

# Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) Quanto às Contribuições Sociais Sob a Ótica dos Direitos Prestacionais Fundamentais

Frederico Menezes Breyner

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Da Emenda Constitucional nº 42 de 19 de Dezembro de 2003 - 3. Dos Direitos Fundamentais Prestacionais - 4. Dos Limites ao Poder de Emendar a Constituição - 5. DRU e Contribuições Sociais - 6. Conclusão - 7. Referências Bibliográficas

**RESUMO:** O artigo discute a constitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União – DRU, atualmente regulada pela EC 42/2003, confrontando-a com a opção do constituinte originário brasileiro pela prévia afetação da receita das contribuições sociais ao custeio dos direitos fundamentais prestacionais, principalmente de segunda geração. Ao permitir a utilização desta receita para outros gastos, a EC 42/2003 desvirtua o princípio estrutural da afetação da receita das contribuições, e restringe a possibilidade de efetivação dos referidos direitos fundamentais, pois estes necessitam de gastos por parte do Estado para serem implementados, motivo pelo qual conclui-se pela sua inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** This article debates on the constitutionality of the “Desvinculação das Receitas da União – DRU”, confronting it with Brazilian Constitution norms that regulate social taxes and contributions. Bearing in mind the present scenario of intense search for flexibilization of the State’s financial activities in order to improve governability, and also the limits of constitutional reforms and mainly the integrity of the constitutional social security system, the Emenda Constitucional 42/2003 (“Constitutional Amendment 42 / 2003”), which is the one ruling DRU, is carefully analyze

## 1. Introdução

O histórico da evolução do Estado demonstra que o mesmo passou a assumir cada vez mais deveres perante a sociedade, trazendo para seu âmbito de atuação atividades de intervenção no campo econômico e social através de prestações positivas, destinadas a implementar direitos fundamentais dos cidadãos e da coletividade.

Com base nessa premissa, o constituinte originário, criador da Constituição da República 1988, objetivando garantir o suporte financeiro para as atividades estatais, estabeleceu, previamente, a vinculação de determinados ingressos financeiros a gastos por ele determinados, considerados como prioritários, impedindo o Poder Executivo, por meio do orçamento, de utilizar tais recursos para finalidade diversa.

Porém, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, diversas Emendas Constitucionais estabeleceram algum tipo de desvinculação das receitas arrecadadas pela União, com o objetivo de dar maior flexibilidade à atividade financeira do referido ente político.

As desvinculações sempre foram norteadas por razões calcadas

na governabilidade e maleabilidade administrativa, na medida em que liberavam o Executivo das vinculações originariamente estabelecidas na Constituição, permitindo ao mesmo, quando da elaboração dos projetos de leis orçamentárias, afetar referidas receitas a gastos diversos daqueles estabelecidos por vontade do constituinte originário.

Com base nisso, propõe-se no presente trabalho uma análise da constitucionalidade da denominada DRU – Desvinculação das Receitas da União - quando confrontada com as normas constitucionais que legitimam as contribuições sociais, que são tributos cuja receita é previamente afetada.

Justifica-se esta breve investigação pelo fato de que os referidos tributos não se destinam somente a financiar a atividade estatal, mas também à promoção e implementação dos direitos fundamentais prestacionais.

Além disso, discute-se atualmente, conforme divulgado na imprensa<sup>1</sup>, proposta de nova Emenda Constitucional que ampliaria o montante a ser desvinculado, instituindo-se a DRU de 40%, com o suposto objetivo de se conseguir o déficit público zero, ao arrepio das normas constitucionais que determinam a afetação de receitas aos gastos sociais necessários à implementação dos direitos fundamentais prestacionais. Tal fato demonstra a atualidade e a importância do tema aqui tratado.

Portanto, é necessário analisar a Emenda Constitucional veiculadora da DRU sob os limites do poder do constituinte derivado em emendar a Constituição, de modo a verificar se o mesmo se pautou dentro de tais limites.

## 2. Da Emenda Constitucional nº 42 de 19 de Dezembro de 2003

Nos moldes atuais, a Desvinculação das Receitas da União (DRU) é regulamentada pela EC 42/2003, que deu a seguinte redação ao art. 76 do ADTC:

---

1 - *O Estado de São Paulo - Edição Digital*, Quarta-feira, 06 de julho de 2005, disponível em <http://www.estadao.com.br/economia/noticias/2005/jul/06/26.htm>, *Primeira Leitura*, Edição nº 1497, 06/07/2005, disponível em <http://www.primeiraleitura.com.br/auto/leia.php?id=47074>, *Resenha Eletrônica da Fazenda Nacional*, 07/07/2005, disponível em <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=205790>, *Jornal O Estado de São Paulo* - 07/07/2005, *Revista Época* - 18/07/2005 nº374.

**Art. 76.** É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, a e b; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 27, de 2000)

Pela leitura do dispositivo citado podemos apontar as seguintes características da DRU:

- a) determinou a desvinculação de receitas vinculadas originariamente a determinados gastos até o ano de 2007;
- b) não estabeleceu nenhum tipo de destinação ao montante desvinculado, deixando-o à livre disposição pelo Executivo;
- c) ressalva possíveis problemas político-jurídicos com as demais entidades federadas, pois resguarda as transferências constitucionais (§1º);
- d) excetua da desvinculação a contribuição social do salário-educação (§2º)

Diante da atual redação do art. 76 do ADTC e da premissa colocada na introdução do presente trabalho, passa-se agora à análise da constitucionalidade da DRU, tendo em vista os limites do poder constituinte derivado em emendar a Constituição e a relação das contribuições sociais com a implementação dos direitos fundamentais prestacionais.

### 3. Dos Direitos Fundamentais Prestacionais

Com a superação do modelo liberal, o Estado passou a intervir cada vez mais em campos antes reservados quase que integralmente à esfera privada. A intervenção estatal na sociedade e na economia é legitimada pelos objetivos conferidos ao Estado, a exemplo da promoção da igualdade material e conseqüente redução das desigualdades sociais e econômicas. Em suma, a referida intervenção tem como objetivo primordial a garantia dos direitos fundamentais prestacionais, consistentes no dever do Estado em oferecer aos cidadãos e à comunidade prestações positivas.

Esses objetivos foram concebidos porque a auto-regulação da sociedade pelas leis naturais da economia, somada à abstenção do Estado, ao invés de conduzir a sociedade ao patamar esperado de liberdade e igualdade, provocou um profundo abismo social e grande desigualdade econômica.

Portanto, de modo a corrigir tais desigualdades e diminuir a espoliação dos desfavorecidos, o Estado, além de respeitar a esfera privada dos indivíduos, assumiu, principalmente frente aos hipossuficientes, o dever de oferecer prestações positivas, de modo a eliminar obstáculos sócio-econômicos que impossibilitassem o alcance da real igualdade e liberdade. Juridicizou-se então os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, correspectivos ao dever de prestações estatais positivas.

As normas que impõem ao Estado o dever de oferecer uma prestação não são homogêneas, fazendo com que aos diversos deveres prestacionais sejam atribuídos regimes jurídicos distintos.

Apesar da grande variedade na classificação e denominação desses direitos<sup>2</sup>, em razão do corte metodológico aqui proposto e do embasamento advindo das classificações aqui adotadas, afigura-nos suficiente determiná-los em razão de seu *locus* e conteúdo, tomando-os por direitos prestacionais originários e derivados e direitos a prestações fáticas (materiais) ou normativas.

---

2 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1 n° 1, 2001, p. 11 e ss. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2006.

Direitos prestacionais originários são aqueles identificáveis quando:

“(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”<sup>3</sup>

Direitos prestacionais derivados são aqueles que os cidadãos usufruem e participam na medida em que institucionalizados pelo Poder Público, principalmente por meio de concretização legislativa. Em suma, temos que os direitos prestacionais originários são aqueles concedidos pelo constituinte originário, que retira dos poderes constituídos a possibilidade de deles dispor. Diferenciam-se dos direitos prestacionais derivados que são formulados pelo constituinte originário, cabendo aos poderes constituídos sua institucionalização.

Já a segunda divisão relaciona-se com o conteúdo da prestação. As prestações fáticas implicam uma postura ativa do Estado de modo a garantir o efetivo exercício de liberdade, ou seja, são prestações que objetivam colocar à disposição do cidadão condições mínimas de subsistência (mínimo existencial) de modo a proporcionar uma vida digna e efetivo exercício dos demais direitos. Quanto às prestações normativas, direcionam-se principalmente ao Poder Legislativo em sua função legiferante e ao Executivo em sua função regulamentar e administrativa, com o objetivo de proporcionar o devido regramento jurídico às normas constitucionais e legais que apontam determinado fim prestacional.

Posteriormente, com o advento dos direitos coletivos e difusos, denominados direitos fundamentais de terceira geração, atribuiu-se “*poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais, tendo como princípio consagrador o da solidariedade entre os contemporâneos e entre gerações.*”<sup>4</sup>

Dessa forma, a previsão constitucional dos direitos de terceira geração:

---

3 - CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 554.

4 - SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 676.

“[...] assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano [...], qualificando-se como encargo que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada.”<sup>5</sup>

Nota-se, então, que o encargo na proteção desses direitos impõe-se também ao Estado, que tem o dever legal de assegurá-los através de ações, a exemplo da proteção do meio ambiente efetivada por obras públicas e políticas de conscientização e preservação. Esta geração de direitos apresenta dois pontos de contato com os direitos de segunda geração: a) impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas e b) são pressupostos para que os cidadãos exerçam plenamente sua liberdade e igualdade.

Portanto, a expressão “direitos prestacionais” aqui analisada refere-se aos direitos prestacionais fáticos, de segunda e terceira geração, que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, através de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos ao pleno exercício dos direitos individuais, principalmente os sócio-econômicos e ambientais.

Porém, mesmo a concepção das prestações positivas sofreu alterações quanto à sua extensão, imperatividade e exigibilidade, motivo pelo qual passamos aqui a discorrer especificamente sobre as mesmas.

A intervenção estatal no campo econômico-social pretendeu primeiramente corrigir as distorções advindas do liberalismo, trazendo consigo uma carga de justiça distributiva. Isso porque visou afastar os efeitos da primazia do livre capital sobre o trabalho, uma vez que os detentores do poder econômico utilizavam deste para subjugar os desfavorecidos. Dessa forma, sob o dogma da não interferência do Estado na esfera negocial dos particulares, os poderosos manifestaram sua vontade no sentido de acumular para si a riqueza, sem que pudesse haver uma contra-vontade dotada da mesma força social e econômica. A concentração de bens excluiu vários segmentos sociais do processo econômico e político, fazendo com que a situação dos mesmos impedisse o exercício até mesmo dos direitos individuais.

Sendo assim, num primeiro momento, o Estado Social descarregou todos os seus ideais no Poder Executivo, e conseqüentemente na Administração Pública. Isso porque o chefe de Estado tinha a incum-

---

5 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. MS n. 22.164-SP. Rel. Min Celso de Mello. DJ 17.11.2005, p. 39206

bênça de, utilizando-se de seu poder diretivo da sociedade, impedir e diminuir a desigualdade social e econômica.

Porém, a confiança no Estado empreendedor e prestador de serviços foi abalada quando se percebeu que o dirigismo dos líderes não foi suficiente para cumprir com os objetivos a que se propôs. Então, de modo a superar a crise de legitimidade do Estado Social de Direito, formulou-se o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem por missão consolidar a transferência do poder da classe dirigente para os destinatários das normas e do poder estatal, permitindo que os mesmos influenciem permanentemente as decisões, atos e ações estatais, através dos mecanismos de deliberação democrática<sup>6</sup>. Esta nova exigência constitucional provoca o surgimento de novos direitos, os de participação e transparência na gestão estatal, que tendem a elevar-se à categoria de direitos fundamentais de quarta geração<sup>7-8</sup>.

Diferentemente do Estado Social, concebido para atuar de modo a corrigir as distorções advindas do liberalismo, o Estado Democrático de Direito atua para garantir, preventivamente, os direitos básicos dos cidadãos, a fim de que os mesmos possam exercer todas as suas liberdades jurídicas, influenciar e participar efetivamente do exercício do poder estatal.

Concomitantemente, o Estado Democrático de Direito representa uma revalorização da lei e do Direito, para que se garanta o cumprimento da vontade popular influenciadora de toda a criação estatal, em detrimento da vontade dos chefes dirigentes.

Confirma tal assertiva a seguinte passagem de STRECK:

“O que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto à plenipotência

---

6 - HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, apud LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 160.

7 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 524-6.

8 - A nosso ver tais direitos são acolhidos positivamente em nossa Constituição, citando a título de exemplo: Preâmbulo; art. 1º, *caput* e inciso I; art. 9º; art. 14; art. 29, XIII; art. 34, VII, d; art. 37, §3º; art. 58, IV; art. 74, §2º; art. 84, XXIV; art. 165, §3º; art. 194, VII e art. 198, III.

riedade da razão política que tantas seqüelas deixou. Como bem assinala Diaz, o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado Social de Direito.”<sup>9</sup>

Dessa forma, como a nossa Constituição adota o modelo democrático de Estado de Direito (art. 1º), cumpre observar em seu texto as normas que imputam ao Poder Público o dever de oferecer prestações positivas, atribuindo aos cidadãos o correspectivo direito subjetivo<sup>10</sup> de exigir a atuação, de forma a garantir o pleno exercício das liberdades e faculdades jurídicas. São elas: art. 6º (que abarca amplamente os direitos sociais); art. 144 (segurança pública); art. 196 (saúde); art. 205 (educação); art. 225 (meio ambiente ecologicamente equilibrado); art. 230 (amparo ao idoso); art. 226, §7º (direito a recursos educacionais e tecnológicos necessários ao planejamento familiar); art. 227 (amparo à criança e ao adolescente).

Os referidos dispositivos, ao estabelecerem o vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, investindo o primeiro em direito subjetivo, não fazem menção à lei ou regulamentação posterior, ou seja, reafirma-se que o poder constituído não pode dispor de tais direitos. As funções legislativas e administrativas têm aqui a finalidade de propiciar a efetiva implementação de tais direitos, e não de outorgá-los, o que já foi feito pelo constituinte. Os poderes constituídos não podem, por inércia, revogar direitos definidos na Constituição, mormente quando a mesma não exige interposição legislativa como condição para fruição de tais direitos<sup>11</sup>.

---

9 - STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 165.

10 - BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 102-5.

11 - O STF, analisando o direito constitucional relativo à saúde (art. 196 da CF), principalmente no caso de fornecimento de medicamentos, declarou que a previsão constitucional não necessita de previsão infraconstitucional para ser implementada. Neste sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. RE 195192/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22.02.2000. Publicação: DJ 31.03.2000, p. 60; 2ª Turma. Ag. Reg. no Ag. Inst. 238328/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16.11.1999. Publicação: DJ 18.02.2000, p. 59; 2ª Turma. Ag. Reg. no RE 271286/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12.09.2000. Publicação: DJ 24.11.2000, p. 101; 2ª Turma. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 259508/RS. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 08.08.2000. Publicação: DJ 16.02.2001, p. 137.

O caráter fundamental dos direitos prestacionais pode ser aferido tanto por uma compreensão formal (ou topográfica), quanto substancial.

O primeiro argumento se dá por uma análise do Título II da Constituição de 1988, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Mencionado título abrange o Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º), Capítulo II – “Dos Direitos Sociais” (art. 6º a 11), Capítulo III – “Da Nacionalidade” (art. 12 e 13), Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” (art. 14 a 16) e Capítulo V – “Dos Partidos Políticos” (art. 17).

Nota-se, então, que todos os direitos compreendidos no Título II da Constituição têm o *status* de direito fundamental, obtendo assim o atributo da aplicabilidade imediata<sup>12</sup> estampada no §1º do art. 5º da Constituição. Isso porque referida norma refere-se aos direitos fundamentais, mesma terminologia utilizada no Título II:

Art. 5º (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dentre os dispositivos do Título II, o art. 6º enumera direitos que dependem de uma atuação do Estado, principalmente da Administração Pública, para serem implementados:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

Tais direitos são direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, o que imputa imediatamente ao Estado o dever em sua implementação. Portanto, a omissão estatal traduz-se em sua inadimplência perante aqueles que carecem dos bens jurídicos, conteúdo de tais direitos. Nesse ponto, aplica-se a lição de CANOTILHO, que embora refira-se ao

---

12 - Repise-se que, conforme exposto anteriormente, aqui está a se tratar apenas de direitos prestacionais fáticos e originários, ou seja, atribuídos diretamente pela Constituição, que não dependem da interposição de atividade legislativa (direito a prestações normativas).

Estado Português encontra guarida em nosso ordenamento jurídico:

“Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um ‘núcleo básico de direitos sociais’ (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.”<sup>13</sup>

Na perspectiva substancial, a fundamentalidade dos direitos prescacionais é compreendida pelo fato de que, sem as mínimas condições de subsistência, os demais direitos, até mesmo os individuais, não são passíveis de exercício. São direitos que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, através de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos sócio-econômicos ao pleno exercício dos direitos individuais. Devem ser preservados, pois foram priorizados pelo constituinte originário como fundamentais à verdadeira concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, notadamente a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Por isso, abrangem também os direitos que formalmente não se encontram no Título II da Constituição, mas que apresentam tais características, o que é confirmado pela não-taxatividade prevista no art. 5º, §2º da CF.

#### 4. Dos Limites ao Poder de Emendar a Constituição

A Constituição deve ser observada por todas as demais espécies jurídico-normativas, sendo defeso a qualquer ato normativo dela decorrente contrariá-la, seja formal ou materialmente, em razão do princípio da supremacia da Constituição. Tal princípio faz com que a ordem estatuída pelo constituinte originário seja preservada, devendo ser modificada somente dentro dos limites colocados originariamente.

Dessa forma, o poder constituinte derivado, por ser fruto da obra do constituinte originário, é um poder constituído que sofre limitações no momento de exercer sua função de modificar a Constituição através de Emendas Constitucionais, previstas no art. 59, I e regulamentadas no art. 60 da Constituição.

---

13 - CANOTILHO. Op. cit, p. 470.

O art. 60 da Constituição da República traz expressamente alguns limites de ordem procedimental (incisos, e parágrafos 2º, 3º e 5º), circunstancial (§ 1º) e material (§ 4º).

Para este trabalho importam principalmente os limites materiais ao poder de emendar a Constituição. O § 4º do art. 60 traz uma proibição de deliberação sobre as matérias que elenca, ou seja, repele até mesmo a proposta que apresente, mesmo por via oblíqua, simples tendência em abolir os princípios ali constantes. Nota-se, então, que essa sanção mais gravosa foi colocada de maneira expressa pelo constituinte originário por entender tais matérias essenciais à manutenção da ordem por ele estatuída.

Importante aqui ressaltar a previsão do art. 60, § 4º, IV da Constituição. A referida norma deve ser compreendida no contexto do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição). Sendo assim, o termo “direitos e garantias *individuais*” não deve ser compreendido apenas em sua dimensão clássica, ou seja, direitos do cidadão em impedir que o Estado invada sua esfera individual, denominados direitos de defesa<sup>14</sup>. Compreende também os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, ou seja, o direito do Estado em oferecer prestações positivas ao cidadão e à coletividade (direitos prestacionais), necessárias para a realização dos princípios (art. 1º) e objetivos (art. 3º) de nossa República.

O Supremo Tribunal Federal já identificou, em nosso ordenamento constitucional, a evolução dos direitos fundamentais, atestando a necessidade de proteção aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. É o que se depreende de trecho do voto do Ministro Celso de Mello, na relatoria do MS 22.164 – SP (DJ 17/11/95):

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento impor

---

14 - ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Theorie der Grundrechte). Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 186.

tante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”

O desrespeito aos direitos prestacionais não pode ser tolerado face nosso sistema constitucional, uma vez que tal fato levaria à impossibilidade do exercício dos direitos individuais, pois, conforme visto, os primeiros são condições necessárias para a efetiva realização dos últimos.

Retornando às demais limitações materiais, temos que esses limites expressos não constituem uma autorização para que o constituinte derivado modifique livremente outras matérias constitucionais que não se encaixem diretamente nos incisos do art. 60, §4º, ou seja, não se admite, aqui, o raciocínio a *contrario sensu*.

A natureza não exaustiva do rol do art. 60, §4º da Constituição é evidenciada por HORTA:

“As limitações do § 4º do art. 60 da Constituição são limitações materiais explícitas, assim configuradas na sede da norma constitucional. Essas limitações não exaurem as linhas da demarcação intransponível pelo poder de emenda e de revisão. Há outras limitações difundidas nas regras constitucionais e de cuja pesquisa se recolherá o conjunto das limitações materiais implícitas”<sup>15</sup>.

Embora utilizando nomenclatura diversa, BONAVIDES também admite a existência de outros pontos intangíveis da Constituição, não abarcados expressamente pelo art. 60, §4º:

“O poder de reforma constitucional exercitado por um poder constituinte, sobre ser um poder sujeito a limitações expressas do gênero daquelas acima expostas, é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição”<sup>16</sup>.

E continua o eminente constitucionalista, ao discorrer sobre as formas de limitações tácitas:

---

15 - HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 95.

16 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 178

“Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional” 17.

Das lições citadas acima depreende-se que mesmo reformas parciais, que não ataquem diretamente a matéria prevista no art. 60, §4º da Constituição, podem contrariá-la por agredir princípios básicos fundantes dos diversos temas nela tratados, subvertendo assim o mandamento do constituinte originário.

Portanto, para uma melhor delimitação do tema, cumpre agora conceituar o que seria o limite material implícito ao poder de emendar a Constituição. Afigura-nos suficientemente preciso o conceito de BANDEIRA DE MELLO:

“São limites materiais implícitos os impedimentos a que os vetores básicos da Constituição, ou princípios nela vivamente encarecidos, sejam afetados, pois isto implicaria desfigurar a Constituição, subvertê-la, trazendo consigo, na verdade, uma Constituição nova, diversa daquela que foi concebida pelo poder constituinte” 18.

Conclui-se então que os princípios básicos consagrados pela Constituição, seja porque se apresentem como fundamento dos diversos temas nela tratados, seja porque são decorrências de ilações ou conexões<sup>19</sup> originadas das matérias elencadas no § 4º do art. 60, não são passíveis de alteração pelo constituinte derivado, sob pena deste subverter a ordem posta pelo constituinte originário.

Servirá então o exposto acima como balizador na análise constitucional da desvinculação das receitas da União, operada pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

---

17 - BONAVIDES. Op. cit., pp. 178-179.

18 - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 303.

19 - HORTA. Op. cit., p. 97.

## 5. DRU e Contribuições Sociais

Esse novo modelo de intervenção estatal necessita de um suporte financeiro específico para sustentar seus deveres prestacionais, além das receitas destinadas ao custeio de seu gasto genérico. Caso contrário, a promoção do Estado Democrático de Direito, proclamada no art. 1º da Constituição, seria expressão vazia de conteúdo, na medida em que não seria reservado o substrato financeiro para a promoção dos direitos fundamentais, notadamente aqueles de cunho prestacional.

Diante desse quadro, a Constituição da República de 1988 previu em seu texto tributos<sup>20</sup> destinados ao custeio dos deveres prestacionais do Estado, quais sejam, as contribuições sociais previstas em seu art. 149.

Considerando a evolução dos direitos fundamentais, que delimitam negativa e positivamente a atuação do Estado, temos que o gasto social a ser realizado é o fator legitimador, a verdadeira *ratio essendi* das contribuições sociais, previstas no art. 149 da CF.

Portanto, como tributos previamente afetados a determinado fim por vontade do constituinte originário, que objetivou angariar recursos para o financiamento de suas ações no campo dos direitos fundamentais prestacionais, conclui-se que é vedada a tredestinação da arrecadação das contribuições, conforme lição de SPAGNOL:

“Qualquer desvio dos fins legais e constitucionais do produto da arrecadação torna írrita, insubsistente e inconstitucional a exação tributária, visto que a mesma colhe sua legitimidade dentro da finalidade a qual se destina”.<sup>21</sup>

Mesmo a doutrina que nega a natureza jurídica de espécie autônoma de tributo a determinadas contribuições sociais em razão de sua finalidade<sup>22</sup>, classificando-as como impostos, não admite a destinação

---

20 - A Constituição de 1988 empregou explicitamente regime tributário às contribuições, ao mandar, em seu art. 149, aplicar-lhes os principais princípios tributários, submetendo-as às normas gerais sobre direito tributário (art. 146, III), ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I) e ao princípio da não-surpresa (art. 150, III). (BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72).

21 - SPAGNOL. Werther Botelho. *Da Tributação e sua Destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 60-61.

22 - Este embate doutrinário não guarda pertinência com os objetivos deste trabalho, razão pela qual deixamos de analisar a divergência bem como de tomar posição em relação à mesma.

de sua arrecadação a outros fins, distintos daqueles estabelecidos constitucionalmente. Representando esta corrente citamos passagem de COELHO:

“Os fins constitucionalmente predeterminados revelam uma diretriz constitucional. Nem o legislador, nem o administrador podem adestinar ou tredestinar o produto da arrecadação das contribuições, sob pena de crime de responsabilidade e nulidade do ato administrativo, ainda que normativo, no caso do Executivo. No caso do Legislativo, a lei será considerada inconstitucional, por ser contrária à Constituição.”<sup>23</sup>

O desvirtuamento da destinação pré-estabelecida abala todo o sistema constitucional da seguridade social. Por esse motivo, a DRU fere um dos princípios fundantes do Estado de Seguro Social, erigido pelo constituinte com vistas a garantir condições mínimas de existência e dignidade aos cidadãos por meio da garantia dos direitos fundamentais prestacionais, qual seja, a afetação da receita destes tributos ao gasto social a ser realizado. A EC 42/2003 infringe, portanto, um limite material implícito ao poder de emendar a Constituição.

Em última análise, conforme já dito, a receita das referidas contribuições é destinada à realização dos direitos fundamentais prestacionais, principalmente de segunda geração, pois viabilizam prestações estatais à sociedade, principalmente aos hipossuficientes, custeando as ações do Estado que integram a seguridade social brasileira (art. 194 da Constituição), que objetivam a garantia da saúde, assistência social e previdência.

A correlação entre a destinação da receita advinda das contribuições sociais e a implementação dos direitos fundamentais prestacionais de segunda geração é claramente evidenciada por Fernando Facury Scaff, ao discorrer sobre o tema:

“O aspecto fundamental é o da destinação, que as faz poder ser enquadradas como instrumentos de arrecadação de valores para cumprir as finalidades estatais no domínio econômico, dentre elas as sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais e econômicas. Ou seja, tais contribuições se caracterizam como

---

23 - COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 451.

um instrumento de arrecadação tributária com a finalidade específica de implementar os direitos humanos de segunda geração, quais sejam, aqueles que estabelecem prestações positivas a serem desenvolvidas pelo Estado, que se configuram como implementação do princípio da isonomia entre os homens, tratando-os de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Cumprem as contribuições, portanto, esta função específica no âmbito da arrecadação tributária. Dessa forma, não podem ser completamente entendidas de maneira apartada da destinação de sua arrecadação”.<sup>24</sup>

Sendo assim, quanto à possibilidade de desvio da arrecadação das contribuições para outras finalidades que não as previstas originariamente pela Constituição de 1988, a EC 42/2003, ao instituir a DRU, viola o art. 60, §4º, IV da Constituição, que é limite explícito ao poder constituinte derivado.

O conjunto de prestações a ser entregue pelo Estado aos cidadãos, dentre elas as ações integrantes da seguridade social, é uma característica dos direitos fundamentais prestacionais de segunda geração, e deve ter sua forma de custeio preservada, pois, se abalada, poderá comprometer a própria prestação Estatal.

Há inconstitucionalidade então porque a arrecadação das contribuições deve se destinar, em última análise, à promoção dos direitos fundamentais prestacionais de segunda geração, pressupostos do verdadeiro e efetivo gozo dos direitos individuais e realização do Estado Democrático de Direito. Nesse ponto SPAGNOL preleciona:

“A DESTINAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NÃO PODE SER ALTERADA SOB PENA DE OFENSA AO POSTULADO CONTIDO NO ART. 1º DA CARTA CONSTITUCIONAL. Estando assentado que as contribuições sociais se justificam e se impõe pela necessidade de se garantir eficácia, por meio de sua arrecadação, às garantias sociais insculpidas na Constituição, a alteração da destinação do produto arrecadado não possui apenas impedimento moral, mas jurídico”.<sup>25</sup>

---

24 - SCAFF, Fernando Facury. *Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão*. In: *Humanismo Latino e Estado no Brasil*, Organizado por Orides Mezzaroba. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, pp. 351-352.

25 - SPAGNOL, Werther Botelho. *As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

Para conclusão do presente tópico, é indispensável a transcrição da construção elaborada por SCAFF, em uma das poucas obras jurídicas específicas sobre a DRU, em que o referido autor conclui pela inconstitucionalidade da EC 42/2003, por violação ao art. 60, § 4º, IV da Constituição:

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

(...)

O fato de terem sido estas alterações decorrentes de uma série de Emendas Constitucionais não permite que se argumente o fato de que se trata de uma norma constitucional de idêntica hierarquia, pois o Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade já decidiu que Emendas Constitucionais podem ser inconstitucionais, caso violem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF),

(...)

Desta forma, o fato de serem emendas constitucionais não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos fundamentais de segunda geração (direitos fundamentais sociais) fruto do afastamento de recursos fiscais constitucionalmente destinados à educação, saúde e seguridade social, conforme acima evidenciado”.<sup>26</sup>

## 6. Conclusão

Ante o exposto, temos que o motivo pelos quais a DRU foi instituída em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a flexibilização da atividade financeira do Estado de modo a propiciar a governabilidade e maleabilidade da administração, não podem se sobrepor ao princípio da supremacia da Constituição<sup>27</sup>, nem aniquilar princípios fundamentais

26 - SCAFF, Fernando Facury. *Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU*. In: *Revista de Direito Administrativo*. n° 236: 33-50. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, Abr/Jun 2004, pp. 48-49.

27 - Com relação a esse tema, cumpre salientar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2010 MC – DF, cujo trecho da Ementa merece ser transcrito: “RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas

do sistema constitucional da seguridade social, principalmente quando os mesmos visam a concretização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, como o faz a destinação das receitas das contribuições sociais.

## 7. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* (Theorie der Grundrechte). Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, atualizada por Mísabel Abreu Machado Derzi. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, apud LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

---

- representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental”.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1 n<sup>o</sup> 1, 2001. p. 11 e ss. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU*. In: Revista de Direito Administrativo. n<sup>o</sup> 236: 33-50. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, Abr/Jun 2004.

\_\_\_\_\_. *Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão*. In: Humanismo Latino e Estado no Brasil, Organizado por Orides Mezzaroba. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003.

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

SPAGNOL, Werther Botelho. *Da Tributação e sua Destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

