

DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TESE DO DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

José Sebastião de Oliveira¹

Rodrigo de Camargo Cavalcanti²

PERSONALITY RIGHTS: AN ANALYSIS FROM THE SOCIAL SECURITY DEFICIT THESIS

SUMÁRIO: *Introdução. 2 Considerações sobre a relação do Estado com a garantia dos Direitos da Personalidade. 3 Déficit previdenciário. 3.1. Argumentos do ministro relator do documento de análise do Tribunal de Contas da União sobre a receita da previdência. 3.1.1 Seguridade social versus previdência social. 3.1.2 O impacto da Desvinculação de Receitas da União. 3.2 Análise crítica dos argumentos do ministro do Tribunal de Contas da União. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.*

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (1973), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor da graduação, pós-graduação lato sensu e pós-graduação stricto sensu (mestrado) do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, família, sucessões, responsabilidade civil, e também em metodologia do ensino jurídico. Email: drjso@brturbo.com.br ; Tel.: (44) 9 8827-2685.

² Pós-Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR) com Bolsa de Pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Email: rodrigocavalcanti@gmail.com ; Tel.: (11) 9 9904-8255.

RESUMO: O presente artigo, através do método dedutivo, com consultas em obras e documentos nacionais, objetiva, a partir da consideração dos Direitos da Personalidade, analisar a tese do *déficit* da previdência social. Para tanto, primeiramente faz-se considerações sobre a relação do Estado com a garantia dos Direitos da Personalidade. Em seguida, entra-se na temática do déficit previdenciário, numa vez através de dois argumentos do ministro Relator do correspondente documento de análise do Tribunal de Contas da União sobre a receita da previdência, quais sejam, o paradigma da seguridade social *versus* a previdência social, e o impacto da Desvinculação de Receitas da União sobre a previdência e a seguridade. Posteriormente, se realiza uma análise crítica desses argumentos do ministro do Tribunal de Contas da União. Por fim, se conclui que os Direitos da Personalidade são diretamente atingidos por alterações nas políticas públicas previdenciárias, e também se conclui pela falibilidade das considerações do ministro do TCU para sustentar a tese de *déficit* da previdência.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Previdência Social. Seguridade Social.

ABSTRACT: This article, through the deductive method, with consultations in national works and documents, aims, from the consideration of Personality Rights, to analyze the thesis of the social security deficit. In order to do so, we first make considerations about the relation of the State to the guarantee of Personality Rights. Then, the issue of the social security deficit is addressed, once through two arguments of the Minister Relator of the corresponding document of analysis of the Court of Auditors of the Union on income from social security, namely, the paradigm of social security versus social security, and the impact of Unbundling of Revenues of the Union on social security and security. Subsequently, a critical analysis of these arguments is made by the Minister of the Brazilian Court of Auditors. Finally, it is concluded that Personality Rights are directly affected by changes in public social security policies, and also concludes by the fallibility of the TCU Minister's considerations to support the social security deficit thesis.

KEYWORDS: Personality Rights. Social Security. Social Security System.

INTRODUÇÃO

Há uma tese recente em voga, afinada com as fundamentações em prol da Proposta de Emenda à Constituição 287/2016, da existência de *déficit* na previdência social e da consequente necessidade de reforma. Quem assina a PEC 2087/2016 é Henrique de Campos Meirelles, Ministro da Fazenda do Brasil, que afirma que a realização das alterações requisitadas nessa Proposta “se mostra indispensável e urgente, para que possam ser

implantadas de forma gradual e garantam o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema para as presentes e futuras gerações”³.

A análise dessa tese merece ser feita tendo em vista que, entre outros motivos, tem impacto direto nos Direitos da Personalidade, já que a seguridade social, composta pela assistência social, a saúde e a previdência social, corresponde a uma obrigação estatal de garantia da vida digna, obrigação essa de cunho constitucional e que remete diretamente a considerações sobre a igualdade material.

Por isso, o presente trabalho, através do método dedutivo, com pesquisa em obras e documentos nacionais, tendo em perspectiva e fundado na relação intrínseca dos Direitos da Personalidade com a função estatal de salvaguarda do Sistema da Seguridade Social, busca investigar criticamente dois argumentos em prol da tese do *déficit* levantados pelo Relatório de Levantamento, do Tribunal de Contas da União, de auditoria, destinado a apurar informações acerca do financiamento da previdência, quais sejam: as características da previdência social de contributividade e de necessidade de previsão de equilíbrio financeiro e atuarial; e o impacto da Desvinculação de Receitas da União sobre o seu resultado financeiro.

Primeiramente, insta realizar considerações sobre a relação do Estado e seu papel positivo com os Direitos da Personalidade.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO DO ESTADO COM A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ademais, a axiologia do direito civil historicamente tinha como paradigma:

o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.⁴

³ MEIRELLES, Henrique de C. **Justificativa**. Proposta de Emenda à Constituição 287. 2016.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 101.

Ademais, até o começo do século XX, como bem salienta Paulo Luiz Netto Lôbo, ao longo de seu percurso no mundo romano-germânico, o direito civil sempre foi identificado como o “*locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal”⁵.

Pode-se indicar como marco positivado de quebra desse paradigma as Constituições Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, as quais serviram de referência, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, para o início do processo denominado de constitucionalização do direito civil.

Dito processo pode ser referenciado pelo intercruzamento entre o direito público e o direito privado, na comunhão da hermenêutica sobre as prescrições do direito civil com as Cartas constitucionais. Nessa esteira, salienta Gustavo Tepedino que, a partir da incorporação pela Constituição da República de uma série de valores não-patrimoniais, intervindo diretamente “no negócio jurídico, na família, nas relações de trabalho, na empresa, nas relações de consumo, coloca em xeque o dogmatismo próprio da Escola da Exegese”⁶, uma das mais importantes conquistas que se estabeleceram fortemente na cultura jurídica brasileira, na lição de Tepedino, foi a

[...] absorção definitiva, pelo Texto Constitucional, no Brasil como alhures, dos valores que presidem a iniciativa econômica privada, a família, a propriedade e demais institutos do direito civil, demonstrando que tais matérias não se circunscrevem mais, exclusivamente, no recesso do espaço privado, inserindo-se, ao contrário, na ordem pública constitucional, antes preocupada exclusivamente com matérias do chamado direito público (circunscritas às relações entre o cidadão e o Estado).⁷

Nesse sentido, o Código Civil atualmente em vigor, diferentemente do *Codex* de 1916, conferiu o Capítulo II, do Título I – Das Pessoas Naturais -, aos Direitos da Personalidade, determinando esses como intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11). Dito Código, de 2002,

⁵ LÔBO, Paulo Luiz N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 99.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, pp. 15-21, 2012, p. 16.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, pp. 15-21, 2012, p. 17.

inovou ao fazê-lo, já que assumiu os preceitos constitucionais da Carta de 1988 adentrando na seara dos direitos fundamentais e, por fim, da própria dignidade da pessoa humana.

Contemplando essa confluência com a Carta Maior, além desses ditames do Código Civil, os Direitos da Personalidade se encontram previstos, em rol não taxativo, no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Os mandamentos constitucionais e civis que prescrevem os Direitos da Personalidade e demandam a sua salvaguarda, dessa maneira, propõem claramente uma hermenêutica que, conforme já se salientou em outro momento, os defina “enquanto direitos inerentes à pessoa humana, de caráter pessoal, intransmissíveis e irrenunciáveis, são espécie dos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, são a positivação constitucional dos direitos humanos”⁸. Como bem lecionou Miguel Reale,

Enquanto titular desses direitos básicos, a pessoa deles tem garantia especial, o que se dá também com o direito à vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, e outros mais que figuram nos arts. 5º e 6º da Carta Magna, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível. Não há, pois, como confundir Direitos da Personalidade, que todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência, com os atribuídos genérica ou especificamente aos indivíduos, sendo possível a sua aquisição. Assim, o direito de propriedade é constitucionalmente garantido, mas não é dito que todos tenham direito a ela, a não ser mediante as condições e processos previstos em lei. Poderíamos dizer, em suma, que **são Direitos da Personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição**, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, **isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade**”.⁹ (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que os Direitos da Personalidade evocam uma correlação necessária do direito civil com o direito constitucional, orientando o Estado à sua proteção através tanto da imposição normativa sobre as relações estabelecidas entre os entes privados, quanto sobre a relação dele próprio – Estado –, em suas três esferas de Poder, igualmente com os sujeitos de direito, singular e coletivamente considerados (art. 43 do Código Civil).

⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. CAVALCANTI, Rodrigo de C. Direitos da personalidade: a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no direito brasileiro. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 119-127, 2017, p. 120.

⁹ REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 17 fev. 2017.

Assim, conforme a lição de Reale anteriormente transcrita, os Direitos da Personalidade correspondem aos atributos considerados essenciais à constituição da pessoa humana, atributos os quais são prescritos constitucionalmente como invioláveis e, por isso, devem ser protegidos pela legislação pátria e os programas políticos decorrentes, e, do contrário, sob o risco de incorrerem em inconstitucionalidades.

Esses atributos são correlatos diretamente não somente ao direito à vida, mas sim a uma vida que seja integralmente fundada na dignidade. Nesse sentido, há determinados fatores de ordem positiva – ou seja, promocional - que devem ser observados pelo Estado, a fim de dirimir desigualdades e reestabelecer, na medida da razoabilidade, o equilíbrio social e econômico entre os sujeitos de direito.

O instituto da Seguridade Social certamente desempenha esse papel. Baseado no tripé previdência social, assistência social e saúde, orienta o Estado, claramente fundado nos ditames constitucionais, à estruturação de meios para a garantia da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à satisfação dos aspectos singulares e inerentes ao indivíduo.

Levando esses aspectos em consideração, convém analisarmos, com base nos argumentos do Tribunal de Contas da União, a tese da existência de um *déficit* na previdência, a qual, entre outras, embasa a reforma previdenciária pretendida pelo Governo Federal, atingindo diretamente todo o sistema de seguridade social e, portanto, tema de relevância no momento atual brasileiro.

3 DÉFICIT PREVIDENCIÁRIO

3.1 ARGUMENTOS DO MINISTRO RELATOR DO DOCUMENTO DE ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A RECEITA DA PREVIDÊNCIA

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de controle externo do governo federal que acompanha a execução orçamentária e financeira brasileira, sendo responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos públicos.

Em Sessão do dia 21 de junho de 2017, dito Tribunal realizou um relatório consolidado de fiscalizações na Previdência Social, apresentando, entre outras questões, análise sobre as suas contas, concluindo pela existência de *déficit* no seu resultado financeiro.

O seu Relator, Ministro José Múcio Monteiro, em seu voto, adentra inclusive em duas questões que aqui serão abordadas:

A primeira questão que chamou de “seguridade social *versus* previdência social”, pois ciente da tese - contrária à conclusão do relatório do TCU – de que inexistente *déficit* a ser equacionado, visto que a previdência social integra a superavitária seguridade social.

Já a segunda questão diz respeito ao debate em torno do impacto da desvinculação das receitas da União (DRU), sobre a previdência, o que poderia contribuir para a sua redução orçamentária.

3.1.1 SEGURIDADE SOCIAL VERSUS PREVIDÊNCIA SOCIAL

Assim, o Ministro José Múcio Monteiro argumenta que, apesar do art. 194 prescrever que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, há diferenças fundamentais entre a Previdência Social e os outros dois institutos que devem ser levadas em conta para a consideração do resultado financeiro, citando uma em especial:

O Relator diz respeito particularmente a uma diferença: a existência do requisito da contributividade e da previsão de equilíbrio financeiro e atuarial, presentes na Previdência Social, mas inexistentes nas duas outras¹⁰.

Ambas as características elencadas – contributividade e previsão de equilíbrio financeiro e atuarial – são argumentadas com fundamento nos arts. 40¹¹ e 201¹² da

¹⁰ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

¹¹ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

¹² “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:”

Constituição Federal. O primeiro art. prescreve que aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, consoante referidos neste art., é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Já o segundo – art. 201 –, no mesmo sentido, mas mais amplo e geral, prescreve que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo [...] observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

Ainda, este Relatório fundamenta utilizando o art. 167, XI, da Carta Magna, que veda a “utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II¹³, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”¹⁴.

Assim, nos termos do ministro Relator, “não é permitida, portanto, a utilização de receitas previdenciárias no pagamento de qualquer outra despesa que não seja da própria previdência social”¹⁵.

Traz como fundamento, também, trabalho anterior do TCU no qual a matéria foi igualmente abordada e que fundamenta que, no momento em que a Constituição Federal veda que os recursos advindos das contribuições sociais sejam utilizados para outras despesas, é só com aqueles recursos que é possível verificar o equilíbrio nas receitas previdenciárias¹⁶, e, por isso, ou seja, tendo em vista que o deslocamento de recursos da assistência social e da saúde para a previdência social não deve, de acordo com essa interpretação, ser considerado na avaliação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, esta se encontra em *déficit* em suas receitas orçamentárias. Assim, de acordo com o Tribunal de Contas da União, há a necessidade primordial de reforma de suas bases e estruturas de arrecadação e benefícios para que entre em situação de receita positiva.

¹³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; [...] II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

¹⁴ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

¹⁵ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

¹⁶ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

3.1.2 O IMPACTO DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO

Como segundo ponto, o ministro Relator aborda a chamada desvinculação das receitas da União (DRU), que também é fonte de críticas pois “poderia, em tese, introduzir desequilíbrio financeiro na previdência”¹⁷.

A Desvinculação de Receitas da União (DRU) é um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente determinada porcentagem de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. Conforme aponta o próprio Senado Federal, “a principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado”¹⁸. Nesse sentido:

Na prática, permite que o governo aplique os recursos destinados a áreas como educação, saúde e previdência social em qualquer despesa considerada prioritária e na formação de superávit primário. A DRU também possibilita o manejo de recursos para o pagamento de juros da dívida pública.¹⁹

A Emenda Constitucional 93 de 2016, mediante alteração no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prescreve que, até 31 de dezembro de 2023, seja desvinculado 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e taxas.

Sobre o impacto da DRU no resultado da previdência, o Tribunal de Contas da União afirma que “é nulo, no caso do Regime Geral, e muito pequeno no RPPS. Isso porque a desvinculação atingiu as receitas de contribuição para custeio das pensões militares e as multas e juros sobre as contribuições patronal e do servidor no regime próprio”²⁰.

A base de seu argumento é de que “as receitas previdenciárias não sofrem a incidência da desvinculação, ainda que apenas a partir da Emenda Constitucional 93/2016 a exclusão

¹⁷ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

¹⁸ BRASIL. DRU. **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em 1 nov. 2017.

¹⁹ BRASIL. DRU. **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em 1 nov. 2017.

²⁰ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

tenha ficado explicitada”²¹. Essa afirmativa estaria justificada pela própria redação da Emenda, a qual adiciona à nova redação do referido art. 76 do ADCT que essa desvinculação é “sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social”.

3.2 ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DO MINISTRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Conforme referido, os pontos principais de crítica sobre a tese de existência de *déficit* na previdência social que são abordados pelo voto do ministro Relator desse documento da TCU são: a chamada questão da seguridade social x previdência social, a qual se desdobra na existência do requisito da contributividade e também na necessidade de previsão de equilíbrio financeiro e atuarial; e a Desvinculação de Receitas da União.

Em relação à contributividade, atualmente o empregado da iniciativa privada tem que contribuir 180 meses (ou seja, 15 anos), no mínimo, para se aposentar, prazo esse que é chamado de “período de carência”, conforme o art. 25, II, da lei 8.213/1991.

E, mesmo se cumprida a carência, ainda tem que completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher (art. 48), consoante dita lei.

Já, conforme a inicial²² Proposta de Emenda à Constituição 287/2016, o período mínimo de contribuição passa a ser de 25 anos, tanto para homens quanto para mulheres. Esse é o chamado requisito da contributividade.

Agora, diferentemente do que afirma o anteriormente referido Relatório do Tribunal de Contas da União, o art. 167, XI, da Constituição Federal, ao a Carta Magna vedar a utilização de recursos provenientes das contribuições sociais para despesas diversas à da previdência social, não necessariamente isso quer dizer o que o Relatório conclui, o que seja, que é só com esses recursos – provenientes das contribuições sociais – que é possível verificar o equilíbrio nas receitas previdenciárias, ou, em outras palavras, que esses recursos são os

²¹ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

²² Apesar da introdução de período de transição, até 09 de novembro de 2017 os anos de contribuição prescritos na PEC não foram alterados por substitutivos.

únicos que devam ser considerados para a determinação do alcance – ou não – do constitucionalmente requisitado “equilíbrio financeiro e atuarial” dessas receitas.

E diz-se isso porque, o próprio Relator, em seu voto, assume que “a previdência social faz parte do que a Constituição Federal denomina de Seguridade Social, prevista no Título VIII – Da Ordem Social, mais especificamente no art. 194”²³.

Porém, em posição com base em uma hermenêutica que não demonstra critérios passíveis de assunção sistêmico-constitucional, representando o TCU, o ministro Relator José Múcio Monteiro, em face do art. 194 da Carta Magna, o qual prescreve a previdência social como parte do conjunto **integrado** da seguridade social, resolve relega-lo à segundo plano, evocando como ponto de fundamentação os arts. 40, 201 e 167, XI. Só que Monteiro não observa que ditos artigos consequente e inevitavelmente remetem de forma obrigatória, mandatória, a esse pressuposto do art. 194 da Constituição.

Diz-se mandatória pois o art. 194 se encontra inscrito no Título VIII, denominado “Da Ordem Social”, da Constituição Federal, ou seja, em posição jurídica do diploma constitucional que se coaduna com os direitos fundamentais de segunda dimensão. Isso é reafirmado nos termos de Osvaldo Ferreira de Carvalho, para o qual é “em face da necessidade de elucidar quer em nosso sistema constitucional, justiça social é o fim da Ordem Social e se exprime na equânime distribuição dos benefícios sociais para quantos deles necessitem”²⁴. Ainda, nas relevantes palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, que, com base nos ditames do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal²⁵, leciona o que segue:

É inquestionável que a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF atinge os direitos individuais, considerados como tais os direitos fundamentais de cunho negativo, [...]. Que a citada regra igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas, isto pode ser inferido basicamente de três constatações: em primeiro lugar, da expressão literal do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que refere, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto a sua posição no texto; em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de

²³ MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

²⁴ CARVALHO, Osvaldo F. de. O Direito fundamental à segurança Social e seu panorama na ordem constitucional brasileira. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.3, p.213-228 set./dez. 2015, p. 1.

²⁵ Art. 5º. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

1988, no título relativo aos direitos fundamentais, [...] inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar). **Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas conseqüências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”.** Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no Capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação sistemática, que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo. Além desses argumentos, encontramos a norma do artigo 6º da CF, que nomeia os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, etc.), encerrando com a expressiva formulação “na forma desta Constituição”, deixando em aberto **a possibilidade de se considerarem incluídos, no âmbito dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente os insertos no título “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Da Ordem Social”.**²⁶ (negrito nosso)

Dessa maneira, a determinação constitucional de que a previdência social é parte de “um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” diz respeito, em outros termos, a um direito fundamental de contraprestação do Estado da organização do instituto da previdência social sob critérios cujas determinações orçamentárias são no sentido da socialização com os institutos – igualmente primordiais à dignidade da pessoa humana – da saúde e da assistência social. Esses dois institutos, direitos, por serem diretamente relacionados à necessária salvaguarda do Estado aos direitos fundamentais de segunda geração, e, portanto, da garantia estatal de fruição dos Direitos da Personalidade à vida digna, somente devem ser opostos à previdência social no quesito de que, pelo já referido expresso mandamento constitucional (art. 167, XI), a previdência não pode compartilhar a receita advinda das contribuições constitucionalmente prescritas com aqueles, quais sejam, a saúde e a assistência social. Porém nada impede, e sim pelo contrário, se depreende de uma hermenêutica sistêmica em face do art. 194, que todos os orçamentos direcionados aos referidos três institutos que compõem a Seguridade Social não só podem como devem – são um conjunto **integrado** (art. 194, CF) – ser compartilhados entre estes, assertiva que só está sujeita à limitação em face das já referidas contribuições (conforme, já referido, estabelecido nos arts. 40 e 201 da Constituição Federal de 1988).

²⁶ SARLET, Ingo W. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996, p. 10.

O equilíbrio financeiro e atuarial, portanto, está igualmente determinado, ao menos prescritivamente, o que obviamente condiciona a legislação infraconstitucional e os programas políticos correlacionados, pela necessária relação normativa-constitucional, e, conseqüentemente, sob as bases doutrinária, axiológica e jurisprudencial dos direitos personalíssimos, entre os três institutos que compõem o Sistema brasileiro da Seguridade Social, o qual traz em seu âmago a relação intrínseca entre assistência social, saúde e previdência social.

Ademais, sobre o *déficit* na previdência social, já em 2006, ou seja, 10 anos antes da apresentação da Proposta de Emenda à Constituição 287, Denise Lobato Gentil defendeu seu doutorado justamente sob o título “A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005”, realizando uma análise financeira da Seguridade Social no período do ano de 1990 ao ano de 2005, utilizando como ponto de referência os dispositivos da Constituição Federal de 1988 e os dados estatísticos da execução orçamentária do governo federal. Conclui a autora que:

Ao contrário do que é usualmente difundido, o sistema de previdência social não está em crise e nem necessita de reformas que visem ao ajuste fiscal, pois o sistema dispõe de recursos excedentes, mas de reformas que permitam a inclusão de um grande contingente populacional que hoje se encontra desprotegido. A capacidade de sustentação futura do sistema dependerá, no entanto, de mudanças na política econômica que impliquem na promoção do crescimento associado a políticas de distribuição de renda.²⁷

Nessa esteira, a essencialidade de se levar em consideração à análise o denominado “tripé da Seguridade Social” - assistência social, saúde e previdência social - também fundamenta críticas à posição do Tribunal de Contas da União em face da Desvinculação de Receitas da União. Explica-se:

A redação da Emenda Constitucional 93/2016, conforme já referido, efetivamente altera o art. 76 do ADCT trazendo-lhe a seguinte redação:

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

²⁷ GENTIL, Denise L. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005**. Set. 2006. 357 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006, p. 3.

Importante notar que a exceção da desvinculação é conferida neste art. ao pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, e não ao orçamento relativo à Seguridade Social. Assim, a desvinculação de 30% acaba por atingir recursos legal e constitucionalmente previstos, embasados no art. 195 da Carta Magna, como aqueles provenientes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), entre outros, que igualmente podem ser e são direcionados à previdência social.

Essa diversificação da base de financiamento da previdência social, conforme se observa, é uma conquista obtida com a Constituição Federal, e que remete ao seu art. 194, parágrafo único, inciso VI, o qual prescreve que “compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] diversidade da base de financiamento”. Assim, importantes as palavras de Gentil:

A diversidade da base de financiamento também tem outra implicação importante. As contribuições ao sistema de seguridade que incidirem sobre o faturamento e o lucro, além de terem uma base de cálculo mais estável do que a folha salarial, permitem uma redistribuição da carga de financiamento previdenciário entre os setores econômicos, pois contrabalançam a diminuição das contribuições patronais sobre a folha de salários ocasionada pela introdução de tecnologia que reduz mão-de-obra nos setores de grande produção e lucratividade. Diversificou-se, então, a captação de receitas, com a inclusão de contribuições sociais que incidem sobre o faturamento, o lucro, a apuração das loterias e, posteriormente, a movimentação financeira, para que não apenas a previdência, mas o sistema de seguridade social como um todo se tornasse menos vulnerável ao ciclo econômico e fazendo com que toda a sociedade contribuísse para a manutenção das três áreas, consideradas direitos da cidadania e obrigação do Estado.²⁸

Sobre esse assunto, é de relevo nos referirmos ao Relatório Final apresentado em 26 de outubro de 2017 e realizado pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado Federal, a qual foi destinada a investigar a contabilidade da previdência social.

Esse Relatório concluiu, em síntese, que inexistiu déficit da Previdência Social, ou inclusive da Seguridade Social, apresentando diversos pontos de crítica e de proposta para a reavaliação destes institutos. Ainda, efetivamente sobre o impacto da Desvinculação de Receitas da União na previdência, salienta o seguinte:

[...] as contribuições sociais, que financiam em especial as despesas da Seguridade Social, são as espécies tributárias sobre as quais a DRU exerce

²⁸ GENTIL, Denise L. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005**. Set. 2006. 357 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006, p. 36, 37.

maior impacto. Ou seja, na vigência dos dispositivos constitucionais que determinam a desvinculação, parcela de sua arrecadação deixa de ser direcionada aos gastos com Saúde, Previdência e Assistência Social, tornando-se recursos livres para custear qualquer tipo de dispêndio estatal.

Wagner Balera, em entrevista, também salienta o paradoxo existente sobre desvio do orçamento da Seguridade Social pela DRU ao mesmo tempo em que se afirma a existência de *déficit* na previdência:

[...] como é que você pode dizer que uma coisa está quebrada se você está desviando uma parte dos recursos para outras áreas que não são saúde, previdência social e assistência social? É o que se faz desde 1994, e acabou agora de aprovar mais uma emenda constitucional, em que esse desvio vai até 2023. Hoje em dia o desvio se chama DRU, Desvinculação de Receitas da União, que ano que vem – foi aprovado agora o orçamento – esse desvio vai representar R\$ 117 bilhões, dinheiro da Seguridade Social que está sendo desviado para outras finalidades.²⁹

Igualmente vale considerar, dessa maneira, que, antes de chegar aos cofres da seguridade, 30% das contribuições sociais são desviadas por conta da DRU. Até 2015, este percentual era de 20%. Assim, o governo considera a perda com a DRU no seu cálculo, ampliando, dessa forma, o déficit da Seguridade Social. Conforme divulgado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip):

O impacto nas contas é grande já que, desde 2008, o governo tirou R\$ 503 bilhões do orçamento da Seguridade, por meio das DRUs, de acordo com levantamento dos consultores de Orçamento e Fiscalização Financeira do Congresso Nacional. Em 2015, foram R\$ 61 bilhões desvinculados e, no ano passado [2016], R\$ 92 bilhões.³⁰

Por esses motivos apresentados, fica claro que a Desvinculação de Receitas da União, conforme prescrita pela Emenda Constitucional 93/2016, atinge diretamente o compromisso orçamentário da seguridade social, e, conseqüentemente, também da previdência social, essa a qual tem previsto na Constituição Federal a sua sustentação financeira por ampla e diversificada base de dotação orçamentária.

Outrossim, conforme já referido anteriormente, as políticas governamentais e a legislação pátria não podem colimar a restrição de direitos fundamentais personalíssimos. E

²⁹ BALERA, Wagner. Professor de direito previdenciário afirma que a reforma da Previdência tem caráter financista. **Central dos Sindicatos Brasileiros**. 12 jan. 2017. Disponível em: <<http://csb.org.br/blog/2017/01/12/professor-de-direito-previdenciario-afirma-que-a-reforma-da-previdencia-tem-carater-financista/>>. Acesso em 01 nov. 2017.

³⁰ MAGALHÃES, Ana. Previdência: por que a conta do governo e dos seus críticos é tão diferente?. **Anfip**. 2 jun. 2017. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=21914>. Acesso em 1 nov. 2017.

isso é posto igualmente em face do princípio do não retrocesso social, o qual, além de impedir o retorno da sociedade a situações de vulnerabilidade, também possui um viés positivo de promoção dos direitos para a melhoria do *status quo* da realidade nacional. Na redação de Celso de Mello:

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, **no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos**, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.³¹ (grifo nosso)

Ditos direitos abrangem especialmente os Direitos da Personalidade, os quais estabelecem, sob os ditames da dignidade da pessoa humana, a necessária fruição do direito à vida digna, sustentada essa pela correlação harmônica das dimensões humanas da liberdade e da igualdade. Ainda, com relação a essa última, já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o Estado tem responsabilidade civil sobre a salvaguarda material de garantia dos direitos personalíssimos, inclusa a premissa de condições mínimas existenciais, na possibilidade de escolha autônoma sobre seu próprio futuro e no usufruto de uma adequada estrutura socioeconômica durante toda a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou de início a relação positiva do Estado com os Direitos da Personalidade. Através de observações históricas e doutrinárias, especialmente da relação estabelecida entre o direito público e o direito privado, verifica-se que o Estado tem o dever de promoção de políticas públicas e de legislações que realizem o cumprimento das normas constitucionais relativas aos Direitos da Personalidade, e isso tendo em vista a necessidade de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, Publicado em 15 set. 2011.

garantia de uma vida digna a todos, sem exceção, com salvaguarda de condições estruturais socioeconômicas através inclusive da alcunha da igualdade material.

Por fim, com a análise dos dois argumentos aqui centrados, conduzidos pelo anteriormente referido Relatório de Levantamento do Tribunal de Contas da União, em prol da tese do *déficit* previdenciário: Em relação às características da previdência social de contributividade e de necessidade de previsão de equilíbrio financeiro e atuarial, se conclui que deve ser levado em consideração o Sistema de Seguridade Social como um todo, não somente a previdência, entendendo-se em prol de uma hermenêutica integral do texto constitucional e que esteja condicionada pelo art. 194 da Carta Magna, o qual define a seguridade como um conjunto **integrado**, inclusive na questão orçamentária, e que, portanto, essas características específicas da previdência não impedem: nem o cômputo dos recursos financeiros a ela não obrigatoriamente vinculados no cálculo de seu resultado, nem que esses mesmos recursos sejam a ela destinados. Já, sobre o impacto da Desvinculação de Receitas da União sobre o seu resultado financeiro, percebe-se claramente o paradoxo do aumento do DRU, apesar das reclamações do Estado de falta de recursos para a previdência, e, também, que a DRU, conforme prescrita pela Emenda Constitucional 93/2016, atinge diretamente o compromisso orçamentário da seguridade social, e, conseqüentemente, também da previdência social, essa a qual tem previsto na Constituição Federal a sua sustentação financeira por ampla e diversificada base de dotação orçamentária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. Professor de direito previdenciário afirma que a reforma da Previdência tem caráter financista. **Central dos Sindicatos Brasileiros**. 12 jan. 2017. Disponível em: <<http://csb.org.br/blog/2017/01/12/professor-de-direito-previdenciario-afirma-que-a-reforma-da-previdencia-tem-carater-financista/>>. Acesso em 01 nov. 2017.

BRASIL. DRU. **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em 1 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, Publicado em 15 set. 2011.

CARVALHO, Osvaldo F. de. O Direito fundamental à segurança Social e seu panorama na ordem constitucional brasileira. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.3, p.213-228 set./dez. 2015.

GENTIL, Denise L. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005**. Set. 2006. 357 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

MAGALHÃES, Ana. Previdência: por que a conta do governo e dos seus críticos é tão diferente?. **Anfip**. 2 jun. 2017. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=21914>. Acesso em 1 nov. 2017.

MEIRELLES, Henrique de C. **Justificativa**. Proposta de Emenda à Constituição 287. 2016.

MONTEIRO, José M. Voto. **Relatório de Levantamento**. TC 001.040/2017-0. 2. Tribunal de Contas da União. 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de. CAVALCANTI, Rodrigo de C. Direitos da personalidade: a proporcionalidade nas doutrinas de Robert Alexy e do jus-humanismo normativo no direito brasileiro. **Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 3, p. 119-127, 2017.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 17 fev. 2017.

SARLET, Ingo W. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição Problemática em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, pp. 15-21, 2012.