

SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: O CUSTEIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS À SEGURIDADE SOCIAL

TAX CONSTITUTIONAL SYSTEM: THE COST OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS

*Roque Antonio Carrazza*¹

*Diógenes Teófilo de Jesus*²

Resumo: O estudo está situado na zona de interseção entre o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito da Seguridade Social, o que é metodologicamente possível, em função do seu princípio unificador: o Sistema Constitucional Tributário. Mediante pesquisa qualitativa bibliográfica, o trabalho promoverá um diálogo entre as competências do Estado brasileiro, em ordem a contrapor o atributo da referibilidade das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, ao custeio da despesa pública, incorrida para promoção de políticas sociais, que têm por objeto direitos fundamentais. A partir da identificação dos atributos sociais e fiscais do Estado, levada a efeito por CASALTA NABAIS, será realizado o cotejo das referidas contribuições e seu regime jurídico, com o sistema constitucional tributário brasileiro. Para tanto, será levado em conta o pragmatismo jurídico de PEIRCE, contemplando os três estágios do exercício da razão: abdução, dedução e indução. Por fim, indo além da validade das normas jurídicas, será feita uma incursão pelos meandros da justiça tributária, princípio reitor para a construção de todas as proposições que pretendam ser Direito.

Palavras-chave: Direito Tributário; Contribuições; Seguridade Social; Direitos Fundamentais.

Abstract: The study is located in the intersection zone between Tax Law, Administrative Law and Social Security Law, which is done in sociological terms, in a function of its teaching principle, namely, the Constitutional Tax System. In the qualitative bibliographical research, the work will promote a dialogue between the competences of the Brazilian State, the ordering by public order, the indexation of salaries to the cost of social security, the costing of public expenditure, the incoherence by the promotion of social policies, which object fundamental rights. Based on the identification of corporate rights and state taxes, the CASALTA NABAIS will be enforced, it will be carried out in accordance with the taxes and the legal regime, with the Brazilian tax constitutional system. For that, PEIRCE's legal pragmatism will be taken into account, contemplating the three stages of the exercise of reason: abduction, deduction and induction. For this reason, it will be necessary for the legal rules to be applied, on an ongoing basis, for all propositions that claim to be valid.

Keywords: Tax Law; Contributions; Social Security; Fundamental Rights.

¹ Doutor, Livre-docente e Mestre, em Direito Tributário pela PUC/SP - Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Advogado e Consultor Tributário.

² Professor de Direito Tributário dos Cursos de Especialização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado e Consultor Tributário – Mestrando em Direito Tributário pela PUC/SP.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo está situado na zona de interseção entre o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito da Seguridade Social, o que é metodologicamente possível fazer, em função do seu princípio unificador: o Sistema Constitucional Tributário.

No trabalho, adotaremos o método pragmaticista de PEIRCE³, dadas as suas interessantes características de aplicação, no âmbito da interpretação constitucional contemporânea. Além disso, procuraremos promover, mediante qualitativa pesquisa bibliográfica, o diálogo das competências do Estado brasileiro, em sua atual conformação, em ordem a contrapor o atributo da referibilidade das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, às despesas necessárias para a promoção de políticas públicas, que têm por objeto alavancar direitos fundamentais.

Ao depois, tendo identificado os atributos sociais e fiscais do Estado, enumerados por CASALTA NABAIS, voltaremos nossas atenções para as “contribuições especiais” e seu regime jurídico.

Incidentalmente, também criticaremos a proposta de reforma tributária (PEC nº 45/2019), dissociada da reforma administrativa (também chamada reforma do Estado), até porque edificada em fase histórica de clamores por direitos, mas curioso silêncio sobre os corolários deveres, dentre os quais, o de custeio. O justo e imprescindível custeio, diga-se de passagem.

Muito bem. Das hipóteses programáticas, por meio das quais o legislador constituinte erigiu os alicerces da República – como o da dignidade da pessoa humana –, até o patamar das relações jurídicas individuais, em que a pessoa comparece em sua mais frágil condição, há uma cadeia invisível de competências e regras orçamentárias, nem sempre prestigiada pelos olhares dos aplicadores e cientistas do Direito. E isso, apesar de tais fenômenos encontrarem guarida no texto constitucional e serem por ele abundantemente consagrados.

Não é por outra razão que, além de realizarmos um estudo sobre a validade das normas jurídicas em vigor, incursionaremos pelos meandros da justiça tributária, principio reitor e sumo bem, baliza fundante para a construção de todas as proposições que pretendam ser Direito.

³ Trataremos do *pragmaticismo jurídico*, de Charles Sanders Peirce, contemplando os três estágios do exercício da razão: *abdução, dedução e indução*. Por meio dele, torna-se possível uma crítica científica, que, por perpassar os estágios da crença, da dúvida e do hábito, permite, ao cientista do Direito, incursionar, com proficiência, em domínios teleológicos e causais, tangenciando as zonas de contato e as interseções nas quais o Direito comparece, enquanto sistema.

2 INTERPRETANDO UM SISTEMA CONSTITUCIONAL

Há silêncio. E uma atitude diversa do costumeiro toma de assalto o indivíduo perplexo, atônito, impotente. Diante de si, um texto – como tantos outros já percorridos por seus olhos – cobrando, neste crucial instante, um novo divagar da consciência, em sístoles e diástoles, a bombear ideias em profusão.

De um lado, temos os dicionários, guardiães da semântica corrente dos termos inventados pelo homem, estruturados conforme o critério de utilidade das construções de sentido técnico e vulgar, segundo suas aplicações. De outro, está o mundo, que simplesmente acontece, não raro ignorando as estruturas lógicas do pensamento e desafiando as leis sociais, jurídicas, morais e, paradoxalmente, até mesmo físicas.

Ao centro, o homem, cujo intelecto está preordenado a conhecer para, ao depois, agir; cujos atos produzem novos e diferentes mundos,⁴ sempre passíveis de reinterpretações.⁵

Considerando que, em raras e específicas ocasiões, a pesquisa da semântica constitucional está, por sua própria conformação estrutural, calcada na estruturação hipotética, é de se indagar: como afinal interpretar um sistema travejado na Lei Maior?

Entendemos que a resposta deve ser buscada nos princípios constitucionais, destinados, cronologicamente, a inspirar o constituinte, a fundamentar o aplicador e a orientar o intérprete.⁶

Ora, se assim é, qual o caminho a ser percorrido pelo intérprete constitucional, do texto à norma? A questão é complexa, pois, dependendo do método adotado (jurídico, lógico, gramatical etc.), pode-se chegar a múltiplas conclusões, todas cientificamente corretas.

Nesse passo, escolas do pensamento jurídico há, que levam em linha de conta uma ordem superior, cósmica e universal; outras, a adstrição ao contrato social e à mentalidade do seu hipotético redator; outras, ainda, a eficácia social, no tempo presente; outras, enfim – a escola do pensamento consequencialista⁷ –, os fenômenos históricos, econômicos, sociais e políticos, colaterais ao problema sob investigação.

⁴ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995, p.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 48.

⁷ Na lição abalizada de Humberto Ávila, o *consequencialismo* “pode ser definido como a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria”. ÁVILA, Humberto. Constituição, Liberdade e Interpretação. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 52.

Pede-se vênia, neste momento, para justificar a eleição do método que será aplicado na vertente investigação, com o escopo de cuidar dos seguintes tópicos: a) da dúvida à crença; b) do intérprete; c) da estrutura silogística da norma jurídica; e, d) das peculiaridades das normas constitucionais.

Para PEIRCE,⁸ conhecer significa passar do estágio da dúvida para o da crença. É a dúvida que leva o homem à busca do conhecer. As crenças obstinadas, indisponíveis ao teste, no mundo da experiência, somadas às ideias obscuras e preconcebidas, a que o sujeito está aferrado e às “certezas” das quais não quer se apartar, criam óbices terríveis à busca do conhecimento.

A dúvida representa o estágio de desconforto emocional e ideativo, verdadeira encruzilhada na qual se põe o intérprete que ignora a direção a tomar.⁹ De outra banda, a crença diz respeito ao estágio de serenidade, alcançado a partir do processo cognitivo. O fim da crença-testada, isto é, não obstinada, é tornar-se um hábito do pensamento, de modo a dispor da potência de orientar a conduta humana, confrontada pelo universo empírico.¹⁰

Esta, sempre segundo PEIRCE, é a função única do pensamento. Para o autor, o pensamento e a ação compõem em situação de continuidade.¹¹ A nota distintiva entre ambos repousa, apenas, no exercício da manifestação volitiva do sujeito, no mundo fenomênico.

Nesse sentido, descabe falar em um intérprete exclusivamente dedutivista, cientificamente afastado do seu objeto de conhecimento, meramente explicativo, eticamente isento e teleologicamente neutro. Para PEIRCE, isto é uma ficção. Ouçamo-lo: “a menos que nos façamos eremitas, haverá necessariamente recíproca influência de opiniões; e, dessa maneira, o problema se transforma no de saber como fixar a crença não simplesmente no indivíduo, mas na comunidade”.¹²

Bem por isso, o investigador deve¹³ (i) em primeiro lugar, ter uma dúvida real, viva e autêntica a afastar e, em seguida, (ii) eleger premissas razoáveis e orientadas a um propósito. Com isso, elimina o chamado raciocínio “fingido”, edificado sobre dúvida acerca da qual já se sabe a resposta. Tal cinca deriva da oposição entre premissas, da aparência de isenção, da inapetência pela verdade científica e da abstração do sujeito em ato de conhecimento.

⁸ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 53.

⁹ Idem. p. 77.

¹⁰ Idem. p. 76.

¹¹ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 36.

¹² Idem. p. 80.

¹³ Idem. p. 78.

Ainda para o autor, não há como deixar de comunicar a experiência colateral, ao produto do pensamento. Mais: essa experiência é, a um tempo, jurídica, política, social, econômica, sensorial, moral e estética. O que, contudo, nela deve ser verificada é a aptidão que tem de, em contato com os dados colhidos no domínio do conhecimento do qual trata, influenciar o processo de inferência.

Assim, PEIRCE distingue a inferência viva – aplicada à solução de um problema atual – da inferência morta, destinada a relatar a primeira, que ele chama de doutrina. São duas facetas do conhecimento, distintas pelo tempo e por sua aplicação.

Sublinhamos que o pragmatismo jurídico surgiu como uma reação política dos aplicadores e cientistas às implicações ínsitas ao positivismo, máxime às existentes no período compreendido entre a primeira e a segunda guerras mundiais, em que o Direito assumiu uma feição ensimesmada, orientada à manutenção das instituições e dos seus mandamentos, com assinalada aversão a qualquer ingerência do empírico.¹⁴ Pode-se dizer, que o fenômeno foi fruto da exacerbação do kelsenialismo e do instrumentalismo hegeliano.

O que, no entanto, distingue o pragmatismo de PEIRCE, do praticado pela pujante escola norte-americana, é justamente o fato de ser calcado na semiótica fenomenológica, também conhecida como “ciência dos signos”.

Nesse contexto, passa-se dos métodos dedutivo (próprio dos positivismos jurídicos) e indutivo (próprio do direito natural) da norma, para a abdução, método por meio do qual os anteriores se conjugam e, a partir da dúvida, são escalonados. Em outras palavras, a abdução busca as premissas no campo da experiência e, por indução, conduz o raciocínio às regras gerais.

O problema relativo às peculiaridades das normas constitucionais é que, nelas, não há semânticas jurídicas anteriores que as vinculem; tampouco, estruturas hipotético-condicionais. Também não se afigura possível reconstituir a mentalidade e as contingências culturais do constituinte (no caso brasileiro, de 30 anos passados), transplantando-os para o momento atual.

Deste modo, a aplicação constitucional deverá, iniludivelmente, levar em conta os fins do Estado, pois deles não se dissocia o Poder, em sua feição judicante. Somente com apoio neste critério se pode incursionar pelos patamares do princípio da igualdade, trabalhado com destaque por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁵

¹⁴ REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídicopragmático de Benjamin Nathan Cardozo. Revista *Duc In Altum* Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009, p. 27.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. 24ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Em suma, mister se faz analisar a semântica dos princípios reitores do sistema,¹⁶ orientando-os rumo ao sumo bem (que PEIRCE denomina estética), no contexto das ciências normativas.

Com estas explicações preliminares, temos por situada a perspectiva metodológica de interpretação do sistema constitucional tributário, que passa a fazer nossos cuidados.

3 SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: UM DIÁLOGO ENTRE AS COMPETÊNCIAS

Para melhor nos situarmos no tema, definiremos, neste item, o Estado Social, a Seguridade e o Estado Fiscal, curando de demonstrar que estes conceitos se interpenetram e vêm ao encontro do orçamento público, cópula jurídica entre direitos e deveres constitucionais.

3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADO SOCIAL

Segundo lecionam Paulo Bonavides e Dalmo de Abreu Dallari, o Estado Social deriva da conjunção entre a queda do absolutismo, o pensamento cristão sobre a dignidade do homem e do trabalho, a necessidade de refundação do Poder e de seus fins, bem como das declarações de direitos e de liberdades, que brotaram, inicialmente, na Inglaterra e na França, e acabaram ganhando foros de universalidade.

Como se sabe, a existência do poder e dos tributos data de tempos imemoriais. Remotas fontes já aludem à existência de domínios militares, políticos e religiosos, que, em maior ou menor grau de sofisticação, se serviam da propriedade privada, como fonte de custeio.

O advento do Estado Moderno trouxe consigo, é certo, o farfalhar da liberdade, o qual, porém, distorcido in extremis, gerou quadros inaceitáveis de desigualdade e miséria.

Foi nesse contexto adverso, que acabaram por emergir os valores sociais que passariam a justificar, por força de um pensamento marxista de degradação total do poder, tanto a necessidade de submissão total ao Estado, quanto o dever indiscutível de as pessoas suportarem tributos, ainda que escorchantes e sem base legal.

O fenômeno fez com que os Estados, a partir da Constituição mexicana de 1917, consa-grassem, em seus textos supremos, sistemas de proteção social. Em exemplário armado ao

¹⁶ CARRAZZA, op. cit. p. 14.

propósito, podemos citar a Constituição de Bismark, que, com garantir a existência de direitos sociais, se apartava de quaisquer extremismos ou totalitarismos, de natureza político-ideológica.

A finalidade da proteção social, sob a tutela do Estado, colimava a gerar nos homens a sensação, resplendida por ocasião da Revolução Francesa, de bem-estar comum, de igualdade e de fraternidade, valores que Paulo Bonavides associa à evolução dos regimes democráticos, em suas sucessivas fases.

Nesse ponto do nosso raciocínio, calha bem recordar o exemplo histórico, colhido da Bíblia, sobre a indigente condição das viúvas e dos órfãos, na região da Palestina, à época do Império Romano. Lá, a quantidade de filhos era a única garantia da velhice dos pais, pois a força de trabalho dos ativos tendia a compensar, pelos vínculos da solidariedade familiar, as necessidades dos inativos.

Um dos primeiros programas de assistência pública que a História registra nasceu em função dos trabalhos sacerdotais da tribo dos descendentes de Levi¹⁷, que, por mandamento divino, eram impedidos de trabalhar nos sistemas de produção de riqueza. Em contrapartida, as demais onze tribos de Israel tinham o encargo de encaminhar-lhes a décima parte de tudo o que produzissem, a fim de prover-lhes o sustento.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 continha disposição que atribuía ao Estado o dever de prover o socorro social. Esta foi a origem remota, entre nós, do sistema de seguridade social.

Tiago Taborda Simões¹⁸ identifica a semântica de “seguridade”, associando-a a seguro e a risco. Sua definição jurídico-positiva de seguro, estribada no art. 757, do Código Civil, é a seguinte: “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.¹⁹

O autor pondera, ainda, que o sistema de socorro público deve prestar-se a atender às pessoas que não podem se valer das próprias forças econômicas, para fazer frente a infortúnios sofridos.

No entanto, o sistema de seguridade social, estruturado na Constituição de 1988, é mais amplo, porque seu art. 194 triparte as prestações do Estado em: saúde pública, previdência e assistência social.

¹⁷ Deuteronomio, 18.

¹⁸ SIMÕES, Thiago Taborda. Contribuições sociais: aspectos tributários e previdenciários. São Paulo: Noeses, 2013, p. 73.

¹⁹ A ideia de risco é normalmente associada à imprevidência, à surpresa negativa, ao acidente.

A saúde pública compreende o acesso universal, preventivo e terapêutico, eletivo ou de urgência, em todo o território nacional, prestado sob sistema único, em regime de competência administrativa concorrente, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Já, a previdência disciplina o regime de arrecadação de fundos, obtidos em razão do trabalho, tanto do empregado, quanto do empregador, para fazer frente a infortúnios, no curso da relação de emprego (acidente de trabalho, desemprego, reclusão, doença etc.).

Por fim, a assistência social cuida das prestações em favor daqueles que, incapacitados para o trabalho, por sequelas advindas da idade avançada ou de deficiências físicas ou psíquicas, não reúnem condições para prover a própria subsistência e a de seus dependentes econômicos.

Esclarecemos, por vir de molde, que as definições supra, longe de serem exaustivas, apenas tiveram o objetivo de apresentar parâmetros²⁰ daquilo que se entende por seguridade social, exatamente para que se possa, mais adiante, associar as preditas prestações aos direitos fundamentais.

CASALTA NABAIS realizou um interessante estudo acerca “da face oculta dos direitos fundamentais”, em que denuncia que, na era dos direitos, que se sucedeu aos totalitarismos, as repúblicas pareceram esquecer dos deveres, bem assim que, a cada direito fundamental, corresponde um dever.

Mas, o que confere a um direito o status de fundamental? Os direitos expostos no sistema de seguridade social, no Brasil, são fundamentais? Qual a contraface de cada um destes direitos?

Damo-nos pressa em afirmar que um direito não é fundamental porque decorre da natureza humana; tampouco, porque é absoluto e universal. Na real verdade, os direitos fundamentais são históricos e, assim, podem ser criados e degradados conforme as contingências de momento. Entretanto, há um núcleo comum a todos eles, sem o qual não é possível dispor dos padrões mínimos de civilidade.

Para um Estado Democrático que se pretenda social, o primeiro direito fundamental é a soberania, ou seja, a autodeterminação de um povo, segundo sua cultura e seu estado de arte (de evolução). Trata-se de uma proteção das ingerências externas.

O segundo direito fundamental repousa no regime representativo de acesso ao poder, calha referir, no direito ao voto livre e secreto.

Por derradeiro, a terceira linha de direitos fundamentais deflui, como quer CASALTA NABAES:

²⁰. O termo “parâmetros”, tomado por empréstimo da Matemática, tem o sentido de medidas que servem de guia para o confronto dos diversos elementos de um problema.

1) da universalidade ou da aplicação categorial, 2) da igualdade enquanto proibição do arbítrio, 3) da não discriminação em razão de critérios subjectivos ou de critérios interditos pela constituição como os que constam da lista, aliás bastante completa do art. 13º, nº 2, da Constituição portuguesa, 4) da proporcionalidade nos três aspectos conhecidos (ou seja, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito) relativamente à sua concretização pelo legislador, 5) da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas, e 6) da tutela judicial.²¹

Nota-se, que talvez haja, dentre os direitos custodiados pela seguridade social, alguns que não resistem ao filtro ofertado pelo eminente professor português. Qual a relevância disso?

A relevância disso é que o regime jurídico dos deveres é, para uns, o custeio preferencial por meio de impostos e, para outros, de receitas públicas ou privadas, de natureza jurídica diversa.

Então, vejamos.

3.2 **CONSTITUIÇÃO E ESTADO FISCAL**

O regime jurídico dos tributos em um país deve, em primeiro lugar, estar adstrito ao rol de competências administrativas e às despesas necessárias para exercitá-las. A fim de que um sistema tributário seja havido por justo, é necessário que todos contribuam proporcionalmente aos seus haveres, de modo a custearem, de forma equitativa, o peso financeiro das tutelas do Estado.

Os direitos fundamentais, segundo os seguros critérios de Nabais, têm, por contrafaces, deveres também fundamentais, assunto no qual, infelizmente, não costumam se aventurar os cientistas do Direito.

É certo que a soberania do Estado demanda, para ser sustentada, uma grande cópia de recursos humanos e financeiros. Os primeiros são obtidos a partir de regimes gerais, como, por exemplo, o alistamento militar, a convocação eleitoral e as prestações de serviços à comunidade; os demais, de dotações de receitas, capazes de fazer frente às despesas de suprimento, investimento, treinamento e administração da máquina pública.

O direito fundamental da autodeterminação de um povo, com sua conseqüente imunização a interferências externas, envolve novos deveres passivos, como o da não intervenção nos negócios internos de outros povos e o do respeito e reciprocidade aos tratados internacionais.

²¹ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007, p. 09.

De sua feita, a democracia, em sentido amplo, deve ser sustentada com a livre expressão do pensamento e, em sentido estrito, com o direito de votar e ser votado, embora com restrições a estrangeiros e, em alguns casos, também aos naturalizados.

Ademais, conforme já adiantamos, os direitos fundamentais podem sofrer limitações e supressões, de acordo com a historicidade de um povo, como, de resto, ensinam Gilmar Ferreira Mendes e José Afonso de Silva.

Questão interessante e digna de estudos mais atilados é a condição de cláusula pétrea, de que gozam os direitos fundamentais. Conquanto não possam ser abolidos ou, mesmo, amesquinçados, por meio de emendas constitucionais, são limitáveis e confrontáveis pela historicidade.

Observe-se, todavia, que, no concernente aos direitos fundamentais do indivíduo, entre os quais figuram os relativos à saúde, à previdência e à assistência públicas, alguns não respondem aos critérios acima fixados, fenômeno que repercute em seus sistemas de custeio.

Com efeito, a previdência social, a despeito de sua filiação obrigatória, não atinge, quer em suas prestações (os chamados benefícios), quer em suas incidências tributárias, as pessoas em situação de trabalho irregular, subemprego, clandestinidade e criminalidade. Noutro giro verbal, se o sujeito não ostentar a condição jurídica de filiado ao regime de previdência social, não poderá objetivamente dispor de nenhuma das suas vantagens.

Como se vê, tal regime, apesar de programaticamente universal, pragmaticamente não o é. Ele também passa ao largo dos apátridas ou dos estrangeiros em trânsito pelo território nacional, pois o fato de disporem, ou não, em seus países de origem, de filiação em regime previdenciário próprio, não os guinda à condição de aposentáveis ou de sujeitos ativos de prestações de natureza previdenciária ou infortunistica. Não lhes é dado, em suma, pleitear, administrativa ou judicialmente, tais benesses. Falta-lhes titulação jurídica, para tanto.

Logo, sob este aspecto, a previdência, por não ser um direito fundamental, não demanda sustentação por um respectivo dever fundamental.

No tocante à saúde pública e à assistência social, elas realmente se subsomem nos acima apontados critérios. Tal se dá porque estão calcadas na dignidade da pessoa humana, de fora a parte figurarem no rol do art. 5º, da Lei Maior, que, neste particular, não faz distinções entre brasileiros natos ou naturalizados, estrangeiros residentes ou em trânsito, apátridas, asilados e refugiados.

A *intentio constitutionis* é no sentido de que as mínimas condições de existência (mínimo existencial²²) não podem ser objeto de arbítrios ou discriminações. Destarte, não se pode negar assistência a um idoso incapaz para o trabalho, porque é estrangeiro; ou, em razão disso, negar-lhe assistência pelo SUS, pelo SAMU e por outras unidades básicas de saúde. Tal universalidade, embasada nas regras jurídicas estruturantes dos nossos sistemas de saúde e assistência, ofertam-lhe causa de pedir a tutela jurisdicional.

Portanto, sob esta óptica, saúde e assistência social são, no Brasil, direitos fundamentais, que trazem à sirga correlatos deveres, também fundamentais.

Para fins didáticos, tomamos a liberdade de elaborar o seguinte quadro sinótico:

Tabela 1.

Critérios/Direitos	Saúde	Previdência	Assistência
1. Da universalidade ou da aplicação categorial.	SIM	NÃO	SIM
2. Da igualdade enquanto proibição do arbítrio.	SIM	SIM	SIM
3. Da não discriminação em razão de critérios subjectivos ou de critérios interditos pela constituição como os que constam da lista, aliás bastante completa do art. 5º a 7º da CF/88.	SIM	SIM	SIM
4. Da proporcionalidade nos três aspectos conhecidos (ou seja, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito) relativamente à sua concretização pelo legislador	SIM	NÃO	SIM
5. Da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas.	SIM	NÃO	SIM
6. Da tutela judicial.	SIM	SIM	SIM

3.3 ORÇAMENTO PÚBLICO E O DIÁLOGO DAS COMPETÊNCIAS SOCIAL E FISCAL

Conforme já adiantado, o ambiente de encontro, por excelência, entre os direitos e os deveres fundamentais, é o orçamento público.

Nele, estão contempladas matérias relevantíssimas, como a soberania, a estrutura administrativa e a implementação das políticas públicas em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Na contraface desses temas também merecem ser mencionados os não menos relevantes esforços públicos e sociais, presentes nos Estados contemporâneos.

²². Entende-se por *mínimo existencial* (que não se confunde com o *mínimo vital*) o conjunto de pressupostos necessários para uma existência digna (trabalho, saúde, alimentação, moradia, lazer, cultura, segurança etc.)

Mas, para garantir o bom funcionamento do sistema representativo de distribuição do poder e de seus mecanismos de gestão e estruturação, o Estado precisa se valer de meios econômicos.

Ora, é justamente nesse ponto que exsurge, nos falares de Nabais, o dever fundamental de pagar impostos. Destaque-se: pagar impostos; não, tributos em geral.

A distinção ganha tomo, porque, em sua estrutura, os impostos demandam, para serem criados, uma necessária e intransponível intervenção representativa popular, o que se dá por intermédio do parlamento. Os representantes do povo criam os impostos que ele próprio pagará, afim de custear as vantagens que o Estado lhe oferece: autodeterminação, segurança, ordem administrativa e integral respeito aos direitos fundamentais (liberdade, igualdade, promoção da fraternidade, solidariedade social, justiça etc.).

Quanto às demais prestações, que não tipificam direitos fundamentais, elas devem ser custeadas por meio de outros tributos, como as taxas e as contribuições.

De fato, há três modos de o Estado obter receitas; a saber: a) explorando economicamente os bens e serviços titularizados pelo Poder Público (receitas originárias); b) cobrando multas (sanções pecuniárias), pelo descumprimento de deveres jurídicos; e, c) inter-vindo no domínio econômico e na propriedade privada, mediante a tributação da propriedade, da renda, dos serviços ou do consumo, das pessoas físicas e jurídicas (receitas derivadas).

Assinale-se que boa parte das democracias ocidentais – e não por acaso – costuma fazer com que a tributação prepondere sobre o consumo, pois, como diria o Pe. Antônio Vieira, ela tende a passar despercebida pelos contribuintes.²³ O que sucede, contudo, é que, em modelos

²³ “Mas perguntar-me-á alguém, ou perguntara eu a Santo Antônio: Que remédio teremos nós para remediar os remédios? Muito fácil, diz Santo Antônio: *Vos estis sal terrae*. - Para se curar uma enfermidade, vê-se em que peca a enfermidade: para se curarem os remédios, veja-se em que pecaram os remédios. Os remédios, como diz a queixa pública, pecaram na violência: muitos arbitrios, mas violentos muito. Pois modere-se a violência com a suavidade: ficarão os remédios remediados. Foram ineficazes os tributos por violentos; sejam suaves, e serão efetivos: *Vos estis sal terrae*. Duas propriedades tem o sal - diz aqui Santo Hilário: - conserva, e mais tempera; é o antídoto da corrupção, e lisonja do gosto; é o preservativo dos preservativos, e o sabor dos sabores: *Sal incorruptionem corporibus, quibus fuerit aspersus, impertit, et ad omnem sensum conditi saporis aptissimus est*. - Tais como isto devem ser os remédios com que se hão de conservar as repúblicas, Conservativos sim, mas desabridos não. Obrar a conservação, e saborear, ou, ao menos, não ofender o gosto, é o primor dos remédios. Não tem bons efeitos o sal, quando aquilo que se salga fica sentido. De tal maneira se há de conseguir a conservação, que se escuse quanto for possível o sentimento. Tirou Deus uma costa a Adão para a fábrica de Eva; mas como lha tirou? *Immisit Deus soporem in Adam* (Gên, 2, 21) - diz o texto sagrado: Fez Deus adormecer a Adão, e assim dormindo lhe tirou a costa.

Pois, por que razão dormindo, e não acordado? Disse-o advertidamente o nosso português Oleastro, e é o pensamento tão tirado da costa de Adão, como das entranhas dos portugueses: *Ostendit quam difficile sit ab homine auferre, quod etiam in ejus cedit utilitatem: quamobrem opus est ab eo surripere, quod ipse concedere negligit*. A costa de que se havia de formar Eva, tirou-a Deus a Adão dormindo, e não acordado, para mostrar quão dificultosamente se tira aos homens, e com quanta suavidade se deve tirar, ainda o que é para seu proveito. - Da criação e fábrica de Eva dependia não menos que a conservação e propagação do gênero humano; mas repugnam tanto os homens a deixar arrancar de si aquilo que se lhes tem convertido em carne e sangue, ainda que seja para bem de sua casa, de seus filhos, que para isso traçou Deus tirar a costa a Adão, não acordado, senão dormindo: adormeceu-lhe os sentidos, para lhe escusar o sentimento. Com

deste jaez, a tributação é diretamente proporcional ao fluxo de trocas da economia, que, de sua feita, é inversamente proporcional à vinculação das necessidades sociais.

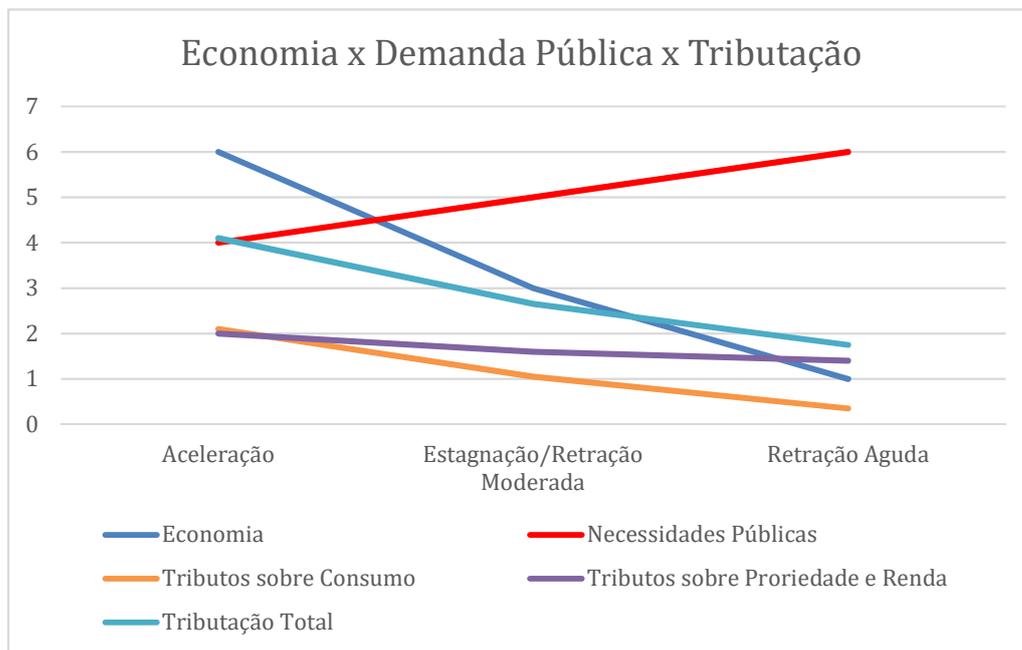
Explica-se: quando a economia está em expansão e se desfruta de pleno emprego, as pessoas tendem a dar maior espaço ao supérfluo e a preferir o privado ao público.

No entanto, quando se observa uma desaceleração econômica e, com ela, uma retração dos mercados, a independência do público tende a desaparecer, com a diminuição gradativa do poder de compra das unidades produtivas e familiares. O fenômeno, como é de compreensão intuitiva, acaba por gerar a diminuição da arrecadação tributária oriunda do mercado de consumo.

Neste momento, entram em conflito a abundância de necessidades públicas e a escassez de recursos (igualmente públicos) para provê-las. É o que indica o gráfico abaixo.

tanta suavidade e como isto, se há de tirar aos homens o que é necessário para sua conservação. Se é necessário para a conservação da pátria, tire-se a carne, tire-se o sangue, tirem-se os ossos, que assim é razão que seja; mas tire-se com tal modo, com tal indústria, com tal suavidade, que os homens não o sintam, nem quase o vejam. Deus tirou a costa a Adão, mas ele não o viu nem o sentiu, e, se o soube, foi por revelação. Assim aconteceu aos bem governados vassallos do imperador Teodorico, dos quais, por grande glória sua, dizia ele: *Sentimus auctas illationes, vos addita tributa nescitis*: Eu sei que há tributos, porque vejo as minhas rendas acrescentadas; vós não sabeis se os há, porque não sentis as vossas diminuídas. - Razão é que por todas as vias se acuda à conservação; mas, como somos compostos de carne e sangue, obre de tal maneira o racional, que tenha sempre respeito ao sensitivo. Tão ásperos podem ser os remédios, que seja menos feia a morte que a saúde. Que me importa a mim sarar do remédio, se hei de morrer do tormento?

Divina doutrina nos deixou Cristo desta moderação na sujeita matéria dos tributos. Mandou Cristo a S. Pedro que pagasse o tributo a César, e disse-lhe que fosse pescar, e que na boca do primeiro Peixe acharia uma moeda de prata, com que pagasse. Duas ponderações demos a este lugar o dia passado; hoje lhe daremos sete a diferentes intentos. Se Deus não faz milagres sem necessidade, por que o fez Cristo nesta ocasião, sendo ao parecer supérfluo? Pudera o Senhor dizer a Pedro, que fosse pescar, e que do preço do que pescasse, pagaria tributo. Pois, por que dispõe que se pague o tributo não do preço, senão da moeda que se achar na boca do peixe? Quis o Senhor que pagasse S. Pedro o tributo, e mais que lhe ficasse em casa o fruto de seu trabalho, que este é o suave modo de pagar tributos. Pague Pedro o tributo sim, mas seja com tal suavidade e com tão pouco dispêndio seu que, satisfazendo às obrigações de tributário, não perca os interesses de pescador. Coma o seu peixe, como dantes comia, e mais pague o tributo que dantes não pagava. Por isso tira a moeda, não do preço, senão da boca do peixe. *Aperto ore ejus, invenies staterem*. - *Aperto ore*. notai. Da boca do peixe se tirou o dinheiro do tributo, porque é bem que para o tributo se tire da boca. Mas esta diferença há entre os tributos suaves e os violentos: que os suaves tiram-se da boca do peixe, os violentos da boca do pescador. Hão-se de tirar os tributos com tal traça, com tal indústria, com tal invenção: *Invenies staterem* - que pareça o dinheiro achado, e não perdido; dado por mercê da ventura, e não tirado à força da violência. Assim o fez Deus com Adão, assim o fez Cristo com S. Pedro, e, para que não diga alguém que são milagres a nós impossíveis, assim o fez Teodorico, com seus vassallos. A boa indústria é suplemento da onipotência, e o que faz Deus por todo-poderoso, fazem os homens por muito industriosos". VIEIRA, Antônio. Sermão de Santo Antônio. Sermões. Vol. X Erechim: EDELBRA, 1998. 1642. Acessado em <<https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=49862>>



Note-se que este gráfico contempla três estágios.

O estágio 1 retrata a aceleração econômica, o pleno emprego e a expansão do mercado consumidor, tudo acompanhado da proporcional baixa demanda pelos serviços públicos de saúde, educação, segurança, justiça e assistência social. Com base no atual sistema de tributação brasileiro, nele há uma tributação total estimada em 35% do PIB.

Já, o estágio 2 representa uma retração de 50%, primeiro das atividades industriais e, depois, do comércio, com (i) reflexos proporcionais negativos na tributação incidente sobre o consumo e, (ii) aumento da demanda – desencadeado pelo desemprego, pelas falências e recuperações judiciais e pelas tutelas do crédito – por prestações públicas e assistenciais.

Por fim, o estágio 3 mapeia a malfadada retração econômica total, com reflexos sensíveis no setor de serviços, seguidos da proporcional perda de arrecadação tributária, agravada pelo inadimplemento e sonegação crescentes, tomados como estratégias corporativas de conservação das unidades produtoras.²⁴ Nele também se amplia a demanda pública por escolas, saúde preventiva, programas de alimentação, transporte, seguro desemprego, segurança, e assim por diante. Isso para não falar na inevitável desvalorização da moeda e nos seus reflexos políticos e internacionais negativos.²⁵

²⁴ Como não se ignora, a cessação do recolhimento dos tributos é a primeira medida que uma empresa adota, quando está em dificuldades financeiras.²⁴ Em ademais, nenhum industrial, comerciante, produtor ou prestador de serviço consegue manter ativo um estabelecimento se as entradas não terão como pagar as saídas. Se não se socorrer de crédito de terceiros, com previsão de retomada, terá que administrar contingências e fatalmente rumará, a passos largos, para o encerramento das suas atividades.

²⁵ Pelas limitações metodológicas deste artigo, limitamo-nos a recomendar, a respeito do assunto, o estudo dos modelos econômicos de Ramsey, Diamond-Mirrless e Mirrless, que bem explicam a “tributação ótima”.

Podemos dar por assente, pois, que, quando a tributação acompanha o patrimônio e a renda dos sujeitos passivos, ela não fica à mercê das flutuações do consumo. Pelo contrário, no momento em que o inadimplemento fiscal se exacerba e as maciças alienações patrimoniais entram em cena (estágio 3), o capital internacional tende a ingressar no país, colonizando sua economia.

Em resumo, na expansão econômica, até é possível haver superávit público; porém, com a retração e a depressão do consumo, a arrecadação tributária diminui e o déficit público se intensifica.

De outra banda, a tributação na fonte – em geral, de aproximadamente um terço da renda dos contribuintes – assegura, com o ingresso automático de valores nos cofres públicos, uma previsibilidade de receita, que garantirá, pelo menos, os pagamentos das despesas fixas do Estado (com proventos de aposentadoria, pensões do regime geral de previdência, salários dos servidores públicos etc.).

Aqui chegados, abrimos um ligeiro parênteses, para adiantar que as contribuições para a seguridade social têm por bases de cálculo, (i) o resultado de prêmios e prognósticos (loterias), (ii) o faturamento, (iii) a receita, (iv) as importações e, (v) as folhas de salários.

Ora, tais manifestações de riqueza não guardam qualquer vínculo ou referência com as demandas de saúde ou de assistência social; ao inverso, dizem de perto com a álea, a produção, o consumo, a importação e o emprego, realidades que, no caso, precisam, mais do que nunca, ser repensadas.

Nossa proposta, que a seguir esmiuçaremos, é no sentido de que tais demandas públicas venham a ser suportadas por impostos, de modo a dar respaldo aos diplomas orçamentários anual, plurianual e de diretrizes.

Realmente, se saúde e assistência social não figuram no campo da seguridade, segue-se que devem apartar-se das receitas obtidas com contribuições, que estão em relação direta com o mercado de consumo. Devem, sim, ser custeadas por meio de impostos, o que, evidentemente, demandará uma reforma parcial da Constituição, que, a nosso sentir, não atropelará qualquer cláusula pétrea (ao contrário do que ocorrerá, caso a PEC 45/2019, que trata da reforma constitucional tributária, for aprovada tal como apresentada).

4. O ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS À SEGURIDADE SOCIAL

4.1. QUADRO ATUAL

Com o advento da Constituição Federal de 1.988 desapareceram as dúvidas acerca da natureza tributária das contribuições.

E nem poderia ser de outro modo, diante do que estipula o art. 149, da Constituição Federal; verbis:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

A só leitura deste dispositivo (que faz expressa alusão aos “arts. 146, III, e 150, I e III”, da CF) revela que as contribuições devem obedecer ao regime jurídico tributário, ou seja, aos princípios, regras, limitações, condições e pressupostos, que, a propósito do assunto, a Carta Suprema fixou para os tributos.

Portanto, as contribuições são, sem sombra de dúvida, tributos.²⁶

A propósito, nunca é demais lembrar que o que define uma entidade do mundo do Direito não é a denominação que recebe, mas o regime jurídico a que está submetida. Ora, na medida em que as contribuições, por determinação constitucional, devem obedecer ao regime jurídico tributário, segue-se que são tributos.

Anotamos, ainda, que as contribuições não foram qualificadas, em nível constitucional, por suas regras-matrizes, mas, sim, por suas finalidades.²⁷ O critério adotado, a respeito, foi o

²⁶ A respeito, merece ser trazido à colação o entendimento manifestado pelo Ministro Moreira Alves, do *STF*, em seu voto no julgamento acerca da *contribuição social sobre o lucro*, do qual era Relator: “De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria), a que se refere o art. 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os arts. 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico.

“No tocante às contribuições sociais - que dessas duas modalidades tributárias é a que interessa para este julgamento -, não só as referidas no artigo 149 - que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional - têm natureza tributária, como resulta igualmente, da observância que devem ao disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, mas também as relativas à seguridade social previstas no artigo 195, em conformidade com o disposto no § 6º deste dispositivo, que, aliás, em seu § 4º, ao admitir a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, determina se obedeça ao disposto no art. 154, I, norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições sociais” (*RE* nº 146.733-9 - Pleno, j. 29.06.1992).

²⁷ Entendemos que as contribuições para a seguridade social revestem, para os empregadores, a natureza jurídica de *impostos*, ao passo que, as exigidas dos empregados, de *taxas de serviço*.

funcional, porquanto a Lei Maior limitou-se a indicar a que se destinam; a saber: a) à intervenção no domínio econômico; b) ao atendimento a interesses de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas; ou, c) ao custeio da seguridade social.

Noutros termos, a União está credenciada a criar, dentro de seu campo competencial tributário e obedecidos os direitos fundamentais dos contribuintes, contribuições, explicitando que terão por escopo ou intervir no domínio econômico (contribuições interventivas), ou atender ao interesse de uma dada categoria profissional ou econômica, como instrumento de atuação federal na respectiva área (contribuições corporativas), ou custear a seguridade social (contribuições sociais).

As contribuições sociais se subdividem em (i) genéricas (referidas no art. 149, caput, da Carta Suprema, que se destinam ao custeio das metas apontadas no seu Título VIII, que trata da Ordem Social) e (ii) específicas (apontadas no art. 195, da Constituição, que têm por escopo financiar a seguridade social lato sensu, que, a teor dos arts. 194 a 204, do mesmo Diploma Magno, abrange a saúde, a previdência e a assistência social).

Estes últimos artigos – que colocaremos sob foco temático – revelam que a União recebeu da Carta Suprema competência para custear, por meio de tributos próprios (justamente as contribuições sociais a que alude o art. 195, da CF), a cobertura dos problemas que o indivíduo sofre, quando, seja por idade, seja por moléstia profissional, seja, ainda, por infortúnio laboral, não tem como buscar, por meio do trabalho, seu sustento e o de seus dependentes econômicos.

Mas, assim, s.m.j., não deveria ser.

4.2 NOSSA PROPOSTA

Nossa proposta de alteração da forma de custeio da seguridade social será feita a partir de uma perspectiva peirceana. De conseguinte, este subitem contemplará a crença, a dúvida e o hábito, raciocínios que problematizam, respectivamente, (i) o estágio inicial do pensamento, (ii) a construção da dúvida (abdução, dedução e indução) e, (iii) a ideia gerada depois dos necessários testes da experiência.

Ao percorrermos este caminho, faremos também uma breve alusão à jurisprudência.

4.2.1 A *CRENÇA*: AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Em sua clássica obra “problema fundamental do conhecimento”, Pontes de Miranda leciona que o “cindir é desde o início”, querendo com tal assertiva significar que, para conhecer é preciso repartir, decompor, recortar abstratamente o objeto focado.

Tal cisão, nada mais é do que a operação mental do cientista, em nível de sobrelinguagem, acerca do objeto que examina. Por meio do isolamento epistemológico deste mesmo objeto, destaca-lhe determinadas características, em ordem a concentrar suas atenções sobre o tema que se propõe a desenvolver.

Transplantando esta ideia, apenas bosquejada, para nosso campo de trabalho, temos que o estudioso, sem descurar da Ciência do Direito, extrai do sistema jurídico, uma série de proposições, que lhe permitirão definir o gênero tributo, bem como classificá-lo em espécies e subespécies.

Observe-se que o Constituinte de 1988 dividiu o gênero tributo em três grandes espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria (cf. art. 145, I a III, da CF). Encampou, pois, uma classificação que já constava do art. 5º, do Código Tributário Nacional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal enveredou por outra trilha, ao referir obter dictum serem cinco as espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.²⁸

Pois bem. Por razões de praticidade – e ressalvadas nossas opiniões pessoais – aceitaremos, como premissa de trabalho, serem cinco as espécies tributárias, entre as quais figuram as contribuições especiais, cujo produto da arrecadação é afetado à finalidade específica de sustentar a seguridade social.

No que diz respeito às contribuições a cargo do empregador, elas têm, por bases de cálculo possíveis, a folha de salários, a receita (faturamento), o lucro e a importação. Todavia, a legislação de regência ignora as despesas, custos e desperdícios inerentes a tais operações, circunstância que desconsidera o magno princípio da capacidade contributiva.²⁹

De sua parte, as contribuições do trabalhador, embora levem em consideração o salário por ele recebido – com o que rendem homenagens ao princípio da capacidade contributiva –, não se transformam na renda com a qual ele se beneficiará ao se aposentar, justamente porque preordenadas ao custeio da seguridade social lato sensu. Ademais, elas nem sempre se traduzem em contraprestações concretas, porque o potencial beneficiário poderá falecer, perder o emprego ou tornar-se inadimplente.

Percebe-se, assim, com hialina clareza, que a crença generalizada, acerca da natureza jurídica das contribuições sociais e de suas finalidades precípua, não resiste a uma análise mais serena.

²⁸ V., a respeito, o RE 146.733-9, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

²⁹ Atualmente, a maioria dos juristas entende que o *princípio da capacidade contributiva*, veiculado no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, irradia efeitos sobre todas as espécies tributárias.

4.2.2. **A DÚVIDA: CONTRIBUIÇÕES PARA O QUE NÃO É SEGURIDADE E A DESVINCULAÇÃO DO PRODUTO DE SUA ARRECADAÇÃO**

A dúvida, segundo PEIRCE, é o estágio de desconforto do indivíduo, propulsora dos processos físico e mental de superação, por meio da construção de novas crenças. Isso decorre de uma provocação forte o suficiente para retirá-lo da cômoda inércia e levá-lo a conjecturar hipóteses e a fazer deduções e induções, tudo tendo em vista o hábito, que, nada mais é do que a crença testada no campo da experiência.

Lembramos que o presente trabalho se situa no plano da ciência, calha referir, das proposições jurídicas que sobrepõem o direito positivo. Isto traz limitações de ordem material e temporal.

Quanto às primeiras, observa-se que, por mais que se almeje realizar um estudo pragmático do Direito, sempre haverá a necessidade de se atentar para o direito positivo, isto é, para as proposições hauridas dos documentos legislativos, regulamentares e judiciais.

Por outro lado, as limitações temporais levam a novo corte epistemológico, capaz de justificar a seleção dos referidos documentos, dado que o Direito varia no tempo.

Desse modo, o estudioso pragmaticista, tanto pode contemplar o passado, como o futuro.

Adotaremos a segunda opção.

A recente história constitucional brasileira revela que, para fazer frente a determinados programas, foi instituído, em 1994, o Fundo Social de Emergência, com o escopo de estabilizar a economia, após o advento do Plano Real. Tratou-se de desvincular, da manutenção do sistema da seguridade social, parte da receita obtida com as contribuições, direcionando-a ao orçamento geral da União. Este fenômeno – que se vem se perpetuando, por força de sucessivas emendas constitucionais – há nome Desvinculação de Receitas da União (DRU) e impacta 30% (trinta por cento) de toda a arrecadação assim obtida.

A par disso, não se deve olvidar que a saúde e a assistência social, sendo direitos fundamentais, não podem navegar ao grado de políticas públicas transitórias. Assim, o sistema de seguridade, deveria ser custeado por meio de impostos.

Ora, conforme observado linhas acima, a destinação do produto da arrecadação das contribuições especiais de que aqui se cogita acaba tendo, não raro, destinação diversa das determinadas pela Carta Suprema, quais sejam o custeio da previdência, da saúde e da assistência social.

O que fazer, então?

A resposta será dada nos próximos subitens.

4.2.3 O *HÁBITO*: ABDUÇÃO, DEDUÇÃO E INDUÇÃO APLICADOS À INVESTIGAÇÃO, NO DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

O modo de pensar pragmaticista abarca as três etapas do raciocínio: a abdução (formulação das hipóteses), a dedução (teste das hipóteses) e a indução (o diagnóstico das hipóteses).

Por meio da abdução descortina-se o pensamento do autor, o que permite aferir-lhe a honestidade intelectual, além de observar e controlar o desenvolvimento dos seus raciocínios.

Desse modo, a desvinculação da seguridade social, das receitas obtidas por meio das contribuições sociais, faz com que se perquiram se estes tributos: a) conservam sua natureza jurídica (hipótese 1); e, b) não conservam sua natureza jurídica (hipótese 2).³⁰

O aplicador do direito questionará a validade e a verdade de uma dessas hipóteses, em face de nosso ordenamento jurídico. Para tanto, fará uso da dedução.

A dedução, como já dito, testa as hipóteses. Isso é feito mediante a utilização de um argumento de *ethos*; outro, de *pathos*; e, um derradeiro, de *logos*, tudo para que a pesquisa não se afaste do seu objeto de estudo.

Segundo Aristóteles³¹, o *ethos* dirige-se à afirmação do discurso, em função dos atributos pessoais dos sujeitos; o *pathos*, a sustentação do discurso, em função dos estados de ânimo dos ouvintes ou leitores; e, o *logos*, a sustentação do discurso por sua coerência interna.

Sob este enfoque, conservam-se a natureza jurídica e a finalidade das contribuições sociais (hipótese 1) porque: a) O STF consolidou tal entendimento, ao julgar o RE nº 146.733-9 (argumento de autoridade – *ethos*); b) somente com esta posição, evita-se o descontrole nas contas públicas e se conseguem manter todos os programas assistenciais (argumento *ad terrorem* - *pathos*); e, c) nada obstante a desvinculação (inconstitucional) das receitas obtidas, nenhum programa da seguridade social terá déficit financeiro ou ficará desassistido (argumento racional – *logos*).

Mas, também se pode sustentar que as contribuições sociais, dada a desvinculação das suas receitas do custeio da seguridade, não conservam tais natureza jurídica e finalidade (hipótese 2) porque: a) ao tempo da decisão do STF inexistia a supramencionada *tredestinação* de recursos (contra-argumento de *ethos*); b) o desvio em tela frustra a confiança dos contribuintes, por verem o Estado burlar, à sorrelfa, a aludida decisão (contra-argumento de *pathos*); e, c) considerando que saúde e assistência públicas não revestem natureza securitária, mas de política pública permanente

³⁰ Inexiste uma terceira hipótese (*tertium non datur*).

³¹ ARISTÓTELES. Retórica. 2ª Ed. Lisboa: Ed. Imprensa Nacional Casa da Moeda. 2005, p. 37.

(porque tutelar de direitos fundamentais), seu custeio deve se perfazer por meio de impostos (contra-argumento de logos).

Aliás, se dentro da seguridade há, na sua própria gênese, algo que seguridade não é, segue-se, com a força irresistível dos argumentos lógicos, que, deixando de lado os rótulos (afinal, *verba non mutant substantia rei*), as ditas contribuições sociais mal escondem o propósito de alavancar o superávit da União, porquanto o produto de sua arrecadação não é partilhado com as demais pessoas políticas. Noutro giro verbal, verifica-se, no caso, um verdadeiro desvio de função legislativa, que arremete contra os ditames constitucionais.

A partir daí, somos convidados a fazer a seguinte indução: a) se o pacto, embora quebrado, prossegue válido – sendo indiferente a destinação do produto arrecadado, em que pese este critério ser idôneo a confirmar a natureza autônoma da contribuição para a seguridade social (até mesmo na parte que não tem natureza jurídica de seguro, mas de política de promoção de direitos fundamentais); ou b) se, neste mesmo pacto, há uma violação da ordem de 30% (trinta por cento), do total de contribuições arrecadadas no País, pois, tanto normativa quanto extranormativamente, este percentual as identifica com os impostos.

Lembramos que o que distingue um Estado Constitucional de Direito, de outro no qual impera o arbítrio, é justamente a vinculação de toda a ordem jurídica aos ditames do Texto Supremo, sob pena de invalidade de qualquer pretensão administrativa ou estatal, que os viole.

Assim, se a expectativa, no caso em pauta, é a de custeio de um sistema de seguridade social, mister se faz distinguir, objetivamente, (i) o que é, do que não é seguridade, (ii) infortúnio, do que é previsível e, (iii) o que é benefício para alguns, do que deve ser estendido para todos.

Ora, segundo o referencial por nós adotado, saúde e assistência social não integram a seguridade, sendo, portanto, juridicamente equivocado custeá-las à base de contribuições.

Já, os benefícios previdenciários e as aposentadorias por morte e invalidez, conservam sua natureza jurídica securitária e, por conseguinte, devem ser mantidas com o produto da arrecadação das contribuições.³²

Enfim, custear com o produto da arrecadação das contribuições sociais, o que não é seguridade, ao invés de consolidá-la, a degrada e abre espaço à multiplicação de pedidos de ressarcimento, de fora a parte solapar as mais do que legítimas expectativas do povo brasileiro.³³

³² O mesmo, porém, não se pode dizer dos demais benefícios, que guardam relação preponderantemente sinalagmática e de caráter privado, como é o caso da *previdência complementar* e do *regime de capitalização*.

³³ Lamentavelmente, a PEC 45/2019, que, a comprazimento dos meios empresariais e de alguns poucos juristas, caminha de rota batida no Congresso Nacional, não está atentando para essa importante questão. Em certo e justo, o encantamento retórico da expressão “reforma constitucional tributária” está fazendo com que sejam ignoradas *cláusulas pétreas*, como, por exemplo, o *princípio federativo*. Ainda mal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo posto e considerado, podemos formular as seguintes conclusões:

Das hipóteses programáticas, por meio das quais o legislador constituinte erigiu os alicerces da República, até o patamar das relações jurídicas individuais, em que a pessoa comparece em sua mais frágil condição, há uma cadeia invisível de competências e regras orçamentárias, nem sempre prestigiada pelos olhares dos aplicadores e cientistas do Direito.

Para PEIRCE, conhecer significa passar do estágio da dúvida para o da crença.

As crenças obstinadas, indisponíveis ao teste, no mundo da experiência, somadas às ideias obscuras e preconcebidas, a que o sujeito está aferrado e às “certezas” das quais não quer se apartar, criam óbice terríveis à busca do conhecimento.

Descabe falar em um intérprete exclusivamente dedutivista, cientificamente afastado do seu objeto de conhecimento, meramente explicativo, eticamente isento e teleologicamente neutro.

O pragmatismo jurídico surgiu como uma reação política dos aplicadores e cientistas às implicações ínsitas ao positivismo, máxime às existentes no período compreendido entre a primeira e a segunda guerras mundiais, em que o Direito assumiu uma feição ensimesmada, orientada à manutenção das instituições e dos seus mandamentos, com assinalada aversão a qualquer ingerência do empírico.

Nesse contexto, passa-se dos métodos dedutivo (próprio dos positivismos jurídicos) e indutivo (próprio do direito natural) da norma, para a abdução, método por meio do qual os anteriores se conjugam e, a partir da dúvida, são escalonados.

Em outras palavras, a abdução busca as premissas no campo da experiência e, por indução, conduz o raciocínio às regras gerais.

O Estado Social deriva da conjunção entre a queda do absolutismo, o pensamento cristão sobre a dignidade do homem e do trabalho, a necessidade de refundação do Poder e de seus fins, bem como das declarações de direitos e de liberdades.

O sistema de seguridade social, estruturado basicamente no art. 194, da Constituição de 1988, triparte as prestações do Estado em: saúde pública, previdência e assistência social.

A saúde pública compreende o acesso universal, preventivo e terapêutico, eletivo ou de urgência, em todo o território nacional, prestado sob sistema único, em regime de competência administrativa concorrente, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A previdência disciplina o regime de arrecadação de fundos, obtidos em razão do trabalho, tanto do empregado, quanto do empregador, para fazer frente a infortúnios, no curso da relação de emprego.

A assistência social cuida das prestações em favor daqueles que, incapacitados para o trabalho, por sequelas advindas da idade avançada ou de deficiências físicas ou psíquicas, não reúnem condições para prover a própria subsistência e a de seus dependentes econômicos.

CASALTA NABAIS realizou um interessante estudo acerca “da face oculta dos direitos fundamentais”, no qual denuncia que, na era dos direitos, que se sucedeu aos totalitarismos, as repúblicas pareceram esquecer dos deveres, bem assim que, a cada direito fundamental, corresponde um dever.

Para um Estado Democrático que se pretenda social, são direitos fundamentais, entre outros, a soberania, o direito ao voto livre e secreto, a igualdade entre as pessoas, a proibição do arbítrio e o pleno acesso à seguridade.

A União recebeu do art. 195, da Carta Suprema, competência para custear, por meio de contribuições sociais, a cobertura dos problemas que o indivíduo sofre, quando, seja por idade, seja por moléstia profissional, seja, ainda, por infortúnio laboral, não tem como buscar, por meio do trabalho, seu sustento e o de seus dependentes econômicos.

Propomos a alteração da forma de custeio da seguridade social, a partir de uma perspectiva peirceana, que contempla a crença, a dúvida e o hábito, raciocínios que problematizam, respectivamente, (i) o estágio inicial do pensamento, (ii) a construção da dúvida (abdução, dedução e indução) e, (iii) a ideia gerada após os necessários testes da experiência.

A crença. As contribuições são preordenadas ao custeio da seguridade social lato sensu.

As contribuições patronais têm, por bases de cálculo possíveis, a folha de salários, a receita (faturamento), o lucro e a importação, mas não admitem quaisquer deduções, pelo que passam ao largo do princípio da capacidade contributiva.

As contribuições do trabalhador, embora levem em consideração o salário por ele recebido – com o que rendem homenagens ao princípio da capacidade contributiva –, não se transformam na renda que ele fruirá ao se aposentar, e nem sempre se traduzem em contraprestações concretas, porque ele poderá falecer, perder o emprego ou tornar-se inadimplente.

Destarte, a crença generalizada, acerca da natureza jurídica das contribuições sociais e de suas finalidades precípuas, não resiste a uma análise mais serena.

A dúvida. Será que todo o produto da arrecadação das contribuições se destina ao custeio da seguridade social?

Para fazer frente a determinados programas sociais, foi criado, em 1994, o Fundo Social de Emergência, com o escopo de estabilizar a economia, após o advento do Plano Real.

Afastou-se da manutenção do sistema da seguridade social parte da receita obtida com as contribuições, direcionando-a ao orçamento geral da União, fenômeno que há nome Desvinculação de Receitas da União (DRU) e impacta 30% (trinta por cento) de toda a arrecadação assim obtida.

Além disso, a saúde e a assistência social, que integram o sistema de seguridade, sendo direitos fundamentais, não podem navegar ao grado de políticas públicas transitórias, pelo que deveriam ser custeadas por meio de impostos.

O hábito. O modo de pensar pragmaticista abarca as três etapas do raciocínio: a abdução (formulação das hipóteses), a dedução (teste das hipóteses) e a indução (o diagnóstico das hipóteses).

Por meio da abdução perquire-se se as contribuições sociais conservam ou não sua natureza jurídica.

Por meio da dedução, utilizam-se argumentos de ethos (afirmação do discurso); de pathos (sustentação do discurso) e de logos (afirmação da coerência interna do discurso).

Sob esse enfoque, conservam-se a natureza jurídica e a finalidade das contribuições sociais porque: a) o STF consolidou tal entendimento, ao julgar o RE nº 146.733-9 (argumento de autoridade - ethos); b) somente com esta posição, evita-se o descontrole nas contas públicas e se consegue manter todos os programas assistenciais (argumento ad terrorem - pathos); e, c) nada obstante a desvinculação (inconstitucional) das receitas obtidas, nenhum programa da seguridade social terá déficit financeiro ou ficará desassistido (argumento racional - logos).

Mas, também se pode sustentar que as contribuições sociais, dada a desvinculação das suas receitas do custeio da seguridade, não conservam tais natureza jurídica e finalidades porque: a) ao tempo da decisão do STF, inexistia a supremencionada tredestinação de recursos (contra-argumento de ethos); b) o desvio em tela frustra a confiança dos contribuintes, por verem o Estado burlar, à sorrelfa, a aludida decisão (contra-argumento de phatos); e, c) considerando que saúde e assistência públicas não revestem natureza securitária, mas de política pública permanente (porque tutelar de direitos fundamentais), seu custeio deve se perfazer por meio de impostos (contra-argumento de logos).

A partir daí, somos convidados a fazer a seguinte indução: a) se o pacto, embora quebrado, prossegue válido – sendo indiferente a destinação do produto arrecadado, em que pese este critério ser idôneo a confirmar a natureza autônoma da contribuição para a seguridade social (até mesmo na parte que não tem natureza jurídica de seguro, mas de política de promoção de

direitos fundamentais)?; ou b) se, neste mesmo pacto, há uma violação da ordem de 30% (trinta por cento), do total de contribuições arrecadadas no País, pois, tanto normativa quanto extranormativamente, este percentual as identifica com os impostos?

Lembramos que o que distingue um Estado Constitucional de Direito, de outro no qual impera o arbítrio, é justamente a vinculação de toda a ordem jurídica aos ditames do Texto Supremo, sob pena de invalidade de qualquer pretensão administrativa ou estatal, que os viole.

Assim, se a expectativa, no caso em pauta, é a de custeio de um sistema de seguridade social, mister se faz distinguir, objetivamente, (i) o que é, do que não é seguridade, (ii) infortúnio, do que é previsível e, (iii) o que é benefício para alguns, do que deve ser estendido para todos.

Ora, segundo o referencial por nós adotado, saúde e assistência social não integram a seguridade, sendo, portanto, juridicamente equivocado custeá-las à base de contribuições.

Já, os benefícios previdenciários e as aposentadorias por morte e invalidez, conservam sua natureza jurídica securitária e, pelo conseguinte, devem ser mantidas com o produto da arrecadação das contribuições.

Enfim, custear com o produto da arrecadação das contribuições sociais, o que não é seguridade, ao invés de consolidá-la, a degrada e abre espaço à multiplicação de pedidos de ressarcimento, de fora a parte solapar as mais do que legítimas expectativas do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Incidência jurídica: teoria e prática*. São Paulo: Noeses, 2011.

ARISTÓTELES. *Retórica*. 2 Ed. Lisboa: Ed. Imprensa Nacional Casa da Moeda. 2005.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 24ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARRETO, Paulo Aires. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 13 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- CASTELANI, Fernando. Contribuições especiais e sua destinação. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LINS, Robson Maia. Curso de direito tributário brasileiro. São Paulo: Noeses, 2018.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1995.
- MELO, Celso Antônio Banderia de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007.
- PEIRCE, Charles Sanders. Semiótica e filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. São Paulo: Cultrix, 1972.
- REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídicopragmático de Benjamin Nathan Cardozo. Revista Duc In Altum Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SIMÕES, Thiago Taborda. Contribuições sociais: aspectos tributários e previdenciários. São Paulo: Noeses, 2013.

Recebido em: 26/06/2019

Aprovado em: 04/11/2019

Editor:
Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal
Amazile Titoni de Hollanda Vieira
Layra Linda Rego Pena