

A SEGURIDADE SOCIAL. SEUS PROBLEMAS FINANCEIROS E AS SOLUÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Misabel Abreu Machado Derzi

Profª dos Cursos de Graduação e Pósgraduação
da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. Os problemas financeiros da Seguridade Social**
- 3. As soluções na Constituição de 1988**
 - 3.1. A edificação do Estado Democrático de Direito, os Direitos Sociais e as Contribuições Sociais**
 - 3.2. O regime constitucional peculiar das contribuições sociais, destinadas ao custeio da Seguridade Social**
 - 3.3. Seguridade Social pública básica, obediente aos princípios da universalidade, seletividade, distributividade e equidade (arts. 194 a 204)**
 - 3.4. Custeio na forma mista, por meio de contribuições diretas e de transferências dos orçamentos dos entes estatais (art. 195)**
 - 3.5. Custeio por meio de contribuições que buscam o equilíbrio entre os fatores trabalho e capital (art. 195, I)**
 - 3.6. Administração autônoma, democrática e descentralizada dos órgãos de Seguridade Social (art. 194, VII)**
 - 3.7. Autonomia arrecadatória, orçamentário-financeira e administrativa dos órgãos de Seguridade Social. A cassação da capacidade tributária ativa da União (arts. 165 par. 5º, 167 IV, VI e VII, 195 par. 2º da CF)**
- 4. Sobre as propostas governamentais de reforma**
- 5. Conclusões.**

1 INTRODUÇÃO

Não importa a forma pela qual decidamos custear a Seguridade Social, por meio apenas de impostos ou por meio de tributos, como as contribuições, cujos encargos se repartem entre empregados e empregadores, seu financiamento, de forma direta ou indireta, advém da produção nacional, estando em estreita dependência do desenvolvimento econômico. Com recessão e desemprego, cai a massa total dos salários e, conseqüentemente, o produto da arrecadação dos tributos sobre eles incidentes.

Em contrapartida, a Seguridade Social, ao prevenir ou remediar os males do desemprego, ao cobrir os riscos da incapacidade humana para o trabalho, por doença ou velhice e os encargos familiares, influencia o consumo e a preparação de mão-de-obra especializada. É fator relevante de equilíbrio social e econômico.

Sem dúvida, por essa razão, economistas da escola utilitarista, como Pigou e R.H. Tawney, pregaram a redução das grandes desigualdades econômicas e sociais, pois elas comprometem a **eficácia econômica** (v. Griffin-Collart, "**L'Evolution de la Notion d'Egalité de l'Utilitarisme classique à l'État de Providence**", V IV, Dir. Ch. Perelman, Bruxelles, E. Bruylant, 1975, pp. 352-371).

O art. 3º da Constituição Federal estabelece, coerentemente, entre os objetivos fundamentais a serem perseguidos, tanto o desenvolvimento nacional como a construção de uma sociedade justa, solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização. Tais objetivos não se aperfeiçoam apenas por serem imperativo de justiça, mas por razões desenvolvimentistas.

A miséria de uma massa considerável de brasileiros limita o crescimento econômico e a riqueza da nação.

A Previdência Social, em especial, é um fator tão importante para o equilíbrio sócio-econômico que, talvez, a sua abolição seja impensável no Brasil e alhures.

2 OS PROBLEMAS FINANCEIROS DA SEGURIDADE SOCIAL

A Previdência Social reflete a situação econômico-social, a estrutura da idade da população e seu nível de saúde e de educação. A recessão da última década trouxe crise financeira mesmo nos países industrializados, que ofereceram modelos de vanguarda em matéria de Seguridade Social, como na França ou na Alemanha de Bismark. São causas principais da crise, apontadas por Wolfgang Pelikan:

- o crescimento do número de aposentados e dos custos dos serviços de saúde;
- a antecipação do início da aposentadoria e o tempo de duração mais longo (vida média do cidadão também alongada);
- o desemprego crescente, o que acarreta a queda do salário bruto e, conseqüentemente, das contribuições;
- o aumento menor dos salários na renda nacional;
- a redução paulatina dos subsídios federais aos órgãos de seguro (Cf. **Sozialversicherung für die Praxis**. 6ª München. C.H. Beck, 1986, p. 84).

A essas causas, acrescenta W. Pelikan, na mesma obra, uma outra. É que as contribuições, a cargo das empresas, incidindo substancialmente sobre a folha de salários, oneram preponderantemente aquelas que empregam um elevado número de trabalhadores. Frente às demais que, por meio da automação e da microeletrônica, conseguem o mesmo ou maior lucro, seus produtos encarecem, perdem elas em competitividade, sendo forçadas igualmente a recorrer à tecnologia, desempregando pessoal.

Os problemas financeiros, que afligem o seguro social de forma universal, foram especialmente agravados no Brasil, por razões domésticas. Tais problemas podem ser distribuídos a seguir em quatro grupos:

- atuariais, uma vez que precocemente o Brasil introduziu a aposentadoria por tempo de serviço, desvinculada da idade do trabalhador, alongando-se em demasia a sua duração;
- administrativos, pois a burocracia, a corrupção, o empreguismo e o nepotismo agigantaram os órgãos previdenciários, elevando-se o seu custo;
- de caixa, pois desvios de recursos da Previdência Social para outras finalidades do Estado advieram de lacunas existentes na Constituição de 1967/69: o **caixa** da Previdência Social confundiu-se com o caixa do Tesouro Nacional e seus recursos foram canalizados até para construção de hidroelétricas;
- econômico-conjunturais ou estruturais, desencadeados pelas crises de recessão, desemprego e queda dos salários no produto interno bruto, o que provoca o acentuado decréscimo no produto da arrecadação das contribuições previdenciárias, incidentes sobre a massa dos salários.

Deve-se observar que quase todos os problemas apontados são comuns aos demais países (variando apenas em grau), exceto a prática de desvios dos recursos da Seguridade, para suprir problemas do caixa do Tesouro Nacional, ou para cumprir programas e projetos de natureza estranha aos objetivos da Previdência Social.

Sabe-se que o orçamento da Previdência Social é gigantesco. Antes da Constituição de 1988, interessava ao governo federal a prática da **parafiscalidade ou da paraorçamentabilidade**, pois o orçamento vultoso da Previdência Social não integrando, então, o orçamento da União, não era apreciado pelo Congresso Nacional, mas por mero ato do Executivo que, a seu talante, podia remanejar, estornar ou desviar recursos sem maiores consequências. Prática que foi utilizada, entre nós, até mesmo para construção de hidroelétricas. O fundamento constitucional estava no art. 62, par. 1º da Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969, o qual dispunha:

“A inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita dos órgãos da administração indireta **será feita em dotações globais e não lhes prejudicará a autonomia na gestão legal dos recursos**”.

Assim as autarquias como demais pessoas da administração indireta tinham o seu orçamento aprovado por simples ato do Executivo e, portanto, passível de alteração por mero decreto. O gigantesco orçamento da Previdência Social passava ao largo do Poder Legislativo e o **deficit** das empresas paraestatais fugia a todo o controle legal.

3 AS SOLUÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 veio para mudar o quadro, anteriormente exposto. Os graves problemas que enfrenta a Seguridade Social no Brasil e em outros países, mesmo industrializados, são desafios que levam a questionar os métodos de financiamento. A Carta Magna em vigor aponta caminhos que devem ser buscados e, sobretudo, efetivados, antes de se cogitar de uma revisão constitucional.

São as seguintes as opções adotadas no Texto Fundamental:

1. A edificação de um **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (arts. 1º a 3º)**;
2. Seguridade Social pública básica, obediente aos princípios da universalidade, distributividade e equidade (art. 194);
3. Custeio na forma mista, por meio de contribuições diretas (de trabalhadores e empresas) e de transferências dos orçamentos dos entes estatais (art. 195);

4. Custeio por meio de contribuições que busquem o equilíbrio entre os fatores trabalho e capital (art. 195, I);
 5. Administração autônoma, democrática e descentralizada (art. 194, VII);
 6. Autonomia arrecadatária, orçamentário-financeira e administrativa em favor dos órgãos de Seguridade Social (arts. 165, par. 5º; 167 IV, VI e VIII, 195, par. 2º).
- Passemos a examiná-las.

3.1 A Edificação do Estado Democrático de Direito, os Direitos Sociais e as Contribuições Sociais

A liberdade e a igualdade formais que fundamentaram o Estado de Direito, já no final do séc. XIX começam a ser revistas ao impulso das doutrinas socialistas-marxistas. Passa-se a enfocar a democracia como uma “técnica de igualdade”. Não só os privilégios de raça, crença ou linhagem devem ser abolidos, mas se caminha em busca de uma igualdade sócio-econômico-material.

Com toda razão sustenta Tipke que, no Estado Social em que se converteu o Estado de Direito, a progressividade de alíquotas não decorre do princípio da capacidade contributiva pois esse apenas obriga a que o economicamente mais capaz pague correspondentemente mais do que o economicamente mais fraco. O princípio do Estado Social que constrange à redistribuição, por meio da progressividade e da tributação do patrimônio e de seus acréscimos, pressupõe não ser justa a distribuição espontaneamente ocorrida. Mas é ainda esse mesmo princípio que considera intocável (tabu) o mínimo indispensável à sobrevivência do contribuinte e de sua família (Cf. **Steuerrecht**. 9. Koln. Otto Schmidt KG, 1983, p. 30-31).

Pondera ainda Hans Spanner, ao comentar o art. 20, par. 1º da Constituição da República Federal da Alemanha que, embora ali no Texto não exista explicação sobre o princípio do Estado Social, esse obriga o legislador à edição de normas mais socializantes, especialmente no interesse dos economicamente mais fracos, em favor de uma existência que corresponda à dignidade humana (Cf. **Sozialstaat und Besteuerung-Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften**. 2. Bonn, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981, p. 1229).

A Carta Fundamental brasileira, ao contrário da alemã, estabelece as bases em que se assenta o Estado Democrático de Direito, fixando-lhe metas de justiça, desenvolvimento e igualdade social e, coerentemente, faz repercutir o princípio no capítulo do Sistema Tributário e da Seguridade Social.

Evidente está que não se alcança o amplo significado da expressão Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, usada pela Constituição de 1988, em seu art. 1º, na acepção restrita de regime político ou forma de governo. Se, dentro da teoria política, valiosas tentativas de delimitação do conceito de democracia são feitas, buscando-se maior precisão e necessário rigor técnico, o conceito jurídico de democracia, que deve servir ao Direito Constitucional brasileiro é necessariamente empírico e se extrai do ordenamento positivo em vigor, **hic et nunc**.

Ora, não se satisfaz a Constituição em consagrar o Brasil, República Federativa, mas colocou a forma de estado federal e a forma de governo, republicana, a serviço de um “Estado Democrático de Direito”, que busca, segundo seu art. 3º, garantir a independência e o desenvolvimento nacionais; construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades entre as pessoas e as regiões; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A expressão Estado Democrático de Direito é, assim, amplíssima. Não pode ser mera concepção formal. A forma legal é apenas um dentre outros elementos que compõem a idéia de Estado Democrático. Compreendidos os seus fundamentos (art. 2º) e os seus objetivos (art. 3º), ao lado da lei como forma, estão outros dados dela necessariamente integrantes, como a estrutura econômica e social, o desenvolvimento, a justiça e a igualdade, enfim, as metas a alcançar e os meios materiais utilizáveis (por meio da lei). Enfim, Estado Democrático é antes noção de sistema político, o qual abrange não só instituições governamentais, formalmente consideradas, como ainda valores e diretrizes adotadas pela Constituição.

A fórmula “Estado Democrático de Direito” é considerada afortunada por Pérez Luño (**Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2ª Madrid. Tecnos. 1986, p. 230), difundida por Elías Díaz desde 1963 e identificada com “o objetivo de organização jurídico-política e de realização socio-econômica, em liberdade e com igualdade, dos melhores postulados humanistas e até mais profundamente liberais (críticos e pluralistas) do socialismo”.

Estado Democrático de Direito é a opção da Constituição brasileira pelo estado (síntese renovada do Estado de Direito e do Estado Social) que mantém clássicas instituições governamentais e princípios como o da separação de poderes. Erige-se sob o império da lei, a qual deve resultar da reflexão e codecisão de todos. Mas não é forma oca de governo, na qual possam coexistir privilégios, desigualdades e oligocracias. Nele, há compromisso incindível com a liberdade e a igualdade, concretamente concebidas, com a

evolução qualitativa da democracia, com a erradicação daquilo que o grande Pontes de Miranda chamou de “o ser oligárquico” subsistente em quase todas as democracias (Cf. **Democracia, Liberdade e Igualdade-Os Tres Caminhos**. 2ª São Paulo, Saraiva, 1979, p. 149).

Para os problemas financeiros, de ordem conjuntural ou estrutural econômica, que a Seguridade Social enfrenta no Brasil, comuns a outros países, ainda que mais ricos ou desenvolvidos, como desemprego, recessão, queda da massa bruta dos salários e sua retração em relação à renda nacional, a Constituição acena com os objetivos do Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento com justiça social e redistribuição mais equitativa da renda nacional, a redução da miséria e das grandes desigualdades econômicas são metas fundamentais e primeiras que devem nortear todo o plano de governo. Somente a concretização do Estado Democrático de Direito pode reabilitar em profundidade a Seguridade, que apenas é reflexo - não sendo a causa - das graves injustiças e distorções sociais. Lembra Celso Barroso Leite que não podem ser exigidos da Previdência Social, sem contrapartida de custeio, benefícios mais elevados, “pretendendo-se corrigir a economia através da Previdência Social” (Cf. **Teoria e Prática da Seguridade Social. Revista da Previdência Social**. 105:488-496, ago 89, p. 490). A solução constitucional de maior alcance é a implantação do Estado Democrático de Direito e não o inverso, como dispõe o art. 195, par. 5º: “Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. A desigualdade econômica intolerável se apresenta em razão de uma determinada relação entre preços e salários, da posição dos salários na renda nacional e da direção dos gastos públicos. A Seguridade Social só faz atenuar as disparidades. Não é a sua causa, nem pode isoladamente corrigir-lhes os males, embora ela esteja à frente (dentro das forças econômicas possíveis), das grandes conquistas sociais.

3.2 O Regime Constitucional Peculiar das Contribuições Destinadas ao Custeio da Seguridade Social

O conceito de Seguridade Social varia de direito positivo a outro, dependendo o seu conteúdo do momento histórico e das experiências vivenciadas de país a país. Entre nós, pelo menos do ponto de vista formal e objetivo, a Seguridade Social abrange o conjunto de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da Constituição). Nela não estão incluídos os direitos à educação, à habitação e outros que compõem o conjunto da ordem social em todo o Título VIII da Constituição.

Portanto diferentes tributos como a contribuição social sobre o lucro, a destinada ao chamado "Finsocial" e ao "Pis-Pasep", por expressas disposições da Constituição, pertencem todas à mesma espécie - contribuições financiadoras da Seguridade Social - dentro do gênero maior das contribuições sociais.

É muito claro o art. 149 da Constituição Federal. Ele se refere à competência da União para instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e corporativas, submetendo-as ao regime tributário. As contribuições sociais incluídas nesse dispositivo magno têm exatamente a ampla aceção de serem destinadas ao custeio das metas fixadas na Ordem Social, Título VIII e dos direitos sociais, sendo inconfundíveis com aquelas de intervenção no domínio econômico e com as corporativas. Dentro delas, como gênero, se especializam aquelas destinadas ao custeio da Seguridade Social, reafirmando o mesmo art. 149 que a essas especiais não se aplica o princípio da anterioridade do art. 150 III, b, mas outro constante do art. 195, par. 6º. O parágrafo único do mesmo art. 149 dispõe sobre a competência de Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir contribuição de previdência e assistência social para seus servidores, demonstração inequívoca de que seu **caput** é abrangente de todas as espécies de contribuições sociais (Título VIII), mormente daquelas de Seguridade Social.

O conceito de contribuições sociais é assim mais amplo do que aquele de contribuições sociais destinadas a custear a Seguridade Social. O art. 149 regula o regime tributário das contribuições sociais (de caráter não previdenciário), regime que é comum aos demais tributos. Elas custeiam a atuação do Estado em outros campos sociais, como o salário-educação (art. 212, par. 5º), o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS, no custeio da casa própria) **et alii**, e não são objeto de qualquer exceção, sujeitando-se de forma integral ao regime constitucional tributário, mormente ao princípio da anterioridade da lei tributária ao exercício financeiro de sua eficácia.

O direito alemão conhece um ramo jurídico a que atribui sentido próprio, distinto do Direito do Trabalho ou da Seguridade Social. Trata-se do Direito Social. Segundo Helmar Bley, atualmente estão desenvolvidos dois conceitos de Direito Social na Alemanha, um formal e outro, material. O Direito Social, qualificado de formal ou positivo, é composto de tudo o que o legislador qualifica como Direito Social ou ordem dentro desse campo jurídico. Já o conceito de Direito Social material ou substancial vincula-se aos objetivos do Direito Social de desenvolver a seguridade e a justiça do Estado Social, por meio dos princípios:

“- garantia de uma existência digna;

- obtenção de oportunidades iguais para o livre desenvolvimento da personalidade;
- proteção e incentivo da família;
- garantia da possibilidade de manter a própria vida por meio do exercício de uma atividade livre e remunerada;
- afastamento ou compensação pelos encargos especiais da vida” (Cf. **Sozialrecht**, n. 7, 5ª, Alfred Metzner V., 1986, p. 23).

Nessa concepção, além do clássico núcleo da Previdência Social (nele incluídos o seguro desemprego e o seguro contra acidentes do trabalho), o Direito Social também se compõe das normas relativas ao seguro das vítimas de guerra e de toda ajuda social para formação profissional, incentivo ao trabalho, salário-família, ajuda para a educação, para os incapacitados ao trabalho, para a moradia própria, para a criança e o adolescente, etc. Embora a idéia de Estado Social ou Estado Democrático de Direito só se possa realizar por meio de adoção de princípios e meios em todos os campos jurídicos, o Direito Social, no sentido material, seria o conjunto de normas e princípios jurídicos estreitamente ligados à implementação dessa modalidade de Estado. **As contribuições sociais** são os instrumentos tributários, previstos na Constituição de 1988, para o custeio da atuação da União nesse setor. E dentro desse campo - o social - as contribuições financiadoras da Seguridade Social (previdência, saúde e assistência social) são tão só a espécie do gênero maior, contribuições sociais.

Assim as contribuições sociais que não se destinam ao custeio da Seguridade Social, como também as de intervenção no domínio econômico e aquelas instituídas no interesse das categorias profissionais ou econômicas continuam regidas pelo princípio da anterioridade e outros comuns aos demais tributos, inclusive a uma parafiscalidade facultativa, pois podem ser arrecadadas diretamente pela União, integrarem o seu orçamento fiscal e depois, pelo mecanismo das transferências, serem repassadas ao órgão ou pessoa criada para administrar o serviço. Essa alternativa está regulada no art. 7º do Código Tributário Nacional, que prevê a possibilidade de delegação da atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, revogável a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa competente-delegante.

Entretanto, **as contribuições sociais, especializadas pelo custeio da Seguridade Social**, escapam ao clássico princípio da anterioridade da lei tributária ao exercício de sua aplicação (art. 195, par. 6º) e não podem integrar o orçamento fiscal da União, sujeitando-se a uma **parafiscalidade necessária**, razão pela qual não lhes é aplicável o art. 7º do Código Tributário Nacional. O regime constitucional peculiar que lhes foi imposto está integrado pe-

los arts. 149, 165, par. 5º III, 167, VI e VIII, 194 e 195 da Constituição Federal. Essas contribuições caracterizam-se tributariamente por:

1. serem exceção ao princípio da anterioridade da publicação da lei ao exercício de sua eficácia;
2. sujeitarem-se ao mesmo regime dos impostos residuais, quanto à instituição de novas fontes;
3. serem exceção à regra genérica de que a pessoa competente tem também capacidade tributária ativa, falecendo à União, por meio da Receita Federal, aptidão para cobrá-las e administrá-las fiscalmente.

Realçaremos em especial a última dessas peculiaridades, no tópico 3.7. infra.

3.3 Seguridade Social pública básica, obediente aos princípios da universalidade, distributividade e equidade (arts. 194 a 204)

Seguro público ou privado?

Em quase todos os países do mundo, a história da Previdência Social e da Seguridade foi marcada por uma crescente publicização, pelo aumento da responsabilidade estatal até derivar para a generalidade e universalização da Seguridade Social atuais.

Lembra Yves Saint-Jours que até o fim do séc. XIX, o Estado não tinha nenhum dever no campo social, vigorando o princípio da livre autonomia da vontade em sentido absoluto, em aberta conseqüência da ideologia do direito natural que tinha inspirado, em França, a Revolução e a codificação dos direitos civis de Napoleão I. A revolução industrial projetara largas camadas da população em miséria terrível e a conquista da Previdência Social, em França, se fez de forma árdua e sanguinolenta (V. **Landesberich Frankreich, in Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Österreich und der Schweiz**. Berlin. Duncker & Humblot. 1981, p. 187).

Assim, as primeiras iniciativas nesse campo foram caritativas, voltadas para a pobreza, como indicam as sucessivas **Poor Laws** dos ingleses (de 1834 a 1852) ou ainda facultativas e difusas por espécie de categoria profissional, como exemplificam as **sociétés de secours et de résistance** do séc. XIX, em França.

Não obstante já ter sido introduzido o seguro social de Bismark nos anos de 1880-1890 na Alemanha, tanto a França como a Inglaterra adiaram uma reforma ampla naqueles moldes. Mas após a guerra de 1914-1918, com

o regresso de Alsácia e Lorena, onde tinha sido implantado o sistema de seguridade Alemão, a França foi fortemente influenciada por ele (Cf. Yves Saint-Jours, op. cit. p. 190). Após a segunda guerra mundial, iniciou-se a fase de generalização do seguro social com extensão de algumas idéias do relatório de Lord Beveridges, embora já temperadas pelo sistema bismarkiano (Cf. op. cit. p. 191.).

Dois princípios dominaram o sistema britânico até pouco tempo, segundo relata Anthony I. Ogus (V. **Landesberich Grossbritannien**, op. cit. p. 412). Em primeiro lugar as contribuições eram repartidas entre empregados e patrões. Defendeu Beveridge que a Seguridade Social deveria estar refletida no custo da produção e que o dever de contribuir do patrão aperfeiçoaria as relações pessoais na empresa. Em segundo lugar, impregnado da filosofia liberal individualista, o sistema inglês se baseou em contribuições fixas, pois não deviam significar uma redistribuição essencial dos trabalhadores de faixa salarial mais alta em favor dos mais pobres. "Em sua qualidade de possível recebedor de prestações, o homem mais pobre e o mais rico devem ser igualmente tratados" (Beveridge Anm. 751, part. 273, **apud A. Ogus**, op. cit., p. 412). Mas os resultados dessa política foram desastrosos e explicam o fracasso do sistema nos anos cinquenta, uma vez que as contribuições foram fixadas em baixo montante para que os trabalhadores mais pobres pudessem pagá-las, assim como os benefícios, drasticamente limitados. Introduziram-se, então, as contribuições proporcionais ao ganho (hoje progressivas) e aumentou-se o subsídio estatal com recursos advindos de impostos (Cf. op. cit. p. 414).

Portanto a técnica do seguro social moderno nasceu modelada no mutualismo e nos seguros privados. O mutualismo é princípio solidário de que uma série de esforços coordenados pode superar as crises de infortúnio e contingências da vida humana mais ou menos previsíveis. O seguro privado é "um método de economia coletiva", que tem na previsão da matemática atuarial (onde interferem produtos de estatística e tabelas biométricas) a sua base fundamental (Cf. Armando de Oliveira Assis. **Compêndio de Seguro Social**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 1963).

A Previdência Social nasceu como solução capitalista, para um problema surgido em pleno liberalismo econômico. É natural que a solução viesse iluminada de um espírito privatista, moldada na técnica do seguro privado, baseada em rígida correlação entre prêmio e benefício e com o sentido de beneficiar apenas determinadas classes profissionais.

Entretanto, nos países capitalistas em geral, evoluiu-se de um seguro social obrigatório, originariamente moldado no contrato de seguro privado, e marcado pela organização profissional (entre nós, a primeira caixa de assistência data do Império e era restrita ao pessoal das estradas de ferro), para

projetar-se de forma universal, inclusive abrangendo a assistência social e desligar-se, definitivamente, do caráter de organização profissional com que originariamente nascera (v. Durand et Joussand. **Traité de Droit du Travail**. Dalloz. Paris. 1974, Tomo I).

Garcia Oviedo, Stack, González Posada e outros distinguem a assistência social do seguro, por não ter a primeira caráter contributivo. Moreno acrescenta a tal critério distintivo, as seguintes características da assistência social: suprir uma necessidade apenas atual e não futura, oferecer também prestações em espécie e não apenas em dinheiro, e acudir a todos os casos de necessidade (v. **Derecho de la Provisión Social**. Parte Geral I, Ediar S/A. Buenos Aires e Morselli, Emmanuelle. **Parafiscalidade e seu controle**. Instituto Brasileiro De Direito Financeiro, 1954, ps. 25-27).

Se a Constituição de 1988 se referisse apenas a seguro social ou previdência social, como se faz em muitos países, já haveria uma substancial diferença em relação ao seguro privado, a saber:

1. as seguradoras públicas são pessoas jurídicas de direito público, com administração própria, enquanto o seguro privado compreende relações de direito privado, com pessoas jurídicas de direito privado que almejam lucro;
2. a relação de seguro privado se instala por meio de contrato com livre escolha da seguradora por parte do segurado, ao passo que, no seguro público, a relação jurídica se instala por efeito de norma legal assim que se concretizam seus pressupostos;
3. o conteúdo da relação de seguro privado, salvo certas limitações, é livremente disposto pelas empresas seguradoras sobretudo em relação aos riscos cobertos, às prestações e ao prêmio, enquanto o conteúdo da relação pública é legalmente fixado, de forma rígida;
4. o financiamento das empresas privadas se dá pelo pagamento de prêmios de risco - princípio da equivalência geral e individual - combinados contratualmente, enquanto o das seguradoras públicas se dá por contribuições dos segurados (e empresas) e por subsídios estatais garantidores, sem nenhuma equivalência global ou individual, o prêmio orientando-se antes pela capacidade econômica do segurado, do que pela natureza do risco;
5. nas seguradoras privadas, o benefício só está garantido se houver pagamento do prêmio, enquanto nas públicas não há tal dependência. Mesmo em caso de insolvência ou falência do patrão, os benefícios serão prestados ao empregado dependente. (V. Helmar Bley, **Sozialrecht**., op. cit. ps. 137-8, ao comentar o modelo do seguro social público alemão).

Entretanto a Constituição de 1988 não se conformou com o seguro social-público. Foi mais além. As contribuições sociais custeadoras da Seguridade (arts. 203-204) destinam-se a cobrir não só as prestações do seguro social obrigatório de todos aqueles filiados ao sistema previdenciário, mas a saúde e a assistência prestados de forma universal e indiscriminada a todos os carentes - crianças, velhos, adolescentes, deficientes ou desempregados - que se encontrem em situação de necessidade, independentemente do pagamento de qualquer quota ou tributo específico. Ela deu à distributividade e à equidade próprias do seguro público uma extensão muito maior, apenas conciliável com a idéia de Seguridade.

Parece que é predominante, no mundo inteiro, o caráter público do seguro social, financiado parte por meio de contribuição, parte por meio do produto de impostos ou de outras fontes, carreado em transferências do orçamento estatal.

Por isso mesmo, em geral, não se recomenda a privatização da Seguridade. Seria um retrocesso histórico em nosso País (como em outros). Mas, sobretudo, não está demonstrado que, funcionando as seguradoras privadas por meio de capitalização, de fato, o mesmo também não possa ocorrer com o seguro público.

Ninguém discute os altos custos da administração pública. Entretanto, a economia decorrente da maior eficiência da administração privada teria de ser de tal ordem e em tal montante que fosse suficiente para superar:

- a margem de lucro que lhes é própria;
- a reserva para as despesas administrativas e de propaganda (em sistema de livre concorrência);
- as reservas elevadas que previnam eventualidades futuras, o desemprego, as oscilações de mercado e a futura taxa de inflação.

Os prêmios seriam, então, muito altos e o que se ganhasse em economia administrativa, em certos períodos, se perderia nas situações de crise. Além disso, elas se sujeitam à falência, enquanto os seguros públicos devem ser garantidos pelo Estado e podem funcionar no sistema de receitas e despesas correntes e, não apenas, de capitalização.

Se, por essas importantes razões, dentre outras, o relatório oferecido à OIT pelos países industrializados do mundo recomendou o seguro público, afastando o privado (V. **A Seguridade Social na Perspectiva do ano 2000. Relatório OIT**, São Paulo, Ed. LTR, 1984, ps. 96 a 103), mais veementemente não de fundar as soluções para o caso brasileiro. Entre nós, os baixíssimos salários não tolerariam prêmios elevados, a instabilidade de nos-

sa economia tornaria imprevisíveis os custos que uma seguradora privada enfrentaria e bloquear-se-iam novas conquistas sociais ainda não alcançadas.

Somente a Seguridade Pública que se pode manter com reforço de transferências dos orçamentos da União, dos Estados e Municípios (art. 195), vedada a subvenção do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos (art. 201, par. 8º CF), é compatível com as metas do Estado Democrático de Direito, com os avanços e conquistas de justiça social.

Cada vez mais, períodos sem contribuição são computados para fins de aposentadoria, seguro por acidentes ou seguro-desemprego. Na Alemanha, além de hipóteses mais antigas, recentemente, conta-se para a aposentadoria, sem pagamento de qualquer contribuição, o período de doze meses que se segue ao auxílio-maternidade, pago após o nascimento de um filho. Durante esse prazo, além disso, são concedidas férias-educação à mãe (ou pessoa que cuida da criança), com pagamentos de determinada importância feitos pelo governo e proteção contra demissão no emprego. (V. Franz Ruland. **Gleichberechtigung bei der Alterssicherung. Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht.** 10, 1986, ps. 950-58).

No Brasil, a Constituição assegura, independentemente de pagamento de contribuição, um salário mínimo à pessoa deficiente ou idosa sem meios de prover o próprio sustento (art. 203, V).

A opção da Constituição Federal pela Seguridade Social, pública, universal e redistributiva é a única coerente com os objetivos de edificação de uma sociedade justa e solidária, com a igualdade de oportunidades e a erradicação da pobreza. Evidentemente ela não é inconciliável com o seguro complementar privado, seu estímulo e desenvolvimento.

3.4 Custeio na forma mista, por meio de contribuições diretas e de transferências dos orçamentos dos entes estatais (art. 195)

A Dinamarca é o único país da C.E.E. em que a Previdência Social é financiada apenas pelo imposto de renda das pessoas jurídicas e naturais. Nos demais, as contribuições sociais são repartidas entre empregados e empregadores, sendo usual que o maior encargo seja atribuído à empresa, como na Inglaterra, Portugal, França, Espanha, Bélgica e Itália (V. Jean Marc Tirard. **La Fiscalité des sociétés dans la C.E.E. Paris. La Villeguerin Ed. 1988**).

Do ponto de vista econômico, críticas têm sido levantadas a uma e outra maneira. Contra as contribuições se diz que são regressivas, em especial se existe um limite máximo. Mesmo sem esse teto seriam menos equitativas

do que o imposto de renda progressivo. Além disso, o custeio por meio de impostos traria maior flexibilidade no cumprimento das prestações seguradoras, pois o governo poderia avaliar e reavaliar metas e prioridades para as despesas (educação, saúde, etc). Finalmente, naquele país onde são pagas contribuições, baseadas nos salários, se diz que as empresas com elevado coeficiente de mão-de-obra ficam prejudicadas. Encarecem seus produtos, cai sua competitividade e elevam-se os índices de desemprego. (Cf. Wolfgang Pelikan. **Sozialversicherung fur der Praxis**. 6. München. C.H. Beck. 1986., p. 85-86).

Apesar disso, a opção pelos impostos, como única forma de custeio, encontra enorme resistência e a tendência acentuada é no sentido de o financiamento se realizar preponderantemente por meio de **contribuições**. Não está demonstrado que a opção pelos impostos alivie necessariamente o ônus que pesa sobre os baixos salários (Cf. W. Pelikan, op. cit. loc. cit.), pois se eles onerarem o consumo, repercutirão exatamente sobre a camada de mais baixa renda da população, crescendo a regressividade (v. Pelikan, op. cit.). Além disso, a tendência universal foi exatamente caminhar para uma autonomia administrativa dos órgãos de Seguridade, livres de ingerências políticas que as transferências orçamentárias do produto arrecadado de impostos acarretam.

É importante observar que os fatos não comprovam a teoria. O que conta na competitividade é o custo total da mão-de-obra e as contribuições para a Seguridade Social são apenas parte dele. Se as contribuições sociais são elevadas, há tendência de baixa salarial e, onde há altos salários, elas podem se retrair. Pelo menos, na Comunidade Econômica Européia, as contribuições sociais não são uniformizadas sem que tenha havido beneficiamento de certos países às expensas de outros onde as contribuições são mais elevadas (v. **A Seguridade Social na Perspectiva do ano 2000. Relatório da OIT**. op. cit. p. 93). É verdade, entretanto, que as empresas de intensificação de mão-de-obra (quer pelos altos salários, quer pelas altas contribuições) tendem a reduzi-la com a introdução da microeletrônica e de máquinas, sob pena de perderem em competitividade. O que conta para elevar as fontes de custeio da Seguridade é o nível dos salários e o de empregos.

Seja como for, no Brasil, desde seus primórdios, com a famosa Lei Eloy Chaves, de 24 de janeiro de 1923, a Previdência Social tem sido sustentada por contribuições de empregados e empregadores. O art. 157 da Constituição de 1946, XVI, já assegurava “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. Os Textos Constitucionais posteriores mantiveram a forma de custeio mista, que sempre caracterizou o financiamento da Seguridade Social, ou seja, arrecadações pa-

gas diretamente pelos segurados e pelas empresas aos órgãos de Seguridade, assim como transferências do orçamento da União.

De fato, a forma mista de custeio - contribuições arrecadadas diretamente pelos órgãos de seguridade + transferências de outras fontes do orçamento fiscal do Estado - tem sido aquela considerada ideal para conferir a independência e a necessária estabilidade financeira dos órgãos previdenciários. O volume dessas transferências varia de país a país e de época a época. Nos tempos de depressão econômica, baixos salários e desemprego, quando, então, o produto arrecadado das contribuições incidentes sobre salários decresce consideravelmente, elevam-se os subsídios estatais. Na Inglaterra, entre as duas grandes guerras, o caixa do Tesouro contribuiu na mesma proporção que patrões e trabalhadores (1/3). Mas tal montante subsidiado passou a 60% do orçamento do órgão de seguro social, no ano de 1950, a 20% em 1960 e a 18%, após a década de oitenta (Cf. Anthony Ogus, op. cit. p. 415). Igualmente na Alemanha, a partir de 1957, os subsídios federais destinados ao seguro social começaram a ser reduzidos: se, em 1960, cobriam 30% dos gastos securitários, em 1980, passaram a financiar apenas 16% desses mesmos gastos (Cf. Wolfgang Pelikan, op. cit. p. 71). Mas, de qualquer maneira, na maioria dos demais países, como no Brasil, o caixa do Tesouro sempre estará garantindo a Seguridade Social básica para a grande massa dos trabalhadores.

3.5 Custeio por meio de contribuições que buscam o equilíbrio entre os fatores trabalho e capital (art. 195, I)

Em vários países do mundo, há anos, tem havido amplos debates a respeito da criação de um tributo sobre máquinas ou sobre ganhos de racionalização, para aliviar aquelas empresas que são mais oneradas com pessoal do que outras. Por meio da racionalização e de novas tecnologias, procuram os empregadores recusar trabalho e dispensar empregados, reduzindo custos. Com isso, retrai-se o total da massa de salários e, conseqüentemente, as contribuições sociais nela incidentes, que custeiam a Previdência Social.

Estudiosos do assunto, como Wolfgang Pelikan (*Sozialversicherung fur die Praxis*, op. cit. p. 16) entendem que a produção é determinada em medidas crescentes pelo incremento do capital maior do que o da força de trabalho. Isso acarreta a necessidade de se tributar também o **fator capital** para garantia e estabilidade do seguro social. Sugere uma contribuição que incida com base na fórmula seguinte: lucro + soma de salários; ou ainda mais valia (vendas deduzidas de prestações de terceiros e custos de mercadorias) + soma de salários. Com isso, desonerar-se-iam relativa e formalmente as em-

presas de intensificação de mão-de-obra, aliviando-se o fator trabalho, que decresce por meio da oneração do fator capital.

Ora, a Constituição de 1988 não só foi sensível às queixas das empresas de mão-de-obra numerosa, como se posicionou no seio dessa discussão internacional. A rigor, não previu múltiplas contribuições desconexas, com dupla ou triplica incidência. O espírito da Constituição Federal, como vêm defendendo, pioneiramente, Geraldo Ataliba e Aires Fernandino Barreto, em debates acadêmicos, é o de abrir possibilidades para uma contribuição que equilibre o peso do tributo entre os fatores trabalho, faturamento e lucro. Nunca o escopo de legitimar o **bis in idem** e a complicação desnecessária das contribuições.

3.6 Administração autônoma, democrática e descentralizada dos órgãos de seguridade social (art. 194, VII)

A solução da Constituição de 1988 para reduzir o gigantismo da Seguridade, coibir os abusos e a corrupção, foi adotar medidas administrativas que levem à autonomia, à descentralização (politicamente integrada) e à autofiscalização pela participação dos grupos interessados em sua gestão. Governo, empresas, segurados e aposentados devem se fazer representar segundo o art. 194, VII.

Historicamente, a Previdência Social passou de um sistema parcial, difuso e distribuído por ramos de atividades profissionais, a uma integração centralizada, adotada de gestão administrativa e financeira próprias. Em geral, órgãos consultivos com participação de representantes de empregados e empregadores são instalados há décadas. Na Inglaterra, são fundidos os ministérios da saúde e previdência social em um novo "Department of Health and Social Security", pelo ano de 1963 (Cf. Ogus, Anthony, op. cit. p. 424). Assim também na Áustria ou na Alemanha, onde os órgãos de Seguridade Social são públicos e autônomos (Cf. Helmar Bley, op. cit. loc. cit.).

Para combater os desvios administrativos dos órgãos securitários, de aspecto penal, ético e moral, a Constituição estabeleceu o "caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados". Esse preceito foi regulamentado pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e cria o CNPS, Conselho Nacional de Previdência Social, com funções diretivas, deliberativas e gerenciais, composto de quatro representantes do Governo Federal; sete representantes da sociedade civil, sendo dois dos aposentados e pensionistas, dois dos trabalhadores em atividade e três dos empregadores, conforme art. 3º. Igual-

mente criou Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social - CEPS e CMPS - de organização e função similares às do Conselho Nacional, atendendo à regra de descentralização administrativa constitucional (art. 7º).

Não obstante, os problemas de caixa mais graves da Previdência Social foram provocados por ações do próprio governo, para os quais a Constituição supriu lacunas anteriormente existentes, restabeleceu a legalidade e separou os orçamentos conforme veremos a seguir.

3.7 Autonomia arrecadatória, orçamentário-financeira e administrativa dos órgãos de seguridade social. A cassação da capacidade tributária ativa da união (arts. 165, § 5º, 167 IV, VI, VIII, 195 § 2º da CF)

A destinação do produto arrecadado para certos objetivos - direitos sociais, intervenção no domínio econômico ou interesse de categorias profissionais ou econômicas - funda a competência da União para instituir as contribuições. Somente despesas extraordinárias, decorrentes de guerra externa, calamidade pública ou investimento de caráter urgente e relevante podem legitimar o exercício da faculdade, conferida exclusivamente à União, para criar empréstimo compulsório.

Ora, proibida a criação de impostos com destinação específica no art. 167, IV, a Constituição usou de terminologia especial para designar tributos, que só podem nascer afetados a certos fundos, órgãos ou despesas - contribuições e empréstimos compulsórios - mesmo que essa afetação não altere a estrutura interna da norma tributária, em sua hipótese de incidência ou base de cálculo. (Como no caso da contribuição para o extinto FINSOCIAL).

Entretanto, a destinação, discriminada na Constituição é que define o conteúdo e a extensão da norma de competência federal. A União, os Estados e Municípios não podem instituir impostos com destinação específica, denominados de **contribuição ou empréstimo compulsório**. Essas últimas espécies tributárias, ainda que tenham hipótese de impostos (lucro, faturamento ou remuneração paga a empregados), fato que indica capacidade econômica do contribuinte, a teor do art. 145, par. 1º, só podem ser instituídas para atender às finalidades, expressamente consignadas no Texto Constitucional. A destinação é **fundante** da norma de competência.

Se inexistente o órgão, a despesa ou a pessoa que, necessariamente, devem financiar, falece competência à União para criar contribuições ou empréstimos compulsórios. Inexistindo o fundamento constitucional, legitimador do exercício da faculdade legislativa, o contribuinte pode opor-se à cobrança, pois indevido o tributo que nasce de norma sem validade.

A doutrina tradicional ensina que **competência é norma constitucional**, atributiva de poder legislativo a pessoa estatal, para criar, regular e instituir tributos. Trata-se de norma originária (pois tem sede na Constituição), indelegável e de plena eficácia. (Nesse sentido, vigentes e adequados ao atual momento constitucional, os arts. 6º e 7º do CTN. Ver Aliomar Baleeiro. **Direito Tributário Brasileiro**, atualização de Flávio Bauer Novelli. 1ª Rio de Janeiro. Forense, 1991, ps. 68-72).

Igualmente é ponto pacífico que, embora a competência seja indelegável, a pessoa estatal pode conferir a outra as funções de cobrar, arrecadar e fiscalizar tributos, portanto, a sua capacidade tributária ativa. Tal fenômeno é usual quando o tributo se destina a custear serviço descentralizado ou personalizado da administração indireta do Estado, de personalidade pública ou privada, desde que exerçam função de utilidade pública (sindicatos, por ex.). Cresceu com o intervencionismo estatal e espelha a renúncia à arrecadação, cobrança e fiscalização por parte da pessoa competente. Denominado de **parafiscalidade** significa que o produto correspondente à arrecadação não será receita integrante do **orçamento fiscal** do Estado, mas será orçado, centralizado e administrado de forma **parafiscal**.

A expressão - parafiscalidade - se consagrou a partir do inventário Schumann, realizado na França, em 1946, que levantou e classificou os encargos assumidos por entidades autônomas e depositárias de poder tributário, por delegação do Estado, como parafiscais. O inventário incluiu, como encargos de natureza parafiscal, não só os encargos sociais, inclusive seguros sociais e acidentes do trabalho, como as taxas arrecadadas pelas administrações fiscais para certas repartições e estabelecimentos públicos financeiramente autônomos (Câmaras de Agricultura, De Comércio, Fundo Nacional de Habitat, etc), como os profissionais (Associação Francesa de Padronização, Associações Interprofissionais e órgãos de classe).

Semanticamente, pois, a palavra parafiscalidade nasceu para designar a arrecadação por órgão ou pessoa paraestatal, entidades autônomas, cujo produto, por isso mesmo não figura na peça orçamentária única do Estado, mas é dado integrante do orçamento do órgão arrecadador, sendo contabilizado, portanto, em documento paralelo ou "paraorçamentário". Desenvolveu-se acentuadamente com o intervencionismo estatal e foi impulsionado pelo Estado corporativista-fascista. A imposição, porém aberta e direta, com que o Estado provê os cofres públicos através de impostos, encontraria barreiras de natureza psico-econômico-sociológica. É Jean-Guy-Mérigot quem, em 1949, elabora a teoria da parafiscalidade, explicando ser ela nada menos do que uma sujeição tributária disfarçada aos olhos do contribuinte, sob diversas denominações inclusive "contribuições", mas sucetível de propiciar ao Estado os recursos com que cobrir as despesas que ele se propõe a

despender, em busca das atuais finalidades públicas (v. **Elementos de uma Teoria da Parafiscalidade**. Trad. Guilherme A. dos Anjos, **Revista de Direito Administrativo** 33:55, 1953, p. 55).

Convém esclarecer que há juristas que usam a expressão Direito Fiscal como sinônima de Direito Tributário (v. Baleeiro. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 12^a. Rio de Janeiro, 1978, p. 49). Por isso, há quem empregue a palavra parafiscal como paratributário ou atributário.

Entretanto essa promiscuidade semântica não está adequada à Constituição de 1988. O ramo jurídico, que trata dos tributos, é denominado constitucionalmente de Direito Tributário e o que é fiscal não significa ser tributário.

Basta considerar que a Constituição distingue, na lei orçamentária, três orçamentos: o fiscal, o de investimento das empresas estatais e o da Seguridade Social. Ora, dentro do **orçamento fiscal**, encontram-se fixadas todas as despesas e estimadas todas as receitas de todos os órgãos e fundos da administração direta e indireta da União. Portanto, ele inclui não só o que é tributo como também as demais receitas patrimoniais e industriais e despesas correntes e de capital. Ser fiscal não é ser tributário. Ser parafiscal é apenas não integrar o orçamento fiscal da União, não ser receita própria dela, podendo não obstante ser tributo. Por isso uma reforma fiscal (ajuste amplo entre gastos e recursos financeiros do Estado) não coincide, em objeto e extensão, com uma reforma tributária. (No mesmo sentido, Wagner Balera. **A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**, São Paulo, Ed. RT, 1988).

Do ponto de vista estritamente jurídico-tributário, a parafiscalização é apenas o fenômeno segundo o qual a lei da pessoa competente atribui "a titularidade de tributo a pessoas diversas do estado, que as arrecadam em benefício das próprias finalidades. É o caso de autarquias dotadas de capacidade tributária ativa (IAPAS, OAB, CONFEA, CEF) ou de entidades paraestatais, pessoas de direito privado chamadas pela lei a colaborar com a administração pública como as define Celso Antônio Bandeira de Mello em *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*" (Cf. Geraldo Ataliba. *Hipótese de Incidência Tributária*, 4^a São Paulo, Ed. RT, 1990, p. 83).

O lógico é que, tendo o Estado criado pessoas, como serviços descentralizados, evite arrecadar os recursos para depois repassá-los à pessoa beneficiada, delegando-lhes tal aptidão diretamente.

O que se ensinou, no Brasil, de forma pacífica, até o advento da Constituição de 1988, foi que a pessoa competente tem sempre e necessariamente aptidão para figurar no pólo ativo da relação tributária para, frente ao devedor, cobrar, exigir, arrecadar e administrar o tributo. A delegação da capacidade tributária ativa sempre foi entendida como faculdade, cujo exercício de-

pendia da livre discricção da pessoa competente, mesmo que razões lógicas de simplificação e economia a recomendassem. E, na maior parte das vezes, a União efetuou a delegação tanto nas contribuições (IAPAS, OAB, IBC, etc) como nos empréstimos compulsórios (Eletrobrás) deixando de fazê-lo em casos excepcionais ou transitórios (calamidade pública).

Escreve Roque A. Carrazza que a parafiscalidade “é a atribuição, pelo titular da competência tributária, mediante lei, da capacidade tributária ativa, a pessoas públicas ou privadas (que persigam finalidades públicas ou de interesse público), diversas do ente imposto que, **por vontade desta mesma lei**, passam a dispor do produto arrecadado, para a consecução de seus objetivos.” (Cf. **O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária**. São Paulo, Resenha Tributária, 1977, p. 40).

O Código Tributário Nacional aderiu à doutrina nacional e consagrou, expressamente, tanto a indelegabilidade da competência, como a discricionariedade da pessoa estatal competente para atribuir à outra, sua capacidade ativa de exigir e arrecadar o tributo. O art. 7º, par. 2º é expresso em assegurar que “a atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido”. Esse era o sentido da norma legal, da jurisprudência e da doutrina, até o advento da Constituição de 1988.

A Carta de 1988 veio exatamente para alterar as principais causas dos desvios de recursos da Seguridade Social, praticados pelo Governo Federal. Já observamos que as contribuições previdenciárias, recolhidas diretamente pela Previdência Social, eram **paraorçamentárias (parafiscais)**, ou seja, não integravam a lei orçamentária da União. Com base no art. 62 par. 1º da Constituição anterior, o orçamento vultoso da Previdência Social escapava à apreciação do Congresso Nacional, era aprovado por mero ato do Executivo, o qual podia também por simples decreto alterá-lo, remanejá-lo ou estorná-lo. Os desvios não cessaram de se repetir e os abusos cresceram comprometendo a saúde financeira da Previdência Social. Nessa ocasião a parafiscalidade continuou grassando, enquanto era da conveniência do Tesouro Nacional.

O que a Constituição de 1988 pretendeu fazer e, de fato, fez, foi submeter os orçamentos da Seguridade e de investimento das empresas estatais à apreciação do Poder Legislativo, de modo que os desvios de recursos e o estorno sem prévia anuência legal, ficassem vedados (art. 167, VI e VIII). Entretanto a Constituição Federal não unificou os **caixas** do Tesouro e da Seguridade Social, ao contrário, só restabeleceu a legalidade, cassando - fato histórico inédito - a capacidade tributária ativa da União para arrecadar e administrar as contribuições sociais, destinadas ao custeio dos órgãos de Seguridade Social. E nem poderia ser de outra forma. Restabelecer a legalidade para impedir desvios seria inútil, se o produto arrecadado com as con-

tribuições criadas para custear a Seguridade entrasse pelo **caixa do Tesouro**. Dificilmente os recursos seriam repassados, mas se o fossem, apenas depois de a União utilizá-los por tempo suficiente para reduzi-los substancialmente em período inflacionário. Por isso a Constituição Federal separou rigidamente os orçamentos e não deixou lacunas ou omissões, sendo inconstitucionais as leis tributárias que autorizam a arrecadação das contribuições securitárias pela Receita Federal e os atos que prendem os recursos advindos da contribuição social sobre o lucro ou sobre o FINSOCIAL, lesando a Previdência Social.

A otimização dos gastos públicos e sua racionalização indicam-nos que a parafiscalidade deveria ocorrer em todos os casos em que a União descentraliza e autonomiza os serviços públicos custeados por contribuições. Mas a Constituição Federal não é expressa para a generalidade dos casos, resultando essa interpretação de razoabilidade.

Não obstante, em relação às contribuições sociais, de que são espécie aquelas destinadas ao custeio da Seguridade Social, a Constituição cassou expressamente a capacidade tributária ativa da União, ou seja, tão só a aptidão para exigir e arrecadar o tributo. Essa interpretação parece-nos ser a única cabível, pela letra e pelo espírito dos dispositivos magnos.

Devemos considerar que:

a) a seção II do Cap. II das Finanças Públicas intitula-se **DOS ORÇAMENTOS**, palavra plural indicativa de que a lei orçamentária anual federal contém três (3) orçamentos distintos, inconfundíveis, para preservação do **caixa** dos órgãos de Seguridade Social. O art. 165, par. 5º estabelece que a lei orçamentária compreenderá o orçamento fiscal da União, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da Seguridade Social;

b) o art. 167, VI veda o desvio, a transposição ou a “transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legal”. O inciso VIII proíbe a utilização, sem anuência legal, “de recursos dos orçamentos fiscal e da Seguridade Social para suprir necessidade ou cobrir **deficit** de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, par. 5º”. Com isso se coibiu o estorno dentro de um mesmo orçamento ou de um orçamento para outro;

c) o art. 195 dispõe que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade de forma indireta por transferências advindas dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de forma direta por meio de contribuições sociais, pagas pelas empresas (sobre a folha de salários, faturamento e lucro) e pelos trabalhadores;

d) a Constituição Federal assegura a descentralização da gestão administrativa da Seguridade no art. 194, VII e garante a cada área o gerenciamento de seus próprios recursos, no art. 195, par. 2º;

e) finalmente, deve-se considerar que o conceito de **transferência** é conceito técnico-jurídico inconfundível com o de **contribuição**. Na acepção constitucional, contribuição é tributo necessariamente vinculado a **gasto real (o qual fundamenta a própria norma de competência)**. Portanto as contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social são **receita própria** dos órgãos de Seguridade, pagas em razão de serviços e benefícios, que são despesas reais, feitas em contrapartida pelo sujeito ativo (INSS). Já a **transferência** é fluxo de moeda em favor de terceiro que nada contrapresta diretamente em bens ou serviços (no caso, a Receita Federal arrecada e transfere aos órgãos de Seguridade, transformando a contribuição em receita própria). Esse conceito de transferência é aceito em Economia, pela Constituição Federal e pela Lei 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro.

Ora, não se pode confundir imposto com destinação específica, nas hipóteses em que a Constituição o permite como exceção, com **contribuição**. Se a afetação da arrecadação dos impostos a órgãos, fundo ou despesa está genericamente vedada no art. 167 IV (sendo exceções expressas, a vinculação de impostos federais a fundos de participações de Estados e Municípios, de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino ou para prestação de garantias às operações de crédito por antecipação da receita, **todas feitas exaustivamente pela própria Constituição**), as contribuições - que só podem ser criadas em razão de sua destinação especial - mesmo se decorrentes de hipóteses próprias de impostos (lucro, faturamento, etc), têm a sua especificidade exatamente na cassação de sujeição ativa da União, inequivocamente no caso daquelas, financiadoras da Seguridade Social.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, o imposto sobre produtos industrializados e outros são **receita própria da União**, que os arrecada, cobra, exige e fiscaliza. Integram o orçamento da União, mas, pelo mecanismo das transferências, são repassados obrigatoriamente a outras pessoas (arts. 158, 159). A obrigatoriedade se desdobra em outros incisos, vedando a Carta que sejam aprovadas emendas ao projeto de lei orçamentária anual, que objetivem reduzir ou anular as "transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal" (art. 166, par. 3º, II, c).

Então, consentir que a União cobre, arrecade e fiscalize as contribuições destinadas ao custeio dos órgãos de Seguridade Social, para depois repassar os recursos, pelo mecanismo das transferências, é **transformar as**

contribuições em impostos com destinação, expressamente vedados; é inválidar o regime que a Constituição lhes atribuiu; é ferir a letra e o espírito da Carta Magna, que objetivou resguardar o caixa da Seguridade Social.

Enquanto o orçamento da Seguridade Social não se submetia à aprovação legal, podendo o Executivo manipulá-lo livremente, à luz da Constituição anterior, não houve aprofundamento, nem interesse na discussão do tema. Não era de conveniência da União evitar a parafiscalidade.

Mas agora, medidas provisórias sucessivas, convertidas em lei, enfrentam a Constituição, determinando que a arrecadação e cobrança dos recursos, advindos da contribuição social sobre o lucro ou do antigo FINSOCIAL, sejam feitas pela Receita Federal. Com isso se tenta suprir as aperturas de caixa do Tesouro Nacional para, depois, a União repassá-los (se o fizer) ao Instituto do Seguro Social, único realmente apto à arrecadação, cobrança e administração.

Recentemente, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui seu plano de custeio, reafirmou a destinação do produto arrecadado da contribuição incidente sobre o faturamento, integralmente, aos órgãos de Seguridade Social, o que já fora definido em leis anteriores (nº 7.787, de 30 de junho de 1989, art. 7º; nº 7.894, de 24 de novembro de 1989, art. 23). Não obstante, insiste ainda aquele diploma legal na cobrança e arrecadação pela Receita Federal e estabelece em seu art. 19:

“O Tesouro Nacional entregará os recursos destinados à execução do Orçamento da Seguridade Social aos respectivos órgãos e unidades gestoras nos mesmos prazos legais estabelecidos para os Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Vê-se que a lei ordinária equiparou a contribuição social para o custeio da Seguridade Social a imposto, ao arrepio da Constituição. Submeteu-a ao mesmo regime constitucional dos impostos, que são receitas da União, integram o seu orçamento fiscal, e são por ela administrados para, posteriormente, serem transferidos às pessoas beneficiadas. (v., no mesmo sentido, Miguel Reale. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 63 e ss.).

A Constituição Federal não pode alterar para nada mudar. A destinação aos órgãos de Seguridade é toda a modificação essencial que o Texto Fundamental de 1988 previu para submeter um tributo ao regime das contribuições sociais, referidas no art. 195. Muitas dessas contribuições teriam a natureza específica de impostos, mas já nascem, por vontade constitucional, afetadas a órgão, fundo ou despesa.

Afinal, o que é tributo cujo fato gerador ou hipótese é lucro das empresas ou seu faturamento, senão imposto? Imposto não obstante denominado de

contribuição na Carta Magna, porque vinculado **ex rigore iuris** ao financiamento da Seguridade Social. Por essa razão, o legislador complementar pode escolher outras fontes, que não sejam lucro, faturamento ou folha de salários, mesmo que sejam características de impostos, se destinadas ao custeio da Seguridade Social. Para isso, entretanto, a União deverá seguir o **mesmo regime próprio**, previsto para o exercício da competência residual relativo a impostos (art. 195, par. 4º).

Tal faculdade do art. 195, par. 4º é portanto ampliativa e não restritiva. Não está expressa na Constituição Federal para as demais contribuições, porque essas, a rigor, devem ser verdadeiras contribuições por natureza (ou taxas) e, em princípio, se corretamente reguladas, não seriam passíveis de invadir competência de outro ente político da Federação.

A Constituição de 1988 abre exceções a seu rígido esquema de discriminação, transformando verdadeiro imposto em contribuição, incidente sobre o lucro, faturamento, folha de salários ou sobre a relação que equilibre os três fatores, por meio de um único critério de transformação: a **destinação**. De forma clara e repetida em diferentes artigos, em razão do tratamento especial que conferiu à Seguridade Social, **cassa a sujeição da União para cobrar, arrecadar e administrar o produto advindo dessas contribuições sociais**.

4 SOBRE AS PROPOSTAS GOVERNAMENTAIS DE REFORMA DA SEGURIDADE SOCIAL. DIREITOS ADQUIRIDOS E EXPECTATIVAS DE DIREITO

Recentemente o governo federal enviou cerca de oito projetos de lei ao Congresso Nacional, destinados a reformular a Previdência Social. Em muitos aspectos, eles se chocam com a Constituição, mas vamos realçar apenas aqueles que se vinculam diretamente aos pontos destacados neste artigo.

Em projeto de lei complementar, propõe-se:

- a instituição de uma contribuição social única sobre o faturamento (equiparado à receita bruta em seu art. 2º), à alíquota de 6%, a ser paga pelas empresas;
- a revogação das “contribuições dos segurados, incidentes sobre os salários de contribuição, previstas na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”;
- a atribuição de capacidade tributária ativa ao Departamento da Receita Federal, para administrar e fiscalizar a citada contribuição social.

E, em outro projeto de lei, que altera o plano de benefícios da Previdência Social, pretende-se:

- a limitação de todo benefício ao teto máximo de Cr\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil cruzeiros) ou cinco salários mínimos;
- a concessão de um crédito ao segurado que tiver contribuído de forma a ter um benefício superior a esse limite, o qual somente será inscrito em favor do segurado que participar de plano complementar ao da Previdência Social e por solicitação da entidade instituidora do plano (arts. 3º e 4º).

Pode-se registrar desde logo que se insiste na prática dos desvios dos recursos da Previdência Social, na ofensa ao princípio de separação dos orçamentos, constitucionalmente estabelecido, e no desrespeito à autonomia gestora dos órgãos de Seguridade Social. Como já observamos longamente no tópico anterior, somente o Instituto Nacional do Seguro Social tem capacidade tributária arrecadatória. Estando casada pela Constituição a capacidade ativa da União para cobrar e administrar as contribuições sociais, não são válidas quaisquer normas que disponham de modo diverso.

Entretanto interessa-nos observar ainda que o projeto do governo deixa de lado o modelo da Constituição de 1988. Em seu art. 195, ela optou por um sistema misto de financiamento da Seguridade como vimos. Contribuições a cargo de trabalhadores e empresas (incidentes sobre lucro, faturamento e folha de salários) + transferências advindas dos orçamentos dos entes políticos estatais são a solução adotada pelo Brasil, como pela maioria dos demais países.

O financiamento da Seguridade, assim proposto pelo governo, fere princípios constitucionais porque:

- não estabelece o necessário equilíbrio entre os fatores capital e trabalho, previsto no art. 195;
- dispensa o recolhimento pelo segurados obrigatórios do tributo incidente sobre o salário de contribuição, injetando-os no setor de **assistência social**, previsto na Carta Magna para atender os necessitados, independentemente de qualquer contribuição;
- finalmente, ao colocar os atuais segurados obrigatórios, na incômoda posição de **assistidos pelo Estado gratuitamente**, ao lado de indigentes e incapazes, ao dispensar o recolhimento pelas empresas, de contribuições incidentes sobre a folha de salários (que ainda são pagas diretamente ao Instituto Nacional do Seguro Social), compensando a isenção com contribuição de 6% incidente sobre o faturamento e cobrada pela Receita Federal, apodera-se a União, definitivamente, do gigantesco orçamento da Seguridade Social. Poderá

manipulá-lo **de fato** (embora mantendo-o formal e contabilmente em destaque na lei orçamentária) não repassando, ou repassando com atraso em importâncias menores, os recursos que são **receita própria da Seguridade Social**.

Ora, não é isso que dispõe a Constituição Federal. Ela supõe o trabalhador como contribuinte-segurado no art. 195, refere-se ao **salário de contribuição** (art. 201, V par. 4º, 202) e, nessa condição de contribuinte, atribui-lhe funções de gestão e administração junto aos órgãos de Seguridade (art. 194, VII).

Benefícios econômicos? Podem ser absolutamente ilusórios. A isenção, conferida a trabalhadores, não acarreta necessariamente elevação de salários, especialmente em fase de crise e recessão econômica. Especialistas em Previdência Social alertam para o fato de que tributos, que **oneram o consumo**, podem ser tão ou mais regressivos do que contribuições diretas sobre salários (v. **A Seguridade Social no ano 2000. Relatório OIT**, op. cit., loc. cit.). Quando se elevam as contribuições sobre o faturamento para 6%, a tendência é o repasse imediato para os preços, penalizando especialmente os mais baixos salários.

Se os trabalhadores perdem economicamente com a proposta, perdem muito mais juridicamente. Referimo-nos aos **conceitos de direito adquirido e expectativa de direito**. Esses conceitos, ao longo das últimas décadas, têm sofrido uma larga evolução em países como Alemanha, Canadá e mesmo EEUU. Essa evolução, entretanto, que sequer está bem delineada no nosso direito, ficará fatalmente comprometida para o futuro, se desaparece a massa dos segurados, substituída pela dos assistidos gratuitamente.

Há cerca de vinte anos, denunciando a falta de profundidade nos estudos até então feitos em nosso País, sobre direitos adquiridos e expectativas de direito, P. E. Ribeiro de Vilhena reclama: **“o grave erro da doutrina tem consistido em encarar o direito adquirido como um conceito estático, rígido e não como uma posição jurídica dinâmica, cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem, que a ordem jurídica, menos ou mais, localiza em determinada titularidade”**. (Cf. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. **Revista de Informação Legislativa. Senado Federal**, jan-março 1971, p. 17). E o faz com toda propriedade, à luz do Direito Administrativo, demonstrando estreito acompanhamento da evolução do significado conceitual de expectativas no Direito. Nesse primoroso artigo, já àquela época, destacou que, em certas situações especiais,

- não se pode simplesmente manter raciocínio clássico-individualista, modelado no direito privado, segundo o qual a “incorporação de bens ao

patrimônio da pessoa não comporta uma gradativa escalada de apresamento e de fixação” (v. op. cit. p. 12);

- a ausência de graduação na formação desses apresamentos e fixações leva a um raciocínio excludente equivocado, que situa em polos opostos, o direito adquirido e a expectativa de direito, quando entre um e outro há posições tuteláveis ou direitos expectados. Tais “direitos expectados” dos alemães (**Anwartschaftsrechte**) distinguem-se das simples expectativas, pois configuram no dizer de Pontes de Miranda “**direito a adquirir direitos**” (v. Tratado de Direito Privado, **apud** Ribeiro de Vilhena, op. cit., p. 14);

- o **status**, como verdadeira **qualitas iuris**, é um complexo unitário de deveres e direitos que se entrecruzam e onde se entrelaçam direitos constituídos e em formação, como seqüência não passível de rompimento, v.g. o casamento, a condição de funcionário público, de sindicalizado, etc (v. op. cit. ps. 13-14).

Sem dúvida, a proposta de reforma governamental, é altamente questionável a perda do **status de segurado** da Previdência Social para o trabalhador, em posição equiparada àquela de **assistido**, ao arrepio da Constituição vigente. O que essa perda acarretará em complexo de direitos e deveres, para o futuro, parece ser ainda mais danoso pelo fato de que, em nosso modelo jurídico, não estão sedimentadas noções como **direitos expectados, direito a adquirir direito, graduação de direitos ou expectativas imprescritíveis ou imodificáveis** existentes em outros sistemas mais evoluídos. Se essas noções ainda não se firmaram para aqueles que têm determinado **estatuto**, definido em lei como **status**, não se poderá esperar contemplação para a massa difusa de trabalhadores, gratuitamente **assistida** pelo Estado.

Em passado recente, presenciamos a redução dos benefícios previdenciários de vinte (20) salários mínimos para dez (10) e, agora, propõe-se novo teto de apenas cinco (5). Essas sucessivas reduções sem contrapartida para o Estado só se fazem porque se parte da idéia individualista e estática de direito adquirido, aceita pela jurisprudência.

Ora, se evoluções são sentidas no próprio direito privado, transformações ainda mais avançadas, para lá dos direitos expectados, são registradas no Direito Previdenciário alemão. Aí os direitos plenos (**Vollrechte**) englobam os conceitos de expectativas (**Anwartschaften**) e previsões (**Aussichten**). Alerta J. Gernhuber, em sua notável obra, **Lehrbuch des Familienrechts** (3. Munchen. C. H. Beck'sche, 1980, p. 329 ss) para o fato de que o conceito de expectativa é consistente e próprio no Direito Previdenciário, não se podendo confundi-lo com o conceito de expectativa difuso, “impreciso em seu centro e quase não palpável em sua periferia”, que ficou

no Direito Civil. Por isso é graduável e tem conteúdo patrimonial próprio, suscetível de divisão ou compensação, por ocasião do divórcio. Notável avanço nesse sentido também é registrável no Canadá ou nos EEUU, como evidencia Myriam de A. Machado e Campos (v. **A Compreensão do Princípio da Igualdade na Relação entre Cônjuges. Tese. Inédito**).

Mas nossas leis e doutrina precisam distinguir entre expectativas de direito mais ou menos condensadas (como as expectativas imprescritíveis ou prescritíveis do direito alemão). É evidente, a situação daquele cidadão recém-incorporado ao sistema previdenciário é diferente daquela de outro que, há mais de vinte e cinco anos, contribui para a Previdência Social, na expectativa de se aposentar com base no teto máximo (de dez salários), **garantido pelo Estado**.

Ao mesmo tempo, a quebra do regime até então vigente, estabelecendo-se a gratuidade das prestações e benefícios, **consagra o sacrifício de uma geração**. Existia e existe entre nós, até agora, aquilo que os alemães chamam de **contrato entre gerações**. A geração ativa de trabalhadores paga a aposentadoria daqueles que já estão afastados, na esperança de que a geração seguinte também custeie a sua, por meio de contribuições à Previdência Social (V. F. Ruland, op. cit.). Ora, rompido esse contrato entre gerações, será lesada uma geração, aquela que pagou tributos diretos sobre seus salários e, agora, se aposentando ainda suportará os efeitos dos tributos indiretos, incidentes sobre o faturamento, repassados para os preços e diluídos por toda a sociedade.

Mais adequado para nós é o raciocínio tributário, uma vez que identificamos a contribuição social com tributo (art. 149 da Constituição). Se o segurado paga tributo em prestações sucessivas, em decorrência de norma cuja hipótese é a existência de atuação estatal (onerosa), porém futura e ainda não efetivada, estabelecida a gratuidade da atuação estatal - benefícios e serviços - (que já está custeando), não lhe assiste direito à repetição?

5 CONCLUSÕES

Para os problemas financeiros mais graves enfrentados pela Seguridade Social no Brasil, vimos que a Constituição de 1988 previu soluções, que, em sua maioria, não foram sequer implantadas.

Algumas dessas soluções são lentas, de paulatina e progressiva efetivação no tempo. Referimo-nos à edificação de um **Estado Democrático de Direito**, com vistas ao desenvolvimento e à construção de uma sociedade mais justa e solidária. A inflação e o desemprego estão na base dos reais pro-

blemas financeiros dos órgãos de seguro social tanto no Brasil, como nos países mais desenvolvidos. O quadro é agravado entre nós, porque convivemos com a miséria, com baixíssimos salários e desigualdades econômicas muito expressivas.

A retomada do desenvolvimento e o crescimento dos salários na renda nacional são objetivos inalcançados até o momento, tendendo a persistir a crise financeira da Seguridade, como reflexo dos dados econômicos conjunturais e estruturais.

Além dessas complicações sociais e econômicas comuns aos países em desenvolvimento, que não se solucionam com a privatização do seguro social, a Constituição Federal, como vimos, estabeleceu critérios para atenuar ou mesmo extirpar outros problemas, critérios que ainda não foram testados, aplicados ou são sistematicamente desobedecidos.

Referimo-nos à criação de uma contribuição social, conforme dispõe o art. 195, que equilibre, entre si, os fatores desrespeito contínuo à **necessária titularidade da capacidade ativa do Instituto Nacional do Seguro Social**, único apto a arrecadar e administrar os recursos advindos das contribuições sociais. Ofende ao princípio da igualdade, a lei que não atenta para o tratamento mais justo exigido na Constituição, entre empresas que se utilizam com peso diferente do capital e do trabalho. Da mesma forma, lesa distintos dispositivos magnos, a lei que autoriza sejam canalizados os recursos próprios da Seguridade Social para o caixa do Tesouro Nacional.

É digno de registro observar que o **modelo da Constituição como um todo** está sendo desprezado, tanto na regulação legal vigente, como nas propostas de reforma até o momento encaminhadas. A perda do **status** de seguro para o trabalhador, que passará a assistido gratuito do Estado, a quebra do contrato entre gerações (possibilitada pela inexistência de uma teoria gradual das expectativas de direito) são reformas pretendidas ao desabrigo da Constituição, antes que ela de fato tivesse sido implementada. Um outro modelo de Estado e de regime político, menos socializante, menos igualitário, mais privatizante, se superpõe e se choca às normas formalmente adotadas. Note-se que privatização total do seguro social é modelo imposto apenas para países do segundo mundo como Chile (e talvez Argentina), mas não tentado ou cogitado para países desenvolvidos, embora muito liberais como EEUU ou Inglaterra.

Que o Poder Judiciário, chamado à intervenção, coibirá grande parte desses desvios é de se esperar, e já se pressente pelas atuais decisões de primeira e de segunda instância. Se os sindicatos saberão reagir às perdas econômicas e jurídicas dos trabalhadores (e mesmo das empresas desigualmente tratadas) é uma incognita, tentados que ficarão à implantação de planos com-

plementares de seguro, que lhes são franqueados nos mesmos projetos de reforma.

Em definitivo, as soluções da Constituição não fracassaram, porque não foram tentadas ou porque foram agredidas em suas linhas gerais e mais fundamentais.

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Humberto Theodoro Junior
 Desembargador aposentado do TCU/DF
 Professor da Faculdade de Direito da UFMG
 Advogado, Doutor em Direito

SUMÁRIO

1. Posição doutrinária 2. Dignidade pública 3. Participação
 4. Conclusões

I POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Nos últimos tempos o procedimento administrativo tem sido tema de constantes e amplas discussões entre os membros do Direito Administrativo.

Não se compreende, no atual Estado Democrático de Direito, que a Administração atue, em face dos cidadãos, afazendo-lhes a liberdade e o patrimônio, sem que a lei trace parâmetros e formas adequadas a esse gestão realizada sempre a pretexto de preservar o bem público.

Exige-se, cada vez mais, que a democracia deixe de ser "formal" e assumam a natureza de democracia "real", com efetiva participação da comunidade e franco acesso de todos ao seio da Administração.

Essa reciprocidade "Sociedade-Estado" – segundo ROBERTO DROMI – pressupõe a participação e impõe sua procedimentalização, com a finalidade específica de explicitar a linguagem jurídica do diálogo institucional entre o poder e os cidadãos.

Incumbe ao Direito instituir as formas jurídicas dos "modos sociais de exercício do poder", pois – ainda segundo o mestre argentino – "as formas não existem limites para o poder".