional do controle difuso de constitucionalidade - apreciação de casos *concretos* -, através de um singelo juízo libatório preliminar em uma única discussão em *abstrato*. O Judiciário ficou impedido de decidir os casos concretos colocados sob sua jurisdição, vinculados que estavam a esta decisão liminar em medida cautelar em controle abstrato de constitucionalidade.

Tal fato exacerbou o número de reclamações, que aumentaram exponencialmente. Em 1994 foram julgadas 59 reclamações, número que ascendeu a 400 em 2003.

Todo este processo tem sua culminância com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que criou em nosso sistema constitucional as *súmulas vinculantes*, através das quais as decisões daquele tribunal, em controle difuso de constitucionalidade, poderão ser sumuladas e a interpretação adotada será vinculante para todo o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

4. O tema desta obra, portanto, é muitíssimo atual e de transcendente relevância para toda a sociedade, além de trazer uma especial implicação nas relações Fisco-contribuinte, uma vez que grande parte dos *leading cases* que assentaram a base da interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema diz respeito a matéria tributária e econômica, como pode ser visto ao longo desta obra.

Os Autores

3ª Parte: A Desvinculação de Receitas da União (DRU) e a Supremacia da Constituição¹¹⁴

Fernando Facury Scaff

1. Entendo que o debate sobre direitos humanos e tributação não pode ficar cingido ao estudo dos direitos fundamentais dos contribuintes, que traduzem tão-somente a primeira dimensão dos direitos humanos, mas deve ser abordada também sob o ângulo da segunda e terceira dimensão de direitos.

É nesse sentido que em outros trabalhos já defendi a existência do princípio da afetação para as contribuições, o que obrigaria o sujeito ativo da obrigação a utilizar sua arrecadação nas finalidades que geraram sua criação,¹¹⁵ bem como que as contribuições se configuram como uma expressão dos direitos humanos de segunda dimensão.¹¹⁶ Defendo, portanto, que no sistema tributário brasileiro existem *tipos* que obrigam o Estado a agir, ou, pelo menos, a utilizar os recursos nas finalidades estabelecidas, sem que haja a possibilidade de serem usados estes recursos em fins diversos dos normativamente estabelecidos aquando de sua criação.

Desta forma, o ponto central desta parte do trabalho é a análise de quatro emendas constitucionais que apartaram da arrecadação tributária valores para compor o Fundo Social de Emergência - FSE (EC de Revisão nº 01), posteriormente sucedido pelo Fundo de Estabilização Fiscal - FEF (EC nº 10 e EC nº 17) e, mais recentemente, como sucessor dos anteriores, a Desvinculação das Receitas da União - DRU (EC nº 27), que foi novamente alterada, tendo inclusive seu prazo dilatado até 2007, por força da EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Tais emendas, em linhas gerais, desvincularam parcela dos recursos arrecadados pela União, possibilitando seu uso em outras finalidades que não aquelas constitucionalmente previstas.

¹¹⁴ Parte deste trabalho já foi publicada na obra coletiva *Tributos e Direito Fundamentais*, organizada por Octavio Fischer, São Paulo, Dialética, 2004. O texto que ora se apresenta está acrescido da análise da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que ainda não havia sido promulgada na época da elaboração do texto original.

¹¹⁵ "As Contribuições Sociais e o Princípio da Afetação", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 98, novembro de 2003, p. 44-62.

¹¹⁶ "Contribuições de Intervenção e Direitos Humanos de Segunda Dimensão", *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, Ives Gandra Martins (org.), São Paulo, RT, 2002, p. 394-422.

Terá sido constitucional esta desvinculação de valores por parte das referidas emendas constitucionais? O afastamento desta receita das finalidades constitucionalmente estabelecidas violou o princípio da afetação da receita de contribuições e o da liberdade de conformação do Legislador, pois a este disponibilizou meios financeiros mais restritos do que aqueles que a Constituição originalmente atribuiu? Terão sido apreciadas estas emendas constitucionais sob a ótica da Supremacia da Constituição?

3.1. As Vinculações Constitucionais

2. A Constituição Federal de 1988, na sequência de suas anteriores, estabeleceu um sistema de federalismo participativo, através do qual algumas receitas deveriam ser compartilhadas com Estados e Municípios, bem como estabeleceu um mecanismo através do qual vinculou parcela das receitas arrecadadas a certas finalidades que entendeu fundamentais para o desenvolvimento do País.

3. No âmbito do federalismo participativo, a partição se dá com as receitas da União na seguinte proporção:¹¹⁷

IPI (art. 159, I e II, CF)

Transferência para Estados	21,5%
Transferência para Municípios	22,5%
Transferência para Estados exportadores	<u>10,0%</u>
Total	54,0%

IR (art. 159, I, CF)¹¹⁸

Transferência para Estados	21,5%
Transferência para Municípios	<u>22,5%</u>
Total	44,0%

ITR (art. 158, II, CF)

Transferência para Municípios	50%
-------------------------------	-----

IOF sobre ouro (art. 153, § 5º, CF)

Município de origem	70%
Estado de origem	30%

¹¹⁷ Existe ainda a partição dos Estados com os Municípios, o que refoge ao âmbito deste trabalho.

¹¹⁸ Não foi incluído no rol o IR retido na fonte pago pelos Estados e Municípios, suas Autarquias e Fundações (art. 157, I e art. 158, I, CF), que não são recolhidos à União, constituindo-se como receitas destas Unidades Federadas subnacionais, porque, a rigor, não se trata de *federalismo participativo*, mas de uma técnica de não-tributação decorrente da imunidade recíproca (art. 150, VI, *a*, CF).

4. Ainda no âmbito constitucional, existem outras vinculações obrigatórias decorrentes da arrecadação tributária da União, assim discriminadas:

IPI + IR (art. 159, I, c, CF)

Programa de financiamento do setor produtivo 3,0%

Da Receita Resultante de Impostos (abatidos os recursos transferidos na forma do federalismo participativo - art. 212, CF)

Manutenção e desenvolvimento do ensino 18%

Contribuição Social do Salário-educação (art. 212, § 5º, CF)

Recursos destinados integralmente ao ensino fundamental público:

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE 1/3

Secretarias estaduais de Educação 2/3

Contribuição Social para o PIS-Pasep (art. 239, §§ 1º e 3º, CF)

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, para financiar programas de desenvolvimento econômico 40%

FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador (seguro desemprego, abono salarial, entre outros programas sociais) 60%

Contribuição Social para o Lucro das Pessoas Jurídicas (art. 195, CF)

Seguridade Social 100%

Contribuição dos Trabalhadores e Empregadores para a Seguridade Social (art. 195, CF)

Fundo de Previdência e Assistência Social (benefícios previdenciários) 100%

5. Verifica-se, portanto, que a Constituição estabeleceu a fonte de arrecadação dos valores e sua destinação, seja de forma integral, seja partilhada. E quando decidiu dirigir novos recursos para outras finalidades, reforçando sua atuação naquele setor, procedeu à nova criação de fonte de recursos, dirigindo os mesmos para as novas finalidades estabelecidas, como pode ser visto nos seguintes casos em que emendas constitucionais criaram novas fontes de recursos e destinaram-nas a finalidades específicas:

Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF (EC nº 21/99 e nº 31/00)

Fundo de combate e erradicação da pobreza 25%

Ações do Ministério da Saúde	50%
Pagamento de benefícios da Previdência	25%

Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Petróleo (EC nº 33)

Pagamento de subsídios ao transporte de combustível, financiamento de projetos ambientais e de infra-estrutura de transportes	100%
---	------

6. Além destas vinculações constitucionais, existem outras estabelecidas pela legislação ordinária, que não cabe aqui tratar, mas que, apenas a título de exemplo, se menciona: a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica (cobrada sobre a importação de títulos e obras audiovisuais a serem exibidas em TV, cinema, etc. - Lei nº 8.401/92) e o Adicional ao Frete para renovação da Marinha Mercante - AFRMM (Lei nº 9.432/97).

7. O que o Governo da União vem fazendo ao longo deste período, desde 1994 até os dias atuais, acerca desta destinação de recursos para estas finalidades específicas? É o que veremos a seguir.

3.2. A Desvinculação das Receitas da União através de Vários Fundos

3.2.1. O Fundo Social de Emergência - FSE

8. No seio do processo de revisão constitucional previsto pelo art. 3º do ADCT da CF/88, foi promulgada a EC de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, acrescentando os arts. 71, 72 e 73 ao ADCT, os quais criavam o Fundo Social de Emergência - FSE, com o alegado objetivo de "sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e de manter a estabilidade econômica".

Além desses alegados objetivos, o texto do art. 71 mencionava, como que a "dourar a pílula", que os recursos desse Fundo também poderiam ser aplicados:

- 1) no custeio de ações dos sistemas de saúde e educação;
- 2) na concessão de benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada;
- 3) podendo inclusive serem utilizados na liquidação de passivo previdenciário.

Estes três itens eram seguidos de um outro, amplíssimo, que permitia o uso dos recursos "em outros programas de relevante interesse econômico e social".

Tal Fundo foi criado para vigorar apenas nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, e foi composto das seguintes fontes de recursos:

a) O Imposto sobre a Renda retido na fonte sobre os pagamentos efetuados a qualquer título pela União, suas autarquias e fundações.

b) A majoração decorrente das alterações produzidas pela Medida Provisória nº 419 (aumento do IOF) e pelas Leis nº 8.847/94 (aumento do ITR), nº 8.849/94 (aumento do IR), nº 8.848/94 (aumento do IRFonte), e a majoração da alíquota da CSLL e do PIS das instituições financeiras nos exercícios financeiros de 1994 e 1995.

c) Vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuados os acima mencionados.

Havia ainda uma disposição que possibilitava o acréscimo de outras receitas ao Fundo.

Um aspecto importante foi o expresso afastamento deste Fundo da exigência estabelecida pelo art. 165, § 9º, II, do corpo permanente da Carta de 1988 (constante do parágrafo único do art. 71 incluído no ADCT), que dizia caber à Lei Complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como as condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Desta maneira, tanto as normas da Lei nº 4.320/64 como as demais normas existentes a respeito (inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/00, que lhe sobreveio) deixaram de ser aplicadas à gestão do FSE.

3.2.2. O Fundo de Estabilização Fiscal - FEF

9. Ocorre que, esgotado o prazo de vigência do FSE, em 4 de março de 1996, foi promulgada a EC nº 10, através da qual sua vigência foi prorrogada retroativamente. O STF, através de acórdão da lavra do Min. Néry da Silveira, negou que existisse *periculum in mora* ou *fumus boni juris* que justificasse a concessão de medida cautelar.¹¹⁹ Registra-se que

¹¹⁹ “Ementa: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. 2. Fundo Social de Emergência. 3. Arguição de inconstitucionalidade de expressões constantes dos arts. 71 e § 2º; 72, incisos III e V, do ADCT da Constituição de 1988, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996. 4. Controle de validade de emenda à Constituição, à vista do art. 60 e parágrafos, da Constituição Federal. Competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a). Cláusulas pétreas. 5. Os arts. 71, 72 e 73 foram incluídos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994. 6. A Emenda Constitucional nº 10/1996 alterou os arts. 71 e 72, do ADCT, prorrogando-se a vigência do Fundo Social de Emergência, no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997. 7. A inicial sustenta que, exaurido o prazo de vigência do Fundo Social de Emergência a 31.12.1995, não poderia a Emenda Constitucio-

o STF utilizou-se de preceitos formalistas do processo civil para tratar de controle de constitucionalidade, o que é inapropriado, pois os princípios informativos são diversos, o que impede o uso direto, tal como realizado.

Esta prorrogação do FSE vigorou de 1º de janeiro de 1996 até 31 de julho de 1997 e foi rebatizado de Fundo de Estabilização Fiscal - FEF, que, em linhas gerais, mantinha todas as normas criadas pela EC de Revisão nº 1, excetuadas aquelas referentes ao ITR, cuja receita não foi mais atingida pelas normas do Fundo.

Merece realce o fato de que na nova redação do dispositivo que estabeleceu o afastamento de 20% da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União tenha sido destacado que comporiam este Fundo os “já instituídos ou a serem criados”. Ou seja, passou-se a considerar um afastamento total destas receitas das finalidades constitucionalmente estabelecidas, inclusive as receitas decorrentes de impostos ou contribuições que vissem a ser criados.

10. Findo o prazo de vigência, o FEF foi novamente prorrogado pela EC nº 17, de 22 de novembro de 1997, e mais uma vez de maneira retroativa, de modo a que não houvesse solução de continuidade no apartamento da arrecadação da União. Seu prazo de vigência passou a ser até 31 de dezembro de 1999.

3.2.3. A Desvinculação de Receitas da União - DRU

11. Mais recentemente, através da EC nº 27, de 21 de março de 2000, foi criada uma figura denominada DRU - Desvinculação das Re-

nal nº 10, que é de 4.3.1996, retroagir, em seus efeitos, a 1º de janeiro de 1996, pois, em assim dispondo, feriria o direito adquirido dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que concerne à participação no Fundo a que se refere o art. 159, inciso I, da Constituição, e à incidência do art. 160 da mesma Lei Maior, no período de 1º de janeiro até o início de vigência da aludida Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996. 8. Não invoca a inicial, entretanto, especificamente, ofensa a qualquer dos incisos do art. 60 da Constituição, sustentando, de explícito, lesão ao art. 5º, XXXVI, à vista do disposto nos arts. 159 e 160, todos da Constituição. Decerto, dessa fundamentação poderia decorrer, por via de consequência, ofensa ao art. 60, I e IV, da Lei Magna, o que, entretanto, não é sequer alegado. 9. Embora se possa, em princípio, admitir relevância jurídica à discussão da quaestio juris, exato é, entretanto, que não cabe reconhecer, aqui, desde logo, o *periculum in mora*, máxime, porque nada se demonstrou, de plano, quanto a prejuízos irreparáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, se a ação vier a ser julgada precedente. É de observar, no ponto, ademais, que a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, que introduziu, no ADCT, os arts. 71, 72 e 73, sobre o Fundo Social de Emergência, entrou em vigor em março de 1994, com efeitos, também, a partir de janeiro do mesmo ano. 10. Medida cautelar indeferida.” (ADI nº 1.420 MC/DF, Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-05-1996)

ceitas da União, sucessora dos anteriores e defasados FSE e FEF, que desvinculou, no período de 2000 a 2003, “vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais”.

Desta feita, as transferências decorrentes do federalismo participativo (arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, *a e b*, e II), as transferências para o setor produtivo (art. 159, I, *c*), bem como as verbas referentes ao salário-educação (art. 212, § 5º) foram mantidas sem este corte.

12. A recente Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que promulgou (mais uma) reforma tributária, encaminhada pelo PT - Partido dos Trabalhadores ao Congresso Nacional em abril de 2003, manteve o nome de DRU - Desvinculação de Receitas da União, e ampliou seu alcance, de forma a também incluir na desvinculação a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Cide, bem como os impostos e as contribuições sociais já instituídos e os que vierem a ser criados, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

O art. 76 do ADCT passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, *a e b*; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o art. 159, I, *c*, da Constituição.”

Observa-se também que dentre as exceções à desvinculação estão as do *federalismo participativo* e as verbas destinadas para os *fundos de desenvolvimento*.

Ou seja, a EC nº 42/03, além de ampliar o prazo da desvinculação até 2007, ampliou também o rol de tributos e consectários desvinculado, mas ressaltou possíveis problemas políticos decorrentes de diminuição de receita de Estados e Municípios, bem como para o desenvolvimento de atividades produtivas no Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil.¹²⁰

¹²⁰ Apenas a título de curiosidade, registra-se o ímpeto “desvinculativo” da União, pois além destes preceitos de ordem constitucional, a Lei nº 10.261/01 desvinculou parcela de várias receitas decorrentes da exploração de petróleo de sua destinação original estabelecida pela Lei nº 9.478/97, o que foi prorrogado pela MP nº 2.214/01.

3.2.4. Diferenças e semelhanças entre estes fundos

13. Existem muito mais semelhanças entre o FSE e o FEF do que entre estes dois e a DRU.

Pelo menos na retórica, o FSE e o FEF (ECR nº 1, e EC nº 10 e nº 17) tinham por *finalidade* o “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal” e a aplicação “prioritária” (o que não quer dizer exclusiva) de recursos a despesas associadas a programas de relevante interesse econômico e social. Se a efetiva destinação destes recursos tomou este rumo, ou mesmo qual a percentagem que recebeu esta destinação, não se pode afirmar no âmbito deste trabalho, pois seria necessário muito mais tempo e esforço na análise dos balanços financeiros da União para identificar estas parcelas. Contudo, registra-se, apenas para delimitar as diferenças, que pelo menos uma finalidade qualquer foi estabelecida nas normas constitucionais que criaram estes fundos, e que podem nos dirigir a uma análise sobre sua aplicabilidade.

No caso da DRU, sequer uma finalidade foi mencionada referente a esta massa de recursos despregada de qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa. Menciona-se apenas sua desvinculação, sem qualquer obrigação de uso direcionado em que sentido seja. Desta maneira, a finalidade da desvinculação toma apenas um sentido “técnico”, por assim dizer “apolítico”, pois não haveria a obrigação de sua utilização sequer nas finalidades sociais mencionadas, pelo menos na retórica, nas versões do FSE e do FEF.

14. Outra diferença diz respeito aos diversos âmbitos de abrangência estabelecidos pelas referidas emendas constitucionais.

Enquanto no FSE e no FEF foram incluídas normas referentes a majoração de tributos, além do corte de 20% na arrecadação federal, na DRU ocorreu apenas a desvinculação de 20% de toda a arrecadação de tributos federais.

15. As “exclusões” do âmbito destes Fundos e da DRU também variaram.

No FSE e no FEF foram excluídas do corte de 20% da arrecadação tributária federal as receitas decorrentes do federalismo participativo, aquelas referentes ao salário-educação e as do PIS-Pasep (§§ 2º, 3º e 4º do art. 72 acrescido pela ECR nº 1, o que foi mantido pelas EC nº 10 e nº 17).

Na DRU as “exclusões” foram diferentes. Em um primeiro momento (EC nº 27), o afastamento deu-se no âmbito das receitas decorrentes do federalismo participativo, das transferências para o setor produtivo, bem como das verbas referentes ao salário-educação (art. 212, § 5º). Todas as demais verbas foram desvinculadas. No segundo momento (EC nº 42), o salário-educação não foi poupado, tendo sido parte de

sua receita também desvinculada. As demais exceções anteriores foram mantidas.

16. Outra diferença é que o FSE e o FEF constituíram-se em “Fundos”, ou seja, além da desvinculação da receita, tiveram recursos de outras fontes, notadamente da majoração de certos tributos, os quais passaram a ter uma finalidade estabelecida pelas próprias emendas constitucionais que os criaram, atribuindo-lhes objetivos a serem alcançados.

No caso da DRU, o que houve foi apenas a desvinculação de recursos, sem nenhuma atribuição de finalidades específicas, ou a afetação de outras fontes de receita.

17. Uma semelhança é o afastamento das normas jurídicas, previstas pela Constituição, para a “gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos” (art. 165, § 9º, II, da CF).

Desta maneira, todos os preceitos estabelecidos encontravam-se afastados da incidência de normas como aquelas estabelecidas pela Lei nº 4.320/64, e da Lei Complementar nº 101/00 que trata da responsabilidade fiscal.

18. Por fim, para não alongar esta lista que poderia chegar a níveis maiores de detalhamento, observa-se a semelhança principal nestas cinco Emendas Constitucionais: todas reduziram o volume de recursos disponíveis para utilização obrigatória nas finalidades constitucionalmente estabelecidas.

Este é o ponto principal da afronta à Constituição, que será adiante melhor detalhado, pois os valores que a Constituição estabelece como devendo ser utilizados obrigatoriamente em determinada finalidade não podem ser reduzidos ao bel-prazer do legislador de plantão, mesmo que investido de poderes de reforma da Carta.

3.2.5. Conseqüências destas desvinculações

19. A conseqüência deste procedimento foi a possibilidade de redução dos valores gastos nas finalidades constitucionalmente estabelecidas.

Analisando as informações acima, verifica-se que foi reduzido substancialmente o volume de recursos disponibilizado pela Constituição para as seguintes finalidades:¹²¹

- a) Manutenção e desenvolvimento do ensino, que o art. 212 estabeleceu em 18% da receita resultante de impostos federais.

¹²¹ Deve-se registrar as diferenças entre as “inclusões” e “exclusões” dentre as distintas emendas constitucionais, o que acarreta modificações na listagem dependendo do período analisado.

- b) Financiamento de programas de desenvolvimento econômico (art. 239, CF, parcela dos recursos do PIS-Pasep).
- c) Financiamento de programas vinculados ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, tais como seguro desemprego, abono salarial, etc. (art. 239, CF, também parcela dos recursos do PIS/Pasep).
- d) Financiamento da seguridade social, decorrente de recursos da Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas (art. 195, CF).
- e) Novamente o financiamento da seguridade social é afetado, pois são desvinculados 20% da arrecadação da Contribuição Social dos Trabalhadores e Empregados para a seguridade social (art. 195, CF).
- f) Financiamento de ações na área de saúde, pois 20% da CPMF - Contribuição Provisória de Movimentação Financeira são desvinculados de suas finalidades, não sendo desvinculados os percentuais destinados ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e para a seguridade social, expressamente excepcionados (EC nº 21/99 e nº 31/00).
- g) Financiamento de subsídios ao transporte de combustível, financiamento de projetos ambientais e de infra-estrutura de transportes, em razão de desvinculação de 20% dos recursos da Cide do petróleo (EC nº 33).¹²²

Isto no âmbito constitucional, pois foram desvinculados também os recursos legalmente estabelecidos que acima mencionamos apenas *en passant*.

Mas será que esta “desvinculação” de recursos ou “atribuição de outras finalidades” foi apenas uma hipótese decorrente de uma análise normativa ou aconteceu na realidade? O que nos dizem os documentos de trabalho e os dados econômicos?

20. A Exposição de Motivos nº 77 do Ministério da Fazenda, firmada pelo Min. Pedro Malan em 28 de maio de 2001, apresentando o Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2001,¹²³ menciona valores arrecadados em várias rubricas orçamentárias com montantes “líquidos”, pois já excluída a DRU. Vale a transcrição, a despeito de ser um pouco longa, e com grifos apostos.¹²⁴

¹²² Como acima registrado esta desvinculação ocorreu de forma legal, e não constitucional (Lei nº 10.261/01 e MP nº 2.214/01), o que, por si só, já daria um amplo debate acerca da constitucionalidade destas normas.

¹²³ Exigência constante do art. 20, da LRF (LC nº 101/00).

¹²⁴ http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/1_quadrimestre.pdf

“2) Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 - na fonte 154 - Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social, detalhando por Natureza de Receita. Neste caso identificam-se as contribuições, as multas e juros referentes a elas, *mas já sem a parte vinculada à DRU (20%) - Desvinculação de Receitas da União;*

3) Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor: Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 - na fonte 156 - Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor, considerando tanto a parte do funcionário como do empregador. A partir da publicação do Relatório Resumido referente ao bimestre janeiro/fevereiro, essas duas informações estão sendo retiradas, com base em dispositivos distintos: A contribuição do empregado com base no dispositivo do artigo 19, § 1º, inciso VI, ‘a’. A contribuição do empregador com base na exclusão das duplicidades, artigo 2º, § 3º - *Filtrar a fonte já promove a exclusão da DRU - Desvinculação de Receitas da União, pois esta é classificada na fonte Recursos Ordinários;*

2) Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 - na fonte 154 - Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social, detalhando por Natureza de Receita. Neste caso identificam-se as contribuições, as multas e juros referentes a elas, *mas já sem a parte vinculada à DRU (20%) - Desvinculação de Receitas da União;*

3) Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor: Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 - na fonte 156 - Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor, considerando tanto a parte do funcionário como do empregador. A partir da publicação do Relatório Resumido referente ao bimestre janeiro/fevereiro, essas duas informações estão sendo retiradas, com base em dispositivos distintos: A contribuição do empregado com base no dispositivo do artigo 19, § 1º, inciso VI, ‘a’. A contribuição do empregador com base na exclusão das duplicidades, artigo 2º, § 3º - *Filtrar a fonte já promove a exclusão da DRU - Desvinculação de Receitas da União, pois esta é classificada na fonte Recursos Ordinários;*

4) Contribuição para o Custeio das Pensões Militares:

Obtém-se o valor do Siafi identificando a Natureza da Receita 121114.00 - Contribuição para o Custeio das Pensões Militares, gestão Orçamento Fiscal e da Seguridade Social. *Multiplica-se por 0,8 para excluir a parcela contabilizada para a DRU; visto que a fonte de destinação é comum em ambas;*

5) Contribuição para o Programa de PIS/Pasep:

Obtém-se o valor do Siafi segregando na consulta da Receita Realizada, líquida, a fonte 140 - Contribuição para o PIS/Pasep. *Desta forma, já ficam excluídas as Desvinculações das Receitas da União - DRU."*

Demonstra-se desta forma que os relatórios de gestão já apresentam números expurgados pela DRU, o que indica que estes recursos estão sendo utilizados em outras finalidades que não aquelas constitucionalmente referidas. Ou, pelo menos, que o gestor financeiro não está obrigado a utilizá-lo desta forma, pois desonerado pela EC nº 27. Assim, desde a apresentação da Lei Orçamentária Anual, os valores indicados - e os que serão executados - trazem montantes inferiores do que aqueles que se projeta arrecadar, e, conseqüentemente, do que os efetivamente arrecadados.

21. Procedimento semelhante pode ser encontrado na Exposição de Motivos nº 196, de 26 de setembro de 2001, através da qual o mesmo Ministro da Fazenda, Pedro Malan, encaminha ao Presidente da República o Relatório de Gestão Fiscal referente ao 2º quadrimestre de 2001.¹²⁵ Idêntica desvinculação de receitas é efetuada na "base" das informações disponibilizadas. Logo, o que é efetivamente disponibilizado para ser gasto na finalidade constitucionalmente estabelecida é, pelo menos, 20% menor do que o efetivamente arrecadado.

22. Analisando-se o balanço da União referente ao ano de 2002, e cingindo-nos apenas à questão da obrigatoriedade da transferência de 18% da arrecadação de impostos federais para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, encontramos o seguinte quadro:¹²⁶

"2 - Balanço Orçamentário

2.3 - Execução da Despesa com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Conforme definido no art. 212 da Constituição Federal, os gastos do Governo Federal com a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino não podem ser inferiores a 18% da receita líquida arrecadada dos impostos. *Esta é a obtida após a dedução das Transferências Constitucionais, mais as Desvinculações das Receitas da União - DRU.*

¹²⁵ www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/2_quadrimestre.pdf

¹²⁶ <http://www.cgu.gov.br/bgu2002/VolumeI/003.pdf>

Tabela II.25 - Demonstrativo das Despesas Executadas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - União - 2002 e 2001 (em R\$ milhões)

Especificação	2002	2001
Receita de Impostos (A)	106.159	90.129
Transferências para Estados, DF e Municípios (B)	52.308	43.907
<i>Transferência para o DRU - Desvinculação de Receita da União</i>	22.385	15.413
Receita Líquida de Impostos (D = A - B - C)(1)	31.466	30.809
Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (E)(1)	10.189	9.181
Part. Manutenção e Desenvolv. Ensino na Receita Líquida (E/D) %	32,4	29,8
Fonte - Siafi/Secretaria do Tesouro Nacional		

(1) - Base de cálculo: considera-se o disposto no § 3º do artigo 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos da Emenda Constitucional nº 17, de 1997.

(2) - A denominação 'Manutenção e Desenvolvimento do Ensino' inclui todos os projetos e as atividades que se enquadram nessa classificação na Lei do Orçamento e que consta do arquivo encaminhado para a STN pela Secretaria de Orçamento Federal.

(3) - O limite mínimo de 18% da participação das despesas."

Verifica-se, portanto, que o afastamento de recursos obrigatórios no âmbito da manutenção e desenvolvimento da educação, em razão da DRU, foi da ordem de R\$ 15 bilhões em 2001 e de R\$ 22 bilhões em 2002, consoante dados oficiais divulgados no balanço da União referente ao ano de 2002.

Logo, os 18% decorrentes da arrecadação de impostos federais que deveriam ser obrigatoriamente utilizados na manutenção e desenvolvimento da educação simplesmente deixaram de ser 18%, para ser um percentual inferior!

23. Poder-se-ia perguntar: para onde vão estes recursos desvinculados de suas finalidades constitucionais?

Nota distribuída à imprensa em 27-01-2000, pelo Ministério do Planejamento,¹²⁷ quando ainda se debatia a criação da DRU esclarece um pouco esta pergunta ao mencionar que:

¹²⁷ http://www.planejamento.gov.br/noticias/conteudo/geral/nota_imprensa_dru.htm

“3. Não vai haver redução de recursos destinados à Previdência. A contribuição dos empregadores e trabalhadores para a previdência continuará sendo integralmente destinada ao pagamento de benefícios previdenciários. As contribuições previdenciárias ao INSS em 2000 (R\$ 53 bilhões) não serão suficientes para cobrir o pagamento dos benefícios aos aposentados do INSS (R\$ 63 bilhões). Assim, além das contribuições do INSS serem destinadas integralmente ao pagamento de benefícios, o Tesouro Nacional será obrigado a cobrir o déficit (R\$ 10 bilhões) com recursos de outras fontes.

4. Os recursos vinculado aos gastos com saúde referem-se àqueles arrecadados por conta da CPMF, projetadas em R\$ 17 bilhões para o ano 2000. Apesar da DRU incidir sobre a referida contribuição, os recursos destinados ao Ministério da Saúde em 2000 somam R\$ 19,7 bilhões, ou seja, R\$ 2,5 bilhões superior ao valor arrecadado pela CPMF. Assim, o recurso retirado da Saúde e da Educação pela DRU retornam a essas áreas, não significando perdas (...).

A DRU não destina qualquer recurso ao pagamento de juros.”

A se ter como verdadeiras as informações divulgadas, verifica-se que embora tenha havido a desvinculação dos recursos das finalidades constitucionalmente estabelecidas, o montante desvinculado está sendo destinado para as mesmas finalidades.

Então, para que serviria esta desvinculação?

24. Outro documento oficial disponibilizado na Internet pode nos dar outra pista sobre o assunto. Trata-se do documento extremamente interessante e realista, intitulado “Vinculações de Receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e o Poder Discricionário de Alocação dos Recursos do Governo Federal”, firmado genericamente pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal, Assessoria Técnica, de fevereiro de 2003.¹²⁸

Como o nome já indica, este documento visa debater a necessidade do Governo Federal em prosseguir com a DRU, e demonstra as vantagens deste tipo de procedimento. Com alguns gráficos muito bem elaborados, o documento faz uma análise dos recursos desvinculados, ou seja, aqueles que não possuem nenhuma vinculação constitucional ou legal, e menciona que:

“Em 1988, os recursos da União de livre alocação representavam 55,5% do total das receitas do Tesouro, enquanto que, em 1993, a participação caiu para 22,9%. No exercício de 2002, considerando-se a parcela da DRU, apenas 19,4% dos recursos

¹²⁸ www.planejamento.gov.br/arquivos_down/sof/Vinculacoes_Consolidado.pdf

da União eram isentos de vinculação, e a previsão para 2003 é que este percentual seja de 19,7%.”

Ainda segundo o documento, foram vários os fatores que causaram toda esta redução de flexibilidade orçamentária, sendo que

“O principal foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, juntamente com diversas legislações posteriores, criaram uma série de destinações específicas para as receitas do Governo Federal...”

Em razão de tudo isso, a busca de um *superávit primário* fica dificultada em decorrência do excesso de vinculações de receitas, pois estes resultados ficam “congelados” em suas rubricas originárias. Daí a justificativa perseguida pela argumentação desenvolvida no citado documento da manutenção da DRU para além de 2003.

Ou seja, o que pretende o Governo Federal com a DRU é dar maior flexibilidade orçamentária, o que não quer dizer que, pontualmente, parcela dos valores apartados não seja utilizada nas finalidades constitucionalmente determinadas. O trecho a seguir bem demonstra este escopo:

“Apesar de a DRU contribuir para a ampliação dos recursos livres do orçamento Fiscal da União, a obrigatoriedade de pagamento de algumas despesas acaba revertendo essa situação. A Lei nº 10.407, de 10 de janeiro de 2002 - Lei Orçamentária Anual - LOA 2002, aloca R\$ 17,2 bilhões de receitas do orçamento Fiscal para o financiamento das despesas do orçamento deficitário da Seguridade Social. *Na LOA, o montante de receitas de contribuições sociais desvinculadas por meio da DRU é de R\$ 20,5 bilhões.* Assim, apenas R\$ 3,3 bilhões são efetivamente liberados para serem utilizados livremente no orçamento Fiscal, (...). Situação equivalente ocorre em 2003.”

E, enfim, ao final do documento surge a identificação do verdadeiro problema, pois:

“A LRF ao determinar que as receitas vinculadas serão utilizadas exclusivamente para atender o objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso (art. 8º, parágrafo único), intensificou o problema de vinculações orçamentárias. Dessa maneira, *tem-se verificado o crescimento, durante os últimos exercícios, do montante de receitas vinculadas que não podem ser destinadas ao pagamento de gastos cuja finalidade seja diferente da definida*, nem ao pagamento de juros, encargos e amortização da Dívida Pública do Governo Central.”

Desta forma, parcela do que tiver sido desvinculado poderá até ser destinada às finalidades constitucionalmente previstas, pois as despesas obrigarão ao pagamento destas parcelas, *mas uma parte dos valores será*

destinada ao pagamento de “juros, encargos e amortização da Dívida Pública do Governo Central”.

Este é o ponto central da discussão: *ao desvincular os recursos das finalidades constitucionalmente previstas, poder-se-á até mesmo destinar uma sua parcela para fazer frente às despesas decorrentes destes gastos, mas outra parte deverá ser utilizada no pagamento da dívida pública.*

3.3. A Supremacia da Constituição

25. O que foi visto na análise desenvolvida acima, é que as Emendas Constitucionais nº 1 (de Revisão), nº 10, nº 17, nº 27 e nº 42 retiraram, em variados graus, percentagens que a Constituição brasileira destinava obrigatoriamente a finalidades específicas, tais como educação, saúde, seguridade social e outras semelhantes, que se traduzem no que há de mais central no âmbito dos direitos sociais.

E isto se traduziu em uma rotina que se segue desde 1994, em sucessivos governos, através de distintas emendas constitucionais, com o beneplácito do Congresso Nacional, e o silêncio do Supremo Tribunal Federal, pois nada do que acima foi descrito foi-lhe submetido à análise, excetuada a apreciação da ADI nº 1.420-MC/DF, cujo relator foi o Min. Néri da Silveira, julgada em 17-05-1996 (ementa transcrita acima, na nota de rodapé nº 119), e que tratava apenas do FSE, e tão-somente quanto à sua retroatividade. Nada foi submetido ao Supremo Tribunal Federal quanto aos aspectos de violação dos direitos humanos por parte do afastamento destes valores do orçamento público vinculado da União, para ter maior “flexibilidade” em sua gestão, ou ainda, para poder restringir direitos sociais em prol do pagamento de juros, encargos e amortização da dívida.

Não está a União autorizada a assim proceder pela Carta de 1988, especialmente em razão do que dispõe o art. 167, IV, que veicula o princípio da não-afetação, mas que, ao mesmo tempo, se traduz em uma obrigação de afetação (vinculação) das receitas que não forem decorrentes de impostos,¹²⁹ *literis*.¹³⁰

“TV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita,

¹²⁹ Para este assunto remeto o leitor ao meu “As Contribuições Sociais e o Princípio da Afetação”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 98, novembro de 2003, p. 44-62.

¹³⁰ Já com a redação que lhe deu a EC nº 42/03.

previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

O procedimento adotado através destas emendas constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que, *in casu*, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos *direitos fundamentais sociais*) por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades.

A “flexibilização” do orçamento não implica necessariamente aviltar e afrontar a Constituição, podendo ser feita através da desvinculação estabelecida nas leis ordinárias, ou mesmo através de outras normas que possibilitem o uso de eventuais saldos (desde que não contingenciados de maneira irregular).

26. Da forma ocorrida, este é o típico caso de invocação da Supremacia da Constituição. O Supremo Tribunal Federal vem tratando deste tema em alguns (poucos) julgados mais recentes. Um deles, que trata da matéria de maneira bastante adequada, é ADI nº 2.010-MC/DF, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello, cuja ementa, na parte que trata da matéria, ficou assim lançada:

“Razões de Estado não podem ser Invocadas para Legitimar o Desrespeito à Supremacia da Constituição da República. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. *A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental.* A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.”

Na ementa acima parcialmente transcrita, verifica-se a tese da Supremacia da Constituição, com a defesa da Carta acima das discricionariedades e do pragmatismo governamental. Não se deve reger a análise da Constituição pela fluidez do regime econômico de conjuntura. Esta possui uma dinâmica que não comporta modificação da estrutura constitucional para a ela se adequar.

O fato de terem sido estas alterações decorrentes de uma série de emendas constitucionais não permite que se argumente que se trata de uma norma constitucional de idêntica hierarquia, pois o Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade já decidiu que emendas constitucionais podem ser inconstitucionais, caso violem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF),¹³¹ em acórdão da lavra do Relator Min. Sydney Sanches, que ficou assim ementado:

“1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, ‘a’, da C.F.).”

Desta forma, o fato de serem emendas constitucionais não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos humanos de segunda geração (direitos fundamentais sociais) fruto do afastamento de recursos fiscais constitucionalmente destinados a educação, saúde e seguridade social, conforme acima evidenciado.

27. O procedimento que vem sendo adotado pelo Governo Federal para tratar desta matéria malfere a Constituição e a coloca em um patamar idêntico ao de uma norma inoportuna, que impede a gestão financeira saudável do Brasil. É a tese da ingovernabilidade que paira como ameaça à concretização constitucional desde sua promulgação.¹³² A classe dirigente brasileira se comporta como se a Constituição pudesse, e devesse, ser afastada para a concretização de seus objetivos de governo, e não que o exercício do governo devesse estar subsumido às normas constitucionais. A idéia de Supremacia da Constituição não encontra guarida na cultura técnico-burocrática brasileira. É imperioso levar ao Supremo Tribunal Federal esta matéria, pois cabe a ele a guarda da Constituição, embora dela todos sejamos intérpretes.

¹³¹ ADI nº 939-DF, caso em que declarou inconstitucional a EC nº 3, na parte em que permitia a incidência do IPMF - Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira no mesmo ano de sua criação, por violar o direito fundamental à anterioridade tributária, que nada mais é do que uma expressão da segurança jurídica, do princípio da não-surpresa.

¹³² Sobre este assunto sugere-se a leitura de meu texto “A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 Anos”, *Constitucionalizando Direitos - 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, Fernando Facury Scaff (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 259-304.