

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP  
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito  
Público – Advocacia Pública**

**Luís Fernando Belém Peres**

**TUTELA CONSTITUCIONAL DA DESTINAÇÃO DO  
PRODUTO ARRECADADO POR MEIO DE  
CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS**

**BRASÍLIA - DF  
2008**

**Luís Fernando Belém Peres**

**TUTELA CONSTITUCIONAL DA DESTINAÇÃO DO  
PRODUTO ARRECADADO POR MEIO DE  
CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público – Advocacia Pública, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA - DF  
2008**

**Luís Fernando Belém Peres**

# TUTELA CONSTITUCIONAL DA DESTINAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO POR MEIO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público – Advocacia Pública, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_)

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

A introdução das contribuições sociais no sistema tributário brasileiro, como espécies do gênero “contribuições especiais”, é, após o advento da Constituição de 1988, inequívoca. Neste contexto, restaram superadas as concepções vigentes sob o pálio da ordem constitucional anterior, que não vislumbravam as contribuições sociais como subsumidas no conceito de tributo.

Ao atribuir competência à União para instituir contribuições sociais, não previu a Constituição de antemão – com exceção de algumas contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social – os fatos geradores que poderiam ser fixados como aptos a fazerem nascer a obrigação de pagar o tributo. Ao contrário, estabeleceu apenas as finalidades que poderiam ser atingidas com a instituição das contribuições especiais, as quais, no caso das contribuições sociais, são representadas pela necessária concretização dos direitos sociais previstos na Constituição. Somada tal característica à realidade social brasileira, onde historicamente grandes contingentes da população jamais tiveram acesso aos mais básicos direitos sociais, vislumbra-se o papel que o constituinte originário concebeu para as contribuições sociais, qual seja, o de servir de instrumento efetivo de financiamento para a expansão das redes de atuação estatal em prol dos direitos sociais, máxime daqueles ligados ao sistema de seguridades social: saúde, assistência e previdência social.

Não obstante, a evolução histórica mostrou uma significativa canalização dos recursos arrecadados por meio das contribuições sociais para finalidade outras que não a realização dos direitos sociais, como a formação dos chamados superávits primários. Neste contexto, sobrepõe a importância do Direito Processual Constitucional, como subsistema apto fornecer à sociedade instrumentos de defesa da Constituição, destinados, no presente caso, a preservar intacta a função original das contribuições, zelando para que o produto por meio delas arrecadado seja destinado à satisfação de gastos sociais. Aqui se situa o objetivo deste trabalho: indicar os instrumentos processuais aptos a protegerem a função constitucionalmente atribuída às contribuições sociais de financiar a concretização dos direitos sociais.

## Sumário

1) INTRODUÇÃO	07
2) AS CONTRIBUIÇÕES E A DESTINAÇÃO DO PRODUTO POR MEIO DELAS ARRECADADO	11
3) CORRUPÇÃO SISTÊMICA E DESVIO DO PRODUTO ARRECADADO MEDIANTE CONTRIBUIÇÕES	18
4) O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	23
4.1) A noção de processo adotada neste trabalho.	23
4.2) O objeto do Processo Constitucional	26
4.3) O controle processual da destinação do produto arrecadado através das contribuições sociais	29
4.4) Os instrumentos viabilizadores do controle judicial da destinação do produto arrecadado através de contribuições sociais	34
5) CONCLUSÃO	42
6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS**

DRU	Desvinculação de Receitas da União
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
SRF	Secretaria da Receita Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

## 1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal previu, ao longo de seu texto, a concretização de inúmeros direitos sociais em benefício dos cidadãos brasileiros, direitos esses que foram qualificados, em seu corpo, com o significativo adjetivo de "fundamentais".

Os sistemas de direitos fundamentais, considerados em sua totalidade, não vieram todos a lume nos textos constitucionais em um único e instantâneo momento histórico. Ao contrário, foram eles conquistados ao longo do tempo por meio de embates políticos variados<sup>1</sup>, que só paulatinamente resultaram na sua definitiva incorporação aos textos constitucionais. A história da cristalização dos direitos fundamentais nas Constituições modernas costuma ser dividida pelos teóricos nas chamadas 'gerações de direitos', sendo que contemporaneamente já se pode especular até mesmo sobre a existência de uma quarta geração.

É na segunda geração de direitos fundamentais que se inserem os direitos sociais, fixados nas cartas constitucionais de diversos países a partir início do século XX (sendo as Constituições *Weimar* e do México os primeiros documentos no bojo dos quais se tem notícia que foram eles inseridos), juntamente com os direitos econômicos e coletivos, consubstanciam-se, em síntese, no poder atribuído ao cidadão de exigir, e na tarefa do Poder Público de oferecer, prestações positivas cujo fito é o de reduzir as desigualdades materiais entre os membros da comunidade jurídica, realizando plenamente, dessa forma, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a inserção de tais direitos nas constituições ocidentais representou a superação das concepções até então vigentes, de resto formalistas, construídas sob a égide do Estado Liberal burguês, que viam na liberdade apenas

---

<sup>1</sup> Como relata José Luiz Quadros de MAGALHÃES, no que toca ao surgimento dos direitos sociais, "as classes trabalhadoras foram as principais responsáveis pela mudança no comportamento estatal, lutando no decorrer do século XIX e início do século XX em duas frentes: pela igualdade de direitos políticos para se alcançar o sufrágio igualitário, e exigindo que os serviços públicos lhes garantissem uma segurança econômica e justiça social. Não bastavam mais às classes trabalhadoras a liberdade e a igualdade oferecidas pelas Constituições liberais na sua lista de direitos individuais fundamentais: os economicamente fracos exigiam proteção contra os economicamente fortes; necessitavam de serviços públicos e leis que os protegessem da miséria, da enfermidade e da incapacidade de trabalho devido à idade."(2000: 217)

os direitos negativos de oposição do indivíduo perante as investidas do Estado<sup>2</sup>, cujos conteúdos muitas vezes foram considerados como dedutíveis diretamente da razão (como no jusnaturalismo racionalista), e na igualdade apenas a isonomia "perante a Lei", jamais "na Lei". A liberdade, neste contexto de superação do liberalismo burguês, passou a ser vista como dotada de conteúdo material e emancipador do indivíduo, que se tornou alvo de uma plêiade de leis editadas com o escopo de proteger o cidadão em relações jurídicas por natureza desiguais, equilibrando-as – surgindo, assim, por exemplo, o Direito do Trabalho – e de prestações positivas do Estado, a quem passou a caber a tarefa de instituir sistemas de saúde, educação e de seguridade social, de modo a tornar digna a vida até do mais humilde dos membros do corpo social<sup>3</sup>. E, apesar do rol dos direitos fundamentais não se esgotar nos direitos sociais – aliás, o sistema de direitos fundamentais hoje é concebido como sendo aberto, passível de permanente expansão e aperfeiçoamento – podendo-se também há muito falar da existência de direitos difusos, certo é que os direitos à educação, saúde, previdência, assistência social, etc., permanecem estatuídos nas Constituições, sem, obviamente, possuírem o exato contorno que lhes eram atribuídos nos primórdios do século passado. Álvaro Ricardo SOUZA CRUZ caracteriza bem a época do surgimento de tais direitos:

“Toda a sociedade torna-se credora/cliente do Estado, cobrando-lhe prestações positivas que permitam uma

---

<sup>2</sup> A primeira geração dos direitos fundamentais remonta às chamadas liberdades negativas, oponíveis pelos indivíduos frente ao Estado. Segundo Paulo BONAVIDES, os direitos fundamentais de primeira geração, “ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (...) São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”. (2003:563/564)

<sup>3</sup> Os direitos sociais remontam à segunda geração dos direitos fundamentais. José Luiz Quadros de MAGALHÃES traça bem as linhas básicas desses direitos: “Os direitos sociais constituem o segundo grupo de direitos que compõem os Direitos Humanos. São direitos fundamentais que vêm se somar aos direitos individuais, oferecendo meios para que todos possam ser livres, e não apenas alguns. Marcam eles uma mudança de comportamento do Estado, que passa a se preocupar com o bem-estar social. (...) O Estado passa então a planificar, regular, dirigir, controlar e supervisionar a vida econômica. Com o Estado Social e os direitos sociais como novos direitos fundamentais, o coletivismo e o individualismo passam a viver lado a lado. Estes novos direitos fundamentais vão ser a expressão daquelas reivindicações das classes trabalhadoras por trabalho, saúde, habitação, educação, etc. Portanto, como nos mostra Luís Recaséns-Siches, os novos direitos fundamentais são uma série de direitos – chamados também econômicos, sociais e culturais -, dentre os quais figuram o direito a uma condição melhor de trabalho; à proteção contra o desemprego; a um nível bom de vida, com alimentação, vestuário, habitação, assistência médica; à previdência social em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes da vontade da pessoa; e mais o direito à educação.” (2000:217-218)



melhoria na qualidade de vida do proletariado. Direitos sociais e coletivos são consagrados constitucionalmente. Consolidam-se sistemas públicos de previdência e assistências sociais.” (in SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 220)

Menelick de CARVALHO NETTO ilustra, com precisão inigualável, o advento do denominado paradigma do Estado Social:

“Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de primeira (os individuais); a liberdade não pode mais ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, minimamente, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material, eqüitativa. Não mais se acredita na verdade absoluta de cunho matemático dos direitos individuais. O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social. Assim, todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta para ser molda pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. O Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas, para que os direitos de primeira geração possam ganhar densidade no novo sentido tendencialmente materializado que passa a revesti-los.” (2004: 35)

A construção de escolas, hospitais, bem como a contratação de professores, médicos, a constituição de sistemas de seguro social, dentre outras providências que se façam necessárias para a efetivação dos direitos sociais, dá-se, obviamente, com o dispêndio de recursos por parte do Poder Público, na medida em que, por óbvio, a única e tão-só previsão de tais prestações em textos legislativos não induz

automaticamente a sua concretização. De fato, por serem tratados os comandos normativos estatuidores dos direitos sociais de normas cujo cumprimento se dá mediante a realização de prestações materiais positivas pelo Estado, necessita este de recursos para efetivá-las. A captação de tais verbas, quase totalmente, dá-se mediante a instituição de tributos.

A inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais conduziu a um evidente incremento da máquina estatal, e, por conseqüência, das despesas correntes e de investimento relacionadas à implementação dos direitos sociais. Ciente o constituinte originário da enorme onerosidade da constituição e da manutenção de serviços públicos ligados à área social e dos sistemas de seguridade social, previu ele tributos específicos, cuja função única é a de reforçar as finanças públicas para que o Estado possa, de fato, cumprir o seu papel constitucionalmente consagrado de efetivar na prática os direitos sociais. São as contribuições sociais tributos previstos, basicamente, nos arts. 149 e 195 do Texto Maior, cuja única função é a de obter recursos pela via tributária para o financiamento das prestações sociais desempenhadas pelo Estado, sendo de se destacar, desde já, a especial importância dada pela Constituição às contribuições destinadas ao financiamento do sistema brasileiro de seguridade social, que se desdobra nos sistemas de saúde, assistência e previdência social.

Todavia, em que pese os comandos constitucionais acerca de tal assunto, foi o produto arrecadado por meio das contribuições sociais canalizado para direções outras que não aquelas relacionadas à implementação dos direitos sociais. Tais desvios se revestiram dos mais diversos formatos, como adiante se verá com mais vagar, chegando mesmo ao ponto de serem cristalizados e "legitimados" por meio de emendas constitucionais.

Neste contexto, sobreleva a importância do Direito Processual Constitucional, que deve disponibilizar aos cidadãos e órgãos de controle do Estado instrumentos processuais destinados a restabelecer a ordem constitucional violada, funcionando como garantias da efetividade e superioridade normativa dos comandos normativos emanados da Constituição.

Contudo, não se sabe ao certo quais seriam os instrumentos processuais adequados a fazer, no caso de desvio do numerário arrecadado através das contribuições sociais, restabelecer e fazer cumprir os comandos constitucionais. E é neste ponto que o presente trabalho procurará contribuir para com a ciência jurídica: com reflexões acerca de quais seriam, dentre os mecanismos processuais presentes no direito positivo brasileiro, aqueles aptos a desempenhar a tarefa acima descrita. Trata-se, pois, de um estudo acerca da aplicação concreta do Processo Constitucional na defesa da Constituição.

Ressalte-se que o desvirtuamento das contribuições, vislumbrado hoje em atos administrativos e legislativos divorciados dos escopos constitucionais, encontra normalmente justificativa na necessidade de se proceder ao equilíbrio fiscal da União, máxime com intuito de se garantir os já notórios superávits primários. Portanto, a "crise" econômica, atual ou potencial, é a justificativa política para o desrespeito aos objetivos constitucionalmente consagrados.

Passemos, agora, às considerações sobre os temas acima aventados, procurando delinear os contornos de como se dá o papel do processo constitucional na defesa do texto constitucional, reafirmando-o e incrementando sua força normativa.

## **2 - AS CONTRIBUIÇÕES E A DESTINAÇÃO DO PRODUTO POR MEIO DELAS ARRECADADO.**

A Constituição Federal, em seu título relativo à Tributação e ao Orçamento, distribuiu o poder soberano de tributar entre a União Federal, os Estados e os Municípios, disciplinando, ao mesmo tempo, a forma como deve se dar o seu exercício. A cunhagem das competências tributárias rateadas entre os entes políticos deu-se por meio de regras atributivas de poder que, concatenadas com outras normas denegatórias deste mesmo poder (imunidades), resultaram nos contornos dentro dos quais deve se dar legitimamente o exercício da imposição fiscal (competência). Além disso, o exercício da soberania, quando do ato da tributação, onde parcelas das riquezas individuais são compulsoriamente transferidas ao Estado, deve, ainda, obediência rigorosa a todos os princípios

constitucionais disciplinadores de tal múnus, como a legalidade estrita, a capacidade contributiva, dentre tantos outros que se encontram positivados, explícita ou implicitamente, na Carta Magna.

Neste contexto, individualizou a Constituição Federal cinco diferentes tipos de tributos<sup>4</sup>: (1) impostos (art. 145); (2) taxas (art. 145); (3) contribuições de melhoria (art. 145); (4) empréstimos compulsórios (art. 148) e (5) contribuições especiais, divididas estas em diversas subespécies (art. 149).

Dentre as diversas subespécies do gênero 'contribuições especiais'<sup>5</sup>, sobrepõe a importância das chamadas contribuições sociais, cujas principais sedes constitucionais encontram-se nos arts. 149 e 195 da Carta Magna. Tais espécies tributárias caracterizam-se por financiar a atuação da União Federal na implementação dos direitos sociais dos cidadãos, com especial destaque, como visto, para aqueles ligados à seguridade social (art. 194 da CF: saúde, assistência e previdência sociais). Assim, trata-se de exações que devem ser criadas com o escopo único de custear a atuação do Estado nos setores indicados *supra*, atividades estas cuja expressiva onerosidade para os cofres públicos é notória em todo o mundo.

---

<sup>4</sup> A título de esclarecimento preliminar, fixe-se que não se adentrará, no presente trabalho, em quaisquer discussões acerca do conceito de tributo e sua divisão em tais ou quais espécies. Com efeito, partir-se-á diretamente das doutrinas que consideram as contribuições como categoria distinta dos impostos e das taxas. Com efeito, em que pese a pertinência e a autoridade da argumentação dirigida no sentido de se considerar a existência de apenas três espécies tributárias – impostos, taxas e contribuições de melhoria - superar-se-á aqui tal debate, que de resto seria infrutífero para os objetivos perseguidos através da presente investigação. Ressalte-se, aliás, que o Supremo Tribunal Federal há muito já aparta as contribuições das demais espécies tributárias, sem dar qualquer sinal de retorno às antigas posições que classificavam os tributos única e exclusivamente em virtude do critério vinculação/não-vinculação do fato gerador a uma atividade estatal, *in verbis*: “De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. No tocante às contribuições sociais – que dessas modalidades tributárias é a que interessa para este julgamento -, não só as referidas no art. 149 - que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional – têm natureza tributária, como resulta, igualmente, da observância que devem ao disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, mas também as relativas à seguridade social previstas no artigo 195, que pertence ao título ‘Da Ordem Social’.”(Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 146.133-9/SP. Relator: Ministro Moreira Alves)

<sup>5</sup> Werther Botelho SPAGNOL assim conceitua as contribuições: “As contribuições especiais são tributos destinados ao financiamento de gastos públicos específicos, atuando como instrumento de intervenção do Estado nos campos social e econômico. A exemplo dos empréstimos compulsórios, o produto de sua arrecadação é especialmente afetado a uma determinada despesa, cuja realização

É sob esta perspectiva que se pode enxergar as contribuições sociais: como instrumentos financiadores da implementação concreta de direitos sociais constitucionalmente consagrados. E tal escopo é que legitima a instituição de tais espécies tributárias. Os direitos sociais não podem permanecer apenas previstos abstratamente no texto da Constituição. Devem eles, com efeito, ser concretamente implementados, o que, obviamente, não é possível ocorrer sem que haja recursos públicos para tanto. Deduz-se de tal necessidade financeira a importância das contribuições sociais na efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, especialmente daqueles que são ligados à seguridade social (saúde, assistência e previdência social).

Vem aqui a calhar lembrar que, como afirma SOUZA CRUZ (in SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 216), “*é consensual numa democracia que a tutela dos direitos fundamentais seja a base para a sua sustentação.*” Ou seja: a falta de implementação concreta dos direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos sociais, é certamente a mais grave violação à Constituição que pode existir em uma determinada sociedade, porquanto releva ao segundo plano a dignidade da pessoa humana e impede a eclosão de um efetivo processo democrático.

\* \* \*

Do ponto de vista normativo, a atribuição da competência tributária à União para a instituição de contribuições sociais segue um modelo que se diferencia daquele aplicado aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria.

Os impostos, segundo a dicção do Código Tributário Nacional, são aqueles tributos cujo fato gerador se consubstancia num evento ou numa situação que diz respeito única e tão-somente ao contribuinte, revelando a sua capacidade econômica de participar no custeio da máquina pública.

---

*legitima o exercício da competência impositiva por parte do Poder Público. Podem ser subdivididas em sociais, corporativas ou interventivas.* “ (2002:54)

Abra-se aqui breve intervalo no intuito de se esclarecer que, para dividir entre si as espécies tributárias entre impostos, taxas e contribuições de melhoria, o legislador tributário abraçou explicitamente a teoria que predica a divisão dos tributos segundo o critério da vinculação/não-vinculação do fato gerador a uma atividade estatal, que teve no Brasil, certamente, em Geraldo ATALIBA (2000) o seu mais alto expoente doutrinário. Segundo este critério, os tributos se dividiriam entre aqueles cujo fato gerador se consubstanciaria em uma atividade do próprio contribuinte, sem qualquer vinculação com as funções estatais, e aqueles outros em que a obrigação tributária nasceria em virtude do desempenho de uma função estatal direta (taxas) ou indiretamente (contribuições de melhoria) referidas ao sujeito passivo da relação obrigacional.

Pois bem, segundo esse modelo teórico, a competência para instituir e exigir impostos se deu através da previsão genérica na própria Constituição dos fatos reveladores de capacidade contributiva aptos a servirem de alvo para o poder tributário. Esses fatos foram distribuídos entre as pessoas políticas da federação brasileira quando da fixação dos contornos de suas competências tributárias. Quer-se com isso dizer que a definição da capacidade de serem instituídos impostos seguiu um modelo baseado no rateio, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dos fatos aptos a se tornarem, mediante a edição da competente legislação instituidora, aspectos materiais das hipóteses de incidência das respectivas exigências.

Já a competência para a instituição das taxas e contribuições de melhoria segue a competência administrativa atribuída ao ente federado. Ou seja, à pessoa política a que é dado o desempenho de determinado serviço público passível de especificação e fruição individual e de determinados atos de polícia, bem como de erigir obras públicas que venham a valorizar as propriedades de certos cidadãos, é automaticamente atribuída a competência para instituir e cobrar, respectivamente, taxas e contribuições de melhoria.

Finalmente, a definição normativa das competências para serem instituídos empréstimos compulsórios e contribuições especiais (sociais, interventivas, corporativas e de iluminação pública) segue modelo diverso dos até aqui esboçados.

Com efeito, as contribuições e os empréstimos compulsórios podem ser instituídos não segundo a definição prévia de um fato gerador pela Constituição, nem tampouco em paralelo à competência administrativa dos entes federados, mas sim de acordo e para o fim de serem concretizados determinados objetivos. Aqui reside um importante ponto que distingue as contribuições especiais e os empréstimos compulsórios das demais espécies tributárias.

Os empréstimos compulsórios podem ser instituídos para atender a despesas extraordinárias decorrente de guerra ou para o custeio de investimento público relevante, de caráter urgente (art. 148 da Constituição). Já as contribuições sociais, interventivas, corporativas e de iluminação pública podem ser criadas para fins de, respectivamente, custear a atuação do Estado na área social, intervir no domínio econômico, subsidiar a atuação de entidades sindicais e de classe e servir de meio de financiamento para a expansão da iluminação pública nos municípios. Trataremos aqui, por ser objeto específico do nosso trabalho, apenas das finalidades que legitimam a instituição de contribuições sociais e dos instrumentos processuais aptos a garantir que sejam estas efetivamente cumpridas.

Com isso se quer dizer que o elemento central comum às normas que conferem à União a competência constitucional para instituir e arrecadar contribuições sociais é justamente a concretização de uma finalidade socialmente relevante, ligada à satisfação dos direitos sociais da população. Ou melhor, devem as referidas contribuições financiar a concretização dessas finalidades previstas na Constituição como motivo apto a justificar a cobrança de tais tributos dos cidadãos e empresas brasileiras. Trata-se, pois, de um esforço solidário cogente, estabelecido pela via altaneira do poder constituinte, no sentido de a comunidade nacional de parceiros do direito supere aquela que talvez seja de longe a sua grande chaga: a desigualdade e a exclusão sociais, existentes em virtude de décadas de desatenção, tanto por parte do Poder Público como por parte da sociedade civil, acerca das necessidades mais básicas de um enorme contingente da população.

As contribuições, no contexto desenhado pelos constituintes, jamais deveriam ser utilizadas como um canal de financiamento para o pagamento de despesas

tipicamente afeitas ao orçamento fiscal do Estado, suprido diuturnamente com impostos, taxas e, eventualmente, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Prova disso é o regime jurídico-constitucional impingido às finanças vinculadas à seguridade social, de longe a maior das fontes de dispêndios públicos na seara dos gastos sociais. Com efeito, a Constituição de 1988 determina expressamente a tripartição da peça orçamentária da União, restando, dessa forma, apartados o orçamento fiscal, o de investimento das empresas estatais e o da seguridade social, gerando, assim, a incomunicabilidade entre eles pela via infralegal, ou, melhor dizendo, impedindo que recursos inicialmente vinculados aos serviços de saúde, assistência e previdência social, fossem remanejados para despesas outras mediante a simples edição de atos administrativos.

É na persecução da obtenção de meios para viabilizar a concretização dos direitos sociais que se funda a competência tributária federal de instituir contribuições sociais. Se essas finalidades não estão sendo perseguidas, desconsidera-se o embasamento normativo que suporta o exercício do poder impositivo, que passa a ser exercido em desacordo com a ordem constitucional. Ocorre que o desvirtuamento das contribuições se deu, e continua se dando, mediante a aplicação de vários expedientes.

Otto carvalho PESSOA DE MENDONÇA (2006: 203-204) traça um panorama completo dos casos de não-aplicação dos recursos arrecadados por meio das contribuições sociais nas finalidades que inspiraram a sua criação, distinguindo as hipóteses entre o que denomina de a-destinação e de tredestinação:

“ 4. Ainda que o destino efetivo do produto da arrecadação destes tributos constitua um dos principais eixos de seu regime jurídico-constitucional, o que se tem observado na prática é a tentativa cada vez mais freqüente de se desviar, bloquear ou impedir que os recursos arrecadados sejam efetivamente aplicados nas finalidades a que deveriam suportar.

5. A a-destinação refere-se à não aplicação dos recursos arrecadados no financiamento de despesas específicas decorrentes da atuação da União Federal, ou pela alocação



orçamentária dos recursos em conta direcionada “à reserva de contingência”, ou pela simples inexecução das despesas previstas nas leis orçamentárias anuais (decretos de contingenciamento de empenho e movimentação financeira), restando, assim, sobras expressivas no caixa do Tesouro Nacional, que lá permanecerão, sem utilização imediata. Nesta hipótese, o controle de constitucionalidade da norma instituidora da exação cujo produto da arrecadação tenha sido a-destinado variará conforme o caso concreto (veja o sub-capítulo 4.1.3, acima).

6. A tredestinação pode ser traduzida genericamente como a destinação dos recursos vinculados – tais e quais os recursos decorrentes das contribuições sociais e interventivas – ao custeio de despesas não inerentes ao exercício válido da competência da União Federal (despesas que não estão exclusivamente atreladas aos objetivos que justificam a instituição do tributo).

6.1. A tredestinação “constitucional” refere-se à desafetação, veiculada por emendas constitucionais, do produto da arrecadação das contribuições sociais e interventivas. Sustentamos que estas emendas, além de corromperem o regime jurídico-constitucional a que estão submetidas estas exações, também afetarão o exercício válido da competência da União Federal outorgada pelo artigo 149 da Constituição. Por se chocarem com o seu texto original, são, à primeira vista, inconstitucionais.

6.2. A tredestinação legal verifica-se quando o legislador prevê, na lei de instituição das contribuições sociais ou interventivas, vinculação do produto da arrecadação a despesa ou a finalidade diversa daquela originariamente estatuída no texto constitucional. Nesse caso, a incompatibilidade do diploma legal com a Constituição será patente.

6.3. A tredestinação fática pode se dar de várias formas. Resulta da inobservância, pelo Poder Executivo, dos mandamentos constitucionais ou legais relativos à vinculação do produto da arrecadação das contribuições sociais e interventivas, destinando-o ao financiamento de despesas finalidades impertinentes. Demonstramos que, eventual tredestinação fática (parcial ou total) implicará a inconstitucionalidade (parcial ou total) da norma impositiva.” (2006: 203-204)

Assim, impende que se prossiga na investigação acerca dos meios processuais predispostos a restabelecer a ordem constitucional, violada quando da destinação do produto arrecadado por meio das contribuições sociais a finalidades diversas daquelas que fundamentaram a sua instituição. Antes, porém, vejamos, da perspectiva da teoria dos sistemas, como a integridade do sistema jurídico resta arranhada com o desvirtuamento das contribuições sociais.

### **3 - CORRUPÇÃO SISTÊMICA E DESVIO DO PRODUTO ARRECADADO MEDIANTE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS**

A destinação adequada do produto arrecadado por meio de contribuições sociais se dá mediante atos de interpretação da Constituição. Os agentes políticos envolvidos nos atos legislativos que instituem as contribuições sociais, bem como os Administradores que canalizam os recursos por meio delas arrecadados para os fins juridicamente previstos, ao assim procederem, estão, em atos atributivos de sentido, dotados de amplo conteúdo simbólico, interpretando o sistema constitucional.

Segundo HABERLE (1997), no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Podem ser indicados como partes de um catálogo sistemático de intérpretes da Constituição: (1) as funções estatais; (2) os participantes dos processos de decisão desenvolvidos no âmbito das funções estatais, os quais não são necessariamente órgãos do Estado; (3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político; (4) a doutrina constitucional.

O processo político representa um elemento importante da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, quantitativamente, do espaço que se assegura ao Juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva qualitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações. O legislador atua,

portanto, também como sujeito ativo da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.

Assim, os legisladores, e não apenas os administradores e os juízes – além dos cidadãos, é claro – tomam parte no processo de interpretação Constitucional. Interessa-nos aqui, sobretudo, apontar que a edição de emendas constitucionais, leis, alterações no orçamento, representam, do ponto de vista sistêmico, atos que deveriam buscar o sentido do texto constitucional, a ele remontando, tanto quanto os atos dos agentes públicos que dão concreção aos comandos legais, tornando factuais, indiretamente, os comandos constitucionais. Em suma, tanto os agentes políticos como os servidores públicos responsáveis pela atividade financeira do Estado deveriam, ao praticar os atos de sua competência tocantes à canalização do produto arrecadado por meio das contribuições sociais para os fins que legitimaram a sua instituição, zelar pela efetividade dos comandos normativos que dão os contornos das contribuições sociais na Constituição, tais como acima expostos. Deveriam, em suma, ter por objetivo a extração do real sentido do Texto Maior, ainda que este não possa ser *a priori* definido como sendo unívoco.

\* \* \*

Preferimos caracterizar a interpretação da Constituição como um processo de concretização, no sentido que Friedrich MULLER dá a este termo ao tratar de sua metódica:

“A metódica é tida por metódica da interpretação de textos de linguagem. Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua aplicação não pode esgotar-se somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele é apenas imaginado – destacam-se como essenciais ao caso aqueles elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse

processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas.” (2005: 26)

“O teor literal expressa o ‘programa da norma’, a ‘ordem jurídica’ tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, i.e., o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como âmbito de sua regulamentação.” (2005:42)

A colocação da tese da concretização constitucional rompe com a dicotomia existente entre Constituição e realidade constitucional, partindo-se da idéia da existência de uma realidade e de um texto constitucional, a partir dos quais se dá início ao processo de concretização da norma, no qual se constrói a norma jurídica e a norma de decisão para o caso. O que há, portanto, é realidade e texto que se fundem no processo de concretização normativa, não havendo que se falar em realidade constitucional contraposta à Constituição. O *“texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através na normatividade constitucional obtida através do processo de concretização.”* (NEVES, 2003: 568)

\* \* \*

A concretização constitucional (realização constitucional, ou efetiva consideração do sistema constitucional na tomada de decisões jurídicas), se realizada, significa a existência de consistência do sistema constitucional – e, *ipso facto*, inexistência de corrupção sistêmica -, ou seja, a reprodução autopoiética do sistema que garante a sua própria distinção sistêmica dentro do amplo sistema social.

Se essa concretização constitucional, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito legislativo, dá-se em nome de razões puramente econômicas, como se explicaria tal realidade sob a perspectiva da teoria dos sistemas? Como visto acima, as razões sempre invocadas para o desvio do numerário arrecadado através das contribuições sociais são sempre ligadas aos argumentos embasados em crises econômicas atuais - a tornar necessária, inarredável, a formação de superávits fiscais pela União – ou potenciais, fundadas em uma espécie de terrorismo econômico que predica que, se não for permitido o uso dos recursos destinados às

finalidades sociais para o pagamento, por exemplo, de juros da dívida pública, restará o Estado conduzido a uma inevitável quebra. É o argumento econômico, pois, que vem nesta seara se sobrepondo, em primeiro plano, às atividades estatais.

Mas o processo de concretização, para fins de garantir a distinção sistêmica do próprio Direito na realidade social, deveria se dar em remissão apenas aos códigos, à linguagem, jurídicos, ainda que se adote, como de fato aqui acolhemos, uma concepção hermenêutica da construção do sentido normativo (ou seja, ainda que se dê relevância ao pano de fundo contextual de pré-concepções que envolve o intérprete, e aos elementos do caso concreto, no processo de concretização do Direito)<sup>6</sup>. Se os códigos econômicos se impõem simples e puramente sobre as atividades dos agentes incumbidos da concretização dos comandos constitucionais tocantes às contribuições sociais, que passam, assim, a desconsiderar por completo os elementos de Direito que deveriam se fazer primordiais no processo de realização constitucional, significa isso que a realidade passa a ser regulada por razões apenas ligadas aos argumentos de eficiência e de mercado. Ficam totalmente de lado, neste contexto, quaisquer desígnios jurídicos que o poder constituinte originário haja impingido ao regime das contribuições sociais, como os comandos que as vinculam, com inteira exclusividade, ao financiamento e à expansão das redes estatais predispostas à efetivação dos direitos sociais dos cidadãos. O próprio Direito Tributário, na parte relativa às contribuições sociais, dissolve-se assim no bojo do sistema econômico, perdendo os comandos normativos que tratam do assunto parte de sua juridicidade.

Segundo Marcelo NEVES, “*a falta generalizada de concretização das normas constitucionais pode significar a própria impossibilidade de uma distinção entre abordagens internas e externas*” (2003: 570), pois tal dualidade pressupõe a distinção entre sistema jurídico e demais sistemas sociais (econômico, político, etc.), a qual deixa de existir em caso de corrupção sistêmica generalizada.

---

<sup>6</sup> Não se confunda, portanto, o processo de auto-reprodução sistêmica do Direito com a concepção positivista de extração do sentido das normas, como se este se consubstanciasse numa mera subsunção do sentido normativo de um texto a um caso concreto.

O problema brasileiro pode ser diagnosticado, ainda segundo Marcelo NEVES, a partir da observação de que “(...) as disposições constitucionais, com frequência, não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente à sua interpretação/ aplicação.(...) Na experiência constitucional brasileira (...) a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de socavar a Constituição (evasão ou desvio de finalidade) mas também no sentido de violá-la continua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do público, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional.” (2003: 572-573)

Ou seja, o processo de concretização constitucional dos dispositivos que estatuem o regime jurídico-constitucional das contribuições sociais, ao sofrer significativas interferências da linguagem econômica, termina por bloquear, neste ponto, a própria auto-reprodução – e, por conseguinte, a diferenciação sistêmica – da Constituição. Tanto a aplicação ilegal dos recursos arrecadados por meio das contribuições em gastos públicos diversos daqueles que serviram de base à instituição do tributo, como a edição de atos legislativos – desde Emendas à Constituição até à confecção do orçamento – que desvirtuem as contribuições, inspirados em motivos de ordem puramente econômicos, auxiliam, assim, na perda da juridicidade das normas constitucionais que tratam da matéria.

É muito interessante perceber que Misabel DERZI (2001), ainda nos primórdios da implementação da Constituição de 1988, no início da década de noventa, captando com perspicácia a realidade político-institucional brasileira, já buscava linhas interpretativas que garantissem que as contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social não servissem de fonte de recursos para o orçamento fiscal da União.

Explico. Ao serem expedidos, já sob a égide da atual Constituição, os primeiros atos disciplinadores das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, deixou-se a cargo da Secretaria da receita Federal, e não do Instituto Nacional do Seguro Social, a arrecadação e administração dos recursos captados por meio da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Naquela ocasião, debateu-se acerca da

constitucionalidade desta norma, pois muitos consideravam ser o regime de tais tributos marcado por uma parafiscalidade necessária, constitucionalmente estabelecida, que determinava que ficassem a cargo do INSS as funções que, naquele momento, haviam sido atribuídas à SRF. A tese, contudo, foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Misabel DERZI (2001), como assinalado, encontrava-se dentre aqueles que defendiam a parafiscalidade necessária das contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social. O que significava tal posição, fundada num profundo conhecimento da realidade político-social e institucional brasileira, sob a ótica da questão teórica ora tratada? Significava que a corrupção sistêmica da concretização do regime constitucional das contribuições sociais já era antevista, e que se buscavam alternativas interpretativas que evitassem a criação de ambientes estimuladores, e não inibidores, destes desvios sistêmicos. Pois bem, o que se viu a partir de então foi justamente a crescente desvirtuação das contribuições, tanto através de medidas administrativas como legislativas – inclusive Emendas à Constituição – sempre no sentido de as equiparar aos impostos, deixando-se totalmente de lado os comandos que vinculavam tais tributos aos gastos sociais. Talvez se, na origem, tivesse sido barrado tal processo, iniciado com a transferência da administração e da arrecadação dos tributos vinculados à seguridade social à Receita Federal, não se teria evoluído continua e gradativamente na transfiguração das contribuições em impostos, posteriormente consagrada, em parte, no texto da própria Constituição brasileira.

Como, no entanto, estabelecer-se meios de reconduzir a concretização do sistema constitucional aos trilhos do Direito, dos quais foi, como visto, retirado por argumentações fundadas puramente em critérios econômicos, que retiraram do caminho da auto-reprodução sistêmica do ordenamento jurídico tanto as funções administrativa quanto legislativas, quanto ao ponto ora tratado? A resposta é dada pelo Direito Processual Constitucional.

## 4 - O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

### 4.1) A noção de processo adotada neste trabalho.

Antes de se adentrar especificamente nas incursões acerca do Processo Constitucional e de suas funções no controle da destinação do produto arrecadado através das contribuições, necessário é que se façam algumas reflexões ligadas à teoria geral do processo, mais especificamente no que tange às concepções do que seja 'o processo'.

A noção do que seria o processo vem sendo objeto de gradual evolução desde o século XIX. Impende listar algumas das concepções que imantaram a processualística no período. São elas: (1) processo como quase-contrato; (2) processo como relação jurídica; (3) processo como situação jurídica; e, finalmente, (4) o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes.

Sobre o processo como 'quase-contrato', CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO asseveram o seguinte:

“Um autor francês do século XIX (Arnault de Guényvau) foi quem criou essa doutrina. Disse que, se o processo não era um contrato e se delito também não podia ser, só haveria de ser um quase-contrato. Tal pensamento partia do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo o custo, nas categorias do direito privado; e, além disso, já no próprio Código Napoleônico indicava-se uma outra fonte de obrigações, que o fundador da doutrina omitiu: a lei.” (2000:278)

Já sobre o processo como 'relação jurídica', os mesmos autores ensinam que:

“Essa doutrina é devida a Bülow, que a expôs em 1868 em seu famosíssimo livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* (...).

O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas relações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente



em que se coloca a discussão sobre aquela . Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-Juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais). (...) No Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome.” (2000:278-179)

Finalmente, sobre o processo como ‘situação jurídica’, ensinam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *in verbis*:

“Criticando a teoria da relação jurídica processual, construiu Goldshmidt essa teoria que, embora rejeitada pela maioria dos processualistas, é rica de conceitos e observações que vieram contribuir valiosíssimamente para o desenvolvimento da ciência processual.

Observa, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. E diz que, quando o direito assume uma condição dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se nele uma mutação estrutural: aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável).”

Todavia, em que pese a autoridade de todas as teorias acima relatadas, principalmente aquela que vislumbra o processo como uma relação jurídica - angular, onde as partes se encontram relacionadas ao Juiz, prestador da Jurisdição – ainda amplamente adotada por grandes processualistas brasileiros, entendemos ser insuperável a concepção exposta por Aroldo Plínio GONÇALVES em sua obra ‘Técnica Processual e Teoria do Processo’, a qual remonta à teoria do italiano Elio FAZZALARI. Com efeito, para o processualista mineiro, o processo não seria uma relação, ou uma situação jurídica, mas sim um procedimento, dotado de uma nota característica, qual seja, o contraditório. Sabe-se que procedimentos são todas as seqüências encadeadas de atos - onde a realização de um é o pressuposto fático para a realização de um próximo e assim sucessivamente - que antecedem a

emissão de provimentos estatais. O processo seria, pois, o procedimento dotado de uma característica que o estremaria dos demais, que é o fato de ser realizado em contraditório entre as partes. Aroldo Plínio GONÇALVES assim expõe:

“O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.” (2001:102)

(...)

“O processo começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de universum ius, dessas pessoas.” (2001:112)

(...)

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos autos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.” (2001:115)

Com efeito, neste trabalho se adotará esta última concepção exposta acerca da noção de processo, qual seja, como o procedimento realizado em contraditório entre as partes.

Superadas as breves considerações iniciais feitas acerca do significado do processo na teoria geral do processo, passemos agora à investigação das concepções que envolvem a noção do que seria o Processo Constitucional, para, em seguida, aplicá-las no tema da defesa dos dispositivos constitucionais que determinam seja o produto arrecadado por meio das contribuições sociais destinado à implementação dos direitos sociais previstos no Texto Maior.

#### **4.2) O objeto do Processo Constitucional**

Diverge-se muito na doutrina sobre qual seja o conteúdo do processo constitucional, conforme noticia BARACHO (*in* SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 152). O mesmo autor indica, todavia, com precisão, o objeto central de tal fundamental disciplina:

“O Processo Constitucional tem por objeto essencial a análise das garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é, como instrumentos predominantemente processuais, dirigidos à reintegração da ordem constitucional, quando ocorre o seu desconhecimento ou violação pelos órgãos de poder.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *in* SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 139)

As relações entre a Constituição e o processo podem ser analisadas sob dois diferentes ângulos. O primeiro, consistiria na análise de todas as disposições de caráter processual que se encontram presentes nas Constituições (Direito Constitucional Processual); o segundo, sob a perspectiva dos instrumentos destinados à defesa das disposições constitucionais, à implementação efetiva das normas constitucionais por meio de normas processuais (Direito Processual Constitucional, ou Processo Constitucional). É o que explica BARACHO:

“Os estudos das relações entre Constituição e Processo, ou das normas constitucionais referentes ao processo, são recentes. A preocupação com a eficácia das normas constitucionais, por meio de mecanismos processuais específicos, levou à disciplina Direito Processual Constitucional. Dentro de outra perspectiva, as análises das disposições constitucionais concernentes ao processo mereceram a denominação de Direito Constitucional Processual.

(...)

O Direito Constitucional Processual, que surgiu da confluência de dois ramos da Ciência Jurídica, o Direito Constitucional e o Direito Processual, não tem, ainda, contornos definitivos. No exame das relações entre a Constituição e o Processo podemos considerar dois ângulos: o da eficácia das normas constitucionais, através de mecanismos processuais específicos, pela disciplina *Direito Processual Constitucional*; e o da análise das disposições constitucionais concernentes ao Processo, sob a denominação de *Direito Constitucional Processual*.” (1984: 126-127)

Relata ainda o mesmo professor, em artigo mais recente, que “as preocupações entre o relacionamento do Direito Constitucional, com o direito processual, foram propiciando, no mundo hispânico, várias obras que deram origem a uma nova disciplina intitulada *Direito Processual Constitucional*, que seria equivalente, no âmbito constitucional, o que é o processo civil para o direito civil e o processo penal para o âmbito penal.” (in SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 152). Mais adiante, esclarece ele que o Processo Constitucional não é um mero sub-ramo do Direito Processual Civil, *in verbis*:

“Esta tese (...) apregoa uma redução do Processo Constitucional, transformando-o em dependente do processo civil, o qual poderia ter certo valor nos princípios do século XX, mas não na atualidade. A teorização partiu do processo civil e desenvolveu suas principais categorias a partir dele, apesar de ocorrer entendimentos que compreendem que tal afirmação não significa que todos os processos, seja ele administrativo, penal e trabalhista sejam civis, desde que a matriz é civil e seu desenvolvimento é específico e as matérias são distintas, pelo que merece um tratamento a parte, que está assentado na teoria geral do processo.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *in* SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001: 153)

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, por sua vez, assim definem o Direito Processual Constitucional:

“O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário de constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais - processuais - ‘habeas corpus’, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data e ação popular.” (2000:79-80)

O Processo Constitucional seria então formado por todos os institutos processuais destinados a reintegração da ordem constitucional, quando houvesse sua violação, implementando assim forçosamente, pela via procedimental, a eficácia das normas constitucionais indevidamente não observadas. Como ressalta BARACHO, *“o Processo Constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana.”* (1984:364)

No que tange especificamente aos direitos fundamentais previstos nas Constituições, ressalta o professor mineiro, inclusive, que *“as declarações, desacompanhadas de suas respectivas garantias, perderiam a sua eficácia. A fixação de garantias, de ordem jurisdicional e processual, é que completam as declarações e possibilitam a sua efetivação. O texto constitucional consagra os princípios e os meios processuais pelos quais reclama-se a proteção dos direitos fundamentais.”* (1984: 140) E, relativamente apenas aos direitos sociais, assevera que *“o Estado amplia-se como Estado-Social, reelaborando os seus fins, multiplicando as formas de intervenção em segmentos da sociedade, até então intransponíveis. (...) Este crescimento da atividade estatal tem gerado novas garantias constitucionais que, por sua vez, demandam formalidade processuais que possam assegurá-las.”* (1984: 14)

Assim, cabe aos instrumentos processuais o restabelecimento efetivo das normas constitucionais violadas. Como ressaltado no tópico anterior, a Constituição, ao criar os direitos sociais, mais destacadamente os direitos sociais ligados à seguridade social, ligou-os às fontes de custeio que possibilitariam a sua efetiva realização, implementando-os concretamente. Portanto, a disponibilidade de recursos públicos forma um dos pilares viabilizadores da construção de um sistema de seguridade social sólido e estável, bem da concretização dos demais direitos sociais previstos na Carta Magna. Suprimir os valores que originariamente, por disposição da própria Constituição Federal, destinavam-se à implementação dos direitos sociais, constitui inegável fraude contra os direitos fundamentais. Todavia, num contexto onde tais espécies de desvios ocorressem, qual seria o instrumento

processual adequado para se reerguer a ordem constitucional violada? É o que se passará a perquirir a partir de agora.

#### **4.3) O controle processual da destinação do produto arrecadado através das contribuições sociais**

Tamanha é a relação entre as contribuições sociais e os direitos fundamentais de segunda geração, que Werther Botelho SPAGNOL inclusive não vislumbra, *a priori*, possibilidades válidas de se implementar juridicamente mudanças na destinação do produto arrecadado por meio de tais exações. Assim argumenta o autor citado:

“Estando assentado que as contribuições sociais se justificam e se impõem pela necessidade de se garantir eficácia, por meio de sua arrecadação, às garantias insculpidas na Constituição, a alteração da destinação do produto arrecadado não possui apenas impedimento moral, mas jurídico.” (2002:151)

Destarte, desvios do produto arrecadado por meio de contribuições sociais para outras finalidades do Estado fraudam a implementação dos direitos sociais, pois, em assim sendo, tornam-se escassos os recursos para que possam ser otimamente implementados. Contudo, no Brasil é notório que o produto arrecadado por meio de contribuições sociais é diuturnamente desviado para outros fins que não aqueles que serviram para legitimar a própria criação de tais tributos. Parte deste desvio foi, inclusive, juridicizado pela Emenda Constitucional nº27/2000, que deu nova redação ao art. 76 do ADCT, e constitucionalizou flagrante atentado à concretização dos direitos sociais no Brasil<sup>7</sup>, facultando à União o uso desvinculado de qualquer finalidade específica de 20% do produto arrecadado por meio das contribuições sociais. Todavia, persistem os desvios além mesmo daquele já autorizado no texto maior.

---

<sup>7</sup> Em virtude de tal característica, pode-se afirmar que a Emenda Constitucional nº 27/2000 é de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, como adiante se verá. O STF, contudo, ainda não apreciou tal questão.

Misabel Abreu Machado DERZI (2001: 598-599), ao discorrer sobre a questão relativa à destinação do produto arrecadado por meio das contribuições (e, por conseguinte, sobre o cumprimento das finalidades buscadas com a sua criação), aduz, ainda, que a tamanha importância da afetação de tais valores - legitimadora da competência para a instituição destas exações – induz a que o sujeito passivo da relação tributária, em verificando o desvio do numerário entregue aos cofres públicos, pode recusar-se a continuar adimplindo as obrigações relativas a tais tributos, *in verbis*:

“A Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando a destinação que lhes é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do Direito Tributário.

Somente a União tem competência para criar contribuições ou empréstimos compulsórios, conforme estabelecem os arts. 148 e 149. Mas enquanto o Texto Magno proíbe que o legislador vincule a arrecadação de impostos a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV), a afetação do produto a certas despesas ou serviços é requisito necessário para o exercício da competência federal, no que tange às contribuições e aos empréstimos compulsórios. Tais despesas estão definidas na Constituição Federal (...).

(...)

A destinação passou a fundar o exercício da competência da União. Sem afetar o tributo às despesas expressamente previstas na Constituição, falece competência à União para criar as contribuições. (...) Assim, a destinação assume relevância não só tributária como constitucional e legitimadora do exercício da competência federal.

O contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição de tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados. É que, diferentemente da solidariedade difusa ao pagamento de impostos, a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a conseqüente faculdade outorgada à União de instituí-los, de forma direcionada e vinculada a certos gastos. Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar.”

Misabel DERZI (2001: 598-599), portanto, considera viável que o controle da destinação do produto arrecadado por meio das contribuições sociais seja feito pelos próprios contribuintes, o que provavelmente dar-se-ia através da impetração de mandados de segurança, destinados a evitar o pagamento da exação cujos valores arrecadados tenham sido objeto de trestinação. Contudo, o Judiciário, em geral, mostra-se refratário em proceder de tal forma; não se facultam, em regra, aos contribuintes, que parem de adimplir contribuições sociais em virtude da canalização de recursos, em virtude delas transferidos ao Estado, para finalidades outras que não o financiamento da implementação dos direitos sociais previstos na Constituição.

Com a devida vênia, não concordamos com a relevante posição da professora Misabel. É que o contribuinte tem o direito de ver a adequada aplicação dos recursos das contribuições sociais, mais do que em virtude pura e simplesmente de ser contribuinte, pelo fato de ser cidadão. É dizer: a preocupação acima ventilada deve gerar, antes de se pensar em livrar o contribuinte do adimplemento de contribuições, formas de se restabelecer a ordem constitucional violada, reconduzindo-se o numerário desviado ao seu destino de origem, que é o financiamento da implementação dos direitos sociais. O interesse em se ver tais recursos bem aplicados, com efeito, é de toda a coletividade, e a definição do instrumento processual adequado a dar efetividade aos artigos 149 e 195 da CF não pode descurar de tal realidade.

Ademais, a destinação do produto arrecadado pelas contribuições não integra a relação jurídico-tributária que envolve o contribuinte e a Fazenda. É que, dado o fato gerador, nasce para o contribuinte a obrigação de pagar o tributo e para o Fisco o dever de recolhê-lo. Com efeito, da relação com o contribuinte não faz parte o dever administrativo de dar correta destinação ao produto arrecadado por meio das contribuições. E isso não significa que tal ato de bem conduzir os valores públicos é 'mera providência de tesouraria', no sentido de que se trata de fato jurídico de menor importância. Na verdade, ao se estabelecer que é o contribuinte que deve controlar a destinação do produto arrecadado por meio das contribuições, através de ações individuais que visem apenas o não-pagamento de tais tributos, acaba-se por



desviar o olhar do verdadeiro problema, que é o de se poder controlar a destinação do produto obtido por meio das contribuições.

A atividade de aplicar corretamente o produto obtido por meio das contribuições é resultado de atos administrativos vinculados, plenamente controláveis pelo Poder Judiciário. E é nesse ato que deve incidir o controle, através dos mecanismos oferecidos pelo direito positivo brasileiro destinados ao controle da administração pública. A seqüência das relações jurídicas dá-se da seguinte forma: (1) relação tributária entre contribuinte e Fazenda: gera para o contribuinte a obrigação de pagar o tributo, que pode resistir a tal adimplemento se houver, por exemplo, quaisquer vícios de inconstitucionalidade em tal exigência por parte da Administração; (2) os valores são entregues ao erário, sendo a correção de sua aplicação passível de controle por qualquer cidadão. No caso dos impostos, não possuem esta destinação específica; já as contribuições, sim. Num e noutro caso, quaisquer desvios de recursos, seja das finalidades gerais (impostos), seja das finalidades específicas (contribuições), devem ser passíveis de correção através dos mecanismos processuais de controle da Administração Pública, a fim de se restabelecer a ordem constitucional violada (porquanto, como já pisado e repisado, a destinação específica do produto arrecadado por meio das contribuições sociais tem estatuto constitucional).

O ato de dar destino correto aos valores arrecadados através das contribuições não é simplesmente o resultado de uma relação jurídica tributária estabelecida entre um particular e o Estado. Ao contrário, é resultado de um dever-poder (BANDEIRA DE MELLO) atribuído ao administrador público de cumprir as leis e a Constituição (princípio da juridicidade), praticando atos sintonizados com o interesse público, segundo as previsões do ordenamento jurídico. Não importa tanto se tal ato é de Direito Tributário, Administrativo ou Financeiro, já que a ordem jurídica estatal forma um todo unitário. O que importa é que os valores arrecadados através das contribuições têm uma destinação constitucional certa, e para tais finalidades devem ser canalizados (este é o interesse público previsto na Carta Magna).

Assim, não tem o contribuinte o direito líquido e certo, para fins de ajuizamento de ações individuais, de ver-se exonerado de contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade - amparado tão-somente em desmando administrativo, consubstanciado na já falada acima fraude aos direitos sociais. Seria fundamentar o descumprimento da lei por parte do contribuinte no ilícito administrativo praticado pelo agente público, tudo em detrimento da ordem constitucional.

Todavia, não se sabe com exatidão quais seriam os instrumentos judiciais destinados a proceder ao controle da aplicação do produto arrecadado por meio das contribuições, restabelecendo-se a ordem constitucional violada.

Neste ponto impende ressaltar a relação existente entre essa temática e o Processo Constitucional. Com efeito, fornece este os instrumentos processuais cujo escopo é restabelecer a ordem constitucional violada, reafirmando a força normativa da Carta Magna, tornando-a eficaz por meio do processo e da jurisdição.

#### **4.4) Os instrumentos viabilizadores do controle judicial da destinação do produto arrecadado através de contribuições sociais**

O desvio do produto arrecadado por meio das contribuições sociais pode ser efetivado através de diferentes meios normativos – leis, atos administrativos, atos normativos regulamentares e até emendas constitucionais - sendo que, para se corrigir os defeitos que emanam de cada qual, adequados são diferentes instrumentos processuais visando à reafirmação da Constituição.

Com efeito, o desvirtuamento das contribuições sociais, como visto, tem se dado em diversos planos, exemplificados pelas seguintes hipóteses:

- Hipótese (1): o legislador, suponhamos, edita lei instituindo o referido tributo, segundo os traços das competências constitucionalmente delineadas – por exemplo, elaborando lei ordinária sobre a contribuição social sobre o lucro, nos termos do art. 195 da CF -; ocorresse que, neste mesmo ato legislativo, viesse a existir dispositivo canalizando os recursos

disponibilizados pela referida contribuição a finalidade diversa daquela prevista na Constituição, e que fundamentava a sua incidência (para finalidades gerais, como o pagamento, *verbi gratia*, de juros). O desvio, repita-se, neste caso, dar-se-ia no plano da norma geral e abstrata, veiculada através do ato legislativo por excelência: a lei.

- Hipótese (2): o legislador, neste segundo caso, teria agido corretamente, dispondo na lei que instituísse a contribuição social que o numerário através dela arrecadado fosse destinado apenas, por exemplo, ao financiamento da seguridade social. Todavia, suponhamos que o administrador público editasse atos administrativos, ou regulamentos, destinando os recursos legislativa e constitucionalmente vinculados a finalidades sociais a outros escopos, que não àqueles de Direito;
- Hipótese (3): o poder constituinte reformador edita emenda constitucional modificando o regime constitucional das contribuições sociais, permitindo que o produto por meio delas arrecadado se desvincule das finalidades que legitimariam a sua instituição e arrecadação.

Mas quais são os mecanismos processuais indicados para se corrigir eventuais ilicitudes no encaminhamento dos recursos arrecadados através das contribuições?

\* \* \*

No plano legislativo, a resposta é uma só: o controle de constitucionalidade concentrado, exercido no Brasil, com exclusividade, pelo Supremo Tribunal Federal, através, no caso ora ventilado, especificamente, da ação direta de inconstitucionalidade.

Este caso não induz maiores problemas, sendo, dentre as distorções que são impostas ao regime das contribuições sociais, o que atrai a resolução mais fácil. Interessante notar que, justamente por isso, não se tem notícia de que tenha sido alguma vez usado, com a edição de norma legal onde constasse expressamente, por exemplo, que os recursos arrecadados por meio das contribuições sociais seriam destinados ao pagamento da dívida mobiliária da União. A

inconstitucionalidade neste caso seria flagrante e ingênua, podendo ser de plano verificada no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade, o que levou algumas autoridades do Estado a elaborarem técnicas mais sutis de tredestinação das verbas recolhidas aos cofres públicos por meio das contribuições sociais.

\* \* \*

Já no plano infralegal, ressalte-se que a administração se sujeita a diversas modalidades de controle, do qual o judicial representa apenas uma das espécies. É deste que aqui trataremos.

Com ressaltado acima, o dever-poder do administrador de dar a destinação correta ao produto das contribuições deve resultar na edição de ato administrativo vinculado, totalmente passível de controle pelo Poder Judiciário. As violações de tal dever resultam, portanto, da inobservância, pelos administradores públicos<sup>8</sup> (agentes arrecadadores, por exemplo), das normas jurídicas que disciplinam rigidamente o exercício da função administrativa.

BANDEIRA DE MELLO expõe com precisão o conceito de ato vinculado:

“Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.” (2001: 380).

A destinação dos valores arrecadados por meio das contribuições é exemplo de ato administrativo vinculado. Deveras, ante os mandamentos constitucionais<sup>9</sup> e legais existentes, não resta aos administradores qualquer espaço de apreciação discricionária acerca da destinação de tais valores, porquanto estão eles afetados a

---

<sup>8</sup> Misabel DERZ (2001) já alertara, como visto acima, que a aceitação, pelo STF, da ausência de uma parafiscalidade necessária para as contribuições sociais, sujeitas como deviam estar à arrecadação pelo INSS, e não pela Secretaria da Receita Federal, conduziria ao desvirtuamento completo de tais tributos, com o desvio do produto por meio deles arrecadados a finalidades outras, que não a implementação dos direitos sociais.

<sup>9</sup> Excluídos aqui, por óbvio, os valores cujo desvio tem previsão constitucional, em virtude da chamada D.R.U.

destinações ligadas à realização concreta dos direitos sociais. E os atos vinculados são plenamente passíveis de sofrerem sindicância pelo Poder Judiciário.

Dentre os instrumentos existentes para o controle jurisdicional da administração pública, indaga-se quais seriam aqueles mais adequados a serem utilizados em tal controle. Propõe-se sejam os seguintes: (1) Ação Popular; e (2) Ação Civil por improbidade administrativa. Com efeito, tais ações possuem objetos diversificados, posto que semelhantes em alguns aspectos. São eles:

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, o objeto da ação popular é o seguinte:

“O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

(...)

Dentre os atos com presunção de ilegitimidade e lesividade, sujeitos à anulação popular, a mesma lei enumera: I – a admissão ao serviço público remunerado com desobediência às condições de habilitação, às normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais ...” [a lei 4717/65, enumera, em seu artigo 4º, várias hipóteses]

“Afora os casos específicos acima indicados, rendem ensejo a anulação pela ação popular os atos das entidades enumerados no art. 1º que contenham qualquer desses vícios: incompetência de quem os praticou; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; ou desvio de finalidade (art. 2º e parágrafo único). A própria lei incumbiu-se de conceituar os vícios que enumerou como ensejadores da anulação, mas admitiu também que outros podem ocorrer, segundo a natureza do ato e as prescrições legais específicas para a sua prática (art. 3º). Deste modo, ficou evidenciado que a discriminação da lei não é exaustiva, admitindo novas hipóteses de atos ou contratos invalidáveis pela ação popular, desde que ocorram os pressupostos de ilegalidade e lesividade ao patrimônio público, a que se refere a nova Constituição da República.

Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos (...).”

(MEIRELLES, 2002: 132-134 – grifos nossos)

Assim, qualquer cidadão (art. 5º, LXXIII) é parte legítima para ajuizar ação popular visando à anulação de ato administrativo que deu ao produto arrecadado por

meio das contribuições sociais destinação diversa daquela prevista na lei e na Constituição, porquanto salta aos olhos a ilegalidade do objeto do ato.

Já a ação civil por improbidade administrativa tem por objeto a restauração do patrimônio público lesado pela prática dos chamados atos de improbidade administrativa, bem como a aplicação de sanções políticas, civis e administrativas aos servidores que os tiverem praticados. Os atos de improbidade administrativa, caracterizados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8429/92, podem ser daqueles que representam prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do servidor, ou tão-somente violação aos princípios constitucionais da administração pública, dentre os quais o da legalidade. Ora, no caso ora analisado, relativo à destinação do produto arrecadado por meio das contribuições sociais, a canalização deste à implementação dos direitos sociais encontra respaldo na lei e na Constituição, às quais deve o administrador obediência estrita, em virtude do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. E, como já ressaltado acima, trata-se de ato vinculado a ser praticado pelo administrador, plenamente controlável pelo poder judiciário. Enfim, consubstancia-se o desvio do produto arrecadado através das contribuições ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios constitucionais da administração pública, sendo, *ipso facto*, passível de restauração através da ação civil por improbidade administrativa, cujos legitimados são a pessoa jurídica de direito público lesada e o Ministério Público.

Assim, o cidadão, o Ministério Público, bem como a pessoa jurídica de direito público lesada podem se utilizar de instrumentos processuais com o fito de restabelecer a ordem constitucional violada pelo administrador público, dando às contribuições sociais o destino funcional que lhes é estabelecido pelo texto maior.

\* \* \*

A Emenda Constitucional n. 27/2000 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro relevante alteração no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo teor foi sucessivamente repisado por emendas ulteriores até o advento da atual Emenda n. 56/2007, que deu a seguinte redação ao dispositivo em questão:

"Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 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.

(...)

§2º. Excetua-se da desvinculação de que trata o caput deste artigo a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, §5º, da Constituição."

Assim, restou autorizado, por norma de hierarquia constitucional, que 20% do produto arrecadado por meio das contribuições sociais fossem canalizados para fins diversos daqueles que legitimaram a sua criação.

Obviamente que a inspiração do dispositivo acima não foi o fato de que os direitos sociais dos brasileiros já se encontravam satisfeitos, ou de que as atividades estatais ligadas à sua concretização se encontravam dotadas de mais recursos do que necessitavam. Vem aqui em mente o que já foi tratado *supra*, referente à corrupção sistêmica do processo de concretização constitucional, agora ligada à atividade legislativa de reforma do texto constitucional, conduzida tendo por referência única e tão-somente dados econômicos e virando as costas para o sistema constitucional propriamente dito.

A situação consagrada na norma acima transcrita foi apelada de DRU – Desvinculação de Receitas da União.

Como se sabe, as emendas constitucionais, por não emanarem de um poder constituinte propriamente dito, mas sim de um poder constituído - a quem é dado, em determinados casos, modificar o texto constitucional, desde que respeitados os parâmetros que a própria Constituição estabelece para a sua reforma - podem ser objeto de controle jurisdicional de constitucionalidade. Trata-se, pois, a possibilidade de tal controle, de um corolário das idéias de rigidez constitucional e de supremacia da Constituição. Diante disso, indaga-se: seria a chamada DRU constitucional, ou

seja, teria sido ela introduzida no texto da Constituição mediante as formas, e de acordo com os limites, que a própria Constituição impõe à sua modificação?

O art. 60, §4º, da Constituição, fixa as chamadas cláusulas pétreas, ou seja, as normas constitucionais originárias que não poderão ser objeto de modificação sequer através de uma emenda constitucional. Aliás, a Constituição estabelece que sequer serão deliberadas as propostas de Emendas à Constituição que tenham por objeto a modificação de cláusulas pétreas, o que já levou o Supremo Tribunal Federal a, inúmeras vezes, reconhecer o direito subjetivo de parlamentar se opor, pela via do mandado de segurança, ao próprio processo legislativo de emendas constitucionais maculadas, desde a origem, por vícios de inconstitucionalidade material. Pois bem, o dispositivo em referência tem a seguinte redação:

"Art. 60 – omissis.

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais."

Interpretando a expressão "direitos e garantias individuais", o Supremo Tribunal Federal já afirmara outrora que estas não se restringem ao que está disposto no art. 5º da Constituição, encontrando-se, ao contrário, dispersas ao longo do texto constitucional. O próprio §2º do art. 5º, é oportuno ressaltar, indica o caráter não-exaustivo dos direitos e garantias previstos no *caput* e nos incisos daquele artigo. Resta, neste contexto, saber se os direitos e garantias sociais se subsumem na dicção do §4º do art. 60 da Constituição, ou se, ao contrário, devem ser eles vistos como uma noção que não integra os chamados "direitos e garantias individuais".

Entende-se aqui que a cláusula pétrea acima transcrita deve ser lida como "direitos e garantias fundamentais", e não como "direitos e garantias individuais", na acepção liberal-burguesa do termo.



Os direitos fundamentais, como visto, não são o resultado de um único ato político, configurando-se antes como o produto de um processo histórico evolutivo de agregação (e não de superação), nos quais se incluem não só os direitos e garantias individuais em sentido estrito, mas também os direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos. Isso quer dizer que os direitos e garantias previstos no art. 5º não existem isoladamente do restante dos direitos fundamentais, pois quando se fala em gerações de direitos fundamentais, não se quer dizer que sejam elas separadas e estanques, mas sim que representam perspectivas diferenciadas de um único sistema de direitos.

Os direitos e garantias individuais não existem plenamente sem os direitos sociais, e as relações entre eles são íntimas. Basta se lembrar de qual é a parcela da população que não tem as suas mais básicas liberdades respeitadas pelo Estado: justamente aquela que não tem acesso aos direitos sociais. A falta de qualquer dos direitos fundamentais, sejam individuais, sejam sociais, geram o mesmo fenômeno social, qual seja, a exclusão, a não-plenitude da cidadania. Os direitos fundamentais são, portanto, indivisíveis. As suas diferentes espécies representam apenas perspectivas diferenciadas de se abordar um mesmo objeto: o sistema de direitos, pólo irradiador dentro do ordenamento jurídico do qual partem as suas diretrizes centrais, que o tornam a apto a se transfigurar e se manter como uma ordenação jurídica legítima do corpo social, mantendo-o, por isso, coeso.

Neste contexto, não faria sentido algum que os direitos individuais do art. 5º da Constituição devessem permanecer intocados, mas que os direitos sociais pudessem ser extirpados do texto constitucional pelo legislador reformador. O sistema de direitos fundamentais é uno, e não sofre regressões dissonantes com o conceito processual de Constituição, definida como um *topoi* argumentativo no qual se depositam os anseios de liberdade e de igualdade (formal e material) dos indivíduos (direitos e garantias individuais e sociais) e da sociedade (direitos coletivos e difusos), cambiantes ao longo da história, mas dotados sempre do escopo de aprimoramento civilizatório básico que marca a própria noção constitucionalismo (no seu sentido moderno e ocidental). Portanto, é inteiramente inadequada a leitura literal do disposto no art. 60, parágrafo 4º, da Constituição,

porquanto não só os direitos individuais em sentido estrito são por ela resguardados contra reformas do seu texto. Em suma, os demais direitos que integram o sistema de direitos fundamentais, por serem inseparáveis dos direitos e garantias individuais (consubstanciando-se, em verdade, apenas numa perspectiva diversa de um mesmo dado), são também protegidos contra emendas constitucionais, de modo que naquele dispositivo deve ser lido que *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”* o sistema de direitos e garantias fundamentais.

É oportuno lembrar que são as cláusulas pétreas a identidade permanente de uma Constituição, sendo inequívoco o caráter igualitário e expansivo dos direitos sociais adotado pela ordem constitucional de 1988. Assim, excluir os direitos sociais da expressão “direitos e garantias individuais” constante do rol de cláusulas pétreas, permitindo a sua supressão ou mutilação significativa por meio de Emendas Constitucionais, seria privilegiar interpretação contrária à identidade constitucional.

Além disso, é possível afirmar que as contribuições sociais são garantias constitucionais fundamentais, porquanto se destinam a proteger e tornar efetivos os direitos sociais.

A viabilização da destinação de 20% do produto arrecadado por meio de contribuições sociais para finalidades distintas daquelas que inspiraram a sua criação viola, de forma deveras relevante, um instrumento de garantia da realização de uma espécie de direitos fundamentais. Com efeito, um quinto de todo o produto arrecadado por inúmeras contribuições sociais, o que representa uma cifra bilionária, vem deixando de ser utilizados na efetivação dos direitos sociais, em detrimento dos desígnios fundamentais estabelecidos na Constituição.

Assim, por militarem contra o sistema de direitos fundamentais, inviabilizando a realização dos direitos sociais, são inválidas as emendas constitucionais que estabeleceram a chamada DRU, permitindo a desvinculação de 20% do produto arrecadado através das contribuições sociais e a sua aplicação em despesas diversas daquelas concernentes às atividades do Estado desempenhadas em prol da efetivação dos direitos sociais.

## 5. CONCLUSÃO

Ante o que foi até agora visto, podem ser estabelecidas as seguintes conclusões:

- as contribuições sociais são tributos previstos na Constituição Federal com um destino específico, qual seja, o de financiar a implementação concreta, por parte do Estado, dos direitos sociais, principalmente aqueles ligados à seguridade social, previstos no texto maior;
- portanto, a destinação que tem que ser dada ao produto arrecadado por meio das contribuições sociais tem estatura constitucional, devendo existir no ordenamento mecanismos processuais que garantam a eficácia de tais preceitos;
- o contribuinte, em verificando a ocorrência de desvios por parte do Estado na gestão dos recursos arrecadados por meio das contribuições sociais, não pode se exonerar do pagamento delas. Todavia, pode ele, na qualidade de cidadão, manejar ação popular, em sendo o desvio efetuado no plano infralegal, visando a restabelecer a legalidade da gestão dos recursos obtidos através de contribuições;
- o processo constitucional tem por objeto os mecanismos processuais destinados a restabelecer a ordem constitucional violada, reafirmando os preceitos maiores da ordem jurídica e garantindo a sua eficácia;
- se o desvio for efetivado através de lei, que prevê em seu corpo norma cujo sentido é o de estabelecer a redestinação dos valores arrecadados por meio das contribuições sociais, o instrumento processual cabível, em tese, é a ação direta de inconstitucionalidade;
- no entanto, se o desvio se der dentro do exercício da função administrativa, podem, ser manejadas as ações popular e civil por improbidade administrativa, nos termos já expostos acima;
- nem mesmo através de emendas à Constituição poderia o produto arrecadado por meio de contribuições sociais ser aplicado em gastos outros, diversos daqueles que inspiraram a criação do tributo e que, por se tratarem dos elementos centrais das normas que conferem competência à União na

matéria, não poderiam ser desconsiderados sem que fossem também arranhados, a um só tempo, os direitos sociais dos cidadãos brasileiros.

Por derradeiro, resta sublinhar que, sem a utilização efetiva de mecanismos processuais na defesa da efetividade das contribuições sociais, de nada adiantaria a Constituição prevê-las. Na verdade, estar-se-ia consolidando verdadeira fraude aos direitos sociais, na medida em que se tornaria possível, ante a eventual ausência de um processo constitucional consolidado, a destinação dos recursos que dariam concreção aos referidos direitos, para finalidades outras que não aquelas originalmente previstas no texto constitucional.

Neste sentido, sobreleva, repita-se uma vez mais, a importância do processo constitucional, como o único meio de se garantir efetivamente que as contribuições sociais cumpram as finalidades para as quais a Constituição destinou-as, viabilizando a efetivação dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana através da jurisdição e do processo.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. in OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004. p. 25-44

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 358p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. (atualizadora) *“Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 859 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *“Direito Administrativo”*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 674p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. 219p.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. 55p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 414p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *“Curso de Direito Administrativo”*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 918p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 566p.

MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 175p.

NEVES, Marcelo. *Concretização constitucional e controle dos atos municipais*. In *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*.

Coordenadores: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 568

PESSOA DE MENDONÇA, Otto Carvalho. *A-destinação e tredestinação do produto da arrecadação das contribuições sociais e interventivas*. Dissertação de mestrado. UFMG, 2006. 209p.

SAMPAIO, José Adércio Leite e SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional – Estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 325p.

SPAGNOL, Werther Botelho. *“As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro”*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 158p.