

FABRICIO DO ROZARIO VALLE DANTAS LEITE

**Direito constitucional financeiro estratégico:
desafio cooperativo interinstitucional e qualidade do gasto público**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Titular Dr. Heleno Taveira Torres

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

FABRICIO DO ROZARIO VALLE DANTAS LEITE

**Direito constitucional financeiro estratégico:
desafio cooperativo interinstitucional e qualidade do gasto público**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Titular Dr. Heleno Taveira Torres.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Leite, Fabricio do Rozario Valle Dantas

Direito constitucional financeiro estratégico:
desafio cooperativo interinstitucional e qualidade do
gasto público ; Fabricio do Rozario Valle Dantas Leite ;
orientador Heleno Taveira Torres -- São Paulo, 2021.

460

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito
Direito Econômico, Financeiro e Tributário) -Faculdade de
Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Financeiro. 2. Direito Constitucional.
3. Estratégia. 4. Sustentabilidade fiscal. 5.
Diálogos interinstitucionais . I. Torres, Heleno
Taveira, orient. II. Título.

Nome: Fabricio do Rozario Valle Dantas Leite

Título: *Direito constitucional financeiro estratégico: desafio cooperativo interinstitucional e qualidade do gasto público.*

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Titular Dr. Heleno Taveira Torres.

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

A minha vida,
Miriam, Paulo Antônio e Luisa.

AGRADECIMENTOS

Antes de nominar a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, com esta tese, cabe uma reflexão. Este trabalho foi desenvolvido, em grande parte, durante período de imensa dor para todos nós. Que a perda irreparável de vidas humanas sirva ao menos como ponto de partida para um recomeço solidário para toda a humanidade.

Sempre tive a convicção de que um trabalho acadêmico é uma obra coletiva. O autor e o seu texto devem a inspiração ao convívio acadêmico e afetivo. A tese é, portanto, um caminho longo que não se deve percorrer só. É um conjunto de amizades, pensamentos bons, pessoas, em alma e espírito, que, ao longo de uma vida inteira, se juntam para possibilitar a realização de um trabalho de investigação acadêmica.

A estes “coautores” queridos, tenho o imenso prazer de dar o devido crédito.

Em primeiro lugar, a um amigo que virou mestre, mas antes de tudo sempre foi um amigo. Aprendi, aprendo e aprenderei muito com Heleno Taveira Torres. Incentivador primeiro deste trabalho, foi sempre um mestre que me conduziu a descobrir que a academia nada representa se não trazer coisas boas para a sociedade. A convivência com o jurista Heleno Torres me enriquece com conhecimento e visão crítica. A convivência com o Heleno me torna uma pessoa melhor.

Joaquim Levy se tornou, para minha sorte e alegria, uma daquelas pessoas em que se confia de olhos fechados, em que você torce para estar bem, estando ou não por perto. Se este trabalho tem algum mérito, certamente eu devo, em boa medida, à convivência com o intelectual de formação ampla e com o homem público, cuja dedicação para cuidar dos interesses da sociedade faz a diferença por onde passa.

Régis Fernandes de Oliveira é mais do que um dos maiores juristas com quem tive o prazer de conviver. É um poeta. Com ele aprendi que estudar o direito financeiro pressupõe arte e felicidade. Seu estilo sofisticado, de frases curtas e pensamentos profundos, é uma marca indissociável de elegância linguística e de conteúdo acadêmico. A influência das suas aulas e dos seus escritos vão além das citações diretas no corpo da tese. Vão, inclusive, além da própria tese.

Fernando Facury Scaff, que ao longo do período desta pesquisa alcançou o grau máximo de excelência acadêmica, tornando-se professor titular de direito financeiro da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, manteve-se sempre com um sorriso solidário no rosto e com grandes e inovadoras ideias para compartilhar.

Gilberto Bercovici e Jose Maria Arruda de Andrade foram mais do que exemplos da excelência acadêmica do Departamento de Direito Financeiro e Econômico da Universidade de São Paulo. Foram professores inclusivos, interessados e preocupados com cada passo deste trabalho.

Raquel Stztajn e sua curiosidade acadêmica ampla são um exemplo. A evolução metodológica do direito brasileiro em direção à economia se deve sobremaneira aos seus estudos pioneiros e aos incentivos que distribuí aos inúmeros graduandos, mestres e doutores, ao longo de sua brilhante trajetória acadêmica.

Em nome deles todos, agradeço à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. A convivência com vocês e com a SANFRAN foi uma honra que levarei para toda a vida.

Daniel Sarmiento é um exemplo singular de excelência da minha *alma mater*, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Além de publicista brilhante, é um amigo extremamente generoso. Daniel foi um interlocutor interessado e mestre paciente ao longo da pesquisa. Certamente me livrou de alguns apuros metodológicos.

A amizade de Egon Bockmann Moreira surgiu como uma dádiva em um momento difícil. Intelectual completo, profundo conhecedor do direito e da literatura, e pessoa humana ímpar, Egon sempre foi um amigo generoso. Sou um eterno aluno, leitor assíduo de sua vasta produção acadêmica.

Ricardo Simonsen, economista brilhante e amigo generoso, é uma inspiração diária na busca da excelência profissional.

Susan Rose-Ackerman, professora da *Yale Law School*, recebeu-me com carinho e distinção em todas as minhas visitas a New Haven. Abriu as portas de uma das mais prestigiosas bibliotecas jurídicas e estimulou este trabalho com ideias e incentivos desde quando ainda era apenas uma intenção de pesquisa.

Aos amigos de uma vida inteira, literalmente, Daniel, Nicole, David e Vincent Assisi, é uma alegria contagiante saber que vocês estão na minha vida desde que me conheço por gente. Desejo sinceramente que nossos filhos cresçam com amizades tão fortes e verdadeiras como a que construímos.

A Guilherme Barbosa Vinhas e Cristina Mitidieri, amigos queridos. É muito bom saber que pessoas como vocês estarão sempre por perto das crianças.

À Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, reservo um agradecimento especial na figura de todos os seus membros, procuradores, servidores, bibliotecários, residentes e estagiários. É um orgulho e uma responsabilidade grande fazer parte desta instituição há mais de 20 anos. Não conseguiria, em poucas páginas, nominar todas as amizades e os exemplos profissionais que a PGE me proporciona.

Aos meus sócios e amigos, e à minha equipe do escritório, agradeço o apoio e a compreensão nas constantes ausências acadêmicas.

George Santoro, Leonardo Lobo, Renata Santos e Vera Lúcia Kirdeiko leram os originais e me ajudaram com comentários. Um privilégio indescritível contar com leitores tão qualificados.

Agradeço, acima de tudo, à minha família.

Antônio, Macksen, Pilar Salinas, Narcelle, Mauro, Marília, Pilar, Isabel, José, Rosária, avós, tios, primos, o caminho seria difícil sem vocês. E talvez não valesse a pena.

A meus pais, Paulo Antônio (*in memoriam*) e Maria Lúcia. Cada linha escrita, cada ideia, cada obstáculo superado, eu devo ao apoio incondicional de ambos, sempre. Não encontro palavra que expresse o amor pelos meus pais. Serei, apenas, eternamente grato.

Ao meu irmão, Lucas (*in memoriam*), cuja lembrança carinhosa se fez presente em cada linha deste trabalho e se faz presente a cada página da minha vida, agradeço por ser o meu grande amigo de todas as jornadas.

Miriam foi o meu maior estímulo à vida acadêmica, com o seu exemplo de singular sucesso. A admiração é tanta, quanto o amor que eu sinto e que não para de crescer.

A meus filhos, Paulo Antônio e Luisa, dedico cada instante desta existência. Ver o sorriso deles é a minha luta diária. É a minha maior recompensa.

Rio de Janeiro, abril de 2021.

“[...] entonces no había desorden, entonces el mundo seguía siendo algo petrificado y establecido, un juego de elementos girando en sus goznes, una madeja de calles y árboles y nombres y meses.”

(Julio Cortázar. *Rayuela*)

RESUMO

LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. *Direito constitucional financeiro estratégico: desafio cooperativo interinstitucional e qualidade do gasto público*. 2021. 460p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O direito financeiro recebeu um tratamento constitucional privilegiado a partir da Constituição de 1988. O jogo eleitoral oportunista, no entanto, só permitiu eficácia social às normas constitucionais financeiras, quando a política fiscal se valeu da sua força normativa para assentar parâmetros de reponsabilidade fiscal. Constitucionalizado e protagonista de planos econômicos que buscam a estabilidade fiscal na força normativa de normas reconhecidas pela realidade constitucional, o direito constitucional financeiro se agrega à política fiscal do Estado brasileiro como um ramo de pretensões substantivas, apto a buscar a sustentabilidade como um objetivo próprio e designado pelo sistema constitucional. No ambiente constitucional do Estado brasileiro atual, o direito financeiro surge, portanto, como um indutor de cooperação entre atores do novo arranjo institucional. O direito enquanto sistema referencialmente aberto e dinâmico precisa de pontos de referência que permitam o equilíbrio estável de permanência diante de instituições, entes e Poderes desejanetes eternos. A competição e o sectarismo entre as instituições na sociedade de risco fiscal tiram os direitos fundamentais da posição de grande conquista teórica do constitucionalismo do pós-guerra, e o segregam a objeto de discursos retóricos, perdidos na realidade factual da escassez. Para tentar inverter a lógica do binômio exagero-escassez em planejamento-abrangência, a proposta original desta tese parte da constatação de três círculos viciosos argumentativos (*lock in* em *path dependence*) na trajetória dos direitos fundamentais como estímulo civilizatório da atividade financeira do Estado: (i) a relação entre os Poderes e o novo arranjo institucional sob a ótica da doutrina da separação de poderes; (ii) a efetividade dos direitos fundamentais entre a escassez econômica e o estímulo civilizatório da Constituição Financeira; e (iii) as interações entre os Entes no federalismo fiscal antagônico brasileiro. Através de uma base teórica sustentada no neoinstitucionalismo, no contextualismo histórico da Escola de Cambridge, no teorema dinâmico fundamental de Talcott Parsons e na teoria da decisão interativa, a relação entre política e Constituição, ou entre política fiscal e Constituição Financeira será vista em perspectiva multidisciplinar. Historicamente, a relação entre política e Constituição é difícil, os extremos são perigosos, mas o arcabouço teórico amplo visa o equilíbrio desejável e possível. Sob as bases da cooperação, da sustentabilidade intrageracional e intergeracional e mediante diálogos interinstitucionais, será construída a metodologia do direito constitucional financeiro estratégico, utilizando as técnicas próprias da teoria da decisão interativa. A ideia é ultrapassar a incompetência alocativa da democracia de competição com a pretensão de oferecer uma visão útil ao jogo de duas faces entre a política e o direito, em torno do tabuleiro da política fiscal.

Palavras-chave: Direito Constitucional Financeiro; Estratégia jurídica; Sustentabilidade fiscal; Qualidade do gasto público.

ABSTRACT

LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. *Strategic financial constitutional law: interinstitutional cooperative challenge and public expenditure accountability*. 2021. 460p. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

Public financial law was granted a constitutional privileged treatment since the 1988 Brazilian Federal Constitution. The opportunistic electoral game, notwithstanding, only allowed such constitutional rules effectiveness upon society when the parameters of fiscal responsibility were mandatorily established by fiscal policy. Constitutionalized and protagonist of economic plans that pursue fiscal stability, by means of the rules acknowledged by the constitutional reality, the constitutional public financial law supplements the Brazilian Government's fiscal policy as a branch with substantive prerogatives, designated by the constitutional system, and able to seek sustainability as an objective of its own. In the constitutional environment of the current Brazilian Government, public financial law, thus, appears as an inducer of cooperation between players of the new institutional arrangement. Law, as an open-referential and dynamic system, demands reference points that allow a stable permanence balance in the face of eternally desiring institutions, entities and powers. Competition and sectorization among institutions, in a fiscal risk society, removes fundamental rights from the position of a great theoretical achievement of postwar constitutionalism and segregates them from rhetorical speeches, lost in the scarce factual reality. To attempt to reverse the exaggeration-scarcity in planning-comprehensiveness binomial logic, the original proposal of this thesis starts from the observation of three vicious argumentative circles (*lock in in path dependence*) in the fundamental rights trajectory as a civilizing stimulus of the Government's financial activity: (i) the relationship between the Powers and the new institutional arrangement from the perspective of the separation of powers doctrine; (ii) the effectiveness of fundamental rights between economic scarcity and the civilizing stimulus of the Financial Constitution; and (iii) the interactions between the Entities within the Brazilian antagonistic fiscal federalism. In the historical contextualism of the Cambridge School, the relationship between politics and the Constitution – or between fiscal policy and the Financial Constitution – will be analyzed in a multidisciplinary perspective by means of a theoretical based on neo-institutionalism, the fundamental dynamic theorem of Talcott Parsons and the theory of interactive decision. Whilst, historically, the relationship between politics and the Constitution is challenging, extremes are dangerous, the broad theoretical framework aims at a desirable and possible balance. Through cooperation, intra-generational and intergenerational sustainability and by interinstitutional dialogues, the strategic public financial constitutional law methodology shall be construed, using the techniques inherent to interactive decision theory. The idea is to overcome the allocative incompetence of competitive democracy so to offer a useful view of the two-way game between politics and law, around the fiscal policy board.

Keyword: Public financial constitutional law; Legal strategy; Fiscal sustainability; Public expenditure accountability

RIASSUNTO

LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. *Diritto Costituzionale Finanziario Strategico: La sfida cooperativa interistituzionale e la qualità della spesa pubblica* – 2021. 460p. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

Il diritto finanziario ricevette un trattamento costituzionale privilegiato a partire dalla Costituzione del 1988. Il gioco elettorale opportunista, tuttavia, consentì efficacia alle norme costituzionali finanziarie soltanto quando la politica fiscale si avvale della sua forza normativa per stabilire parametri di responsabilità fiscale. Costituzionalizzato e protagonista di piani economici che ricercano la stabilità fiscale nella forza normativa delle norme riconosciute dalla realtà costituzionale, il diritto costituzionale finanziario si affianca alla politica fiscale dello Stato brasiliano come ramo delle rivendicazioni sostanziali, adatto a ricercare la sostenibilità come un obiettivo proprio e designato dal sistema costituzionale. Nell'ambiente costituzionale dello Stato brasiliano attuale, il diritto finanziario appare, dunque, come un induttore di cooperazione tra gli attori del nuovo assetto istituzionale. Il diritto in quanto sistema aperto e dinamico ha bisogno di punti di riferimento che permettano l'equilibrio stabile di permanenza di fronte a istituzioni, enti e Poteri desiderosi di essere eterni. La competizione e il settarismo tra le istituzioni nella società di rischio fiscale rimuovono i diritti fondamentali dalla posizione di grande conquista teorica del costituzionalismo del dopoguerra e relegano quest'ultimo a oggetto di discorsi retorici, perduti nella realtà fattuale della scarsità di risorse. Per cercare di convertire la logica del binomio esagerazione-scarso in quella della pianificazione-ampiezza, la proposta originale di questa tesi parte dalla constatazione di tre circoli viziosi argomentativi (*lock in nel path dependence*) nel percorso dei diritti fondamentali come stimolo civilizzatore dell'attività finanziaria dello Stato: (i) la relazione tra i Poteri e il nuovo assetto istituzionale sotto l'ottica della dottrina della separazione dei poteri; (ii) l'effettività dei diritti fondamentali tra la scarsità economica e lo stimolo civilizzatore della Costituzione Finanziaria; e (iii) le interazioni tra gli Enti nel federalismo fiscale antagonistico brasiliano. Attraverso una base teorica sostenuta dal neoistituzionalismo, dal contestualismo storico della Scuola di Cambridge, dal teorema dinamico fondamentale di Talcott Parsons e dalla teoria della decisione interattiva, la relazione tra politica e Costituzione o tra politica fiscale e Costituzione Finanziaria, sarà vista in una prospettiva multidisciplinare. Storicamente la relazione tra politica e Costituzione è difficile, gli estremi sono pericolosi, ma la struttura teorica ampia punta ad un equilibrio auspicabile e possibile. Sulla base della cooperazione, della sostenibilità intragenerazionale e intergenerazionale e attraverso dialoghi interistituzionali, verrà costruita la metodologia del diritto costituzionale finanziario strategico, utilizzando le tecniche proprie della teoria della decisione interattiva. L'idea è quella di superare l'incompetenza allocativa della democrazia di competizione con l'intenzione di offrire una visione utile al gioco bifronte tra politica e diritto, sul tavolo della politica fiscale.

Parole chiave: Diritto costituzionale finanziario; La Strategia legale; La Sostenibilità fiscale; La qualità della spesa pubblica

ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de preceito Fundamental
AGIL	Esquema “AGIL” de Talcott Parsons
ASPS	Ações e Serviços Públicos de Saúde
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBO	<i>Congressional Budget Office</i>
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CGF	Conselho de Gestão Fiscal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
DCFE	Direito Constitucional Financeiro Estratégico
EC	Emenda Constitucional
FMI	Fundo Monetário Internacional
FPE	Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
LC	Lei Complementar
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LPU	Lei do Preço Único
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal

IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IFI	Instituto Fiscal Independente
MP	Medida Provisória
PAF	Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PEF	Programa de Estabilização Fiscal
PIB	Produto Interno Bruto
PLP	Projeto de Lei Complementar
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPA	Plano Plurianual
PPP	<i>Purchasing Power Parity</i>
PROER	Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Anual
PROES	Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária
RRF	Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Esquema AGIL” do Sistema Constitucional	258
Figura 2 – “Esquema AGIL” dos Direitos Fundamentais	269
Figura 3 – “Esquema AGIL” do sistema constitucional financeiro sustentável.....	351
Figura 4 – Jogo da Centopeia em Árvore de Decisão.....	353
Figura 5 – Jogo Sequencial de Informação Incompleta em Árvore de Decisão.....	364
Figura 6 – Jogo Sequencial (bailout ou default) de Informação Incompleta em Árvore de Decisão	380

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 –	Jogo Simultâneo Não Cooperativo em Matriz de Resultado	299
Quadro 2 –	Jogo da Centopeia em Matriz de <i>Payoff</i>	353
Quadro 3 –	Primeira matriz de payoff do jogo sequencial de informação incompleta ...	361
Quadro 4 –	Segunda matriz de payoff do jogo sequencial de informação incompleta ...	361
Quadro 5 –	Terceira matriz de payoff do jogo sequencial de informação incompleta....	365
Quadro 6 –	Quarta matriz de payoff do jogo sequencial de informação incompleta	365
Quadro 7 –	Primeira matriz de payoff do jogo do bailout	379
Quadro 8 –	Segunda matriz de payoff do jogo do bailout	379
Quadro 9 –	Terceira matriz de payoff do jogo sequencial (bailout ou default) de Informação Incompleta	381
Quadro 10 –	Quarta Matriz de Payoff do jogo sequencial (bailout ou default) de Informação Incompleta	381

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	21
I. O tema: sua metodologia, suas limitações e sua originalidade	21
II. Plano de trabalho	27
1. DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO: DA PREVISÃO ABSTRATA AO PROTAGONISMO NORMATIVO	33
1.1 Introdução. A trajetória de dependência em direção à efetividade do direito financeiro e os círculos viciosos argumentativos.....	33
1.2 A República Nova em perspectiva: economia e política como anfitriãs de Plauto da Constituição financeira.....	44
1.3 A Constituição Financeira entre a Política Fiscal e os ciclos políticos oportunistas	49
1.4 A trajetória pendular do endividamento subnacional na lógica fiscal invertida brasileira	53
1.4.1 Da Constituição de 1988 até a Lei de Responsabilidade Fiscal	57
1.4.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal como marco da eficácia social do direito financeiro e de afirmação da lógica fiscal invertida.....	61
1.5 Conclusões parciais. Protagonismo normativo e conflito federativo: as duas faces da efetividade financeira	70
2. A POLÍTICA FISCAL ESTRUTURANTE: REFLEXOS NO DIREITO FINANCEIRO CONSTITUCIONALIZADO E PROTAGONISTA	76
2.1 Introdução. A faceta política da atividade financeira do Estado.....	76
2.2 O conceito de política fiscal: aproximação necessária entre o aspecto político e o aspecto técnico na realização da despesa pública	85
2.3 A evolução fiscal como política econômica de Estado	89
2.3.1 A sociedade sem dimensão política da economia: a noção fiscal da Antiguidade e da Idade Média.....	89
2.3.2 A política fiscal na estrutura econômica do estado moderno: do absolutismo ao constitucionalismo.....	93
2.4 A dimensão política fiscal do Estado brasileiro e a evolução da constitucionalização do direito financeiro.....	106
2.4.1 Do Brasil-Império à ditadura constitucional	108
2.4.2 A Constituição de 1988 e o direito financeiro substantivo.....	116
2.5 Conclusões parciais. O Estado Democrático de Direito: política fiscal e o paradoxo do totalitarismo democrático	120
3. A RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA FISCAL E CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA: A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL	123

3.1	Introdução. O <i>link</i> ausente na relação entre política e Constituição.....	123
3.2	Política e direito: o totem e os <i>tabus</i> de uma relação simbiótica e ambivalente	126
3.2.1	A política na invenção democrática de Claude Lefort.....	126
3.2.2	O precompromisso constitucional entre o totem e os <i>tabus</i>	129
3.3	A evolução do constitucionalismo sob a perspectiva do direito constitucional: a crônica de uma relação instável e o século do <i>judicial review</i>	134
3.3.1	O distanciamento teórico entre política e Constituição: o artificialismo dos espaços hermenêuticos isolados.....	137
3.3.2	A aproximação entre política e constituição: o constitucionalismo do segundo pós-guerra	141
3.3.3	O século do <i>judicial review</i> e o escalonamento das falhas democráticas	144
3.3.4	Dinâmica constitucional artificial: as consequências indesejáveis das falhas democráticas no binômio fiscal-social	160
3.4	Constitucionalismo e instituições: a angústia da influência na separação dos Poderes: o primeiro <i>lock in</i> em <i>path dependence</i> na trajetória do Direito Constitucional Financeiro	168
3.4.1	A ciência política sob o enfoque da escola de cambridge: a mitologia doutrinária da separação dos Poderes	172
3.4.1.1	A longa construção da doutrina pura da separação dos Poderes	176
3.4.1.2	A doutrina pura como benchmark teórico	188
3.5	Conclusões parciais. A relação entre a Política Fiscal e a Constituição Financeira: uma verdade antiga e algumas novas incertezas.....	202
4.	DIREITOS FUNDAMENTAIS EM AMBIENTE DE CRISE FISCAL: O EQUILÍBRIO ESTÁVEL DE PERMANÊNCIA E OS SUBSISTEMAS EM COMPETIÇÃO	207
4.1	Introdução. além do “esboço de uma nova teoria da alma humana”: o estímulo civilizatório da constituição financeira	207
4.2	Direitos fundamentais e aporias na sociedade de risco fiscal: o segundo <i>lock in</i> em <i>path dependence</i> na trajetória do direito constitucional financeiro	210
4.2.1	O círculo vicioso argumentativo na efetivação dos direitos fundamentais	215
4.2.2	O infinito, a escassez e os direitos fundamentais.....	221
4.2.3	Teoria geral dos direitos fundamentais e direito constitucional financeiro: entre o paradoxo retórico e a realidade factual da escassez.....	225
4.3	Subsistemas em competição: a busca sistêmica pela unidade constitucional....	229
4.3.1	A unidade sistêmica constitucional como premissa hermenêutica	231
4.3.2	O equilíbrio estável de permanência como condicionante de operabilidade sistêmica da Constituição.....	238

4.3.21	A estrutura sistêmica e o ato-unicidade como referencial básico	243
4.4.1	Centralidade dos direitos fundamentais na fragmentação constitucional sistêmica e os desafios prospectivos.....	260
4.5	Conclusões parciais. Sustentabilidade constitucional: a integração sistêmica entre o distanciamento tempo-espaço	271
5.	DESAFIO COOPERATIVO ENTRE ENTES E PODERES DESEJANTES ETERNOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO ESTRATÉGICO	274
5.1	O direito como jogo cooperativo.....	274
5.2	Três pressupostos teóricos do direito constitucional financeiro estratégico: cooperação, sustentabilidade e diálogos interinstitucionais.....	277
5.2.1	Primeiro pressuposto. O desafio cooperativo interinstitucional: da democracia competitiva à busca da cooperação na democracia de negociação	278
5.2.1.1	A cooperação como situação estratégica da democracia de negociação	287
5.2.1.2	O jogo político estratégico	297
5.2.2	Segundo pressuposto. A cooperação como elemento de sustentabilidade financeira intergeracional	302
5.2.2.1	A dívida pública intergeracional na evolução do constitucionalismo financeiro	303
5.2.2.2	A justiça intergeracional no contratualismo de John Rawls ...	310
5.2.2.3	Uma visão crítica da justiça intergeracional de John Rawls: a sustentabilidade intergeracional em Joerg Chet Tremmel	312
5.2.2.4	O conceito de sustentabilidade constitucional financeira e seu reflexo no direito positivo brasileiro	316
5.2.2.5	Sustentabilidade e direito financeiro da crise como conceitos complementares.....	324
5.2.3	Terceiro pressuposto. Diálogos interinstitucionais: contornos de uma revisão neoinstitucionalista, contextualista e responsável do <i>lock-in</i> em <i>path dependence</i> da separação de poderes	336
5.3	O direito constitucional financeiro estratégico.....	345
5.3.1	O jogo constitucional financeiro estratégico na estrutura institucional.	349
5.3.2	O jogo constitucional financeiro estratégico na crise conjuntural pandêmica.....	355
5.4	A autoridade central no jogo federativo competitivo: o DCFE e o terceiro <i>lock in</i> em <i>path dependence</i> na trajetória do direito constitucional financeiro.....	367
5.4.1	O federalismo fiscal brasileiro entre a estrutura da responsabilidade fiscal e a conjuntura da política de bailout.....	367
5.4.2	A autoridade fiscal de fato: o credor central e os devedores reverentes	382

5.5 Conclusões parciais. Um século, inversão de papéis e os mesmos problemas: os rumos do desencanto cooperativo no arranjo institucional brasileiro e uma visão da esperança sobre a resiliência	390
CONCLUSÕES FINAIS.....	397
REFERÊNCIAS.....	404

INTRODUÇÃO

I. O tema: sua metodologia, suas limitações e sua originalidade

Uma das mais interessantes interpretações do fenômeno jurídico, de caráter antropológico, mas com forte conteúdo filosófico, surge a partir do inovador *Homo ludens*, do holandês Johan Huizinga.¹

Ao destacar o caráter lúdico de um sistema de regras restritivas, exercidas dentro de certo limite de tempo e espaço e dotado de uma finalidade em si mesma, Huizinga desenvolve uma concepção múltipla de significados, em cujo bojo o direito aparece como um jogo ordenado e antitético, entre a alegria e a tensão, singularizado como uma competição de origem agonística. O direito é então definido por Huizinga como um jogo cujo elemento primordial é a decisão favorável, por meio da competição, em que os jogadores fazem de tudo para ganhar.

A proposta original do presente estudo parte exatamente da identificação da capacidade destrutiva das competições no jogo político-jurídico. Aplicar a estratégia ao direito constitucional financeiro, como forma de mediar os anseios de entes e Poderes desejanteros, ² pode ser uma maneira de refrear ânimos competitivos e induzir o convívio cooperativo interinstitucional.

A estratégia tem muito a oferecer ao direito constitucional financeiro na sua constante busca pela eficiência alocativa dos recursos escassos. No início da sua jovem jornada como subsistema da Constituição, o direito financeiro insistia na definição de conceitos fluidos e subjetivos que, no mais das vezes, apenas serviam de consolo teórico ou justificativa retórica para frustrações constitucionais. Ao fim e ao cabo, permanecia carente de densidade normativa e dependente de interesses políticos.

Os ciclos eleitorais do Brasil pós-redemocratizado, por outro lado, exerciam nos interesses políticos o mesmo fascínio do “jogo de coerção e cooptação” que exercera no final do Estado Novo,

¹ HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento de cultura. Tradução João Paulo Monteiro. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

² Expressão derivada da noção de *conatus* intuitivo e hedonístico dos afetos na visão da filosofia de Spinoza, descrita na Proposição 6, da Terceira Parte da *Ética*: “Cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser” (SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 105. Ver seção 5.1, *infra*).

na era do coronelismo, da enxada e do voto.³ Não havia incentivo político para impor restrições fiscais ao comportamento político oportunista, diante da ingenuidade do eleitor.

As mudanças macroeconômicas promovidas ao longo da década de 1990 e no início deste século, no entanto, inspiraram o jogo político-eleitoral. Com a estabilidade inflacionária, a política fiscal entrou para o léxico político do eleitor médio. Com tanta intensidade, que foi um dos fatores determinantes para a instituição da reeleição no Brasil. A articulação política usou a expressiva aprovação popular da condução macroeconômica da época, como combustível para promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997.

O direito financeiro se viu, então, diante de um paradoxo: inundado de normas com plena eficácia social e sem mudança metodológica significativa que pudesse traduzir na dogmática jurídica os significados múltiplos da recente regulamentação constitucional.

Entre as necessidades de uma sociedade *desejante eterna*, e a condução da política fiscal, o protagonismo do direito financeiro aparece carente de novas ideias, novas concepções e, sobretudo, necessitando de autonomia científica para ultrapassar a instrumentalidade do seu objeto, agora elevado a subsistema constitucional.

A estratégia entra justamente para ajudar o direito constitucional financeiro nesta nova fase, rodeado de uma profusão de obras com alto grau de densidade e abstração científicas e de juristas cada vez mais cômicos da altura que a atividade financeira estatal alçou com a constitucionalização. Conceitos fluidos e subjetivos, através da *estratégia*, podem ganhar contornos capazes de nortear decisões políticas ou julgamentos alocativos.

Em outras palavras, estudar o *jogo cooperativo estratégico* como elemento capaz de criar graus objetivos de mensuração das atividades dos grandes atores das finanças públicas em sua elaboração normativa, em sua execução, em sua interpretação e em sua fiscalização. Executivo, Legislativo e Judiciário em diálogo cooperativo estratégico para evitar que as tensões macroeconômicas decorrentes da escassez de recursos engessem por completo as expectativas teóricas da densidade normativa constitucional.

³ Referência à obra clássica de Vitor Nunes Leal, em que o controle oportunista eleitoral não é visto somente como um *mandonismo local*. Como afirma José Murilo de Carvalho, “[t]em a ver com a conexão entre município, Estado e União, entre coronéis, governadores e presidente, num jogo de coerção e cooptação exercido nacionalmente” (CARVALHO, José Murilo de. Prefácio à sétima edição. In: LEAL, Vitor Nunes. (ed.). *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 3).

Considerada a própria razão de existência da economia, que se desenvolve em uma constante busca de métodos que justifiquem decisões alocativas eficientes, a *escassez* impõe um feixe amplo de angústias teóricas ao direito. E são angústias tão significativas que exercem influência direta na teoria geral do direito.

Do jusnaturalismo clássico ao positivismo hermético, dos interpretativistas aos pragmatistas, dos realistas aos idealistas, por exemplo, cada qual defende uma forma de enfrentar o problema fundamental da economia. Afastando ou sobrepondo o direito à moral, permitindo ou não a abertura multidisciplinar do direito, as considerações jurídicas ao redor da escassez econômica variam conforme a identificação metodológica da realidade jurídica.

O direito financeiro obviamente é afetado pela escassez. Demoraram, entretanto, décadas de baixa densidade normativa para perceber que sua existência é inexorável e que há formas de convívio com os recursos escassos, sem necessariamente ultrapassar as barreiras tênues entre a condução da *política fiscal* responsável e o *conatus* intuitivo do *desejante eterno*. Principalmente quando o *desejante eterno* está presente em ambos os polos do ciclo político democrático.

A proposta inicial do presente trabalho, no plano metodológico, parte, portanto, de uma concepção do direito financeiro constitucionalizado, que não só atribui mérito ao problema fundamental da escassez, por intermédio da sustentabilidade fiscal, como estabelece seus parâmetros de valoração jurídica.

Um ponto importante do estudo será a transposição da escassez e da política fiscal para o plano constitucional do direito financeiro. Nessa seara, não há questão que suscite maiores discussões meritorias do que o grau de satisfação da eficácia social dos direitos fundamentais, abstratamente previstos nas constituições contemporâneas.

As concepções teóricas dos direitos fundamentais que insistem em desconsiderar a realidade econômica da sustentabilidade fiscal não atingem os fins pretendidos. Pelo contrário: encontram-se em verdadeiro *lock-in* em *path dependence*, ou seja, presas em *círculos viciosos argumentativos*, em que, independentemente dos elevados propósitos ideológicos, no aspecto material, mostram-se retóricas e pouco produtivas. Apresentam resultado ineficiente, aquém da desejável margem de efetivação dos direitos fundamentais.

Para tentar sair desse círculo vicioso argumentativo, ao longo deste estudo serão formuladas duas *premissas*, denominadas “o problema”, e uma *proposta metodológica*, denominada “a proposta”.

As *premissas*: (i) a desejável eficácia social máxima dos direitos fundamentais em (ii) uma realidade econômica inequívoca de sustentabilidade fiscal, imposta pela escassez de recursos; pressupõem a *proposta metodológica*: (iii) uma atuação dialógica cooperativa institucional; em busca de: (iv) uma obsessiva e permanente análise qualitativa do gasto público como método alocativo *moralmente eficiente*.

O “problema” será constatado, notadamente no plano fático, através do *neoinstitucionalismo histórico, econômico e sociológico*, a partir da visão de unificação metodológica entre as três acepções de Peter A. Hall. A “proposta” utilizará *interações estratégicas* para justificar a *cooperação interinstitucional* como método eficiente.

Ramo da matemática aplicada, o estudo das *interações estratégicas* surge na primeira metade do século passado e fica conhecido como *teoria dos jogos*. A partir da década de 1970, expande sua influência instrumental a diversos ramos do conhecimento humano, tanto no campo das ciências exatas, como no campo das ciências sociais.

A utilização da estratégia enquanto ferramenta metodológica é ampla e diversificada. Dos jogos lúdicos e profissionais à filosofia, da ciência política e da sociologia, à biologia evolutiva e à informática, do jornalismo às táticas militares, por exemplo, todos aproveitam de modelos de decisões em situações de interação estratégica.

Da mesma forma, a economia e, mais recentemente, e por que não, o direito. Especialmente o direito concorrencial, a teoria geral dos contratos, a responsabilidade civil e, até mesmo, o direito penal vêm experimentando decisões e escolhas estratégicas.

Aplicar a análise estratégica da teoria dos jogos ao direito constitucional financeiro, porém, não é trivial. Duas são as razões principais.

A *uma*, a relação entre o direito financeiro e a norma constitucional no Brasil que sempre foi próxima, porém cerimoniosa, tornou-se autotrófica em 1988. O sistema constitucional passou a se alimentar de um subsistema próprio e vice-versa.

A codificação constitucional do direito financeiro elevou sem dúvida a sua importância. E veio em bom momento. Porém, como um subsistema inédito de uma então recente fragmentação constitucional dirigente, a demanda por estabilidade se tornou um desafio hermenêutico intenso. Pressupõe métodos capazes de traduzir a sofisticação hierárquica de um texto constitucional, sem ameaças extremistas à sua integralidade semântica.

Não é mais um mero silogismo de normas infraconstitucionais geridas em tempos totalitários. O desafio dogmático de traduzir à prática financeira a pluralidade de significados da Constituição, sem um salto metodológico que ultrapasse dogmas antigos, resultou em um círculo de equilíbrio entre aporias e dilemas. E se intensificou a partir da eficácia social da Constituição Financeira e dos direitos e garantias individuais. O intérprete se viu em um labirinto normativo de significados e necessidades, para os quais não tinha uma resposta, ou pior, não tinha uma resposta satisfatória.

O primeiro obstáculo é encontrar um referencial metodológico de parametrização capaz de conferir equilíbrio de permanência à unidade constitucional definida pelo jogo político constituinte. Não podem haver divergências entre os subsistemas constitucionais e sua fonte de alimentação financeira capazes de causar rupturas estruturais.

Como referencial metodológico, portanto, considerando que o sistema constitucional tende a mutações endógenas naturais e, até certo limite, desejáveis, o parâmetro de interpretação da unidade constitucional será testado com base no teorema do equilíbrio dinâmico de Talcott Parsons.

A duas, o desafio é levar esse equilíbrio em unidade sistêmica para o plano institucional. A União e os entes subnacionais precisam conviver na esfera política desejante eterna, com seus *conatus* comedidos pela cooperação do federalismo fiscal em equilíbrio.

Por outro lado, os Poderes, ao resolverem os conflitos federativos, precisam perpetuar esta relação de cooperação. Por três razões precípuas: (i) por conta do grau de maximização social do gasto público como método alocativo moralmente eficiente; (ii) para atingir um equilíbrio em unidade constitucional que não oponha estruturalmente os subsistemas desejantes eternos; (iii) a interação dialógica interinstitucional tende a trazer resultados melhores do que a competição e o isolamento.

Promover a cooperação entre Poderes, no entanto, pressupõe uma releitura crítica da interpretação histórica da separação destes. Em sua acepção clássica, derivada do momento Montesquieu,⁴ o princípio da separação dos poderes pode ser uma barreira conceitual à atuação estratégica e coordenada do Judiciário, do Legislativo e do Executivo. O isolamento dos centros-de-poder das instituições políticas e jurídicas clássicas torna mais agudo o problema da cooperação.

⁴ Expressão derivada da ideia de “momento maquiavélico”, desenvolvida por John G. A. Pocock, a partir de sugestão de Quentin Skinner. O tema será objeto de seção específica (3.4.1, *infra*).

A *doutrina pura* da separação dos poderes⁵ sofreu diversos influxos através do tempo. O seu *benchmark* teórico, porém, está aquém da estrutura política contemporânea, com novos atores, novas relações e novos interesses, formando um novo *arranjo institucional*. A atual organização constitucional com seus múltiplos centros decisórios não comporta instituições clássicas estanques, vivendo na soberba do isolamento cooperativo das instituições de poder.

Partindo, portanto, de uma contextualização histórica da separação dos poderes, calcada em boa parte no neoinstitucionalismo e no contextualismo histórico da Escola de Cambridge, a separação dos poderes será analisada entre a visão do momento Montesquieu e a visão da nova separação dos poderes.

O Poderes precisam ser independentes, por certo. Porém, devem se apresentar cada vez mais harmônicos entre si.

Todo este esforço conceitual tem uma função clara: ultrapassar as barreiras para o estabelecimento de um método constante de cooperação institucional entre os entes federativos e os Poderes, a partir do pressuposto do equilíbrio dinâmico da unidade sistêmica constitucional e da comprovação da sua eficiência pelo instrumental estratégico da teoria dos jogos.

O objetivo final será mais um pequeno passo na tentativa de contribuição com a atual fase do direito financeiro em nosso país: do protagonismo constitucional e da consequente abertura metodológica. Uma visão estratégica, em que a cooperação interinstitucional é considerada aspecto indutor e vetor de otimização da qualidade do gasto público.

O direito constitucional financeiro, para ser posto em direção a um equilíbrio moralmente eficiente, pressupõe um jogo político-jurídico entre atores institucionais, com regras bem definidas e com árbitros que as entendam e as cumpram. Uma metodologia que se proponha a unir entes, Poderes e instituições, desejanter eternos, em compasso uníssono, tende ao fracasso.

A conjunção entre estratégia e direito constitucional financeiro, portanto, será a extração do possível dentro do desejável, no complexo institucional normativo, considerando o encadeamento dos interesses e das influências diversas na sociedade moderna de risco fiscal.

A estratégia cooperativa seria então o canal de condução dos atores institucionais para o objetivo substantivo do direito constitucional financeiro, ou seja, partindo da unidade

⁵ Expressão de Maurice J. C. Ville que será desenvolvida ao longo da seção 3.4.1.2, *infra*.

constitucional, do *equilíbrio estável de permanência*, atingir a sustentabilidade intrageracional e intergeracional.

A construção do *direito constitucional financeiro estratégico*, portanto, tem a pretensão de conjugar, em bases estratégicas cooperativas, a busca da sustentabilidade financeira como balizadora entre a efetivação máxima possível dos direitos fundamentais presentes e a garantia de escolha e sobrevivência digna da sociedade do futuro.

II. Plano de trabalho

Para fins de organização, o plano de trabalho será dividido em duas grandes linhas de pesquisa.

A *primeira parte* englobará os Capítulos 1 a 3 e será dedicada ao estudo do “problema”: o direito financeiro constitucionalizado e pautado pela escassez de recursos, entre a desejável eficácia social máxima dos direitos fundamentais e a realidade econômica de sustentabilidade fiscal.

Nesse conjunto lógico sequencial, cada sentença terá o direito constitucional financeiro como sujeito. A regra de formação é constitucional e o padrão será a política fiscal e a necessidade de abertura metodológica do direito financeiro diante das necessidades plurais que a ele são imputadas pela constitucionalização. Entre as quais, a efetivação dos direitos fundamentais será o estímulo máximo.

E seguirá a linha teórica da arquitetura institucional de Peter Hall,⁶ ou seja, o neoinstitucionalismo econômico, o institucionalismo histórico e o institucionalismo sociológico como métodos complementares e compatíveis entre si.

O objetivo esperado é a contextualização da necessidade de avanço metodológico que sustente as pretensões constitucionais do direito financeiro. A sociedade de risco fiscal exige estabilidade e estímulos civilizatórios. Os atores *desejantes eternos* precisam encontrar um método que equilibre o seu *conatus* em prol da sustentabilidade do sistema constitucional.

Nessa linha metodológica, o Capítulo 1 se dedica a investigar o motivo de o direito financeiro, à despeito de toda a deferência constitucional, ter demorado a atingir a desejável

⁶ Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 58, p. 193-223, 2003.

eficácia social do seu subsistema constitucional. Por meio de um corte metodológico que terá início com considerações entre a conjuntura política e macroeconômica do final da década de 1980 e início da década de 1990, o cenário de instabilidade política, institucional e econômica na recepção da nova Constituição será ressaltado. O interesse especial recairá sobre os aspectos políticos da atividade financeira do Estado, isto é, a condução da política fiscal brasileira nos primeiros anos da Nova República.

A partir desse desenho, iremos traçar os alinhamentos entre a Constituição Financeira, a política fiscal e os ciclos políticos-eleitorais, com o objetivo de pesquisar os pontos mais relevantes de investigação da ultrapassagem entre a baixa densidade normativa e a plena eficácia social do direito financeiro em pouco mais de uma década de existência da sua codificação constitucional específica.

O ângulo será a visão dos entes subnacionais. O corte temporal terá como ponto de convergência o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal. E a pesquisa terá como meta identificar as duas faces do apogeu do direito constitucional financeiro. O *protagonismo*, o lado atraente, venerado com o sucesso da estabilização macroeconômica. Mas também o lado obscuro, o *conflito federativo*, com entes subnacionais submetidos à lógica fiscal invertida brasileira.

O Capítulo 2, por sua vez, enfocará a importância, a evolução histórica e uma síntese conceitual da política fiscal na sua relação com a evolução da autonomia científica do direito financeiro. A política fiscal será investigada em períodos históricos marcantes para a economia, enquanto economia política, ou melhor, enquanto política econômica do Estado. Haverá pesquisa dos autores clássicos do direito financeiro e das ciências das finanças e a sua relação íntima com a evolução do pensamento econômico.

A ideia é buscar os motivos históricos do descasamento constante entre a dinâmica constitucional e a condução da política fiscal, como um elemento endógeno do subsistema financeiro. Isso será importante para avaliar o tipo de equilíbrio que será buscado para conferir unidade entre sistema e subsistemas constitucionais com foco na hermenêutica do subsistema financeiro.

Passaremos então a estudar as vicissitudes do protagonismo tardio do direito financeiro no plano metodológico, revisando alguns conceitos fundamentais do direito financeiro. Autonomia científica e instrumentalidade da atividade financeira do Estado serão revisitados sob a nova ótica constitucional.

O Capítulo 3 se debruça sobre a simbiótica, porém, ambivalente relação entre política e Constituição, mais especificamente entre Política Fiscal e Constituição Financeira. A aceleração artificial da dinâmica do sistema constitucional promovem falhas democráticas, no vácuo conceitual teórico, será estudada, em seu impacto sistêmico. A relação entre decisões judiciais com a conjuntura macroeconômica e, sobretudo, com a política fiscal do estado serão o enfoque dessa parte da pesquisa.

Dentro dessa relação complexa e necessária, a evolução do constitucionalismo real será estudada em perspectiva política. O avanço mundial do *judicial review*, os excessos ativistas e a judicialização da política trouxeram consequências indesejáveis para o binômio social-fiscal, mesmo com algum grau positivo de intenções teóricas.

No contexto da relação de poder entre política e Constituição, porém, é necessário ir além da supremacia do Judiciário do século XX. A doutrina clássica da separação de poderes é analisada por contornos multidisciplinares, com o neoinstitucionalismo e com o contextualismo histórico. Os problemas vão além da visão unívoca da ciência jurídica sobre o papel do Judiciário. A ciência política descortina uma nova gama de atores institucionais, cuja influência desequilibra e desarmoniza as estruturas de poder.

Para mitigar esses problemas, partindo de uma concepção histórica da Escola de Cambridge, ou seja, de uma concepção contextualizada do momento histórico da doutrina da separação dos poderes, será feita a ligação com a literatura moderna. Sem essa releitura crítica, as dificuldades conceituais de se propor uma atuação estratégica interinstitucional entre os Poderes são imensas.

Tudo isso para introduzir a proposta de metodologia em diálogo com a dogmática conceitual da produção acadêmica clássica, que nos é muito cara. Uma visão do direito não surge do nada. No discurso jurídico, como na superação da historiografia pura e positivista pela *nouvelle histoire*,⁷ “*history matters*”, na célebre frase de Douglass North.⁸ O papel crítico do

⁷ Movimento iniciado em França em 1929, com a publicação da célebre revista chamada *Annales d'Histoire Économique et Sociale*, por Lucien Febvre e Marc Bloch, que viria dar origem à nova história e ao institucionalismo histórico que permeou e inspirou a nova economia institucional de Douglass C. North. É a linha metodológica de toda essa obra. Os principais autores citados serão destacados em seu tempo, e seu discurso será comparado, sempre que possível, com quem ele dialogou, com quem dialoga e quem dialoga contra. Sobre a *escola dos Annales*, especificamente, faremos uma exposição mais detalhada no Capítulo 3.

⁸ Cf. NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2011. p. vii.

discurso jurídico, seja para ser um legitimador do *status quo*, seja para exercer um papel restaurador ou até mesmo neutro ou reacionário, precisa de diálogos intertemporais.⁹

A virada da *primeira parte*, teórica do “problema”, para a *segunda parte*, de apresentação da “proposta”, começa no Capítulo 4.

A “proposta”, ou seja, a construção de uma metodologia que chamaremos de *direito constitucional financeiro estratégico* (DCFE), será colocada sempre como o objetivo de buscar o método alocativo *moralmente eficiente* para o gasto público.

Nessa linha, a primeira parte do Capítulo 4 se volta para o tema central do constitucionalismo do pós-guerra. A teoria dos direitos fundamentais, em um primeiro momento, trouxe o direito de volta para filosofia ética. Com os juristas dedicados ao desenvolvimento de teorias sobre a justiça para superar os horrores cometidos à civilização pelas guerras da primeira metade do século passado, o campo dedicado à eficiência alocativa de recursos foi muito reduzido, em especial, na Europa continental. Por isso, iremos explorar o problema da efetividade dos direitos fundamentais em ambiente de escassez. E procurar os motivos de as formulações jurídicas a respeito do tema estarem, em larga medida, em uma situação de círculo argumentativo vicioso, ou de *lock-in* em *path dependence*.¹⁰

Partindo desse descasamento teórico e considerando a efetividade máxima possível dos direitos fundamentais, como pressuposto teórico fundamental para a construção da metodologia do DCFE, a premissa hermenêutica que permeará o trabalho será a dinâmica em torno da unidade constitucional. Não se pode admitir choques entre subsistemas que causem impactos estruturais antidemocráticos à Constituição. O equilíbrio sistêmico, portanto, terá de ser encontrado em processo dinâmico, posto que a mutação constitucional, em suas mais diversas formas, é uma realidade no processo constitucional brasileiro.

Justamente por conta dessa mutação endêmica, a teoria geral da ação social e o teorema dinâmico fundamental de Talcott Parsons serão os instrumentos abstratos para a busca do equilíbrio dinâmico em unidade sistêmica constitucional. E, aqui, cabe uma advertência metodológica. Não se trata de uma tese sobre teoria dos sistemas. Não se pretende buscar a natureza do direito ou sua função social sistêmica. Pelo contrário, a utilização da obra de

⁹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

¹⁰ Mais um conceito da economia institucional, desenvolvido, a partir do institucionalismo histórico, e traduzido para a ciência política e a sociologia.

Parsons é um passo com objetivo metodológico específico: procurar um elemento de equilíbrio que pressuponha a dinâmica do sistema constitucional brasileiro, como pressuposto para o estabelecimento de uma metodologia coerente com a realidade fática para o DCFE.

A partir da unidade, portanto, o direito passará a ser encarado como um *jogo cooperativo*. O Capítulo 5 traz fundamentos técnicos da *teoria da decisão interativa* para a metodologia do DCFE. Com o objetivo de demonstrar que as interações não cooperativas prevalecem entre os atores da Constituição Financeira no palco da política fiscal, do federalismo fiscal e da interação entre os Poderes, a construção de uma metodologia *cooperativa, sustentável e dialógica estratégica* é o objetivo pretendido.

O federalismo fiscal, que deveria ser cooperativo, por imperativo constitucional, no instável *ambiente institucional*¹¹ brasileiro, está longe de ser uma realidade, de forma que o conflito e a competição realçam as externalidades negativas de uma sociedade de risco fiscal. Por outro lado, interação entre as instituições de poder clássicas e os novos atores da doutrina da separação dos poderes refletem aspectos negativos da barganha política no âmbito democrático, sobretudo no processo de priorização e de alocação de recursos públicos escassos.

Uma proposta de aplicação do instrumental desenvolvido no Capítulo 4 será feita a partir de dados empíricos, mediante a aplicação de modelos de teoria dos jogos. O objetivo é afirmar a funcionalidade da metodologia desenvolvida ao longo da pesquisa, como útil ao direito constitucional financeiro no *jogo político estratégico*.

Nas Conclusões Finais, espera-se demonstrar as seguintes proposições objetivas, formuladas a partir do “problema” descrito na primeira parte, e da “proposta” desenvolvida na segunda parte. Em síntese, podemos resumir as proposições objetivas nos itens que a seguir se alinham:

- 1.1 é paradoxal a desconsideração do fenômeno econômico da escassez no direito constitucional contemporâneo, em prol de uma efetivação máxima dos direitos fundamentais;
- 1.2 essa constatação aproxima a metodologia direito financeiro da política fiscal, especialmente, em um momento de constitucionalização e protagonismo e de procura de metodologias hermenêuticas contemporâneas;

¹¹ Ver seção 1.1, *infra*.

- 1.3 a unidade do sistema e dos subsistemas constitucionais é uma premissa hermenêutica que deve ser respeitada ainda que se reconheça o dinamismo do sistema da Constituição;
- 1.4 partindo dessa premissa hermenêutica, a *interação coordenada estratégica* seria uma forma de os entes federativos conviverem na sociedade de risco fiscal;
- 1.5 no *jogo constitucional estratégico*, a cooperação interinstitucional entre os Poderes é possível entre a independência e a convivência harmoniosa;
- 1.6 mais do que possível, é desejável quando se tratar de assuntos que afetam, por exemplo, a condução macroeconômica do País, ou a própria efetivação máxima dos direitos fundamentais, considerando os interesses coletivos;
- 1.7 a *interação coordenada estratégica* não afeta a separação de poderes, principalmente diante de uma percepção contemporânea do princípio;
- 1.8 é, inclusive, a forma mais eficiente para se atingir a otimização qualitativa do gasto público, por meio da aplicação prática do *direito constitucional financeiro estratégico*.

Ao final da pesquisa, espera-se contribuir com uma nova metodologia útil ao direito constitucional financeiro, apta a ajudar no desenvolvimento metodológico, decorrente da mudança de importância que esse ramo autônomo do direito gozou depois da redemocratização e da política macroeconômica desenvolvida no país, em especial, a partir da elevação dos postulados da estabilidade fiscal e de seus meios de efetivação normativos.

Em última análise, no jogo orçamentário, as interações institucionais cooperativas podem ser consideradas meio eficiente para se buscar uma alocação moralmente eficiente dos recursos públicos?

À verificação dessa hipótese original, dedicaremos todo o instrumental teórico e empírico a ser analisado ao longo deste estudo.

1 DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO: DA PREVISÃO ABSTRATA AO PROTAGONISMO NORMATIVO

1.1 Introdução. A trajetória de dependência em direção à efetividade do direito financeiro e os círculos viciosos argumentativos

As recentes discussões sobre o institucionalismo jurídico são parte de um conjunto de mudanças metodológicas que ocorre nas ciências sociais, principalmente a partir da segunda metade do século passado. A ciência jurídica retoma as origens institucionalistas de juristas como Samuel Pufendorf, Maurice Hauriou, Santi Romano e Rudolf Stammler.

A nova teoria jurídica institucionalista do final do século XX e início do século XXI, por certo, guarda alguma reverência à tradição institucionalista da ciência do direito do século XVII ao início do século XX. O contexto jurídico institucionalista contemporâneo, porém, surge com uma ambição diversa. Pela perspectivas multidisciplinares e com uma metodologia renovada, a virada científica neoinstitucionalista da década de 1980 trouxe a análise do comportamento das estruturas jurídicas de novo para o centro de interesse da ciência política.

Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, inclusive, observam que o estudo da teoria institucional da decisão, em um contexto político amplo, subverteu a trajetória inercial de uma crítica jurisprudencial monótona, restrita e, até certo ponto, previsível, que prevalecia na teoria constitucional desde o segundo pós-guerra.¹² A ciência jurídica institucional contemporânea se aproveita do amplo vocabulário metodológico que o novo institucionalismo conferiu à economia, à ciência política, à sociologia e à história.

O retorno institucionalista promoveu o conceito de instituição a um lugar de destaque nas investigações das ciências sociais. A moral coletiva organizada em entidades que surgem por imposição, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes,¹³ ganha uma nova roupagem com a economia institucional do século XX. Ronald Coase, Oliver Williamson e Douglass North resgataram o institucionalismo clássico de Thorsten Veblen, John Commons e Wesley Mitchell. O método descritivo do institucionalismo econômico, que

¹² Cf. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 10.

¹³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito*. O direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021. p. 137.

havia sido duramente criticado pela geração de Alfred Marsall, Joseph Schumpeter, e Gunnar Myrdal, foi retomado em perspectiva diversa pelo movimento que se tornou conhecido como a Nova Economia Institucional.¹⁴

Paralelamente, a ciência política da década de 1960 e 1970, envolvida no behaviorismo puro do segundo pós-guerra, tentava procurar espaços multidisciplinares.¹⁵ A historiografia marxista descritiva de fatos encontrava a inovação metodológica da *nouvelle histoire* dos Annales.¹⁶ A análise sociológica institucional de Talcott Parsons substituía a descrição factual da Escola de Chicago e aproximava a teoria da ação social de Max Weber e Émile Durkheim à perspectiva sistêmica, superando a maior crise metodológica da sociologia até então.¹⁷

Sob o véu da multidisciplinariedade, portanto, as facetas institucionalistas ganharam impulso como uma reação em cadeia às metodologias econômicas, políticas, sociológicas e historiográficas descritivas puras. Peter A. Hall e Rosemary C. Taylor, em ensaio que se tornou um *standard* da nova fase, descrevem que os avanços científicos das duas últimas décadas introduziram novos métodos e desviaram da forma descritiva do *institucionalismo clássico* a busca por definições sobre o papel dos novos atores institucionais no sistema político-social. As perspectivas multidisciplinares, histórica, política, econômica e sociológica, deram origem a metodologias multifacetárias, convencionalmente denominadas de *neoinstitucionalismo*.¹⁸

O *arranjo institucional*, segundo Douglass North e Lance Davis, seriam as formas como as unidades sistêmicas poderiam cooperar ou competir dentro de um sistema de normas, econômicas sociais ou jurídicas, que eles denominam *ambiente institucional*:¹⁹ O direito, na

¹⁴ Cf. SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, n° 4, p. 575-577, 1995.

¹⁵ Ver seção 3.4, *infra*.

¹⁶ Ver seção 4.2.1, *infra*.

¹⁷ Ver seção 4.3.2.1, *infra*.

¹⁸ Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 193-223.

¹⁹ “The *institutional environment* is the set of fundamental political, social, and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange, and distribution. Rules governing elections, property rights, and the right of contract are examples of the type of ground rules that make up the economic environment. In the American economy, the environment is established by: a written document, the Constitution, and the interpretations that the judiciary have placed on it in decisions dating back to the earliest years of the Republic; and the views of the nation's citizens about the type of institutions that they prefer. [...] An *institutional arrangement* is an arrangement between economic units that govern the ways in which these units can cooperate and/or compete. The institutional arrangement is probably the closest counterpart of the most popular use of the term ‘institution’” (NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance* cit., p. 6-7).

qualidade de *ambiente institucional*, não ficou alheio a esse movimento multidisciplinar. A identificação de novos atores de influência institucional, ou seja, de um novo *arranjo institucional* e seus múltiplos centros de decisão mudou a faceta do sistema jurídico como um todo e do sistema constitucional financeiro em particular.

Na vertente da teoria geral do estado e do direito constitucional, Martin Shapiro, no início da década de 1960, já percebia que os constitucionalistas, especialmente os norte-americanos, estavam fascinados com o novo alcance que a jurisdição constitucional alcançava em âmbito mundial. A expansão do mecanismo do *judicial review* trouxe para as cortes constitucionais um grande poder, até então desconhecido e ainda pendente de legitimação. Enquanto isso, a estrutura da organização política mudava profundamente com o escalonamento dos centros de poder do Estado Administrativo. A competição pelo domínio da influência se inseria em uma estrutura política complexa, com novos atores institucionais e novas interações de poder.²⁰

O chamado “novo institucionalismo”²¹ mudava a estrutura política do Estado Administrativo para além da legitimação democrática da influência de um Poder sobre o outro. A multiplicidade de centros decisórios institucionais criava um complexo mecanismo de manipulação política, que estimulava grupos de interesse a manobrem o poder democrático, ao largo das instituições clássicas da separação de poderes. A teoria institucional da decisão jurídica ganhava novos atores, novas técnicas e formas mais sofisticadas de manipulação política, enquanto a teoria constitucional mantinha o olhar unívoco para o papel do Judiciário na estrutura tradicional de poder.²²

Na vertente da teoria geral do direito e da filosofia do direito, Herbert Hart revolucionou o pensamento jurídico contemporâneo. Segundo Hart, a justiça é um segmento da moral preocupado precipuamente, não com a conduta individual, mas como classes de

²⁰ “[...] what really emerges from an examination of Congress and the Presidency is not a picture of democratic, majoritarian bodies, voicing popular will and responsible to it, but an elaborate political structure in which groups seek advantage through maneuvering among the various power centers. The results are not the enunciation of the will of the majority of the American people but compromises among competing interest groups” (SHAPIRO, Martin. Judicial modesty political reality and preferred position. *Cornell Law Review*, v. 47, nº 2, p. 189, 1962).

²¹ Cf. GILLMAN, Howard. Martin Shapiro and the movement from “old” to “new” institutionalist studies in public law scholarship. *Annual Reviews of Political Science*, v. 7, p. 363-382, 2004.

²² “Government agencies in order to further their programs, or the programs of the groups they represent, themselves seek to create support among other governmental and nongovernmental groups. In this process of building, rebuilding, trading, and borrowing political strength, clear questions for majority decision simply do not emerge” (Idem, *ibidem*).

indivíduos são tratadas. Isso faz com que a justiça se torne a instituição social de maior valor dentro do amplo contexto de instituições sociais e públicas dedicadas à crítica jurídica.²³ O direito, nesse contexto, é uma complexa instituição social e política, governado por regras e, nesse sentido portanto, com um destacado aspecto normativo, cuja estrutura geral é a mesma em diversos tempos e em diversas culturas, a despeito das suas peculiaridades.²⁴ O sistema legal é sobretudo uma prática institucional de estrutura generalizada que traduz os deveres e obrigações aceitos pelo grupo social.²⁵

Joseph Raz, aliando a visão de Herbert L.A. Hart de direito como prática institucionalizada às *razões práticas de primeira ordem* e de *segunda ordem*,²⁶ difere três tipos de sistemas normativos: (i) as *regras pessoais*, limitadas a práticas pessoais; (ii) as *regras sociais*, ou seja, as regras de certa sociedade ou comunidade; (iii) as *regras institucionalizadas*, que são uma subespécie de *regra social*, porém que dependem quando há *instituições* aptas a garantir o seu cumprimento ou lidar com o seu descumprimento.²⁷

O direito não só é um *sistema normativo institucionalizado*, como é o principal deles, pelas próprias características das normas jurídicas, acrescenta Raz.²⁸ O *sistema legal* é, por natureza, dotado de normas cujo peso ou é dado por *razões práticas de primeira ordem* ou é estabelecido por *razões excludentes*, ou *razões práticas de segunda ordem*. Dessa forma, as instituições responsáveis pelo seu cumprimento são dotadas de *autoridade* pelo seu cumprimento, seja pela garantia prévia ou pela capacidade punitiva *a posteriori*, por meio de normas que ou bem impõe razões para agir, ou bem suscita razões para não agir.²⁹ As razões de primeira ordem se submetem às razões excludentes, dentro do *sistema jurídico institucionalizado* por determinada sociedade.

²³ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 167-168.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ Idem, p. 176-182.

²⁶ Ver seção 3.2.2, *infra*.

²⁷ “Institutionalized rules are really a subclass of social rules except that they exist only when there are institutions designed to ensure conformity to the rules or to deal with deviations from them” (RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. p. 52).

²⁸ “[...] legal systems are the most important of all institutionalized systems and this is so as a matter of logic. It is a direct result of the defining features of law” (Idem, p. 149).

²⁹ “In a case to which a reason incompatible with the norm, but not excluded by it, applies one must determine what one ought to do on the balance of reasons, comparing the weight of the norm as a first-order reason with the weight of the competing reason” (Idem, p. 77).

O fato institucional, ou seja, aquele que depende da interpretação de coisas, eventos e comportamentos, como afirma Neil MacCormick, precisa de uma referência normativa.³⁰ A teoria normativa institucional do direito de MacCormick também funda suas bases na institucionalização. A validade da norma jurídica se relaciona com a possibilidade de institucionalização de seus parâmetros pelo sistema jurídico.³¹

MacCormick sofreu a influência de uma série de autores contemporâneos, especialmente Ota Weinberger,³² mostrando a importância e a abrangência da concepção institucionalista do direito, a partir da segunda metade do século passado.³³

As visões contemporâneas sobre o institucionalismo jurídico são, em larga medida, uma volta à teoria da ação social de Max Weber e Rudolph Stammler,³⁴ inserida em uma lógica sistêmica por Talcott Parsons.³⁵ A teoria da ação social da *sociologia compreensiva* de Weber se converte no ato-unidade referencial para a busca da estabilidade da teoria dos sistemas de Parsons.³⁶ Fatos institucionais, portanto, não surgem naturalmente. Precisam ser valorados, por meio da comparação com parâmetros e regras *institucionalizados e internalizados*³⁷ por determinado sistema social. Esses parâmetros, no sistema legal normativo, são dados pelo estudo das interações entre o *ambiente institucional* e o *arranjo institucional*.

A visão institucionalista do direito, portanto, não se limita a uma estrutura subjetiva de órgãos, entidades ou instituições. O comportamento e as relações sociais e institucionais,

³⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007. p. 13.

³¹ Idem, p. 160-164.

³² Além do jusfilósofo tcheco, Ota Weinberger, autores como o holandês Dick W.P. Ruiters, o espanhol Joxerramon Bengoetxea, o finlandês Eerik Lagerspetz e o italiano Massimo La Torre são influências presentes na construção da teoria institucional do direito de Neil MacCormick (Idem, p. 12).

³³ “[...] uma sequência de outros textos surge no final dos anos 1950, como *The idea of a social science and its relation to philosophy*, de Peter Winch em 1958, *Intention* da mesma ANSCOMBE em 1957 e finalmente *The concept of law* de Hebert Hart em 1961. Essas contribuições ultrapassaram a divisão do *ser-dever-ser* e reintroduziram a ação humana no centro do debate” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito* cit., p. 136).

³⁴ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Idem, p. 117.

³⁵ Ver seção 4.3, *infra*.

³⁶ Ver seções 4.3.1 e 4.3.2, *infra*.

³⁷ Cf. PARSONS, Talcott. *The social system*. 2. ed. London, UK: Routledge, 1991. p. 22-24. O tema será aprofundado na seção 4.3, *infra*.

dentro de padrões de interação, são o centro do institucionalismo, que busca ainda elementos linguísticos³⁸ e componentes técnicos da *teoria da decisão interativa*.³⁹

Muito menos se limita a fundamentar o déficit democrático da atuação do Judiciário na jurisdição constitucional. Embora o seu sucesso, especialmente na academia jurídica norte-americana, deva-se, em boa medida, às preocupações contramajoritárias do *judicial review*, o alcance do institucionalismo multidisciplinar, para o constitucionalismo contemporâneo e para a própria doutrina da separação dos poderes, é muito mais abrangente. A descoberta da perspectiva institucionalista na nova estrutura de poder do Estado contemporâneo se deve em maior medida à ciência política, à teoria econômica, à historiografia e à sociologia, do que propriamente à ciência jurídica, como demonstraremos ao longo da pesquisa.⁴⁰

Tanto a teoria da ação social de Weber, em que as interações sociais são praticadas por indivíduos que compreendem o seu comportamento,⁴¹ quanto a teoria do sistema social de Parsons, com a conjunção dos processos de internalização e institucionalização dos padrões sociais,⁴² tornaram-se a base de uma releitura sistêmica e institucionalista do direito. A corrente neoinstitucionalista do sistema jurídico ganhou relevo nas discussões jurídicas atuais, notadamente a partir da influência de outras ciências.

Concepções dos mais diferentes matizes pensam o direito como uma instituição sistemática, seja através do consequencialismo de MacCormick, ou do contraponto entre os processos de internalização e de valoração do peso das regras legais, na teoria da decisão jurídica do positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*) de Raz e do *positivismo presumido* de Frederick Schauer,⁴³ ou, ainda, do novo institucionalismo jurídico de Martin Shapiro, que

³⁸ Nesse ponto, destaca-se o estudo do filósofo austríaco, radicado na Inglaterra, Ludwig Wittgenstein. Como limitação metodológica, não é objeto desta tese abordar a virada filosófica linguística do século XX. Para um aprofundamento no tema, em português e no campo do direito tributário, por todos, ver o profundo estudo de excelência de: ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Ed., 2006.

³⁹ Ver seção 5.3.1.1, *infra*.

⁴⁰ Ver seção 3.4.1, *infra*.

⁴¹ Ver seção 4.3.2.1, *infra*.

⁴² *Idem*.

⁴³ Schauer não nega o caráter sistemático do direito. Também não nega o institucionalismo jurídico. Uma diferença marcante para o positivismo de Raz e para o institucionalismo de MacCormick se encontra justamente no processo de internalização. Para Schauer, a *internalização* é um processo mais fraco do que a concepção de Hart de *aceitação* da lei. “This formulation of internalization is weaker than one possible reading of Hart’s notion of acceptance. [...] internalizing a rule qua rule supposes that it is the rule’s status as rule that is internalized, rather than the rule’s underlying justifications, and thus internalization of a rule is meaningful only if the reason for action produced by the fact of internalization persists even when the agent *disagrees* with the content of the rule” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of*

influenciou também novas teorias de justificação do déficite democrático do Poder Judiciário, como o minimalismo judicial de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule.⁴⁴

Essas novas ideias, porém, ultrapassam a visão unívoca da teoria da Constituição na busca pela legitimação democrática da atuação do Judiciário, inflado em poderes e em expectativas sobre a jurisdição constitucional, como o único meio de se concretizar direitos fundamentais, após os horrores que a humanidade enfrentou na primeira metade do século passado.

A linha metodológica desenvolvida ao longo deste trabalho seguirá a amplitude e a multidisciplinaridade dos caminhos neoinstitucionalistas. O desenvolvimento de uma metodologia que tente compatibilizar a *realidade constitucional* com o direito constitucional financeiro⁴⁵ precisa de perspectivas que considerem as relações entre a política e a Constituição, ou entre a política fiscal e a Constituição Financeira, passíveis de serem equilibradas, sem que isso importe na injunção de uma sobre a outra.

O *arranjo institucional* do Estado Democrático de Direito precisa ser induzido a práticas cooperativas pelo seu respectivo *ambiente institucional*. A construção do direito constitucional financeiro estratégico, partirá da estrutura sistêmica de Parsons, e do seu teorema do equilíbrio em sistemas dinâmicos, para a busca da estabilidade e da coerência cooperativa institucionais.

No âmbito jurídico financeiro, inclusive, a *virada institucionalista*⁴⁶ é um fenômeno de fácil percepção. As normas financeiras ganharam larga projeção teórica na Carta de 1988,

rule-based decision-making in law and in life. New York: Clarendon Press, 2002. p. 121-122). Para uma visão crítica entre as concepções positivistas de Raz e Schauer, ver seção 3.2.2).

⁴⁴ Voltaremos ao tema na seção 3.3.3, *infra*.

⁴⁵ Dieter Grimm estabelece a diferença entre *realidade constitucional* e *direito constitucional*, nos seguintes termos: “Cuando se acepta que la constitución no puede proporcionar más que las normas básicas del proceso político, se desactiva el problema de la diferencia entre derecho constitucional y e realidad constitucional. La existencia de esta última sólo puede suscitar disgusto cuando se entiende la constitución como una herramienta para la juridificación total de la política; por el contrario, si se la considera sólo como marco y medida orientadora para la política, entonces es imprescindible que ésta dé vida aquélla. Y una realidad constitucional consistente en dar contenido a ese marco no mina el poder normativo de la constitución ni indica pérdida de su validez” (GRIMM, Dieter; PINA, Antonio López. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción Raul Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid, Spain: Trotta Madrid, 2006. p. 33).

⁴⁶ Cf. EVANS, Peter. Além da “monocultura institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. *Sociologias*, nº 9, p. 20, 2003.

mas agonizavam com a pouca efetividade.⁴⁷ A partir da *institucionalização* e da *internalização* de parâmetros de estabilidade econômica, o sistema normativo constitucional passou a ser efetivamente um elemento de *interação social* entre os sistemas econômico e político.⁴⁸

O direito financeiro então mudou completamente de trajetória e passou a ser o grande fiador da “responsabilidade na gestão fiscal”.⁴⁹ O processo de aceitação da normatividade constitucional financeira como forma condutora do agir social foi *aberto* e *dinâmico*.⁵⁰ Os parâmetros econômicos externos foram interpretados pelo sistema político e internalizados e institucionalizados pelo sistema jurídico como um objetivo normativo-social. A eficácia social do direito financeiro decorreu de uma crescente trajetória normativa, dependente da dimensão social, política econômica, em um processo conhecido pelo institucionalismo histórico como trajetória de dependência (*path dependence*).⁵¹

⁴⁷ “O estudo da efetividade ou eficácia social das normas constitucionais se torna nuclear no Estado Democrático de Direito calcado no Texto Constitucional. No Brasil, há uma tripla influência inicial. Primeiro, com Ruy Barbosa, que em seus *Comentários à Constituição Federal brasileira*, difunde e critica a teoria binária norte-americana de Thomas Cooley, que classificava em 1883 as normas constitucionais quanto à aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* (COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998). Superando a limitada classificação norte-americana, o pioneirismo no Brasil coube a José Horácio Meirelles Teixeira, com uma classificação dúplice, baseada nas normas perceptivas ou não perceptivas (*Curso de direito constitucional*). A partir da obra clássica de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*), a doutrina italiana de Gaetano Azzarati (*Problemi attuali di diritto costituzionale*) e Vezio Crisafulli (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*) ganha relevo no País e, com a visão particular do professor da Universidade de São Paulo, a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais se tornam um importante marcador do ‘cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade’” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135). Em especial, no campo dos direitos fundamentais, em que a influência alemã do princípio da força normativa da Constituição de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991) se faz muito influente em um primeiro momento, com a limitação da discricionariedade quanto ao cumprimento das normas constitucionais. Nesse sentido, por todos, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

⁴⁸ Talcott Parsons defende que a *interação social* depende de padrões *internalizados* e *institucionalizados* por um Sistema social: “The problem of order, and thus of the nature of the integration of stable systems of social interaction, that is, of social structure, thus focuses on the integration of the motivation of actors with the normative cultural standards which integrate the action system, in our context interpersonally” (*The social system* cit., p. 23).

⁴⁹ Cf. art. 1º da Lei Complementar nº 101/2000: “Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a *responsabilidade na gestão fiscal*, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição” (grifos nossos).

⁵⁰ O dinamismo e a abertura referencial externa são características do sistema jurídico. Essa é uma das razões metodológicas para o estudo da teoria do sistema social, ao longo da tese, basear-se na obra de Talcott Parsons.

⁵¹ “Given certain conditions, legal institutions will evolve in path dependent ways: that is, the social processes that link litigation and judicial law-making will exhibit increasing returns” (SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization* cit., p. 112. Ver também: DAVID, Paul A. *Path-dependence: putting the past into the future of economics*. California: Stanford University. 1988. (Report 533).

O termo aqui é usado no sentido da ciência política. A influência da interpretação institucionalista histórica no campo da evolução político-institucional, com a abrangência multidisciplinar, moldam as escolhas feitas no processo de formação de uma instituição, cujo maior papel na sociedade é reduzir as incertezas e conferir estabilidade às interações humanas.⁵²

A estabilidade econômica, por exemplo, é altamente sensível a variações políticas. O modelo econômico, por si só, é uma instituição, cuja estabilidade depende de um processo contínuo de autoconsciência política da sua relevância social, na visão de Douglass North.⁵³ A política pública econômica, portanto, é construída por uma *trajetória específica*, em curso inercial, cuja mudança demanda um choque externo, por vezes traumático.

Os reflexos normativos da trajetória de dependência, no âmbito da evolução da política fiscal brasileira, começaram a se solidificar a partir de um choque externo político e institucional. O esforço de estabilização nacional e de reforma do estado eleva o direito financeiro à condição de protagonista⁵⁴ do discurso político. Os debates que precederam o plano real, inclusive, já reconheciam a importância precípua da política fiscal equilibrada para se atingir a sustentabilidade das finanças públicas e, por via de consequência, o controle inflacionário.⁵⁵

O direito existe, para Maurice Hauriou, como expressão de uma sociedade organizada. A organização social, ou, em última análise, a sociedade e o indivíduo, portanto, são a grande

⁵² Cf. NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance* cit., p. 6.

⁵³ “Economic (and political) models are specific to particular constellations of institutional constraints that vary radically both through time and cross sectionally in different economies. The models are institution specific and in many cases highly sensitive to altered institutional constraints. A self-conscious awareness of these constraints is essential both for improved theory construction and for issues of public policy” (Idem, p. 110).

⁵⁴ Como afirmam Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além, “[a]té 1994, era comum ouvir que a inflação e o desequilíbrio fiscal refletiam a inconsistência entre a soma das demandas sociais dos diferentes setores da sociedade, devidamente expressas no orçamento, de um lado; e a disposição dessa mesma sociedade de arcar com o custo dessas despesas, através da tributação, de outro. O déficit – e, muitos argumentavam até então, a inflação – surgiria assim como a consequência natural de uma equação socioeconômica que combinava a *abundância de direitos* com a *escassez de financiamentos* para atender todos eles” (GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133, grifos dos autores).

⁵⁵ Na própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, que deflagrou o plano real no âmbito normativo, criando a Unidade Real de Valor (URV), já demonstrava explicitamente a importância do ajuste, dedicando a ele a primeira fase do plano de estabilização: “5. O programa de Estabilização foi concebido, como é do conhecimento de Vossa Excelência, para ser implantado em três tempos: a) O estabelecimento em bases permanentes do equilíbrio das contas do governo, eliminando a principal causa da inflação” (BRASIL. Exposição de Motivos nº 47, de 27 de fevereiro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, de 17.03.1994. p. 1901).

inspiração e, ao mesmo tempo, os fiéis algozes da norma jurídica. No início, a norma ocupa posição secundária. Ela ganha movimento ou vida quando é pela sociedade aceita como forma condutora ou limitadora do seu agir.⁵⁶

As interações entre as instituições moldam a sociedade, na visão de José Reinaldo de Lima Lopes em estudo recente. A economia, assim como o direito, é um campo que só pode ser conhecido pelas suas regras.⁵⁷ Do ponto de vista macroeconômico, portanto, o início do século XXI ficou marcado por uma rígida política de metas e de superávit, que passou a ser utilizada como um dos principais instrumentos de controle da inflação. “Se essas mudanças podem ser consideradas bem-sucedidas em seus objetivos, elas têm consequências não triviais sobre o orçamento e a execução e a gestão de políticas públicas”,⁵⁸ ou seja, sobre os fundamentos teórico-normativos do direito financeiro e sobre a sua importância para o cenário nacional.

A partir de então, viu-se o direito financeiro ser abundado de normas com conteúdo normativo sofisticado e plena eficácia social. A virada da densidade normativa, em grande medida, foi marcada pela regulamentação do Capítulo II do Título VI da Constituição, em especial com a efetivação de postulados da constituição financeira sobre responsabilidade fiscal, previstos nos arts. 163 e 169,⁵⁹ pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

A percepção das normas da Constituição Financeira, que era, na classificação ontológica de Karl Loewestein, *nominal*, ou seja, composta por normas que, apesar de juridicamente válidas, careciam de realidade existencial, passa a ser *normativa*, com normas

⁵⁶ Cf. HAURIUO, Maurice. La theorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, nº 4, p. 126-127, 1925.

⁵⁷ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito* cit., p. 143.

⁵⁸ SOUZA, Celina. Condicionantes políticos e institucionais do orçamento federal. In: REZENDE, F.; CUNHA, A. (ed.). *A reforma esquecida II: obstáculos e caminhos para a reforma do sistema orçamentário*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 211.

⁵⁹ José Maurício Conti elenca “[u]ma conjuntura de fatores que se somaram na década de 90 colaborou para a introdução e desenvolvimento da cultura de gestão fiscal responsável no Brasil. O início da modernização da administração pública, com a implantação de técnicas gerenciais profissionais, a queda dos índices de inflação após a implantação do Plano Real, a necessidade de redução do déficit público, a intensificação da atuação do sistema de controle externo, o aperfeiçoamento dos sistemas de controle interno e a adoção de leis mais rígidas sobre finanças públicas podem ser considerados os principais componentes desse quadro que levou à situação atual, tornando a responsabilidade fiscal um princípio norteador da administração pública” (CONTI, José Maurício. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, F. F.; CONTI, J. M. (ed.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – Questões atuais*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 39-40).

efetivamente observadas e, quando não cumpridas, com consequências jurídicas sérias, inclusive em âmbito político.⁶⁰

A política fiscal macroeconômica aliada ao ambiente democrático cada vez mais amadurecido mudaram a faceta do Direito Financeiro brasileiro e este passou a necessitar de postulados interpretativos mais contemporâneos e plurais do que aqueles herdados da ciência das finanças.⁶¹

Em outras palavras, a análise da trajetória de dependência do direito constitucional financeiro brasileiro pressupõe revisitar certos fatos econômicos e políticos, por meio de novos postulados interpretativos. Ao longo do processo, iremos encontrar três grandes obstáculos teóricos no *path dependence* da Constituição Financeira em busca da eficácia social plena.

As situações de *lock-in* em *path dependence*, ou seja, de círculos viciosos argumentativos, em que formulações teóricas chegam sempre a um mesmo resultado insatisfatório, não somente do ponto de vista conceitual, mas também concreto, serão apresentadas ao longo da pesquisa. São basicamente três: (i) a relação entre os Poderes e o novo *arranjo institucional* sob a ótica da doutrina da separação de poderes; (ii) a efetividade dos direitos fundamentais entre a escassez econômica e o estímulo civilizatório da Constituição Financeira; e (iii) as interações entre os Entes no federalismo fiscal antagônico brasileiro.

A investigação desses problemas conduzirá a pesquisa para um jogo paradoxalmente competitivo entre política e Constituição, ou entre política fiscal e Constituição Financeira. Quando há vencedor, seja ele qual for, a sociedade inteira perde. A evolução do constitucionalismo em perspectiva histórica, entretanto, demonstra que a competição prevalece, porque há grupos de interesse que sentem prazer no jogo em si, independentemente das consequências sociais, econômicas e políticas.

A ingênua democracia brasileira da Nova República, recuperando-se de duas décadas de ditadura, viu o jogo político dos grupos de interesse influenciar os rumos da efetividade da

⁶⁰ “La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979. p. 218).

⁶¹ É o que Heleno Torres chama de “teoria da constituição financeira”, que, a par de ser uma conquista garantista do indivíduo, impõe deveres dogmáticos. “Modificaram-se os valores e os objetivos a serem atingidos. Diante dessa mudança de paradigmas, deve-se não apenas recuperar o papel do direito financeiro na atualidade como aprimorar os conceitos preestabelecidos” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74-75).

Constituição Financeira. Os ciclos político-eleitorais democráticos traziam esperança e decepção. Nos momentos mais agudos de instabilidade política, as instituições do Estado Democrático de Direito foram fundamentais no processo de implementação da Constituição de 1988. Hoje, mais do que nunca, são fundamentais na luta constante de consolidação da sociedade democrática brasileira.

1.2 A República Nova em perspectiva: economia e política como anfitriãs de Plauto da Constituição financeira

Mais de duas décadas de ditadura mudaram a *expectativa constitucional* brasileira. A demanda institucional pela democracia política se traduziu na necessidade de superação do autoritarismo, em grande medida por intermédio da consagração de direitos e garantias individuais. Ao lado de um elenco generoso de direitos fundamentais, o novo constitucionalismo republicano, federalista e democrata brasileiro, elevou a previsão abstrata do direito constitucional financeiro.

A Constituição Financeira foi forjada como um verdadeiro sistema constitucional estrutural. A disciplina constitucional da atividade financeira do Estado experimentou, então, uma sensível virada de importância. O sistema constitucional financeiro passou a ser protagonista de planos econômicos que sucessivamente se baseiam na força normativa constitucional para buscar a sustentabilidade das finanças públicas.

A eficácia política e social do direito constitucional financeiro, porém, lamentavelmente não foi contemporânea à promulgação da nova Carta. Pelo contrário, decorreu de um processo árduo de amadurecimento das instituições, dos ciclos político-eleitorais democráticos e, sobretudo, da condução macroeconômica do país.

Diante do feixe de significados plurais da nova Carta, o clamor político do momento histórico de superação do estado autoritário⁶² foi traduzido em vasta literatura jurídica sobre a efetividade das normas constitucionais, em especial no que refere aos direitos e garantias fundamentais.

⁶² “Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina” (Trecho da transcrição oficial do discurso do Deputado Constituinte Ulysses Guimarães, na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. p. 14381).

A influência da onda ditatorial no desenvolvimento de novas ideias no constitucionalismo latino-americano, na visão de Roberto Gargarella, foi inegável, principalmente na tentativa de reparação das consequências precedentes. O constitucionalismo brasileiro pós-ditadura, assim como o constitucionalismo chileno, boliviano, colombiano, argentino, costarriquenho e salvadorenho, por exemplo, foram uma reação ao legado do constitucionalismo autoritário sancionado por governos ditatoriais.⁶³ Por essa razão, o impacto direto da ditadura foi um texto que mudou profundamente a organização, a abrangência e a proteção dos direitos humanos.⁶⁴

O rol de direitos fundamentais positivados abstratamente, inclusive e principalmente os direitos sociais, tornou-se amplo, exigente e sofisticado. A busca da liberdade igual, na releitura de Fernando Facury Scaff, promove das liberdades reais ou substantivas de Amartya Kumar Sen, inverte os pressupostos da igualdade e da liberdade perante o rol de direitos fundamentais positivados no *ambiente constitucional* social. Só quando houver isonomia, com o gozo efetivo dos direitos fundamentais, haverá liberdade efetiva.⁶⁵

O alcance da liberdade igual, como diminuição das desigualdades sociais, entretanto, mostrou-se paradoxalmente mais difícil. As *expectativas constitucionais* criadas após a superação da ditadura e o largo sistema de direitos fundamentais abstratos tornou o fracasso da sua consolidação social mais agudo. Diante das legítimas *expectativas constitucionais*, o rol de direitos fundamentais se tornou terreno fértil para o populismo político e para o que Gargarella denomina de *populismo moral*, ou seja, a subordinação dos direitos à vontade popular, como uma espécie de justificativa moral cega, que se mostra

⁶³ Cf. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013. p. 149-151.

⁶⁴ Indiretamente, porém, Gargarella aponta como resquício da ditadura, especialmente no constitucionalismo brasileiro e chileno, a manutenção de um sistema hiperpresidencialista, com grande concentração de poder, capaz de causar sucessivas instabilidades institucionais, na medida em que qualquer mudança de atitude da população perante o presidente, ou queda de popularidade, possam ser motivo para profundas crises no sistema político. Idem, p. 150. No mesmo sentido, ver: NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013. p. 504-506/521-522. Voltaremos ao tema na revisão da doutrina pura da separação dos poderes, notadamente na seção 3.4.1.2, *infra*.

⁶⁵ “Aqui se insere a liberdade igual, ou seja, uma liberdade para todos. Propõe-se uma mudança de foco em face da teoria de Sem. Em vez de se chegar à isonomia através das liberdades, só quando houver isonomia é que haverá liberdade – isso não foi dito por Sen. Ele parte das liberdades e centra suas atenções nesse âmbito dos direitos fundamentais. [...] para que haja liberdade igual é necessário que os indivíduos tenham assegurado em concreto a oportunidade de efetivo gozo dos direitos fundamentais” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 179-180).

superior, inclusive quando o atendimento desmedido de pretensões se coloca de encontro aos interesses fundamentais da própria população.⁶⁶

As *expectativas constitucionais* e a demora na eficácia social da Constituição Financeira impediram, portanto, a percepção imediata de que entre a festiva previsão abstrata constitucional e a árida implantação social dos direitos havia custos financeiros concretos. Esse descasamento temporal atrasou a eficácia social das normas da Constituição Financeira e, por via de consequência, afetou o avanço metodológico do direito financeiro na superação de uma visão instrumentalista clássica.

A literatura do direito financeiro se limitava a seguir bases hermenêuticas inerciais, com distinção e sofisticação científicas calcadas em referencial teórico passado.

Autores contemporâneos reconhecem esta demora evolutiva da disciplina.⁶⁷ A construção de uma teoria do direito financeiro, proporcional ao protagonismo constitucional da matéria, ficou redundante, diante de um objeto normativo carente de eficácia social. O direito financeiro ficou adstrito à repetição de “autores da ‘ciência das finanças’”,⁶⁸ enquanto o novo paradigma constitucional exigia mais.

Muito por conta dos rigores ideológicos herdados da ditadura militar, em um campo científico-jurídico, influenciado sobremaneira pela condução da política macroeconômica, notadamente da política fiscal, a literatura da Constituição Financeira se ateve a concepções aquém do desenvolvimento constitucional promovido no período pós-abertura.

Em paralelo, a política econômica, na neófito democracia brasileira, demorou a encontrar o seu rumo. Perdida entre conduções macroeconômica ineficientes, os choques externos negativos surgiam em sequência. A segunda crise do petróleo de 1979, a recessão mundial de 1980 a 1982 e o colapso do crédito bancário internacional para países em

⁶⁶ CROXATTO, Guido. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid/Buenos Aires: Siglo XXI, p. 28.

⁶⁷ Régis Fernandes de Oliveira reconhece a necessidade de uma metodologia contemporânea, em que é necessário “traçar o regime constitucional do direito financeiro” e, para isso, “é importante identificar as normas que lhe são próprias, criando um regime jurídico autônomo” (*Curso de direito financeiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 176-177). No mesmo sentido, ver: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 26-27; e ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. XXIII.

⁶⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 26.

desenvolvimento só eram até então comparáveis em magnitude à crise de 1930.⁶⁹ Era um vale profundo que se inaugurava na década de 1980, após o chamado milagre econômico da primeira metade da década anterior.⁷⁰

A *instabilidade macroeconômica* revelou-se intensamente na queda do Produto Interno Bruto e nas taxas de inflação sem precedentes. Fomentadas pela inconsistência do modelo de endividamento aprofundado no Governo Geisel, dependente do binômio investimento estatal e financiamento externo,⁷¹ a crise da dívida pública e as constantes moratórias encerraram definitivamente o ciclo da década anterior. A poupança externa diminuiu com a baixa captação de capitais internacionais e a capacidade de investimento nacional refluí.

Nesse cenário macroeconômico, coube à *instabilidade fiscal* papel de relevo. A queda da carga tributária bruta e o aumento dos elevados custos fiscais de uma máquina pública ineficiente⁷² impactaram o endividamento público. Como resultado, a pobreza e a desigualdade atingiram níveis críticos.⁷³

A confiança nas instituições era mínima. A fuga de capitais para o exterior⁷⁴ corroía a poupança interna e a insegurança era a tônica entre os investidores. Eram os reflexos financeiros da *instabilidade institucional*.

⁶⁹ Cf. CARNEIRO, Dionísio Dias; BACHA, Edmar. Programas de estabilização em países em desenvolvimento: antigas verdades e novos elementos. In: BACHA, Edmar. *Belíndia 2.0*. Fábulas e ensaios sobre o país dos contrastes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 79.

⁷⁰ Em verdade, o chamado milagre econômico ocorreu de fato ao longo do Governo Médici (1970-1973), com uma meta de crescimento acelerado de mais de 10% ao ano. O projeto “Brasil Grande Potência” e o modelo agrícola-exportador de Delfim Netto foram impulsionados por dois fatores, em especial: (i) as reformas promovidas no Governo Castelo Branco, por Roberto Campos e Otávio Bulhões; e (ii) as condições internacionais extremamente favoráveis. Por todos, ver: BONELLI, Regis; MALAN, Pedro Sampaio. Os limites do possível: notas sobre balanço de pagamentos e indústria nos anos 70. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 6, nº 2, p. 353-406, 1976.

⁷¹ Cf. WERNECK, Rogério Furquim L. Poupança estatal, dívida externa e crise financeira do setor público. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 16, nº 3, p. 551, 1986.

⁷² Cf. VARSANO, Ricardo. *De ônus a bônus*: política governamental e reformas fiscais na transformação do Estado brasileiro. Ipea, 1996. Capítulo 11.

⁷³ Cf. HOFFMANN, Rodolfo. Desigualdade e pobreza no Brasil no período 1979-90. *Economia e sociedade*, Campinas: Unicamp, nº 11, p. 199-221, 1998.

⁷⁴ De 1981 a 1987, segundo dados da *International Financial Statistics* do Fundo Monetário Internacional, os depósitos bancários no exterior de recursos oriundo do Brasil saltaram da quantia nominal de US\$ 3,5 bilhões para US\$ 11,8 bilhões. Houve um aumento de mais de 70%, em menos de 10 anos. Cf. DORNBRUSCH, Rudiger. Fugas de capitais: questões políticas e de mensuração. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro: FGV, v. 43, nº 2, p. 184, 1989.

A conjuntura econômica e social da Nova República sofria as consequências da desestabilização econômica do final da ditadura militar e do largo endividamento externo para a manutenção dos investimentos estatais durante o regime. A capacidade de investimento nacional viciou-se no capital externo. Os recursos, no entanto, não fluem quando se mais precisa. Fluem para onde há mais retorno.⁷⁵

O Brasil não apresentava, naquele momento, condições para a migração keynesiana de capitais privados de países desenvolvidos, procurando oportunidades em países em desenvolvimento pelo alto retorno em face da escassez. Capitais privados buscam melhores oportunidades. E estas não estavam no Brasil. Desorganizado e absorvido pela instabilidade macroeconômica, fiscal e institucional, o país do início da Nova República não era uma opção de investimento atraente.

O espaço para o crescimento da dívida pública é limitado pelo Produto Interno Bruto, justamente para não aumentar a relação dívida/PIB. O crescimento do PIB, por sua vez, dependia do capital externo que não fluía mais. Era preciso, então, diminuir o déficit público para atração de capitais. A inflação, por sua vez, retroalimentava-se do próprio déficit, através da emissão monetária necessária para o seu financiamento. Estava tudo interligado e apontava para o problema estrutural básico: o desequilíbrio fiscal estrutural. Mas faltavam “regras estáveis e confiáveis no jogo econômico”.⁷⁶

A isso tudo se alinham a *instabilidade* política, com um *impeachment* do primeiro presidente eleito pós-democratização, a crise dos entes subnacionais, e uma experiência nova para gerações de brasileiros, cuja ditadura era o único horizonte conhecido: os ciclos políticos-econômicos, em que o comportamento do *homo politicus*⁷⁷ é guiado por uma primordial preocupação com o que Peter Häberle chama de controle “não técnico” de sua atuação.⁷⁸ Em outras palavras, na democracia da Nova República, a manipulação da escolha eleitoral passa a ser determinante na relação entre economia e política.

⁷⁵ Cf. SIMONSEN, Mario Henrique. Poupança e o crescimento econômico: o caso brasileiro. In: BERGSTEIN, Fred et al. *O Brasil e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura/FGV, 1991. p. 5.

⁷⁶ SIMONSEN, Mario Henrique. Poupança e o crescimento econômico: o caso brasileiro cit., p. 7.

⁷⁷ Sobre o tema, vide o trabalho precursor de Anthony Downs em que o autor, como base na concepção aristotélica, define o *homo politicus* como o eleitor médio, dotado de comportamento racional, focado na escolha do seu representante (An economic theory of political action in a democracy. *Journal of Political Economy*, v. 65, n° 2, p. 135-150, 1957).

⁷⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 34, nota de rodapé n° 39.

Nesse complexo cenário econômico e político,⁷⁹ a Constituição Financeira foi recepcionada por um anfitrião de Plauto.⁸⁰ O jogo econômico, anfitrião cortês, mostrou-se aberto, cômico da importância de suas normas para a estabilidade macroeconômica. Era, porém, um sócia. O real anfitrião, o jogo político, preocupado com o poder,⁸¹ evitou a eficácia social de suas normas em prol da manipulação oportunista dos ciclos políticos-eleitorais.

1.3 A Constituição Financeira entre a Política Fiscal e os ciclos políticos oportunistas

A valoração jurídica do gasto público foi, talvez, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, o ramo que sofreu a maior evolução com a gradativa efetividade normativa do direito constitucional brasileiro. Antes relegado ao plano instrumental formal, a importância do gasto público invadiu a estrutura econômica brasileira e entrou para o léxico político,⁸² carregando consigo múltiplas expectativas da sociedade.⁸³

O *consenso democrático*⁸⁴ em torno do discurso da sustentabilidade fiscal, que tem início na década de 1990, atravessa governos de matrizes ideológicas distintas, difundido em discursos acadêmicos, mídia diária e discussões populares. Antes, a população queria saber o

⁷⁹ Sobre a dicotomia política e economia na primeira década da Nova República, ver o excelente ensaio de: VILLELA, Renato. Crise e ajuste fiscal nos anos 80: um problema de política econômica ou de economia política? *Perspectivas da Economia Brasileira – 1992*. Brasília: Ipea, 1991. Capítulo 2.

⁸⁰ Referência à tragicomédia o “Anfitrião” de Plauto. O general tebano Anfitrião parte para a guerra. Aproveitando a sua ausência, o deus Júpiter, encantado por sua esposa Alcmena, traveste-se na figura do general ausente e o deus Mercúrio, com o intuito de ajudar Júpiter, encarna a figura de Sócia, escravo do general Anfitrião. Júpiter acaba tendo um filho com Alcmena antes do retorno do general da guerra: o semideus Hércules, que viria a ser um dos mais importantes personagens da guerra de Tróia. Cf. PLAUTO. *Anfitrião*. Tradução e notas Lilian Nunes da Costa. Campinas-SP: Mercado de Letras, 2013.

⁸¹ Na feliz definição de William Nordhaus: “The theory of the political business cycle, which analyzes the interaction of political and economic systems, arose from the obvious facts of life that *voters care about the economy while politicians care about power*” (Alternative approaches to the political business cycle. *The Brookings Papers on Economic Activity*, nº 2, p. 1, 1989 – grifos nossos).

⁸² Cf. DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). *Dicionário de políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018. p. 15.

⁸³ Régis Fernandes de Oliveira captura a superação do formalismo, em prol da função social do gasto público: “Ao se falar em gasto público, as primeiras observações dirigem-se à estrutura orçamentária, à disponibilidade financeira, às necessidades públicas e ao equilíbrio do orçamento. A análise limita-se, assim, à forma de ação do Estado, sem qualquer preocupação com a população” (*Gastos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 14).

⁸⁴ Consenso aqui é usado no sentido democrático, na acepção que Bobbio, remetendo a Rousseau, chama de consenso participativo derivado da ideia republicana. Trata-se de consenso político alcançado pelas vias democráticas (Cf. *Diário de um século*: autobiografia. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 323). Não confundir com a acepção do filósofo marxista de Antonio Gramsci, para quem consenso deriva de um processo coerção da classe dominante. Cf. GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere*. Torino: Nuova Universale Einaudi, 1975. p. 763-764.

quanto o Erário exigiria de tributos. Hoje, os questionamentos são amplos. Indaga-se também em que o recurso é gasto, o quanto é gasto e quais as consequências.

Diante dessas mudanças estruturais, a política fiscal, principalmente o gasto público e seu impacto na sustentabilidade financeira, está hoje no centro do discurso político. As campanhas eleitorais majoritárias, com aumento gradual dos entes periféricos para o ente central, a tem como etapa importante da estratégia política. O eleitor pós-Plano Real tem uma consciência maior do que ela significa e da sua importância a médio e longo prazos. Os ciclos políticos-eleitorais com a expectativa de reeleição passaram a “influir positivamente em aspectos da política fiscal dos entes”.⁸⁵ Mas nem sempre foi assim.

Exatamente no campo político-eleitoral seu uso foi desvirtuado pelo jogo político. Entre os interesses do *homo politicus* e a percepção limitada do eleitor, a manipulação episódica da política fiscal se tornou uma importante estratégia política no início da Nova República.

Incipiente em uma democracia nova como a brasileira, o modelo de interação entre os candidatos e os eleitores refletia o *comportamento oportunista* dos *policymakers*, tendo como pano de fundo a *racionalidade limitada*, ou até mesmo *orgânica*, do *homo politicus* acerca das projeções futuras negativas de custos fiscais populista em período eleitoral.

Herbert Simon, economista e grande estudioso da psicologia cognitiva, foi o precursor da definição dos graus de limitação da racionalidade humana na maximização das decisões racionais, em contraposição ao argumento então tradicional da racionalidade ilimitada ou substantiva. Para Simon, fatores como a educação, a influência social e o custo da informação influenciam na escolha do indivíduo.⁸⁶

Um dos ícones da Nova Economia Institucional, Oliver Williamson, partindo da premissa da limitação da racionalidade de Simon, distingue três níveis de racionalidade. O primeiro nível se daria com a *racionalidade completa*. O segundo corresponderia exatamente à *racionalidade limitada* de Simon. O terceiro nível, por sua vez, seria a *racionalidade orgânica*, ou o grau mais fraco de racionalidade. A racionalidade orgânica,

⁸⁵ Cf. MARCINIUK, Fernanda L; BUGARIN, Maurício S. A influência da reeleição nas políticas fiscais subnacionais. *Revista Brasileira de Economia*, v. 73, nº 2, p. 206, 2019.

⁸⁶ Cf. SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, nº 1, p. 99-118, 1955.

inclusive, chega a ser tão prejudicial que até mesmo a ignorância pode ser mais eficiente na tomada de decisões.⁸⁷

Por outro lado, segundo Williamson, os níveis de comportamento humano baseado no interesse próprio são inversamente proporcionais ao grau de racionalidade. Há dois níveis: o mais forte deles é o *oportunismo*, isto é, o comportamento individual guiado pela astúcia, com a divulgação estratégica de informações assimétricas para vantagens e ganhos individuais entre indivíduos de racionalidade limitada ou, principalmente, de racionalidade orgânica.⁸⁸

Tanto o comportamento oportunista quanto a racionalidade limitada ou orgânica encontraram terreno fértil nos ciclos políticos-eleitorais. Juntando os conceitos de Simon e Williamson, outro grande expoente da Nova Economia Institucional, William Nordhaus, estudou os ciclos políticos-eleitorais através do grau de racionalidade do eleitor e, em contrapartida, do grau de astúcia do *homo politicus*.

Serão ciclos políticos do tipo *oportunistas*, portanto, quando o *homo politicus* promover estímulos fiscais indevidos na condução econômica em períodos eleitorais, com fins únicos de manipulação da probabilidade de sucesso individual.

Logo após as eleições, em geral, há uma luta do ego, *político-eleito*, para mitigar os efeitos deletérios da manipulação fiscal do alterego, *político-candidato*, no cenário macroeconômico. Externalidades negativas como o alto efeito inflacionário e os níveis significativos de desemprego são resultantes comuns dessa competição de egos e alteregos na manipulação episódico-eleitoral. Sucede-se, não raro, uma recessão econômica de período de duração razoável. Este modelo que pressupõe a irracionalidade do eleitor é chamado de *ciclo político oportunista tradicional*.⁸⁹

Os ciclos políticos oportunistas no Brasil-democrático revelaram-se, portanto, em razão direta aos ciclos eleitorais, sem barreiras normativas eficazes que os impedissem. Os *policymakers* passaram a estimular gastos ou adotar políticas de austeridade de acordo com o

⁸⁷ Cf. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985. p.15.

⁸⁸ “Opportunism is an effort to realize individual gains through a lack of candor or honesty in transactions. It can take either of two forms. The most commonly recognized is the strategic disclosure of asymmetrically distributed information by (at least some) individuals to their advantage” (WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations*. *The American economic review*, v. 63, nº 2, p. 317, 1973).

⁸⁹ Cf. NORDHAUS, William Dawbney. *The Political Business Cycle*. *The Review of Economic Studies*, v. 42, nº 2, p. 169-190, 1975.

calendário eleitoral, no que se convencionou chamar de *political budget cycle* ou ciclos políticos orçamentários. Por meio desse artifício, eleitores racionais são induzidos a erro de pessoa por disporem de informações assimétricas e imperfeitas sobre os agentes políticos. Julgam apenas os gastos e seus proveitos imediatos, contemporâneos à eleição.⁹⁰

Nesse conflito entre política e economia, em torno da manipulação da racionalidade limitada ou orgânica do eleitor através de comportamentos oportunistas, o direito financeiro brasileiro, a despeito de toda a deferência que recebeu da Carta de 1988, ficou ao largo. Não dispunha de ferramental teórico⁹¹ e normativo infraconstitucional para evitar o aparelhamento da política fiscal com finalidade político-populista. O jogo político não abria espaços para a regulamentação do direito constitucional financeiro.

A manipulação eleitoral exagerada da política fiscal, no entanto, gerou reflexos na própria percepção do eleitor sobre a condução da política macroeconômica em governos sucessivos. A recessão que sucedia à bonança dos gastos pré-eleitorais minava parte da *ingenuidade* do eleitor.⁹²

A *teoria das expectativas racionais* aplicada em cima do modelo de Nordhaus explica esta mudança de percepção do eleitor. O ciclo político oportunista eleitoral pressupõe gastos que serão seguidos de recessão após o período eleitoral, em um círculo constante que acaba por mitigar a *ingenuidade* do eleitor que antes dispunha de informações assimétricas ou imperfeitas. A esse modelo, deu-se o nome de *ciclo político oportunista racional* ou modelo de Rogoff e Sibert.⁹³

⁹⁰ Cf. ROGOFF, Kenneth Saul. Equilibrium political budget cycles. *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, nov. 1987. p. 1-35 (Working Paper nº 2428); DRAZEN, Allan; BRENDER, Adi. How do budget deficits and economic growth affect reelection prospects? Evidence from a large cross-section of countries. *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, Cambridge, nº 11862. p. 1-33, dez. 2005; e DRAZEN, Allan. The political business cycle after 25 years. University of Maryland, Hebrew University of Jerusalem. *NBER macroeconomics annual*, v. 15, p. 75-137, 2000.

⁹¹ Este instrumental teórico, decorrente da interação entre economia, ciência política, finanças públicas e direito já estava em processo de maturação avançado na academia norte-americana. Os trabalhos de Nordhaus e Williamson, inclusive, foram laureados com o prêmio Nobel de economia.

⁹² O comportamento do eleitor brasileiro diante dos ciclos políticos-eleitorais é tema de importante estudo dos professores da Escola de Economia da FGV/SP, Marcos Yamada Nakaguma, que, inclusive se notabilizou por ser uma autoridade deste tema no Brasil, e do Professor da Universidade de São Paulo, Siegfried Bender: Ciclos políticos e resultados eleitorais: um estudo sobre o comportamento do eleitor brasileiro. *Revista Brasileira de Economia*, v. 64, nº 1, p. 3-24, jan./mar. 2010.

⁹³ A referência é sobre o modelo desenvolvido pelo Professor de Economia da Universidade de Harvard, Kenneth Saul Rogoff, e da Professora de Economia da Birkbeck University of London, Anne Sibert. Cf. Elections and macroeconomic policy cycles. *The Review of Economic Studies*, v. 55, nº 1, p. 1-16, 1988.

A superação da *ingenuidade* pressupõe o aumento da racionalidade na percepção macroeconômica. Sob essa perspectiva, a escolha dos agentes políticos se torna mais consciente.⁹⁴

No Brasil da Nova República, especificamente, a aversão social em conviver com os custos da ineficiência da máquina estatal, agravada por sucessivas crises fiscais, em especial ao longo da década de 1990,⁹⁵ elevaram a percepção da sociedade em relação à função estabilizadora macroeconômica. O papel da política fiscal passa a ser relevante a partir de anseios sociais e políticos.⁹⁶ E, portanto, passa a ser relevante para o direito.

Esse fenômeno fica mais evidente quando se contextualiza a evolução do endividamento dos entes subnacionais com a paralela evolução normativo-teórica do direito financeiro, na busca de equilíbrio fiscal dos estados e municípios, contra seus ciclos políticos oportunistas.

1.4 A trajetória pendular do endividamento subnacional na lógica fiscal invertida brasileira

O crescimento da economia brasileira, do século XIX até o ano de 1980, considerando o PIB *per capita* calculado com base na paridade de poder de compra, foi expressivo. A distribuição de renda, no entanto, seguiu caminho inverso.⁹⁷ A disparidade muito acentuada no

⁹⁴ Sobre a influência direta dos ciclos políticos na condução dos investimentos públicos municipais no período pós-democratização, vide o excelente ensaio empírico do Professor da FEA-RP/USP: SAKURAI, Sérgio Naruhiko. Ciclos políticos nas funções orçamentárias dos municípios brasileiros: uma análise para o período 1990-2005 via dados em painel. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 39, n° 1, jan./mar. 2009; e o estudo dos professores da Columbia University Marcos Yamada Nakaguma e da Universidade de São Paulo, Siegfried Bender: Ciclos políticos e resultados eleitorais: um estudo sobre o comportamento do eleitor brasileiro cit., p. 3-24.

⁹⁵ Sobre a relação entre crise fiscal e a ineficiência estatal na década de 90, por todos, vide: ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio. O ajuste do governo central: além das reformas. In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (orgs). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 85-110.

⁹⁶ James Tobin trata da relação entre estabilidade macroeconômica e sua relação com a política, mediante sua experiência acadêmica na Universidade de Yale e como *advisor* de vários presidentes, com ironia de causa: “The story of macroeconomic and fiscal developments over the last forty years is an amalgam of economic theory, politics, and ideology. I admit to being both a Keynesian and a neoclassical economist and both a liberal and a conservative in public policy. I was an adviser to President Kennedy, and an informal consultant to other Democratic candidates. Win or lose, my advice was very often not taken” (TOBIN, James. Fiscal policy: its macroeconomics in perspective. *Cowles Foundation Discussion Paper*, n° 1301. p. 2, maio 2001).

⁹⁷ Os estudos referência sobre a desigualdade de renda no período do “milagre econômico” foram três. Os dois primeiros, de Albert Fishlow (Brazilian size distribution of income. *The American Economic Review*, v. 62, n° 1/2, p. 391-402, 1972) e de Rodolfo Hoffmann e João Carlos Duarte (A distribuição da renda no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro: FGV, v. 12, n° 2, p. 46-66, 1972), concluíam

nível de renda, “tanto entre diferentes grupos socioeconômicos como entre as regiões brasileiras”⁹⁸ acentuou-se, ferindo “o sentido de equidade ou justiça social”.⁹⁹

Os trabalhos que descrevem o crescimento notável da economia brasileira são baseados em estudo comparativo de Angus Maddison.¹⁰⁰ Limitado a selecionados países desenvolvidos e em desenvolvimento, de fato, percebe-se uma participação do PIB brasileiro, no período compreendido entre o Brasil Império até o ano de 1980, com as maiores taxas de crescimento do mundo.¹⁰¹

Mas cabe uma advertência metodológica. Maddison, para calcular o crescimento econômico leva em conta a teoria da paridade do poder de compra (*purchasing power parity*, ou PPP).¹⁰² Com base em formulação matemática desenvolvida por Gustav Cassel, que considera a Lei do Preço Único (LPU), “a paridade real entre dois países é representada por este coeficiente entre o poder de compra da moeda em cada um dos dois países”.¹⁰³

A partir da década de 1990, entretanto, ao lado do crescimento medido pelo Produto Interno Bruto (PIB), o desenvolvimento dos países passou a considerar um modelo de medida tríplice: (i) riqueza; (ii) educação; e (iii) expectativa média de vida. O modelo de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que marcou a Teoria do Desenvolvimento Humano do

pela concentração de rendas e refletiam pesada crítica sobre o modelo econômico adotado, principalmente em relação à política macroeconômica do governo e a instabilidade institucional totalitária. O terceiro, de Carlos Geraldo Langoni, foi importante para fixar consenso sobre o aumento da concentração de renda no período. Causou polêmica, entretanto, ao concluir que houve melhora no bem-estar social, por conta do aumento da demanda por mão de obra mais qualificada sem o que houvesse oferta suficiente. Cf. LANGONI, Carlos Geraldo. *Distribuição da renda e desenvolvimento econômico do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Pedro Herculano Guimarães Ferreira de Souza, em estudo recente e festejado, utilizando metodologia de Thomas Piketti, com informações colhidas das declarações de imposto de renda, e analisando o período de 1926 a 2013, chega a conclusões em linha com os dois primeiros estudos, reacendendo a polêmica. Cf. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, Brasília, 2016.

⁹⁸ Cf. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁰ Cf. MADDISON, Angus. A comparison of levels of GDP per capita in developed and developing countries, 1700-1980. *Journal of Economic History*, n° 43, p. 27-42, 1983.

¹⁰¹ Para ver as diferentes vertentes da história do desenvolvimento econômico mundial, ver: VILLELA, André. O desenvolvimento em perspectiva histórica. In: FERREIRA, Pedro Cavalcanti *et al.* *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹⁰² Um exemplo do desenvolvimento dessa teoria foi o popular índice “Big Mac” da revista *The Economist*.

¹⁰³ Cf. CASSEL, Gustav. Abnormal deviations in international exchanges. *The Economic Journal*, v. 28, n° 112. p. 413-415, dez. 1918.

economista paquistanês Mahbud Ul Haq e do seu colaborador, o indiano, Amartya Kumar Sen, rendeu aos dois o prêmio Nobel de economia de 1998.¹⁰⁴

Nota-se, entretanto, que, considerando ambos os critérios, mesmo em período de crescimento da economia e de grande endividamento dos entes subnacionais,¹⁰⁵ houve um cenário crônico de desigualdade de renda no país, em âmbito nacional certamente, mas muito agudo nas diferenças regionais.¹⁰⁶

A evolução econômica do Estado brasileiro *per si* não foi capaz de dirimir a desigualdade entre os entes federativos,¹⁰⁷ quer considerando o crescimento do PIB, quer considerando o IDH. Na visão de Celso Furtado, no Brasil, o problema do federalismo não se limita a choques culturais, étnicos ou religiosos. A luta está ligada “às aspirações de desenvolvimento econômico regional”.¹⁰⁸

A década de 1980, por sua vez, começa com uma das mais graves crises da história do desenvolvimento capitalista brasileiro.¹⁰⁹ A Constituição de 1988 foi fruto de um notável processo democrático de ruptura da conjuntura política totalitária. Seus primeiros passos, porém, foram dados no meio do caos macroeconômico.

¹⁰⁴ É o que Régis Fernandes de Oliveira, baseado na ilusão objetiva de Amartya Sen, no instinto desejante de Freud e na repressão dos desejos de Spinoza denomina “orçamento e felicidade” (Cf. *Gastos públicos* cit., p. 16, 25-28, 35-36, 113-123).

¹⁰⁵ Durante a década de 1970 houve um expressivo crescimento da dívida externa dos Estados. Como afirma Ana Ozorio de Almeida, “[e]sse processo pode ser compreendido sob dois aspectos. O primeiro se refere às transformações no mercado financeiro internacional [...] O acesso da economia brasileira a recursos externos, regulamentado pela Resolução 63/67 e pela Lei nº 4.131/62, entre outras, gerou condições para o surgimento de uma economia do endividamento, sancionada internamente pelas reformas institucionais do início do regime militar. O segundo aspecto é o da inserção do setor público estadual nessa economia de endividamento, a partir da peculiar teia de relações intergovernamentais estabelecida na década de 60” (ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Brasília: IPEA, 1996. Texto para Discussão 448. p. 8-9).

¹⁰⁶ Sobre o tema, para um estudo profundo do contexto histórico da época, ver: GUIMARÃES NETO, Leonardo. *Introdução à formação econômica do nordeste*. Recife: Massangana, 1989.

¹⁰⁷ Gilberto Bercovici, em estudo notável sobre desigualdade regional na perspectiva do direito econômico, ressalta que essa incapacidade denota uma falha no modelo federativo brasileiro, um vez que o dado essencial para a caracterização de um regime federal é a melhora da “estatalidade”, ou seja, do grau de qualificação de cada um dos entes “enquanto centros de poder político autônomo e de sua capacidade de influir na tomada de decisões do Estado como um todo” (*Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 147).

¹⁰⁸ Cf. FURTADO, Celso. A federação por fazer. Quem és tu, Federação? *Revista Rumos – os caminhos do Brasil em debate*. São Paulo: Comissão Nacional para as Comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, ano 1, nº 2, p. 329, mar.-abr. 1999, p. 37.

¹⁰⁹ Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A construção política do Brasil: sociedade, economia e Estado desde a Independência*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2014. p. 257.

Em um contexto de estagnação econômica severa que perdurou por toda a chamada “década perdida”, na seara de problemas a serem enfrentados pela política fiscal brasileira, ganhou relevo o endividamento dos entes subnacionais,¹¹⁰ decorrente, em boa medida, da falta de controle local do endividamento público.¹¹¹ A hierarquização da política fiscal brasileira na figura do ente central¹¹² gerou um *incentivo perverso*: “exímia de responsabilidade fiscal os governos subnacionais”.¹¹³

Essa consequência negativa já tinha sido identificada por Fernando Rezende na década de 1980, como “um aparente paradoxo: uma progressiva deterioração da situação financeira simultaneamente com um incremento acentuado na disponibilidade total de recursos à disposição dos Estados”.¹¹⁴

É uma *lógica fiscal invertida* em movimento pendular: quanto mais recurso o ente central disponibilizava para os entes subnacionais, maior era a necessidade de novos recursos e assim sucessivamente, até que o desajuste setorial aflorava ainda mais o desajuste central, em crise fiscal permanente.

A busca por estabilidade na política fiscal dos entes subnacionais partiu também de uma *lógica invertida*, ou seja, partiu de uma exigência da União. Com a edição de normas federais que regulavam o grau de endividamento dos entes subnacionais, a partir da percepção de que este descontrole fiscal influenciava a estabilidade macroeconômica,¹¹⁵ iniciou-se a trajetória de dependência normativa que viria a culminar com a atual eficácia social do direito financeiro.

Normas que se alinhavam ao conceito de responsabilidade na gestão fiscal passaram a ser editadas em sequência, no final da década de 1980 e, em especial, ao longo da década de

¹¹⁰ Sobre o tema, recomendamos o ensaio de: BAER, Mônica. *O rumo perdido: a crise fiscal e financeira do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

¹¹¹ Após a descentralização promovida pela Constituição de 1988, em todos os anos até 1996, a participação da dívida pública subnacional na Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) cresceu significativamente, segundo dados da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-mensal-da-divida-rmd/2020/6>. Acesso em: 7 ago 2020.

¹¹² Cf. AFONSO, José Roberto; RIBEIRO, Leonardo. Descoordenação fiscal na federação brasileira. *Conjuntura Econômica*, p. 35-36, mar., 2019. Este tema será aprofundado no capítulo 5.

¹¹³ Cf. GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Monica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. *Revista de Economia Política*, v. 27, nº 3, p. 3, 2007.

¹¹⁴ Cf. REZENDE, Fernando. Autonomia política e dependência financeira: uma análise das transformações recentes das relações intergovernamentais e seus reflexos sobre a situação financeira dos estados. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 12, nº 2, p. 491, ago. 1982.

¹¹⁵ Sobre esta percepção, ver: BACHA, Edmar Lisboa. O fisco e a inflação: uma interpretação do caso brasileiro. *Revista de Economia Política*, v. 14, nº 1, p. 5-17, 1994.

1990, ainda que com os percalços impostos pelos *ciclos políticos oportunistas* e inicialmente focadas em programas sucessivos de refinanciamento de dívidas.

Passaremos à análise dessas normas sob o referencial temporal dos dois grandes marcos do direito constitucional financeiro brasileiro: a Constituição de 1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

1.4.1 Da Constituição de 1988 até a Lei de Responsabilidade Fiscal

Com o impulso da renegociação da dívida externa brasileira, no final de 1989,¹¹⁶ o processo de refinanciamento da dívida dos entes subnacionais ganha fôlego às vésperas da posse do primeiro presidente eleito no período pós-ditadura. Um programa em larga escala de resgate financeiro dos entes subnacionais a ser promovido pela União é editado no apagar das luzes do governo José Sarney, a poucos dias da posse de Fernando Collor de Mello.

A Lei nº 7.976, de 27 de dezembro de 1989, dispunha sobre o refinanciamento por parte da União da dívida externa dos entes subnacionais,¹¹⁷ que havia sido tomada, com garantia da própria União, a partir da década de 1970, diante das dificuldades decorrentes das crises internacionais, notadamente dos dois choques do petróleo de 1973 e 1979.¹¹⁸

¹¹⁶ Danilo Jorge Vieira enumera algumas iniciativas de assunção de dívidas dos Estados por parte da União antes de 1989. O primeiro grande processo de refinanciamento, ocorrido à luz da Constituição de 1988, com a inclusão de Estados e Municípios ocorreu com a edição da Lei nº 7.976, de 27 de dezembro de 1989. A título informativo, transcrevemos a enumeração feita pelo autor: “[a] atuação do Governo Federal em relação aos Estados ocorreu da seguinte forma: interposição do Banco do Brasil para fazer frente aos débitos dos Estados (Avisos MF). Além disso, o Banco do Brasil viabilizou créditos para saneamento dos bancos estaduais (Lei 7.614/1987). No final da década, possibilitou a consolidação de operações pendentes juntos ao Tesouro Nacional, refinanciando por 20 anos as dívidas referentes aos Avisos MF, às operações ARO e outras (Lei 7.976/1989)” (*Finanças públicas e desenvolvimento econômico em Minas Gerais: as implicações da renegociação da dívida sobre as políticas de fomento estadual*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade de Campinas, Campinas, 2006).

¹¹⁷ Por meio do Banco do Brasil houve autorização legislativa para o refinanciamento dos empréstimos concedidos pelo Aviso MF-30 e demais.

¹¹⁸ Segundo relatório produzido pela Secretaria do Tesouro Nacional sobre a Lei nº 7.976/1989, do valor total disponibilizado pela referida legislação, através do Aviso MF 030, os Estados foram responsáveis por 35% do total, enquanto os Municípios, recém elevados à categoria de entes federativos pela Carta de 1988, responderam por apenas 8%. O restante ficou a cargo de entidades da administração indireta estadual, com o percentual de 57% o que já evidenciava o alto custo da máquina pública. Este foi o primeiro grande refinanciamento promovido pelo Governo Federal, e envolveu o montante histórico de US\$ 9,4 bilhões de dólares. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:28708. Acesso em: 5 ago. 2020.

As condições de refinanciamento e a falta de imposições fiscais mais contundentes transformaram a legislação conjuntural em política de estado. O Brasil iniciava, assim, um ciclo pouco virtuoso do federalismo fiscal, ditado pela política do *bailout*.¹¹⁹

Em 1993, após o *impeachment* portanto, e a partir de intensas negociações iniciadas já em 1990, ou seja, pouco depois da edição normativa do programa anterior, foi editada a Lei nº 8.727, de 5 de novembro.¹²⁰ O alcance dessa lei se limitou à dívida mobiliária de Estados e Municípios com a União e instituições financeiras federais,¹²¹ não abrangendo as dívidas “oriundas de repasses ou de refinanciamentos efetuados ao setor privado, ou ao setor público se contratados junto a instituição financeira privada”.¹²² Como parcela significativa da dívida subnacional de então foi tomada junto a instituições privadas, seus efeitos foram aquém do esperado.¹²³

Até este ponto, os programas de *bailout* se limitavam ao refinanciamento de dívidas. Não havia a instituição legal de contrapartidas fiscais e a paradoxal *lógica fiscal invertida* continuava em grande escala, com entes sedentos por recursos e a União assumindo o papel isolado do controle fiscal.

O âmbito de limitação, porém, era político. Somente através de dificuldades negociais impostas nos sucessivos pedidos de socorro financeiro, dos chamados “barões da federação”,¹²⁴

¹¹⁹ Jonathan A. Rodden, professor de Ciência Política no *Massachusetts Institute of Technology* desenvolveu um profundo estudo sobre o modelo de decisão estratégica e reputacional em países federalistas que adotaram a política de *bailout*. Partindo da comparação entre dados obtidos com o modelo de *bailout* adotado pela Alemanha no pós-guerra e no Brasil na década de 1980 e 1990, Rodden construiu o jogo do *bailout*. Os resultados demonstram que, embora não se possa basear a disciplina fiscal em empréstimos privados, o monopólio do empréstimo público traz problemas reputacionais quando o ente central resolve transformar a política de *bailout* em política fiscal permanente, como aconteceu nas últimas duas décadas do século passado e, atualmente, ocorre no Brasil com mais intensidade a partir da crise fiscal de 2014. Cf. RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006. p. 6. A matéria, porém, é polêmica, envolve uma situação histórica de *lock-in* em *path dependence* no federalismo brasileiro e, portanto, será analisada com a profundidade devida na seção 5.4.1.

¹²⁰ Alínea c do § 2º do art. 1º da Lei nº 8.727/1993.

¹²¹ Um detalhe interessante é que os Estados e Municípios puderam dar como garantia parcelas do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), apesar de a sua utilização como garantia ainda não estar prevista no art. 160 da Constituição, o que só viria a ocorrer em 1993, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3.

¹²² Cf. alínea c do § 2º do art. 1º da Lei nº 8.727/93: “§ 2º O refinanciamento de que trata este artigo não abrangerá as seguintes dívidas: [...] c) oriundas de repasses ou de refinanciamentos efetuados ao setor privado, ou ao setor público se contratados junto a instituição financeira privada”.

¹²³ Cf. GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Monica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual cit., p. 3.

¹²⁴ Na feliz ironia do cientista político Fernando Luiz Abrucio, os governadores tornaram-se, nesse sentido, os “barões da Federação”, com forte influência sobre o endividamento nacional até 1994: “Os

o Governo central conseguia impor algum limite fiscal.¹²⁵ Não havia uma cultura normativa de se exigir critérios objetivos de sustentabilidade e transparência fiscais. No vácuo legal, o aspecto político prevalece sobre o aspecto fiscal.

Mesmo o elevado crescimento econômico de 1993 e 1994 e o Plano Real, com seu cenário de inflação baixa, não foram suficientes para impedir a trajetória crescente da dívida dos entes subnacionais. Ao revés, o efeito foi inverso. Como afirma Ana Ozorio de Almeida:

[...] o êxito do plano de estabilização tornou explícita a fragilidade do padrão de financiamento do gasto público, impossibilitando a corrosão inflacionária dos gastos reais, enquanto as elevadas taxas de juros reais associadas ao controle da inflação contribuíram para a trajetória explosiva assumida pela dívida pública, notadamente a mobiliária.¹²⁶

As concessões com pessoal e crescimento vegetativo de folha¹²⁷ ocorridas devido ao ciclo político oportunista da época,¹²⁸ somadas à ineficiência administrativa, ao montante de dívida subnacional junto a instituições privadas, à antecipação desmedida de receitas tributárias futuras,¹²⁹ e à rolagem do estoque de títulos públicos¹³⁰ – já que novas emissões por Estados e Municípios estavam proibidas pelo art. 5º da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de

governadores eram fortes no cenário nacional graças à forte influência exercida sobre os parlamentares federais. Dessa maneira, os governadores conseguiam contrapor-se a qualquer iniciativa presidencial que visasse alterar a ordem federativa vigente, a qual era extremamente favorável às unidades estaduais” (*Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998. p. 217).

¹²⁵ Esse não é um problema exclusivamente brasileiro. Para um aprofundado estudo da crise dos entes subnacionais norte-americanos e os seguidos programas de *bailouts* promovidos pelo ente central, ver: SCHRAGGER, Richard C. Democracy and Debt. *The Yale Law Journal*, v. 121. p. 860-886, 2012.

¹²⁶ Cf. ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual* cit., p. 7.

¹²⁷ “[...] vários estados concederam, no segundo semestre de 1994 e no primeiro semestre de 1995, aumentos e vantagens salariais a seus servidores, os quais transformaram-se em aumentos reais. A estes aumentos vieram somar-se mecanismos de crescimento vegetativo automático das folhas salariais dos estados, sob a forma de incorporação de vantagens e gratificações previstas nas legislações estaduais”. Trecho do Voto do então Conselheiro Pedro Sampaio Malan, no famoso Voto CMN nº 162/1995. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/conselho-monetario-nacional-cmn/cmn-no-162-95>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹²⁸ Sobre as concessões políticas e o processo de estabilização do Real, por todos, ver: FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. *O desafio brasileiro*. Ensaio sobre desenvolvimento, globalização e moeda. São Paulo: Editora 34, 1999.

¹²⁹ Cf. REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto. *A federação brasileira: fatos, desafios e perspectivas*. Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, FGV e Fórum of Federations, 2004. p. 350.

¹³⁰ Como afirma Fábio Giambiagi e Mônica Mora, “[o] Senado Federal, em vista da omissão da EC 3/92, interpretou que essa rolagem incluía a atualização do principal e os juros pagos. Dadas as características das Letras Financeiras do Tesouro Estadual (LFTEs), a cada rolagem o montante reemitido crescia segundo a taxa Selic (bem acima da inflação) e levava em conta também os elevados deságios cobrados pelo mercado financeiro para carregarem os títulos estaduais. Assim a trajetória da dívida descolou-se daquela seguida pelos fluxos de receita e tornou-se explosiva” (GIAMBIAGI, Fábio; MORA, Mônica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual cit., p. 3).

1993, até 31 de dezembro de 1999 –, elevaram ainda mais a trajetória da dívida dos entes subnacionais.¹³¹

A continuidade do plano real e da estabilidade inflacionária dependiam, pois, do ajuste fiscal¹³² e este dependia do efetivo controle do endividamento dos entes subnacionais.

Diante deste quadro caótico, com a dívida subnacional atingindo o patamar de 16,6% do PIB em 1996,¹³³ a partir do Voto do Conselho Monetário Nacional nº 162/1995 é lançado o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, que, logo depois é positivado pela Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.¹³⁴

Diferentemente dos demais *bailouts*, a concepção deste programa se baseava em pilares de contrapartidas fiscais importantes,¹³⁵ para permitir a assunção de dívidas pela União.

Previa um programa de metas e compromissos ligados aos seguintes indicadores: (i) Dívida Consolidada; (ii) Resultado Primário; (iii) Despesa com Pessoal, (iv) Receitas de Arrecadação Própria; (v) Gestão Pública; e (vi) Disponibilidade de Caixa.¹³⁶

E a mais importante e ao mesmo tempo controvertida medida:¹³⁷ empoderava o Ministério da Fazenda, através da Secretaria do Tesouro Nacional a acompanhar as finanças estaduais, uma função inédita e então relevante para o macroprocesso traçado pela política fiscal da época, em um cenário de ajuste fiscal nacional.

Além disso, por meio de incentivo de redução de taxas de juros, compelia os Estados a privatizar empresas estatais, especialmente as distribuidoras de energia elétrica, a fim de consolidar

¹³¹ Sobre o crescimento exponencial da dívida dos entes subnacionais, especialmente a pós a implementação do Plano Real, ver: ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual* cit., p. 17 e ss.; e ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de; MORA, Monica. *Federalismo e dívida estadual no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 866.)

¹³² Cf. OLIVEIRA, Gesner. *Brasil real: desafios da pós-estabilização na virada do milênio*. São Paulo: Mandarim, 1996.

¹³³ Cf. GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Monica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual cit., p. 3.

¹³⁴ O programa foi estendido aos Municípios com a Medida Provisória nº 1.811, publicada pela primeira vez em 1999.

¹³⁵ Como afirma o Professor Francisco Luiz Cazeiro Lopreato, “[o] Programa de Ajuste Fiscal e Reestruturação Financeira dos Estados é um marco no relacionamento entre as esferas de governo, porque, pela primeira vez, associou o auxílio financeiro federal à reforma do setor público estadual e ao ajuste patrimonial” (LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 211).

¹³⁶ Cf. art. 2º, e incisos, da Lei nº 9.496/1997.

¹³⁷ Apesar de o alcance da política fiscal ser nacional, o órgão responsável pela sua regulação era federal. Essas aparentes incongruências na cooperação do federalismo fiscal brasileiro e seus reflexos negativos, como a judicialização excessiva de temas federativos fiscais, serão tratadas com mais profundidade no Capítulo 5.

o Programa Nacional de Desestatização (PND), que já estava em curso no âmbito federal, e atingia as principais empresas geradoras de energia elétrica, de propriedade da União. Os objetivos de reforma do estado e de melhora dos indicadores fiscais estavam subjacentes a esta medida.¹³⁸

Ao lado das inovações introduzidas pela Lei nº 9.496/1997, surgiu o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES), por meio da Medida Provisória nº 1.514/1996 e da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.365/1997. A intenção era fomentar a privatização e o saneamento de bancos estaduais e impedir que houvesse o financiamento de déficits das administrações estaduais pelas respectivas instituições financeiras. Esses *autofinanciamentos* tinham um potencial negativo ilimitado para a política fiscal.¹³⁹

As inovações introduzidas pela Lei nº 9.496/1997 foram importantes para descentralizar a responsabilidade fiscal entre os entes subnacionais, apesar de a arbitragem ser federal, e elevou a efetividade das normas de direito financeiro ao centro da discussão macroeconômica do país. Por outro lado, o *bailout* promovido pelo PAF e o custo fiscal do PROES tiveram um impacto financeiro agudo para a União.

Era preciso, então, avançar mais na cultura de responsabilidade fiscal, explorando as possibilidades da Constituição Financeira.

1.4.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal como marco da eficácia social do direito financeiro e de afirmação da lógica fiscal invertida

Todo esse arcabouço normativo elevou a efetividade do então contido direito financeiro, mesmo antes da edição da LRF.¹⁴⁰ As soluções de política fiscal para os problemas

¹³⁸ Sobre o PND no âmbito do ajuste fiscal, por todos, vide: NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Peres Peres. Privatização e ajuste fiscal: a experiência brasileira. *Planejamento e Políticas Públicas*, nº 17, p. 172-213, 1998.

¹³⁹ Sobre o potencial ilimitado de dano, vale a observação de Sérgio Werlang e Armínio Fraga: “A operação é simples: um banco oficial faz um empréstimo ruim ou, no caso dos bancos estaduais, é forçado a absorver os títulos estaduais de seu acionista majoritário (o estado a que pertence). Para isso captará depósitos a prazo e no CDI a taxas. Como esses bancos são grandes tomadores, normalmente há falta de recursos no mercado financeiro para os recursos demandados. A consequência [*sic*] é que o Bacen tem que aportar recursos, oficialmente através do redesconto ou de empréstimos de assistência a liquidez, normal ou extraordinário, ou ainda por via indireta, seja pelo Banco do Brasil seja utilizando Gerof como intermediária que repassa aos bancos privados para que estes em última instância repassem aos bancos estaduais” (WERLANG, Sérgio Ribeiro; FRAGA NETO, Armínio. Os bancos estaduais e o descontrole fiscal: alguns aspectos. *Revista Brasileira de Economia*, v. 49, nº 2, p. 266, 1995).

¹⁴⁰ Marcus Abraham, inclusive, cita as emendas constitucionais de reforma da administração pública e do estado, além das medidas fiscais dos entes subnacionais: “Antes da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, foram

de endividamento dos entes subnacionais não só poderiam, como deveriam passar pela regulamentação da Constituição Financeira.

Três grandes fatores internos e uma crise internacional precipitaram a discussão em torno da necessidade de adoção de parâmetros objetivos fiscais mais duradouros e abrangentes do que aqueles previstos na Lei nº 9.496/1997.

No âmbito interno: (i) a uma, o Plano Real, como visto, reduziu significativamente a inflação. E isso “comprometeu as receitas nominais decorrentes de aplicações financeiras, as quais vinham sendo utilizadas por muitos estados para custear despesas correntes, inclusive despesas de pessoal”.¹⁴¹ O chamado “imposto inflacionário”,¹⁴² que havia se tornado parte importante do planejamento fiscal estadual no financiamento do déficit público, desapareceu de forma abrupta; (ii) a duas, o aumento da taxa de juros para conter o avanço inflacionário através de captação de recursos externos na política monetária causou sérios impactos na política fiscal. A dívida pública, especialmente a dívida subnacional, disparou e impactou seriamente a situação fiscal nacional; (iii) a três, os seguidos *bailouts* aos entes subnacionais, o PROES e o PROER¹⁴³ enfraqueceram financeiramente a União.

No âmbito internacional, a crise dos países emergentes, iniciada através da crise dos Tigres Asiáticos de 1997, culminou com a moratória russa em agosto de 1998, e atingiu o Brasil com forte intensidade. As reservas cambiais captadas por taxas de juros altas para conter a inflação começaram a diminuir consideravelmente.

O Governo brasileiro, entretanto, enfrentando o ciclo político-eleitoral de 1998,¹⁴⁴ adotou postura oportunista e demorou a reagir.¹⁴⁵ Em 28 de outubro de 1998, com o presidente já reeleito,

adotadas aqui no Brasil medidas fiscais importantes durante a década de 1990, que fizeram parte de uma ampla política de ajuste fiscal. Três emendas constitucionais foram determinantes nesse sentido: as EC nºs 10/1996, 19/1998 e 20/1998. Programas de ajuste fiscal foram criados e diversas leis foram publicadas com o mesmo espírito” (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro* cit., p. 334).

¹⁴¹ Conselheiro Pedro Sampaio Malan no Voto CMN nº 162/95 cit., p. 2.

¹⁴² Sobre imposto inflacionário, ver: FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. O imposto inflacionário durante quatro hiperinflações. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 18, nº 2, p. 341-360, 1988.

¹⁴³ Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, implementado pela Medida Provisória nº 1.179 e a Resolução nº 2.208, ambas de 03.11.1995, que, ao contrário do PROES, dirigia-se às instituições financeiras privadas.

¹⁴⁴ A reeleição havia sido introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Desde então, todos os presidentes que se elegeram se reelegeram.

¹⁴⁵ Sobre a demora da reação do governo e a sua ligação direta com o ciclo eleitoral, ver: MONTEIRO, Jorge Vianna. Economia política da crise: o programa de estabilidade fiscal. *Revista da Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, v. 32, nº 5, p. 215-223, set./out. 1998.

de um lado, e com a situação fiscal, cambial¹⁴⁶ e monetária agravadas, de outro, e, ainda, com as negociações com o Fundo Monetário Internacional (FMI) para uma ajuda financeira já iniciadas,¹⁴⁷ a reação tardia finalmente começou. No plano da política fiscal, foi lançado o Programa de Estabilidade Fiscal (PEF), trazendo as bases de um pacto pela responsabilidade fiscal:

O governo federal apresenta à sociedade brasileira seu Programa de Estabilidade Fiscal, fundado em uma premissa básica: o Estado não pode mais viver além de seus limites, gastando mais do que arrecada.

O equilíbrio das contas públicas representa um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Trata-se, em essência, da introdução de mudanças fundamentais no regime fiscal do país, com o objetivo de promover o equilíbrio definitivo das contas públicas na velocidade necessária para permitir a consolidação dos três objetivos básicos do Plano Real: estabilidade da moeda, crescimento sustentado com mudança estrutural e ganhos de produtividade e a melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira¹⁴⁸.

O PEF, ao fim e ao cabo, foi fruto de uma exigência do próprio FMI para a liberação de recursos.¹⁴⁹ No plano ideológico, foi resultado de um *consenso político*¹⁵⁰ que havia culminado com a reeleição presidencial.¹⁵¹ E, por fim, foi uma necessidade da própria política fiscal, haja vista que o Plano Real não suportaria o desequilíbrio fiscal dos entes subnacionais por muito mais tempo, sem as condições econômicas favoráveis que existiam entre 1993 e 1994,

¹⁴⁶ Situação essa que viria a resultar na grave crise cambial de janeiro de 1999.

¹⁴⁷ Para um aprofundamento sobre as negociações com o FMI que culminaram com um pacote de ajuda anunciado em 13 de novembro de 1998, ver o detalhado ensaio do Embaixador: ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI de 1944 a 2002: um relacionamento feito de altos e baixos. *Revista História Hoje*, São Paulo, n° 1, p. 12-15, 2003.

¹⁴⁸ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/pef98.asp>. Acesso em: 10 maio 2016.

¹⁴⁹ Tanto que se inspirou no *Manual de Boas Práticas Fiscais* publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

¹⁵⁰ Sobre o conceito de *consenso político* na teoria neoinstitucionalista, ver: HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 193-223.

¹⁵¹ Cf. Emenda Constitucional n° 16, de 4 de junho de 1997. A literatura sobre a reeleição norte-americana, cuja democracia é mais bem consolidada que a brasileira, divide-se a respeito dos incentivos à racionalidade política em relação à reeleição. Para uma visão favorável, ou seja, de que a reeleição de fato aguça a racionalidade do ocupante do cargo e estimula incentivos punitivos dos eleitores, por todos, ver o artigo clássico de: BARRO, Robert J. The control of politicians: an economic model. *Public Choice*, v. 14, n° 1, p. 19-42, 1973. Contra, em uma visão focada na legitimidade político-democrática, ver a obra seminal de Alexis de Toqueville, de grande influência na América Latina: *Da democracia na América*. Tradução do original em francês de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide, 2019. p. 212 e ss. No Brasil, inicialmente, a discussão ficou ao redor da necessidade ou não de desincompatibilização do cargo para a disputa da reeleição majoritária. A controvérsia foi dirimida com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.805-MC (DJU 14.11.2003), em que a Corte, através do voto do Relator, Min. Néri da Silveira, decidiu pela desnecessidade de desincompatibilização do mandato. No plano político, em recente artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 5 de setembro de 2020, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso admitiu ter sido um erro apoiar e estimular a reeleição em 1997: “Devo reconhecer que historicamente foi um erro: se 4 anos são insuficientes e 6 anos parecem ser muito tempo, em vez de pedir o 4° ano o eleitorado dê 1 voto de tipo ‘plebiscitário’, seria preferível termos 1 mandato de 5 anos e ponto final” (CARDOSO, Fernando Henrique. Reeleição e crises. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 5 set. 2020, Seção Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,reeleicao-e-crisis,70003427387>. Acesso em: 17 set. 2020).

e envolto em uma crise internacional que afetava a captação de investimentos internacionais, mesmo com atrativa taxa de juros.

No vale fiscal pós-eleitoral, intensificado por um *arranjo institucional* que aceitava sem maiores obstruções o comportamento oportunista eleitoral, a Lei de Responsabilidade Fiscal surge no *ambiente institucional* brasileiro, com a intensão imediata de superar mais uma recessão ligada a um ciclo-eleitoral oportunista. Dessa vez, porém, a *democracia de negociação*¹⁵² brasileira estava permeada pela estabilidade da moeda que havia se tornado uma realidade dominante no discurso político. A crise sistêmica de endividamento dos entes subnacionais¹⁵³ encontrava uma resposta estrutural mediata ao sanar um hiato punitivo histórico do mau gestor.¹⁵⁴

Resultado de um trabalho inovador da Assembleia Constituinte de 1987 que, ao contrário do que existia na Constituição de 1967, dedicou um artigo ao então chamado “Código de Finanças Públicas”,¹⁵⁵ demonstrando preocupação já naquela época com o “controle social do gasto e da dívida pública”,¹⁵⁶ no que viria a se tornar o art. 163 da nova Carta. A nova disposição trazia também importante inovação quanto ao processo legislativo: submetia a regulação da dívida pública à lei complementar e retirava do Senado Federal¹⁵⁷ a competência privativa que detinha sobre a dívida pública subnacional.¹⁵⁸

¹⁵² Ver seção 5.2.1, *infra*.

¹⁵³ Entre os autores que compactuam com a tese de que a LRF foi uma resposta ao endividamento dos entes subnacionais, posição com a qual concordamos, a partir de toda a evolução fiscal e macroeconômica do período, ver: ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de; MORA, Monica. *Federalismo e dívida estadual no Brasil* cit.; MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ASAZU, Cláudia Yukari; ABRUCIO, Fernando Luiz. *A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF): a construção de uma agenda*. São Paulo: Atibaia, 2003. (XXVII Encontro da AnPAD.) Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/7/enanpad2003-pop-1361.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

¹⁵⁴ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: RT, 2001. p. 19.

¹⁵⁵ O país já tinha tido um “Código de Finanças Públicas”, com o Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922. Após essa experiência, a matéria se dissipou em leis específicas para cada ramo e não houve mais uma codificação da legislação. Além disso, faltava uma lei nacional robusta sobre o tema, o que só ocorreria com a Lei de Responsabilidade, como veremos no item subsequente.

¹⁵⁶ Nas palavras do constituinte Relator José Serra: “Importantes inovações do Substitutivo dizem respeito à Lei do Sistema Financeiro Nacional e ao *Código das Finanças Públicas*, que reestruturarão os sistemas financeiros público e privado, estabelecerão as novas regras pertinentes à organização e ao funcionamento desses sistemas. O eixo da reformulação e da consolidação desses corpos legais deverá ser a promoção do desenvolvimento equilibrado, com juros compatíveis com a produção; transparência das operações, sobretudo as que envolvam o setor público; *controle social do gasto e da dívida pública*; e inibição da especulação improdutiva como prática generalizada na vida econômica do País” (Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao5/subcomissao5b. Acesso em: 3 abr. 2016 – grifos nossos).

¹⁵⁷ O que foi um grande avanço por conta da força política que os governadores, chamados como visto de “barões da federação”, exerciam sobre o Senado Federal. Cf. ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira* cit.,

¹⁵⁸ Cf. Art. 45, inciso II, da Constituição de 1967.

Após a promulgação da Constituição, o dispositivo ficou sem eficácia normativa por mais de uma década. A primeira iniciativa de compromisso político-institucional com a responsabilidade fiscal se deu por iniciativa parlamentar, durante a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 173, de 18 de agosto de 1995, após o Plano Real, mas antes da Lei nº 9.496/1997 e da crise externa de 1998. O que revela uma *policy* (conteúdo da política) e um *politics* (processos políticos) que ganhou sustentação ao longo da experiência fiscal da década de 1990.

A iniciativa parlamentar, pois, estimulou a inserção do texto do art. 30 na Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que assim estabelecia: “O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda”.

Em 1999, foi encaminhado pelo Poder Executivo o projeto de lei complementar nº 18, de 18 de março. Após a Câmara promover mudanças formais, em observância à Lei Complementar nº 95/1998, e, principalmente, superar uma tradução, por vezes, literal e ingênua do *Fiscal Responsibility Act* neozelandês,¹⁵⁹ o substitutivo apresentado pelo Deputado Pedro Novais acrescentou pontos materiais que tornaram a lei ainda mais rigorosa do ponto de vista fiscal.¹⁶⁰ O projeto, então modificado, recebeu expressiva votação em ambas as Casas legislativas.¹⁶¹

Com seu alcance nacional¹⁶² como norma geral de direito financeiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal surgiu como norma regulamentadora de diversos dispositivos da Constituição, precipuamente do art. 163.¹⁶³ Surgiu também exercendo forte impacto, em todas

¹⁵⁹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 41-42.

¹⁶⁰ Cf. AFONSO, Jose Roberto Rodrigues. *Responsabilidade fiscal no Brasil: uma memória da lei*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2010. p. 8. Ricardo Lobo Torres comunga da mesma opinião: “[o] projeto do Executivo (nº 18/99) foi “inteiramente reformulado, para melhor, na Câmara dos Deputados, através do substitutivo apresentado pelo Deputado Pedro Novais, aprovado em 3 de fevereiro de 2000” (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição cit., p. 40).

¹⁶¹ Na Câmara, a votação alcançou a expressiva margem de 385 votos a favor e 86 votos. No Senado, 60 votos a favor e 10 votos contra.

¹⁶² O caráter de norma nacional tem forte aceitação doutrinária. Por todos, ver: OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Responsabilidade fiscal* cit., p. 24; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição cit., p. 40-42; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p.307-336.

¹⁶³ O caráter nacional das normas da LRF foi atacado através de algumas ADIs, em especial a ADI 2.238/DF. Sob o argumento de que a LRF não havia regulamentado todos os incisos do art. 163 da Constituição, tentou-se descaracterizar o seu caráter de norma geral. Através de recente decisão unânime e nos termos do voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, entendeu o Plenário que a previsão constitucional em vários incisos, não obriga que “tenha uma única lei de ser editada para tratar de todas” e conclui que “não só não estava o legislador obrigado a

as esferas de governo, nos Poderes, nos Tribunais de Conta, no Ministério Público e nas entidades da administração, a exemplo da experiência internacional de países cujo desenvolvimento fiscal se encontrava em estágio mais avançado¹⁶⁴

Além de seu amplo reflexo subjetivo, a LRF modificou aspectos materiais da atividade financeira do Estado. Como afirma o professor titular de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Marcus Abraham, “[a] partir da LRF, a responsabilidade na atividade financeira é requerida em todas as etapas do processo fiscal, desde a arrecadação, passando pela gestão, até a aplicação dos recursos na sociedade de maneira responsável, ética, transparente e eficiente”.¹⁶⁵

Seus quatro vetores axiológicos precípuos, portanto, planejamento, transparência, responsabilidade e controle, fixaram a responsabilidade fiscal como contraponto à completa desorganização que imperava na arrecadação de receitas e na realização de despesas,¹⁶⁶ evolução sensível em matéria de finanças públicas e, por via de consequência, estimularam uma vasta produção acadêmica, que influenciou diretamente na elevação da responsabilidade fiscal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, o *planejamento*, com um capítulo específico, reforça a previsibilidade e controle orçamentários, reafirma a tendência do art. 165 da Constituição, principalmente no que diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias.¹⁶⁷ Torna peça norteadora

editar uma única lei complementar para regulamentar todo o art. 163 da Constituição, como fez bem em não fazê-lo” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-DF Relator Ministro Alexandre de Moraes, 24 jun. 2020. p. 12-13). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344404366 &ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁶⁴ A LRF teve como inspiração primeira a *Fiscal Responsibility Act*, que simplificou e trouxe transparência para o modelo fiscal da Nova Zelândia em 1994; o *Budget Enforcement Act*, norma norte-americana de 1990, que trouxe, em síntese, o conceito de *accountability* para o direito positivo brasileiro, com mecanismos qualitativos de controle de gastos, o conceito de *sequestration*, ou seja, com a imposição de metas de superávit e limitações no empenho para garantir as metas fiscais, e o *pay as you go*, com o conceito de compensação orçamentária para atos que provoquem aumento de despesa. Além disso, teve inspirações do Pacto de Estabilidade e Crescimento, firmado pelos países da União Europeia em 1997, com normas de saúde fiscal que deveriam ser observadas pelos países do bloco, com origem no Tratado de Maastrich de 1992. Há quem diga, como Fabio Giambiagi e Mônica Mora (Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual cit., p. 6) que a LRF se baseou no *Manual de boas práticas fiscais* publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Geroge Kopitz, no entanto, responsável pela elaboração do referido *Manual*, inclusive, encaminhou um ofício em 19 de fevereiro de 1999, criticando o anteprojeto de lei complementar: Cf. AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Responsabilidade fiscal no Brasil: uma memória da lei cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ Cf. *Reflexões sobre finanças públicas e direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 17.

¹⁶⁶ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes. 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 25.

¹⁶⁷ A seção I do capítulo II da LRF, que tratava do Plano Plurianual (PPA), sofreu veto presidencial. Em suas razões de veto, o Presidente da República aduziu três razões: (i) a fixação de prazo afeta a qualidade da proposta do projeto de lei do plano plurianual; (ii) a fixação da mesma data para todos os entes pareentarem o projeto de PPA não considera as diferenças estruturais entre eles, principalmente entre peculiaridades e

da ação fiscal responsável, em diálogo com a Lei Orçamentária Anual.¹⁶⁸ Confere, assim, densidade jurídica ao planejamento estratégico¹⁶⁹ *ex ante*. Abre as portas para a adoção de técnicas orçamentárias mais modernas no Brasil, em interpretação conjunta com a Lei nº 4.320/1964, também com caráter de norma geral e nacional, e do alcance da expressão *orçamento-programa*, previsto em seu art. 2º.¹⁷⁰

Como decorrência direta do Estado Democrático de Direito, surgem dois vetores importantes da LRF. O primeiro, a *responsabilidade*, que pode se apresentar sob dois aspectos. Como forma de impedir critérios inadequados e irresponsáveis para a realização de gastos públicos¹⁷¹ e como decomposição biunívoca, do princípio democrático, ao lado da legitimidade, que impõe punição a gestores públicos que ajam em desacordo com a vontade democrática.¹⁷²

complexidades de municípios de menor porte; e (iii) “o veto dos prazos constantes do dispositivo traz consigo a supressão do Anexo de Política Fiscal, a qual não ocasiona prejuízo aos objetivos da Lei Complementar, considerando-se que a lei de diretrizes orçamentárias já prevê a apresentação de Anexo de Metas Fiscais, contendo, de forma mais precisa, metas para cinco variáveis - receitas, despesas, resultados nominal e primário e dívida pública -, para três anos, especificadas em valores correntes e constantes.” Cf. Mensagem nº 627, de 4 maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/2000/vep101-00.htm. Acesso em 14 de Ago. 2020.

¹⁶⁸ Heleno Taveira Torres destaca, com particular precisão, o alcance político do orçamento: “Após o sufrágio popular, o ‘orçamento público’ é ato constitucional dos mais representativos da democracia e da república, sem o qual o próprio Estado Constitucional restaria incompleto e desnaturado” (Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira cit.*, p. 346).

¹⁶⁹ Marilyn Marks Rubin e Katherine Willoughby, inclusive, conduziram recente pesquisa com diversos modelos de orçamentos e chegaram à conclusão de que o melhor desempenho, tanto no que se refere às medidas de acompanhamento, quanto no que se refere ao atingimento dos resultados do *budget decision-making* são alcançados quando há um planejamento estratégico (*strategic planning*). RUBIN, Marilyn Marks; WILLOUGHBY, Katherine G. Measuring Government Performance: The Intersection of Strategic Planning and Performance Budgeting. In: JOICE, Paul; BRYSON, John. M.; HOLZER, Marc (ed.). *Developments in Strategic and Public Management*. London: Palgrave Macmillan, 2014. p. 41-58. IIAS Series: Governance and Public Management (International Institute of Administrative Sciences (IIAS) – Improving Administrative Sciences Worldwide). Disponível em: https://doi.org/10.1057/9781137336972_3. Acesso em: 14 ago. 2020.

¹⁷⁰ Marcus Abraham constata que a LRF trouxe a cultura ausente do planejamento para ciclo orçamentário brasileiro. “O fato é que, até a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 4 de maio de 2000, verificava-se uma situação de total ausência de planejamento orçamentário pelos entes públicos. Justificava-se tal estado de coisas, principalmente, pela não edição da lei complementar exigida pela Constituição (art. 165, § 9º, da CF), necessária para definir os contornos básicos dos três instrumentos que integram o processo orçamentário nacional [...]” (*Lei de responsabilidade fiscal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017. p. 33).

¹⁷¹ O controle qualitativo da alocação de recursos é um dos objetivos do Estado Constitucional. Juarez Freitas destaca “[o] Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das *escolhas administrativas legítimas*” (*Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9 – grifos nossos). No mesmo sentido, ver: DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários sobre os arts. 40 a 77. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 261-349; BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. *Temas de Direito Constitucional*, v. 1, p. 113, 2002.

¹⁷² Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 221. p. 75, jul./set. 2000.

O segundo, a *transparência*, que chega ao âmbito fiscal,¹⁷³ como indissociável¹⁷⁴ atributo da publicidade da função administrativa, prevista no art. 37 da Constituição, como essência do Estado Democrático de Direito,¹⁷⁵ e impondo mais do que a publicidade formal, mas a possibilidade de controle amplo.¹⁷⁶ Nessa linha, em uma vertente de influência norte-americana,¹⁷⁷ os incentivos e as respectivas renúncias de receita deverão ser informados e justificados,¹⁷⁸ adotando-se o conceito que Stanley Surrey e Paul McDaniel deram a esses gastos indiretos, ou “gastos tributários” (*tax expenditures*).¹⁷⁹

O *controle* apresenta-se como uma síntese dos demais vetores, utilizando o planejamento, a transparência e a responsabilidade, como balizadores subjetivos, temporais e valorativos. Do ponto de vista subjetivo, a LRF, por inspiração direta da *accountability* norte-americana,¹⁸⁰ aumentou o leque dos autores que devam estar envolvidos com a fiscalização. Ao lado do controle interno e externo, portanto, aparece o controle social, como corolário do Estado

¹⁷³ Para Ricardo Lobo Torres, “[o] princípio da transparência aparece também amalgamado ao da responsabilidade fiscal (*accountability*), constituindo mesmo um subprincípio deste” (O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 8, p. 141, 2001).

¹⁷⁴ Helene Torres ressalta a importância da transparência: “[e]m matéria financeira, transparência e Estado Democrático de Direito são *indissociáveis*” (*Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira cit.*, p. 356 – grifos nossos). No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres: “O princípio da transparência aparece também amalgamado ao da responsabilidade fiscal (*accountability*), constituindo mesmo um subprincípio deste” (O princípio da transparência no direito financeiro cit., p. 141).

¹⁷⁵ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 142. Ricardo Lobo Torres ressalta o caráter de princípio constitucional implícito: “A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade” (O princípio da transparência no direito financeiro cit., p. 133).

¹⁷⁶ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Responsabilidade fiscal cit.*, p. 84.

¹⁷⁷ Sobre a transparência na *accountability* norte-americana, por todos, ver: BRIN, David. *The Transparent Society*. Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom? Massachusetts: Perseus Books, 1998.

¹⁷⁸ Cf. art. 14 da LRF e art. 165, § 6º, da Constituição. Para uma visão global do assunto, sugerimos: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual cit.*, p. 398-403; GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 439-448; ANDRADE, José Maria Arruda de. A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-30/estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos>. Acesso em: 13 ago. 2017; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição cit., p. 258-261.

¹⁷⁹ Cf. MCDANIEL, Paul; SURREY, Stanley. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. 27, n° 5, p. 676-737, 1976.

¹⁸⁰ “A *accountability* surgiu como uma questão central nas investigações a respeito do período de pós-transição na América Latina, conferindo-se grande destaque à necessidade de serem tornados mais efetivos os seus mecanismos, apontados como um grande desafio para a consolidação e o aprimoramento da qualidade democrática” (WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 23).

Democrático de Direito,¹⁸¹ de forma que a *accountability* se apresenta como importante atributo da democracia.¹⁸² O momento temporal de controle, por outro lado, perpassa todo o processo de fiscalização financeira e orçamentária, podendo ser prévio, concomitante e subsequente.¹⁸³ A valoração dos resultados e a eficiência alocativa dos gastos é feita através de um acompanhamento e de uma avaliação do equilíbrio orçamentário, do cumprimento de metas e dos níveis de déficit público, usando os indicadores fiscais previstos na LRF.

Em relação aos entes subnacionais, quando a LRF foi gerida, havia uma preocupação maior com o saneamento das dívidas de Estados e Municípios do que da própria União.¹⁸⁴ Os quatro paradigmas principiológicos e suas respectivas regras pretendiam, portanto, exercer um papel estrutural e permanente na gestão fiscal dos entes subnacionais. Obrigaram o planejamento e a transparência, aprimoraram os mecanismos de controle e, sobretudo, elevaram à normatividade jurídica *responsiva* o oportunismo dos ciclos políticos-eleitorais.¹⁸⁵

E veio em bom momento. A alta volatilidade macroeconômica da década anterior fez aflorar um *consenso político*¹⁸⁶ em torno da estabilidade fiscal. Com a superação da inflação, a preocupação macroeconômica voltou-se para os fundamentos da estabilidade de longo prazo. O centro do debate girava em torno do equilíbrio das contas públicas. Ao lado do câmbio

¹⁸¹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 457-458.

¹⁸² Sobre a evolução da *accountability* par e passo com a evolução dos valores democráticos, ver a clássica obra de Frederich Mosher: *Democracy and the public service*. New York: Oxford University Press, 1968. Em português, indicamos: CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, v. 24, nº 2, p. 30-50, 1990; ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranulfo F. *Accountability, representação e estabilidade política no Brasil*. In: ABRÚCIO, Fernando (org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC (Parte1)*. Brasília, 2002. (Coleção Gestão Pública, v. 7.).

¹⁸³ “O controle na fase de elaboração da proposta orçamentária, pelo Poder Executivo, e de aprovação das leis orçamentárias, pelo Poder Legislativo, tem caráter prévio. Quando do acompanhamento da execução orçamentária, dá-se o controle concomitante. Concluída a execução orçamentária, faz-se o controle posterior das contas públicas” (LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. *Fiscalização financeira e orçamentária*. In: HORVARTH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 126).

¹⁸⁴ Cf. TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. p. 10-11. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/entendendo-a-lrf/2000/30>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁸⁵ A doutrina jurídica reconhece amplamente este fenômeno “do outro que pague”, como um mecanismo de endividamento eleitoral, como visto na tinta irônica e precisa de Régis Fernandes de Oliveira (*Curso de direito financeiro* cit., p. 686). Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que este fenômeno cria o ciclo dos “três vilões das finanças públicas: o *déficit público*, que ocorre quando os governos gastam mais do que arrecadam; a *dívida pública*, que é a expressão do déficit que se transfere de um orçamento para o outro, prejudicando novos programas que poderiam ser executados; e o *endividamento público*, que se instala, cronicamente, no processo de acumulação da dívida pública e passa a absorver cada vez mais recursos públicos para seu serviço e amortização” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos* cit., p. 73 – grifos nossos).

¹⁸⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Diário de um século: autobiografia* cit., p. 323.

flutuante, o sistema de metas de inflação e de superávit para o setor público, foi marcante no início do século XXI.

E foi bem-sucedida. O sistema de metas evitou o descontrole inflacionário e estimulou a retomada econômica, apesar de a taxa de juros continuar elevada e com uma desvalorização cambial significativa.¹⁸⁷

A Lei de Responsabilidade Fiscal surgiu, portanto, como importante marco dogmático da efetividade do direito financeiro e foi resultado da longa escalada em *path dependence*. A experiência normativa e o aprendizado social¹⁸⁸ que perpassa o modelo do federalismo fiscal brasileiro acende na *cultura política participante*¹⁸⁹ os anseios de que eram necessárias mudanças na política fiscal.¹⁹⁰ A lógica fiscal invertida, por outro lado, estava consolidada: os entes federativos deviam reverência a um órgão do Poder Executivo federal.

1.5 Conclusões parciais. Protagonismo normativo e conflito federativo: as duas faces da efetividade financeira

A regulamentação legal do direito constitucional financeiro gerou importante consequência do ponto de vista federativo. A Secretaria do Tesouro Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda e, portanto, ao Poder Executivo nacional, foi alçado à condição de fiador da política fiscal nacional. E a lei de responsabilidade fiscal veio a consolidar este papel

¹⁸⁷ Para um aprofundamento do tema, sugerimos: BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier *et al.* *Economia brasileira no período 1987-2013: relatos e interpretações da análise de conjuntura* no Ipea. Brasília: Ipea, 2015. especialmente o Capítulo 4. Para uma visão contemporânea sobre o tema, ver a recentíssima crítica de: ROCHA, Francisco Sérgio Silva da. A Lei Complementar nº 101/2000 no mar tempestuoso do desequilíbrio fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 287-302.

¹⁸⁸ Sobre o processo de *path dependence* e *social learning* que culminou com a LRF, ver: ASAZU, Cláudia Yukari; ABRUCIO, Fernando Luiz. *A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)* cit.

¹⁸⁹ Gabriel Almond e Sydney Verba, com base na classificação weberiana, chamam de *cultura política participante* aquela definida como: “the one in which the members of the Society tend to be explicitly oriented to the system as a whole and to both the political and administrative structures and processes: in other words, to both the input and output aspects of the political system” (ALMOND, Gabriel A.; VERBA, Sidney. *The Civic Culture. Political attitudes and democracy in five nations*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1963 (Kindle edition 2015), p. 19).

¹⁹⁰ Sobre a evolução da cultura política da década de 1990, acerca da necessidade de resolver o problema fiscal nacional e subnacional, vide a excelente tese de Cristiane Kerches da Silva Leite, que, com base no neoinstitucionalismo das escolhas racionais de Peter Hall e profunda pesquisa de dados, descreve o momento político e social que culminaram *consenso decisório* em torno da Lei de Responsabilidade Fiscal (LEITE, Christiane Kerches da Silva. *O processo de ordenamento fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Tese (Doutorado em ciência política) – Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, São Paulo, 2005).

de forma permanente com o estabelecimento de um programa de metas, equilíbrio orçamentário, controle de contas e superávit em âmbito nacional. E, como veremos, esta abrangência nacional de um órgão federal suscitou conflitos federativos.

No *consenso* macroeconômico em relação à sustentabilidade fiscal, aos entes subnacionais não era mais permitido o alto grau de endividamento cíclico ou eleitoral que caracterizou as décadas passadas. As fortes corporações, o populismo eleitoral e as culturas coronelistas¹⁹¹ e patrimonialistas são mais fortes quanto mais se afasta do centro político. A dominação tradicional patriarcal weberiana no Brasil em âmbito local é mais sentida do que em âmbito nacional.¹⁹²

Por conta dessa realidade socioeconômica brasileira e pela necessidade de respostas rápidas à gravidade dos quadros fiscal, cambial e monetário, o Governo Federal se tornou o fiador da estabilidade macroeconômica, através de uma atuação ativa da Secretaria do Tesouro Nacional. Revestindo-se do papel de uma verdadeira *agência reguladora fiscal nacional*, e com base nas novas disposição da LRF, a STN passou a impor controle e restrições aos entes subnacionais que historicamente careciam de grau de autonomia fiscal efetiva,¹⁹³ suficientes para trabalhar mecanismos sofisticados de controle de gastos em seus limites de captura políticos locais.

A efetividade do direito financeiro se estabilizava e a *política fiscal* passava a gozar de uma *garantia material*, ou seja, “de um programa normativo baseado na certeza jurídica”,¹⁹⁴ dada pela força normativa da Constituição Financeira. A consolidação da eficácia social, no

¹⁹¹ Vitor Nunes Leal, em primorosa obra, destaca a influência local eleitoral do coronelismo: “A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o ‘coronel’ como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais” (*Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 56).

¹⁹² Desde as cartas de privilégio, processo utilizado pela monarquia portuguesa como projeção do seu monopólio real para a concessão de permissões de exploração para terras, o patrimonialismo brasileiro tem características coloniais portuguesas. Raymundo Faoro, seguindo a tese de dominação weberiana, demonstra que o patrimonialismo no Brasil tem no Rei a sua figura de poder e na regionalização a sua expressão de poder: “[o] rei permaneceria comerciante, sem envolvimento imediato no negócio, mas vigilante, com o aparelhamento estatal a serviço de seus interesses. O primeiro concessionário, um cristão-novo, Fernão de Loronha, associou à empresa os mais ricos comerciantes de Lisboa. A concessão se fez mediante cartas de privilégio, na forma das antigas praxes portuguesas com respeito aos comerciantes estrangeiros” (*Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 2012. p. 125).

¹⁹³ Voltaremos a esse tema, decorrente da análise da cooperação no federalismo fiscal brasileiro, no Capítulo 5.

¹⁹⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18.

entanto, expôs um problema crônico no federalismo brasileiro: o conflito por autonomia nas interações entre os entes federativos e a União.¹⁹⁵

Nesse ponto específico, diversos questionamentos surgiram em relação à LRF. Fundamentadas, em sua maioria, nos limites e possibilidades das interações federativas, as discussões focavam a abrangência da lei e a autonomia dos entes federativos, com base no princípio federativo, e na separação de poderes.

Indagações de cunho formal e material foram expressas através de ações constitucionais diversas. Em especial, no tocante ao endividamento,¹⁹⁶ a ADI 2250, proposta pelo Estado de Minas Gerais,¹⁹⁷ questionou a limitação às operações de crédito recíprocas, prevista no art. 35 da LRF, e a legitimidade da STN para avaliar contas e impor sanções aos entes subnacionais. Discutindo norma prevista no art. 51, que, em seu § 2º, impõe sanção pelo não envio à STN de informações fiscais, o Estado contestava o impedimento de recebimento de transferências voluntárias e a contratação de operações de crédito.

A liminar foi indeferida em 2003, de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal, e 14 anos depois a ADI foi finalmente julgada. Em 21.08.19, a liminar foi

¹⁹⁵ Virgílio Afonso da Silva identifica este problema: “Embora a promulgação da Constituição de 1988 tenha marcado uma tentativa de estabelecer um federalismo robusto, depois de um período extremamente centralizador sob a Constituição de 1969, inúmeros fatores têm minado a realização dessa tarefa, como, a extrema desigualdade regional e a jurisprudência centralizante do STF, por exemplo. Como resultado, embora a Constituição de 1988 preveja diversas competências concorrentes, a serem exercidas por todas as unidades da federação, o que poderia fomentar a cooperação entre elas, o fato é que em inúmeras áreas, a União claramente tem, ao menos do que diz respeito às competências legislativas, um papel dominante, deixando muito pouco aos outros membros da federação” (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021. p. 85-86).

¹⁹⁶ A professora Misabel Derzi, inclusive, então Advogada-Geral do Estado de Minas Gerais, subscreveu a ADI 2250 questionando, os aspectos formais e materiais, da LRF, no tocante ao art. 35 e ao art. 51: “[...] a denominada ‘Lei de Responsabilidade Fiscal’, apresentada com o propósito de, enquanto lei de caráter nacional, estabelecer ‘normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo 11 do Título VI da Constituição’ (art. 1º), ultrapassou os limites constitucionais atribuídos ao legislador complementar, porquanto estabeleceu vedações e criou obrigações não previstas na Constituição Federal, malferindo a autonomia dos Estados-membros e, também, dos Municípios, substrato do federalismo” (Petição inicial da ADI 2250-4 (DF). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1833269>. Acesso em: 14 ago. 2020).

¹⁹⁷ Interessante discussão foi travada com relação à disposição do art. 35 que proíbe operação de crédito, direta ou indiretamente, reciprocamente entre entes da federação. O objetivo era evitar os sucessivos refinanciamentos das dívidas dos entes subnacionais com a União. Para parcela significativa da doutrina, entretanto, este dispositivo fere a autonomia do ente federativo. Como afirma Régis Fernandes de Oliveira: “Pode a lei, ainda que complementar, limitar a dimensão de pessoas de direito público dos entes federados? Como estamos em uma Federação, descabe à lei federal, ainda que complementar, retirar dos entes federados menores um de seus maiores atributos, que é o de veicular-se contratualmente” (*Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 70). No mesmo sentido, ver: DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários sobre os arts. 40 a 77 cit., p. 286.

reafirmada, novamente de forma unânime, nos termos do voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Por ocasião do julgamento, em conjunto com outras medidas que atacavam outros dispositivos da LRF,¹⁹⁸ mas basicamente sobre os mesmos argumentos, o Plenário do STF entendeu que “[é] necessário, portanto, que o exercício das competências dos entes federativos respeite outro traço nuclear do Estado Federal: a *interdependência*”, e citando, Fernando Luiz Abrucio, destacou que “a chave para o êxito federativo está em *equilibrar competição e cooperação*”. E foi além: afirmando que há “previsão de estratégias de harmonização no texto constitucional com a finalidade de garantir o *imprescindível equilíbrio federativo*” e que há também “explicação em razões econômicas, que deram ensejo ao denominado Federalismo Fiscal”.¹⁹⁹

A interpretação desses postulados pressupõe a análise no âmbito do direito financeiro das interações estratégicas entre entes da federação, no chamado federalismo fiscal cooperativo. Mas também impõe a discussão, com base em revisão de concepções inerciais do princípio da separação dos poderes e da desejável interrelação cooperativa entre os Poderes. Principalmente porque, na continuação do julgamento anterior, no tocante à ADI 2238-5/DF, no ponto em que se discutia o § 3º do art. 9º da LRF,²⁰⁰ isto é, a regra de repasse do duodécimo dos Poderes pelo valor realizado e não pelo valor previsto no orçamento, em caso de frustração de receita para manutenção do equilíbrio fiscal, o STF mudou o vetor de entendimento que vinha adotando em relação a todos os demais dispositivos da LRF.

Por maioria, a Corte declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, apesar de nas razões de decidir o Ministro Alexandre de Moraes ter deixado clara a necessidade de que “o exame da constitucionalidade material da LRF deve ser feito tendo em vista o contexto macroeconômico e de estabilização monetária da época, buscando o fortalecimento dos

¹⁹⁸ Foram julgadas em conjunto a ADI 2238/DF, ADI 2241/DF, ADI 2250/DF, ADI 2256/DF, ADI 2261/DF, ADI 2324/DF, ADI 2365/DF e o ADPF 24/DF.

¹⁹⁹ Cf. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.250-DF Relator Ministro Alexandre de Moraes, 21 ago. 2019. p. 40; p. 43. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344334243&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁰⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 101, 4 de maio de 2000. “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

preceitos básicos de convívio no Estado Federal”, bem como o dever de “fortalecimento do federalismo fiscal responsável”.²⁰¹

Diante dessa incompatibilidade de tratamento entre a motivação e a decisão, e principalmente diante dos efeitos financeiros do entendimento fixado pelo STF, a resposta veio através de mudança no texto constitucional. A recentíssima Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, teve de impor, como medida de ajuste fiscal, a vedação de transferência a fundos de recursos financeiros oriundos de repasses duodecimais.²⁰² A mudança, em sede de emenda constitucional dedicada a impor medidas de sustentabilidade fiscal, diante de necessidades pandêmicas, é um exemplo atual das incongruências de interpretação da doutrina da separação de poderes no *arranjo institucional* brasileiro atual.²⁰³

A exposição dos fatos que levaram o direito constitucional financeiro a se consolidar no campo da política fiscal, consagrado, com normas dotadas de ampla eficácia social e como balizador do sucesso ou fracasso da condução macroeconômica do país, tem um outro lado. Deixa evidente as fissuras de um federalismo fiscal capturado por *fatores extraconstitucionais*²⁰⁴ e de um *arranjo institucional*, em que os Poderes clássicos da *doutrina pura* da separação dos poderes²⁰⁵ disputam espaço com novos centros decisórios, em constante jogo financeiro político-jurídico.

A análise dessa díade do direito constitucional financeiro, entre o seu renascimento e a necessidade de superar os problemas inerentes a sua atual posição no *ambiente constitucional*, é a proposta desta tese, que possui reflexos diretos, por exemplo, na interpretação de um dos julgamentos mais importantes da história recente das finanças públicas no Brasil.

²⁰¹ Cf. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-DF Relator Ministro Alexandre de Moraes, 24 jun. 2020. p. 48; p. 46. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344404366&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁰² “Art. 168. [...] § 1º É vedada a transferência a fundos de recursos financeiros oriundos de repasses duodecimais. § 2º O saldo financeiro decorrente dos recursos entregues na forma docaput deste artigo deve ser restituído ao caixa único do Tesouro do ente federativo, ou terá seu valor deduzido das primeiras parcelas duodecimais do exercício seguinte” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021).

²⁰³ A referida emenda constitucional foi objeto da ADI 6752, proposta no mesmo dia de sua promulgação e distribuída para o Ministro Relator, Nunes Marques. A petição inicial, elaborada pelo Partido dos Trabalhadores e pela Rede Sustentabilidade, atacou justamente o art. 5º e seu § 2º, por suposta violação literal ao art. 60, § 2º, da Constituição da República. Até o depósito desta tese, não houve decisão a respeito do pedido liminar (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Nunes Marques). Ação direta de inconstitucionalidade 6752. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6133069>. Acesso em: 19 mar. 2021).

²⁰⁴ Expressão de: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad, 1993. p. 218. Ver seção 5.4.

²⁰⁵ Ver seção 3.4.1.2, *infra*.

O protagonismo do direito financeiro dado pela Constituição de 1988 e efetivado em ciclo normativo, ditado por uma escalada em *path dependence*, precisa olhar além do formalismo instrumental. A ambição do direito financeiro tem de estar alinhada com os objetivos de mitigação dos riscos econômicos sociais. A busca pela sustentabilidade e pela pacificação de entes, Poderes e instituições desejanter eternos, portanto, é uma pretensão substantiva, à altura do direito financeiro constitucionalizado e protagonista.

A cooperação federativa e a harmonia entre os Poderes no cenário do novo *arranjo institucional*, em prol de uma trajetória de dependência da sustentabilidade financeira intergeracional, que garanta a efetivação dos direitos fundamentais em ambiente de escassez, são os desafios. A evolução metodológica, a necessidade.

2 A POLÍTICA FISCAL ESTRUTURANTE: REFLEXOS NO DIREITO FINANCEIRO CONSTITUCIONALIZADO E PROTAGONISTA

2.1 Introdução. A faceta política da atividade financeira do Estado

Política fiscal, em definição formulada pela Secretaria do Tesouro Nacional, é “o conjunto de medidas pelas quais o Governo arrecada receitas e realiza despesas de modo a cumprir três funções: a estabilização macroeconômica, a redistribuição da renda e a alocação de recursos”.²⁰⁶

Decompondo a definição, o alinhamento com o tripé da teoria das funções clássicas de Richard Musgrave fica evidente: receitas e despesas para estabilização, redistribuição e alocação.²⁰⁷

O conceito, entretanto, denota certa confusão teórica. A obra de Musgrave, de fato, representa uma síntese das funções múltiplas do Estado. A preocupação em construir a noção de economia financeira do setor público foi recebida por alguns como um dos pontos culminantes do pensamento financeiro contemporâneo.²⁰⁸ A denominada *teoria normativa* ou *ótima* foi resultado de uma longa evolução da teoria das finanças públicas, com influências presentes de uma série de autores que se notabilizaram pela dedicação ao tema.

Considerando os autores e movimentos com os quais Musgrave dialoga, a partir do século XIX, e através da visão daqueles que também dialogaram com a sua teoria, o corte metodológico temporal mostra que o desenvolvimento da *teoria normativa* ocorreu em um contexto de obras e escolas que buscaram a fundamentação da atividade financeira do Estado,

²⁰⁶ Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/sobre-politica-fiscal. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁰⁷ Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy*. New York: MacGraw-Hill Education, 1959. p. 6-27.

²⁰⁸ Cf. JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 36; BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977. v. I, p. 74. Cabe uma advertência: Sainz de Bujanda apenas reconhece que a doutrina de Musgrave é amplamente aceita e tem méritos. Mas logo depois, traça uma série de críticas de cunho teóricos que são bem expressivas, a nosso ver, principalmente por ser uma doutrina eminentemente econômica usada para descrever um fenômeno de forte caráter político e por se tratar de uma aplicação em um campo comportamental experimental. Nesse sentido, idem, p. 82-86. Ver também: Fuentes Quintana, na Introdução da versão espanhola de Musgrave (Cf. QUINTANA, Enrique Fuentes. Introducción. In: MUSGRAVE, Richard Abel. *Teoría de la hacienda pública*. Madrid: Aguilar, 1967. p. XXIII).

notadamente em *concepções econômicas*.²⁰⁹ Refutando de início a perspectiva sociológica de Vilfredo Pareto,²¹⁰ Musgrave construiu a sua *teoria normativa* a partir da evolução de concepções econômicas puras da atividade financeira.

Nesse contexto metodológico, o ponto de partida foi o marginalismo da escola austríaca tradicional. Com forte caráter liberal, autores como Carl Menger e Eugen Von Böhm-Bawer abordavam as finanças públicas, a partir da teoria do valor de Adam Smith.

Apesar de apresentar um avanço na economia clássica, que iria inclusive influenciar o axioma da ação humana de Ludwig von Mises e o problema do conhecimento de Friedrich von Hayek,²¹¹ a teoria da utilidade marginal de Carl Menger equiparava as necessidades públicas com as necessidades privadas na valoração da utilidade marginal decrescente. O indivíduo se satisfaz menos com uma segunda unidade do mesmo bem e assim sucessivamente.²¹² A visão de Menger refletia o pensamento liberal clássico e surgiu como um axioma adstrito ao âmbito da economia privada, tendo em vista que não haveria diferenciação entre a necessidade coletiva e a necessidade individual. O indivíduo e sua necessidade individual, portanto, seriam os propulsores da atividade financeira.²¹³

Já as correntes econômicas marginais *renovadas*,²¹⁴ de cunho hedonístico-utilitarista, conferiam ao Estado o papel de agente da atividade financeira, para a satisfação do bem-estar geral, ainda que as formulações de necessidades coletivas guardassem correlação com a

²⁰⁹ Tanto assim o é que Musgrave hesitou em denominar o livro de teoria das *finanças* públicas. Parecia-lhe mais conveniente, dado o arcabouço teórico com o qual formou sua base teórica fundamental, a denominação teoria da *economia* pública. “[...] I have been hesitant to refer to this book as a study in the theory of public *finance*. The problems, to a large degree, are not those of finance. They are problems in resource use and income distribution, rather than liquidity or investment earnings. Thus, it might have been better to describe this as examination of the theory of public *economy*, following the useful German concept of *Staatwirtschaft*. If the more conventional title was used, it is only to avoid what the consumer might find an unfamiliar label” (MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. vi – grifos do original).

²¹⁰ “[...] we attempt to develop a theory that permits us to explain why existing policies are pursued and to predict which policies will be pursued in the future. Such a theory of budget policy may be thought of as sociology of fiscal politic. For purposes of either approach, the economic consequences of legislative action must be determined”. Idem, p. 4.

²¹¹ Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *History of economic analysis*. 12. ed. Oxfordshire, UK: Taylor & Francis, 2006. p. 923 e ss.

²¹² Cf. MENER, Carl. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 104-105.

²¹³ Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 68-69. Para um aprofundamento sobre o marginalismo austríaco dentro do contexto das finanças públicas, por todos, ver: JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 15-16.

²¹⁴ Expressão de: JARACH, Dino. Idem, p. 16.

necessidade individual.²¹⁵ São exemplos dessa corrente o austríaco Emil Sax, com uma linha psicológica da utilidade relativa marginal,²¹⁶ o importante economista teórico italiano Maffeo Pantaleoni, com a teoria dos preços políticos,²¹⁷ e o norte-americano Edwin Seligman, com o aspecto social-utilitarista²¹⁸ do entreguerras.²¹⁹

À semelhança do italiano Antonio de Viti de Marco,²²⁰ Musgrave define a atividade financeira do Estado como uma manifestação de índole essencialmente econômica, ainda que composta de múltiplos significados.²²¹ Considera, assim como o economista sueco Knut Wicksell,²²² que o processo político democrático substitui os mecanismos de mercado da economia privada na atividade financeira pública.²²³ O Estado desempenha papel central na atividade

²¹⁵ “Una personalidad colectiva autónoma es una ficción. El colectivismo constituye, por el contrario, una forma de ficción de los individuos; no puede en modo alguno ser cosa distinta. Bajo este aspecto todas las necesidades colectivas son, por tanto, necesidades de las personas reunidas en colectividad” (BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 49).

²¹⁶ Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 69. Sobre autores que dialogam com esta visão, ver: FONROUGE, Giulini. *Derecho financiero*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 6; BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 45-51. Para uma visão da utilidade marginal econômica, ver a didática exposição de: GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Traducción y notas Dino Jarach. Buenos Aires: Roque Depalma, 1949. p. 34-35.

²¹⁷ Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 69; GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 34; e JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 17-18.

²¹⁸ A teoria da tributação da renda progressiva de Seligman permeia toda a obra de Musgrave, especialmente o Chapter 4. Para aprofundamento no âmbito da ciência das finanças e direito financeiro: BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 42-55; e JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 8.

²¹⁹ Para a influência do período de entreguerras na obra Seligman, principalmente no campo da progressividade da tributação da renda, ver: MEHROTRA, Ajay K. Edwin R.A. Seligman and the Beginnings of the U.S. Income Tax. *Legal studies research paper series Indiana*. Indiana University School of Law-Bloomington, 2006. p. 933-950. (Tax Notes, nº 56.)

²²⁰ “L’impostazione di De Viti inizia dal concetto di bisogno collettivo: così come nel mercato privato l’attività economica nasce dai bisogni privati, così alla base dell’attività pubblica vi sono i bisogni collettivi” (PALADINI, Ruggero. *La finanza pubblica nel pensiero di De Viti de Marco*. Istituto di Economia e Finanza, DIGEF, Sapienza University of Rome, 2016. p. 4. (Public Finance Research Papers nº 19.) Sobre a influência da obra de De Viti de Marco em Richard Musgrave, ver: BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 69-74. Sobre as impressões de Musgrave acerca da obra de De Viti de Marco, ver: MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 75-76.

²²¹ “The framework of a normative theory of public economy itself depends upon the political and social values of the society that it serves; and the implementation of the optimal budget plan depends upon the functional relationships that prevail in the market sector of the economy” (MUSGRAVE, Richard A. *Idem*, p. 4).

²²² Para uma análise mais profunda da influência de Wicksell na obra de Musgrave: BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 86-88.

²²³ “In a democratic society, the decision to satisfy one or another social want cannot be imposed in dictatorial form. It must be derived, somehow, from the effective preferences of the individual member of the group, as determined by his tastes and his ‘proper’ share in full-employment income. A political process must be substituted for the market mechanism, and individuals must be made to adhere to the group decision” (MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 10-11).

econômica, haja vista que o mercado necessita de estabilização, através de intervenções macroeconômicas, com expressa menção de John Maynard Keynes²²⁴ na exposição da função estabilizadora, e de Adolph Wagner, na concepção da função distributiva.²²⁵

Apesar disso, na formulação de sua teoria dos bens públicos, Musgrave entende que as necessidades sociais, assim como as necessidades privadas, fazem parte de uma escala de preferências individuais. Não existe uma necessidade pública, enquanto manifestação da sociedade, que não possa ser mensurada por necessidades individuais.²²⁶ Nessa linha conceitual, “uma teoria da política é interessante e importante, mas somente será referida em conexões ocasionais”.²²⁷

Adota, portanto, expressamente as concepções de Joseph Schumpeter no que pertine à política fiscal.²²⁸ Musgrave, inclusive, foi o tradutor para o inglês do famoso texto *The crises of the Tax State*, escrito por Schumpeter em 1918, um ano antes de ele vir a ser nomeado Ministro das Finanças no Governo de coalisão da República Austríaca do pós-guerra. O texto faz alusão à então inovadora noção de Estado Fiscal (*Tax State*) e à conjuntura fiscal como forma de estancar o sangramento econômico de uma sociedade, mediante a necessidade de um Estado Fiscal forte.²²⁹

A *teoria normativa* ou *ótima* de Musgrave absorve a noção de Estado Fiscal forte de Schumpeter. A sua premissa, entretanto, pressupõe a mensuração das necessidades por bens públicos através da medição por escala individual, ainda que inserida em um processo de

²²⁴ MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 209. São diversas as citações a obra de Keynes que permeiam a obra de Musgrave. Para o sentido do texto exposto, nos parece que esta é a que melhor expressa a interpretação de Musgrave sobre a visão macroeconômica de Keynes.

²²⁵ Idem, p. 112.

²²⁶ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 80.

²²⁷ Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 4, tradução livre.

²²⁸ Idem, p. 4, nota 1.

²²⁹ “The fiscal history of a people is above all an essential part of its general history. An enormous influence on the fate of nations emanates from the economic bleeding which the needs of the state necessitates, and from the use to which its results are put. In some historical periods the immediate formative influence of the fiscal needs and policy of the state on the development of the economy and with it on all forms of life and all aspects of culture explains practically all the major features of events; in most periods it explains a great deal and there are but a few periods when it explains nothing. Our industrial organism cannot be understood the way it actually is if this is overlooked” (SCHUMPETER, Joseph A. *The crises of the tax state*. Translation by Richard A. Musgrave and Wolfgang F. Stolper. *International Economic Papers*, n° 4, p. 5-6, 1954). Musgrave depois viria a escrever alguns papers sobre política fiscal, mas suas ideias permaneceram fiéis a inconsistência teóricas sobre o papel do Estado na estrutura político-fiscal com a sua concepção de interesse individual e bem estar-social. Sobre o tema, ver: MUSGRAVE, Richard Abel; SÁIZ, Ricardo Calle. *El futuro de la política fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980.

escolha democrática eminentemente político.²³⁰ Por três motivos: (i) a possibilidade de comprovação empírica; (ii) o racionalismo é factível de ser verificado na seara individual; e (iii) a distribuição dos custos sociais deve ser feita segundo as preferências individuais.

Diante do arcabouço conceitual da teoria normativa, portanto, definir *política fiscal*, a partir de conceito finalístico de cunho eminentemente econômico, cuja valoração individual das necessidades públicas aparece como o centro de mensuração fundamental,²³¹ é aparentemente contraditório.

Apesar de a doutrina da função tripartite do Estado ser amplamente aceita e utilizada pela literatura econômica brasileira, de Musgrave ser um autor de suma importância como precursor dos estudos sobre o federalismo fiscal²³² e ter apresentado um notável avanço em relação à estabilização macroeconômica, o papel do Estado no âmbito fiscal, visto através de sua dimensão política, não pode ser reducionista a ponto de abraçar formulação econômica pura e tendenciosa de sua atuação.²³³

A atividade financeira do Estado, por outro lado, possui importantes aspectos transcendentais,²³⁴ entre os quais o próprio aspecto econômico, o aspecto sociológico e o aspecto

²³⁰ “The preceding argument is based on the premise that individuals can evaluate social wants, that is, that such wants form part of individual preference scales along with private wants. Without this, no determination of public preferences can be made that meets the requirements of a democratic society as we understand it” (MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 11).

²³¹ E nesse ponto, por exemplo, a doutrina de Musgrave é fortemente criticada pelo seu contemporâneo James McGill Buchanan. Para uma visão aprofundada da crítica de Buchanan à obra de Musgrave, ver: BUCHANAN, James M.; MUSGRAVE, Richard A. *Public finance and public choice*. Two contrasting visions of the state. Cambridge: Mit Press, 1999.

²³² Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. New York: McGraw Hill, 1989. especialmente, Chapters 15 e 16 e Part Five: “Tax Structure”, em que faz uma análise do sistema de tributação norte-americana, ressaltando os impactos federativos do “payroll tax” e do “individual income tax”. Ver ainda: MUSGRAVE, Richard A. Approaches to a fiscal theory of political federalism. *Public finances: needs, sources and utilization*. Princeton: Princeton University Press, 1961. p. 97-134.

²³³ O perigo de um conceito valorativo unívoco, em uma seara ampla de significados como a política, é grande. Musgrave, por exemplo, através da ética utilitarista, formulou pesadas críticas à concepção dos princípios da justiça social de John Rawls. Cf. MUSGRAVE, Richard A. Maxim, uncertainty, and the leisure of trade-off. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 88, nº 4, p. 625-632, 1974. Não se trata por ora da defesa de uma ou de outra concepção. Em trabalhos mais recentes, inclusive, Musgrave relativiza estas críticas, olhando para as *dimensões da coexistência social*, como veremos a seguir. O que importa neste momento é pontuar o pluralismo conceitual que deve refletir uma conceituação de política fiscal.

²³⁴ Autores clássicos incluem estes aspectos transcendentais do fenômeno financeiro estatal em uma categoria especial que seria objeto de um processo de síntese a ser estudado pela chamada ciência das finanças. Por exemplo: os germânicos Otto Meyer (Cf. *Derecho administrativo alemán*. Parte especial. Poder de polícia y poder tributário. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. II, p. 195) e Adolph Wagner (Cf. *Traité des science des finances*. Théorie de l'imposition, théorie des taxes et théorie générale des impôts. Traduction par Jules Ronjat. 10. ed. Paris: V. Giard & E. Brière, 1909. p. 155 e ss.); o francês Gaston Jèze (Cf. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Théorie générale du budget. 6. ed. Paris: Marcel Girard, 1922); os italianos Luigi Cossa (Cf. *Primi elementi di scienza delle finanze*. Milano, 1876. p. 5-6), Benvenuto Griziotti

jurídico.²³⁵ Tem uma natureza “indefectiblemente política”,²³⁶ nas palavras de Sainz de Bujanda. Esses aspectos transcendentais, aliados à faceta política, transformam a atividade financeira estatal em importante instrumento da política econômica.

Na visão de Dino Jarach, os aspectos transcendentais da atividade financeira a tornam capaz de sustentar medidas de objetivos fiscais opostos. Através da atividade financeira estatal, a política fiscal encontra os instrumentos capazes de mitigar flutuações econômicas, em viés contracionista, assim como tendentes a estimular medidas expansionistas, que visem a assegurar o desenvolvimento econômico e social.²³⁷

Na definição da política de estado, que apontará elementos precípuos como “de quem se arrecada, com quem se gasta e quem comando este processo”,²³⁸ portanto, não se pode prescindir dos aspectos transcendentais da atividade financeira do estado, especialmente do seu aspecto político.

O destaque da natureza política na atividade financeira do Estado se inicia com Benvenuto Griziotti no início do século XX. Apesar de não haver registros da obra de Griziotti na *Theory of public finance* de Musgrave, o professor de Harvard faz referências expressas, como visto, ao seu mestre e antecessor na cátedra de Ciência das Finanças e Direito Financeiro na Universidade de Pávia, Antonio de Viti de Marco, defensor da concepção econômica pura, apesar de aceitar pressupostos políticos na atividade financeira pública ao construir a sua teoria do Estado democrático cooperativo.²³⁹

(Cf. *Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 5-6), Dino Jarach (Cf. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. XII-XIII) e Mauro Fasiani (Cf. *Principios de ciencia de la hacienda*. Traducción de Gabriel de Usera. Madrid: Aguilar, 1962. p. 3), o espanhol Fernando Sainz de Bujanda (Cf. *Hacienda pública y derecho*. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. t. I, p. 25-28), os argentinos, Hector Villegas (Cf. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 16) e Giuliani Fonrouge (*Derecho financiero* cit., p. 11-12), e os brasileiros Aliomar Baleeiro (Cf. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 6) e Alberto Deodato (Cf. *Manual de ciência das finanças*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 11-14).

²³⁵ Além dessas características, José Marcos Domingues soma a *natureza ética*, destacando a probidade das opções políticas e a transparência como exigência ética. A moralidade fiscal, na sua visão, “extrapola a atividade financeira, norteando a feitura legislação financeira, os ritos e decisões do processo tributário, bem assim o proceder da atividade judicante” (A atividade financeira do estado e as políticas públicas para os direitos humanos. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). *Direito financeiro e políticas públicas*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2015. p. 33).

²³⁶ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 77.

²³⁷ Cf. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. XII-XIV.

²³⁸ Cf. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 87, grifos do original.

²³⁹ Cf. *Principios fundamentales de Economía financiera*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1934. p. 30-37.

Griziotti, por outro lado, defende a natureza política pura, ainda que admita as influências diretas na atividade financeira pública do que ele chama de forças econômica, altruístas, morais e forças de outras espécies.²⁴⁰ Partindo da diferença subjetiva entre o *homo economicus* e o cidadão, Griziotti reconhece que o Estado não pode sempre levar em conta as impressões individuais na hora de prover serviços públicos.²⁴¹

Por influência de Griziotti, a concepção política se espalhou entre os autores da chamada Escola de Pávia,²⁴² e entre autores europeus muito influentes na América Latina,²⁴³ como Gastón Jèze,²⁴⁴ Dino Jarach²⁴⁵ e Fernando Sainz de Bujanda.²⁴⁶ Musgrave, inclusive, em estudos posteriores, especialmente no final do século passado, rendeu-se às facetas múltiplas da atividade financeira pública. Rendeu-se finalmente ao seu aspecto político.

²⁴⁰ “En primer lugar, el Estado, que es el *sujeto* de la actividad financiera, dotado de poderes coactivos para lograr los fines que se propone, es el vértice de una jerarquía de fuerzas coordinadas y de naturaleza eminentemente política. Sin embargo, no debe creerse que la concepción política de las finanzas públicas excluya las *fuerzas económicas*, las *fuerzas altruístas* y las *fuerzas morales* o de otra especie, aunque no sean estrictamente políticas, de entre las fuerzas que determinan la actividad financiera del Estado” (*Principios de la ciencia de las finanzas* cit., p. 39).

²⁴¹ “El Estado no puede siempre tener en cuenta, al proveer a las necesidades públicas, las sensaciones de los individuos particulares y la aprehensión que éstos hacen de los servicios públicos. Al contrario, la razón de ser del Estado consiste en la finalidad de hacer homogénea la voluntad de la colectividad y someter las voluntades particulares, que eventualmente disientan de la voluntad del Estado”. *Idem*, p. 35-36.

²⁴² Neste campo específico, ou seja, da natureza política da atividade financeira do Estado, além de Griziotti, cabe mencionar principalmente Dino Jarach, aluno de Griziotti e radicado na Argentina, fugindo do fascismo. A Escola de Pávia se caracterizou por autores muito ligados à formação econômica. Por isso, são monistas, unitaristas, antiautonomistas e antiformalistas em relação à ciência das finanças, em oposição à Escola de Nápoles, com Oreste Ranelletti, como o artífice do formalismo e da autonomia do direito financeiro em face à ciência das finanças. Sobre a influência das escolas italianas no direito financeiro e tributário brasileiros, ver: TORRES, Heleno Taveira. Contribuições da doutrina italiana para a formação do direito tributário brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário*. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. II; COSTA, Alcides Jorge. A doutrina italiana e sua influência no direito tributário brasileiro. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli, MACHADO, Brandão Machado; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Princípios do direito tributário comparado*. Homenagem a Gilberto Ulhôa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1998; e TORRES, Ricardo Lobo. As influências italianas no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Renovar*, v. 84, p. 80, 1996.

²⁴³ Basicamente influenciaram os argentinos Hector Villegas, Giuliani Fonrouge, e os brasileiros Aliomar Baleeiro, Amílcar Falcão, João Martins de Oliveira, José Paciulli, Alberto Deodato, Kiyoshi Harada, para se limitar a autores que dão relevo acadêmico autônomo ao estudo das ciências das finanças. Para um maior aprofundamento do tema, ver: TORRES, Heleno. *Direito constitucional financeira*. teoria da constituição financeira cit., p. 40-49; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 176-178; e SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 82-83.

²⁴⁴ Gastón Jèze, escrevendo sob a égide da Constituição de 1852, ressalta o caráter político, como atributo do poder fiscal, considerado por ele o mais importante de todos os poderes estatais: “Dans tous les pays modernes à gouvernement représentatif, la Constitution range, parmi les attributions des Chambres législatives, le vote périodique du budget. Em fait, le pouvoir budgétaire est considéré universellement comme le plus important de tous. C’est qu’en effet le budget, quelle que soit sa signification juridique, a pris, dans la pratique parlementaire, une immense valeur *politique*” (*Cours de science des finances et de législation financière française*. Théorie générale du budget cit., p. 34).

²⁴⁵ Apesar de reconhecer o caráter político da atividade financeira estatal, Dino Jarach, jurista com forte formação econômica, ressalta que este fato não impede de se reconhecer também na atividade financeira do Estado uma racionalidade econômica, embora diversa da racionalidade de mercado, por conta da “unicidad del sujeto que actúa en la economía del sector público [...]” (*Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 63).

²⁴⁶ “[...] la actividad financiera es constitutivamente una manifestación de la actividad política” (*Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 117).

Em revisão e compilação do seu próprio pensamento (que ele denominou “the roots of my thinking”), Musgrave revisitou o papel do Estado e o papel do Estado Fiscal, em particular, em diálogo com o pensamento de James Buchanan. O Estado é “visto como uma associação de indivíduos, engajados em empreendimento cooperativo”. Os problemas da ordem social devem ser resolvidos de forma democrática e justa, através de uma visão contratualista, mas que privilegia o aspecto socioeconômico multifacetário.²⁴⁷

No contexto do Estado como um conjunto de preocupações compartilhadas dos indivíduos, a política fiscal toma forma e dita tendências. As intervenções devem ser democráticas e, portanto, políticas. O Estado Fiscal estabelece funções para o setor público que legitimam a tributação por meio de escolhas políticas democráticas. Após as evoluções modernas das funções Keynesianas, notadamente do Modelo Hicks-Hansen, Musgrave ressalta que à política fiscal foram aliadas novas preocupações como a prevenção do desemprego. Diante do feixe de preocupações estabilizadoras e expansionistas, a política fiscal e o orçamento público se impregnaram dentro de formulações de natureza política, que passaram a conviver com os modelos econométricos.²⁴⁸

Dentro dos aspectos transcendentais da atividade financeira do Estado, às quais se refere Jarach, a faceta política é uma presença cujo destaque é constante. O sujeito ativo da atividade financeira é o Estado. Os procedimentos para a obtenção de recursos emanam, portanto, da própria soberania estatal, de forma que os fins da atividade financeira se confundem com os fins do próprio Estado. O direito financeiro enquanto normatização de uma atividade cuja natureza política, como adverte Griziotti, é evidente,²⁴⁹ não pode ser visto como um meio, no qual a atividade financeira do Estado é relegada a uma posição instrumental que não mais se adequa à Teoria da Constituição Financeira.²⁵⁰

²⁴⁷ Cf. MUSGRAVE, Richard A. The nature of fiscal State: the roots of my thinking. In: BUCHANAN, James M.; MUSGRAVE, Richard A. *Public finance and public choice: two contrasting visions of the State*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 30-31.

²⁴⁸ “Fiscal policy, was thereby deprived of its unique position. Combating inflation became a policy concern along with preventing unemployment, and the Phillips curve entered as a link between the IS-LM model and inflation. Moreover, a static concept of full employment equilibrium was replaced by an equilibrium path of income growth. [...] Granted fiscal policy will affect aggregate demand and thereby economic performance (be it employment or inflation), but the question remains what form it should take” (Idem, p. 48).

²⁴⁹ “[...] los *fines* que el Estado se propone con su actividad financiera son políticos, pues son consecuencia de la naturaleza misma del sujeto activo de las finanzas públicas. La actividad financiera del Estado tiene por finalidad proveer a los gastos públicos. Éstos son medios para satisfacer las necesidades e intereses públicos, los cuales a su vez son un medio para fomentar la vida, la prosperidad y la civilización de la nación organizada políticamente” (GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 48).

²⁵⁰ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 64-67. Dino Jarach, por exemplo, afirma que a atividade financeira do Estado prescinde da definição de Estado ou do que deve ser a definição de Estado, denotando uma finalidade própria, além da instrumentalidade. Cf.

A política financeira, embora democrática,²⁵¹ não encontra um assentimento de propósitos eminentemente vagos, de modo que a sua normatização constitucional possui sim uma finalidade substantiva, como a busca do melhor resultado possível para as “dimensões da coexistência social”.²⁵² A *boa governança fiscal*, como ressalta Marcus Abraham, é um instrumento democrático e transparente capaz de “buscar atender às necessidades dos cidadãos, efetivando direitos humanos e racionalizando o uso dos recursos públicos”²⁵³.

A atividade financeira pública é, antes de tudo, subjetivamente política. O direito financeiro traz em si “a possibilidade de traçar política fiscal”.²⁵⁴ A gestão financeira é ditada por “momentos políticos econômicos que se entrelaçam com tais políticas”.²⁵⁵ Dessa forma, limitar um conceito que tem a vocação de ser amplo de significados, como assim exige o pluralismo democrático, à predominância de uma única acepção científica finalística, parece-nos ser um equívoco, diante de um ramo que tende a ser plurívoco.²⁵⁶

Finanzas públicas y derecho tributario cit., p. 48. Entendemos que o direito constitucional financeiro, na sociedade de risco fiscal, possui um dever intrageracional e intergeracional de atingir a sustentabilidade constitucional. Este objetivo confere à atividade financeira do Estado um caráter substantivo próprio. A ideia será desenvolvida ao longo de toda a tese, e, com mais profundidade nas Seções 2.4.2 e 5.2.2.

²⁵¹ Neil MacCormick demonstra a relação intrínseca entre constitucionalismo e democracia, como proteção da própria estrutura de decisão político-democrática e do amplo controle, inclusive e principalmente popular: “Constitutionalism and democracy are thus closely related. Democratic government requires some constitutional framework that allocates the various powers essential to the effective governance of a state (or other polity or organization) to the appropriate institutions, and lays down the conditions concerning their proper exercise. In a democratic constitution, there must also be provisions enabling citizens to participate on equal terms in elections or other forms of popular vote. Such provisions ensure the popular accountability of those who exercise power within the institutions set up by the constitution. Democracy in its fullest sense requires maximum popular accountability of both legislative and executive institutions established in a constitution. (One can even argue that it requires popular adoption of the constitution itself, through a referendum in which all citizens participate, though this question remains open.)” (MACCORMICK, Neil. *Constitutionalism and democracy in the EU*. In: BOMBERG, Elizabeth; PETERSON, John; STUBB, Alexander. *The European Union: How does it work?* 2. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008. p. 160).

²⁵² “A view of fiscal economics, which holds that all is well if only Pareto optimality prevails, bypasses these essential components of social coexistence and fails on both normative and positive grounds. Without allowing for a sense of social justice the good society cannot be defined, and without it democratic society cannot function” (MUSGRAVE, Richard A. *The nature of fiscal State: the roots of my thinking* cit., p. 32).

²⁵³ ABRAHAM, Marcus. *Governança fiscal e sustentabilidade financeira: os reflexos do Pacto Orçamental Europeu em Portugal como exemplos para o Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 139.

²⁵⁴ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 154. No mesmo sentido, discorre Marcus Abraham: “a despesa pública se relaciona diretamente com a política fiscal, mecanismo pelo qual é exercida a administração financeira dos gastos e do emprego dos recursos públicos, de maneira planejada e direcionada para a realização de um determinado fim específico” (*Curso de direito financeiro brasileiro* cit., p. 150-151).

²⁵⁵ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 154.

²⁵⁶ Como afirma Amir Antônio Khair, “[s]ão várias as concepções que orientam a formulação de uma política fiscal” (Política fiscal. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018. p. 754). No mesmo sentido, Giulini Fonrouge afirma que aparece como razonable colocarse en un justo medio y afirmar que si bien la actividad financiera tiene base económica, no puede deseñarse la influencia de otros elementos, especialmente del político y del sociológico, que tienen importancia preponderante” (FONROUGE, Giulini. *Derecho financiero* cit., p. 11).

2.2 O conceito de política fiscal: aproximação necessária entre o aspecto político e o aspecto técnico na realização da despesa pública

Feita a ponderação da faceta política da atividade financeira e voltando ao conceito formulado pela STN, seu maior destaque é sutil, porém muito representativo. A inclusão da despesa pública, antes relegada a um plano secundário,²⁵⁷ na política fiscal do Estado foi precedida de um longo debate econômico, financeiro²⁵⁸ e jurídico,²⁵⁹ com consequências normativas sensíveis, principalmente em âmbito constitucional.

A palavra *fiscal*, cuja semântica se limitava ao uso prático da época, ou seja, à atividade tributária,²⁶⁰ permeia hoje as facetas da atividade financeira do Estado. Como advertia Aliomar Baleeiro, “[e]timologicamente, ‘fiscal’ deveria ser sinônimo de financeiro, isto é, aquilo que é pertinente ao Erário, quer receita, quer despesa”.²⁶¹

A realização da despesa pública, como produto da atividade financeira do Estado, é uma decisão político-democrática.²⁶² Há uma constante tensão entre o aspecto político da despesa e o seu aspecto técnico, que, no mundo ideal seria a forma de buscar, como afirma o economista britânico Hugh Dalton, a máxima vantagem social dos gastos.²⁶³ Na concepção de

²⁵⁷ Richard Musgrave destaca este ponto: “Public finance, as a branch of economics, has a mixed past. Some of the great economists – notably Ricardo, Wicksell, Edgeworth, and Pigou – ventured forth into the theory of taxation and, less frequently, of public expenditures” (*The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. v). Hector Villegas também faz expressa menção: “Anteriormente se discutía si la ciencia de las finanzas debía ocuparse de la teoría del gasto público. Esa discusión ha perdido vigencia, ya que ahora se acepta que gastos y recursos no son sino ‘tintos aspectos del mismo problema y se condicionan recíprocamente’” (*Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 31). No mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 95.

²⁵⁸ Benvenuto Griziotti agrega uma terceira disciplina àquelas que tratam da atividade financeira do Estado. À ciência das finanças e ao direito financeiro, é somada a *política financeira*: “Entre ellas cabe señalar la política financiera, que estudia los métodos más aptos para el logro de los propósitos de las finanzas [...]” (GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 7).

²⁵⁹ “En *législation positive*, le caractère de prévision périodique est ordinairement mis en relief dans les définitions que les textes législatifs ou réglementaires donnent du budget” (JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Théorie générale du budget cit., p. 8).

²⁶⁰ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 26.

²⁶¹ Idem, *ibidem*.

²⁶² Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Gastos públicos* cit., p. 55; BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 70.

²⁶³ “The best system of public finance is that which secures the maximum social advantage from the operations which it conducts. This principle is obvious, simple and far-reaching, though its practical application is often very difficult. But the difficulty is inherent in the subject, and cannot legitimately be avoided by substituting a wrong principle for a right one, in order to arrive more easily at practical conclusions” (DALTON, Hugh. *Principles of public finance*. 4. ed. London: Routledge & Kegan, 1954. p. 10).

Musgrave, denomina-se alocação ótima dos recursos,²⁶⁴ ou, para mostrar a pluralidade de meios para se obter um método alocativo moralmente eficiente,²⁶⁵ o princípio da diferença, com a regra de decisão *maximum minimorum* de John Rawls.²⁶⁶

No mundo real, porém, a distância é considerável entre a realização da despesa e o seu aspecto técnico. Aproxima-se mais de um aspecto político não raro corrompido.²⁶⁷ O que antes, no Estado Absolutista, era uma decisão autoritária, de caráter patrimonialista,²⁶⁸ com o avanço do Estado Moderno, “passa-se de uma decisão autoritária do gasto público para uma tentativa de democracia”.²⁶⁹

Nesse contexto, a valoração jurídica da despesa pública é afetada sim pela política,²⁷⁰ mas sobretudo afeta e estabiliza no campo normativo as decisões da política fiscal.²⁷¹ As

²⁶⁴ *The theory of public finance: a study in public economy* cit., p. 81. A formulação teórica de Musgrave é tão relevante nos Estados Unidos que inspirou a teoria de Atkinson and Stiglitz (Cf. ATKINSON, Anthony Barnes; STIGLITZ, Joseph E. The design of tax structure: direct versus indirect taxation. *Journal of public Economics*, v. 6, nº 1-2, p. 55-75, 1976) e o atual *The optimal tax mode* do professor de Law and Economics da Universidade de Harvard, Louis Kaplow. Cf. Princeton: Princeton University Press, 2008.

²⁶⁵ Por ora, basta esta noção de que há múltiplas concepções do que seria o método alocativo moralmente eficiente. No Capítulo 5, voltaremos ao tema.

²⁶⁶ O princípio da diferença, segundo Rawls, é um dos princípios que são extraídos do princípio da justiça a partir dos conceitos de posição original, véu da ignorância e equilíbrio reflexivo. “As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 88). Essa formulação recebeu pesadas críticas de economistas, como Musgrave, como vimos, e do Prêmio Nobel de Economia John Harsanyi. Cf. Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls’s Theory. *American Political Science Review*, v. 69, nº 2, p. 594-506, 1975.

²⁶⁷ Susan Rose-Ackerman, uma das maiores autoridades mundiais em corrupção e governo, ressalta que a implantação de um regime democrático, por si só, não é garantia plena de governos sem incentivos para a corrupção. Como afirma a professor da Universidade de Yale: “One basic conclusion can be stated at the outset. To the extent that a democratic government disperses power among officials, it may give each one little bargaining power vis-à-vis powerful private competitive interest. A successful democracy may need to encourage the creation of competitive private markets as well as establish a competitive system of politics” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government*. Causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 114).

²⁶⁸ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 57; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 54.

²⁶⁹ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Gastos públicos* cit., p. 55.

²⁷⁰ Ainda que guarde independência científica. “Si bien la ciencia financiera concluyó por independizarse y comenzó a ser tratada en forma autónoma por diversos autores, siempre se percibió la pugna de inclinar su campo de acción hacia lo económico o lo político, no faltando quienes, como Jéze, intentaron darle un *matiz predominantemente jurídico*” (VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., 7. ed., p. 25). Com a constitucionalização do direito financeiro, como defende Heleno Torres, superou-se de vez a instrumentalidade da atividade financeira. Cf. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 61-63. Voltaremos a este tema com maior profundidade no item 2.2.2 deste Capítulo.

²⁷¹ Como afirma Dino Jarach: “[...] el desarrollo histórico de las ideas en materia de finanzas públicas está poderosamente influido por la evolución de los hechos y de los acontecimientos y también que éstos están en alguna medida influidos por aquél. No se puede determinar con precisión cuál de las dos influencias sea más decisiva y es suficiente comprobar la recíproca dependencia de la historia del pensamiento y de la historia de los hechos de las finanzas públicas” (*Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 3).

escolhas sociais acerca dos limites e possibilidades do perfil fiscal do Estado são traduzidas por normas jurídicas que as efetivam. Ainda mais quando são elevadas à estatura constitucional. O campo normativo traduz, portanto, a esfera social subjacente à esfera política na definição do papel que exercerá o gasto público na economia de um país.

Não são necessariamente esferas antagônicas. Pelo contrário, a evolução política da sociedade foi gradualmente aproximando os dois conceitos, de modo que, como afirma Hannah Arendt, “[n]o mundo moderno, as esferas social e política diferem muito menos entre si”.²⁷² A política então é vista como função da sociedade. Os seus elementos ação, discurso e pensamento são *superestruturas*²⁷³ a serviço do interesse de determinada sociedade em determinada época: “[n]o mundo moderno, as duas esferas recaem uma sobre a outra, como ondas no perene fluir do próprio processo da vida”.²⁷⁴

Essa fusão conceitual deriva na evolução do gasto público como elemento integrante do aspecto sociopolítico da atividade financeira do Estado. A *superestrutura fiscal*, isto é, as ações, o discurso e o pensamento político são assentados sobretudo na opção que a sociedade elege acerca do gasto público, como resultante prático do postulado teórico da relação do Estado com a economia.

É um debate com grande carga ideológica. Ao longo da evolução da Economia Política, contrapôs e contrapõe escolas de relevo e de influência. Leva gerações de teóricos a ultrapassar os limites científicos dos fatos econômicos ou financeiros e a estabelecer posições ativas na defesa de suas escolhas finalísticas.²⁷⁵

A importância dogmático-normativa da despesa pública como parte da política econômica do Estado coincide, portanto, com a evolução histórica da *superestrutura fiscal*, enquanto valoração política e social do pensamento econômico. Mesmo o positivista clássico Georg Jellinek reconhece que “não é possível falar em um Estado desenvolvido em que não

²⁷² Cf. ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 42.

²⁷³ Ao contrário do que se pensa, o conceito de *superestrutura* “não foi descoberto por Karl Marx; pelo contrário, foi uma das premissas axiomáticas que Marx recebeu, sem discutir, dos economistas políticos da era moderna”. Idem, *ibidem*.

²⁷⁴ Idem, p. 41-42.

²⁷⁵ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 23.

exista uma economia social, e igualmente é inseparável a vida econômica da existencia de um Estado.”²⁷⁶

Podemos, assim, conceituar *política fiscal* como um elemento político-econômico modificador da estrutura, ou estabilizador das flutuações cíclicas conjunturais,²⁷⁷ por meio de prestações intergovernamentais,²⁷⁸ que, nos limites do direito financeiro constitucionalizado, necessita observar parâmetros do sistema constitucional, inclusive de moralidade, de eficiência²⁷⁹ e de cooperação,²⁸⁰ para a arrecadação e distribuição federativa de recursos, e para a realização das despesas públicas.

A formulação e a execução da política fiscal significam a realização de objetivos econômicos em um natural contexto político,²⁸¹ com respeito às finalidades sociais constitucionais. Possui, portanto, relação íntima com o direito financeiro na viabilidade técnica das escolhas políticas.

²⁷⁶ No original: “[...] no es posible hallar un Estado desarrollado en que no exista una economía social, e igualmente es inseparable la vida económica, de la existencia de un Estado” (JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción y prólogo Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000. p. 55). E, nesse ponto, cabe uma advertência. Não compete, nos limites metodológicos desta tese, discutir as divergências teóricas sobre os fins do Estado. Cabe apenas demonstrar que a política fiscal tem uma natureza política fundamental a partir da natureza política da atividade financeira do Estado, mas não é absoluta, tendo em vista a teoria da constituição financeira. Sobre a controvérsia, especialmente entre Jellinek, Kelsen e Nelson, ver: BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 117-126.

²⁷⁷ As flutuações cíclicas conjunturais ou dos ciclos econômicos se referem à chamada macroeconomia de curto prazo. O trabalho de Robert Lucas sobre os ciclos econômicos (*business cycles* ou conjuntura) foram notáveis nesta área. Rendeu-lhe um prêmio Nobel e fixou sua obra como o centro dos diálogos teóricos posteriores. Tanto no que diz respeito à sua evolução, com a nova economia clássica dos chamados *real-business-cycles-models* (RBC), tanto para a sua contraposição, com o *novo keynesianismo*. Sobre *business cycles model*, ver: LUCAS, Robert Emerson, Jr. *Understanding business cycles*. Essential readings in economics. London: Palgrave, 1995. p. 306-327. Sobre a evolução histórica dos ciclos econômicos da economia neoclássica de William Stanley Jevons e Wicksell (século XIX), passando pelas notáveis inovações de Schumpeter e Samuelson, até a dicotomia Friedman-Keynesianos, ver: SIMONSEN, Mario Henrique; CYSNE, Rubens Penha. *Macroeconomia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 626 e ss. Sobre os novos keynesianos, ver: BUSATO, Maria Isabel; FREITAS, Fabio N. P. de. *Novos keynesianos*. Escolas da macroeconomia. Rio de Janeiro: Albatroz, 2015. p. 61-66. Sobre a influência da política fiscal na conjuntura ou nos ciclos de negócios, ver: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 46-47.

²⁷⁸ “Há certas prestações financeiras intergovernamentais que visam a equilibrar as finanças dos entes menores e a facilitar o funcionamento do sistema tributário” (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1, p. 497).

²⁷⁹ Sobre a eficiência constitucional no direito financeiro, assim discorre Régis Fernandes de Oliveira: “Do ângulo do direito financeiro, o que vale é não só a preexistência da definição constitucional ou legal do gasto, sua definição prioritária, como também o exame real da técnica empregada em sua execução e os resultados obtidos” (Op. cit., p. 206).

²⁸⁰ Iremos desenvolver o conceito de cooperação constitucional federativa com maior profundidade ao longo do Capítulo 5.

²⁸¹ Cf. HERRING, Edward Pendleton. The politics of fiscal policy. *The Yale law journal*, v. 47, nº 5, p. 724, 1938.

A confluência dos aspectos técnicos e políticos são resultado da constitucionalização e do protagonismo normativo infraconstitucional do direito financeiro no âmbito instável da política fiscal. Como afirma Sainz de Bujanda, a história da evolução econômica das necessidades fundamentais vem a coincidir com a história das transformações do Estado.²⁸² E, por via de consequência, do gasto público e da política subjacente a justificar a arrecadação e a nortear esta atividade.

2.3 A evolução fiscal como política econômica de Estado

A política fiscal, como visto no item anterior, possui influência direta na forma como o gasto público é traduzido em norma jurídica. A contextualização da *superestrutura fiscal* de determinados momentos históricos, através de uma linha evolutiva da receita e da despesa pública como fato econômico, com cortes em escolas específicas, portanto, tornará mais evidente a relação entre a estrutura econômica e o âmbito fiscal como política de Estado.

O exercício de estudar a evolução fiscal enquanto política de Estado ajudará a entender o *status* normativo do protagonismo do direito financeiro, e principalmente, a relação entre a política fiscal e a Constituição Financeira no direito constitucional financeiro contemporâneo.

2.3.1 A sociedade sem dimensão política da economia: a noção fiscal da Antiguidade e da Idade Média

Os Estados grego e romano, até pela noção de unidade geral,²⁸³ não conheceram a economia enquanto política de Estado.²⁸⁴ Na visão de Hannah Arendt, havia uma extraordinária

²⁸² Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 56.

²⁸³ Como afirma Jellinek, “[e]l Estado antiguo es una unidad general que no admite división interior. La idea de la naturaleza unitaria del Estado atraviesa la evolución política de la Antigüedad, así como de la ciencia de aquella época. Siempre les fue extraña una separación del Estado en gobernantes y gobernados opuestos entre sí, a modo de partidos que luchan y acuerdan la paz” (*Teoría general del estado* cit., p. 306).

²⁸⁴ “Suele mencionarse prácticas financieras en Egipto, Grecia y Roma, pero nada en cuanto a teoría, ya que la omnipotencia del Estado no permitía la discusión de los asuntos públicos” (VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., p. 25). Os demais autores clássicos de ciência das finanças também sugerem de forma pouco profunda escritos esparsos de um ou outro autor da antiguidade grega ou de tratadistas romanos, mas sem mencionar uma atividade conjugada que possa ser definida como uma política econômica de Estado. Nesse sentido, ver: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., 10-11. João Ricardo Catarino, por sua vez, chamando de “dimensão fundacional da atividade financeira”, dedica um bom espaço à análise da antiguidade clássica. Limita-se, no entanto, a questões tributárias

dificuldade de compreender a “divisão decisiva entre as esferas públicas e privada, entre a esfera da *polis* e da família”.²⁸⁵ Em feliz síntese de Gunnar Myrdal, a dimensão política da economia era vista como uma espécie de administração doméstica coletiva (*Volkswirtschaft*).²⁸⁶

A *gens* romana e a *ghénos* grega, com sua hierarquia endógena independente de qualquer poder superior, não era uma sociedade de famílias. Era a própria família. Ainda que com ramos numerosos, “nunca deixava de ser uma só família”.²⁸⁷ Mantinha sempre a sua organização interna, a sua unidade e o seu interesse próprio sobre os demais interesses da coletividade.

A revolução que substituiu o poder sacerdotal pelos anciãos chefes das *gentes* elevou o *interesse público* como princípio regulador da *res publica*, para os romanos, e da *tò koinón*, para os gregos.²⁸⁸ As prescrições de interesse público não eram, no entanto, tão impositivas²⁸⁹ e claras como as ordens religiosas. No berço da república,²⁹⁰ o homem comum ficava dividido entre a estrutura política familiar, na qual reinava como o chefe supremo, e a estrutura política social, em que tinha de conviver com interesses contrapostos, argumentos e consensos democráticos.²⁹¹

Cada cidadão pertencia a duas ordens de existência, o *idion*, o que lhe é próprio, e o *konion*, o que lhe é comum.²⁹² A intersecção eventual entre uma ordem e outra não poderia ser

relacionadas à ideia de justiça, com uma análise da obra de Platão e, com mais ênfase, à concepção de justiça em Aristóteles. Cf. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 32-39.

²⁸⁵ Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 37.

²⁸⁶ Cf. MYRDAL, Gunnar. *Political Element in the Development of Economic theory*. Translated from the German by Paul Streeten. New Brunswick/London: Transaction Publisher, 1990. p. 141, livre tradução. E continua: “In earlier times, the notion of a national or state economy as a unified household was more appropriate”. Idem, *ibidem*.

²⁸⁷ Cf. COULANGES, Numa-Denis Fustel. *A cidade antiga*. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 94.

²⁸⁸ Idem, p. 287.

²⁸⁹ Régis Fernandes de Oliveira reforça esta visão: “O cidadão, dada sua elevada concepção de deveres para com a Cidade-estado, rejeita qualquer ingerência sobre seu patrimônio ou seus bens, uma vez que instauraria uma relação de servidor, o que era inaceitável [...] No direito romano, o sentimento era o mesmo” (*Curso de direito financeiro* cit., p. 159-160).

²⁹⁰ “Até mesmo em Platão, cujos planos políticos previram a abolição da propriedade e a expansão da esfera pública ao ponto de aniquilar completamente a vida privada, ainda falava com reverência de Zeus Herkeios, o protetor das fronteiras, e chamava de divinos os *horoi*, os limites entre os estados, sem ver nisso qualquer contradição” (ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 39).

²⁹¹ Sainz de Bujanda, discordando de Morselli, reconhece que sequer a então festejada Fazenda Pública de Atenas: “no pudo articularse en nada parecido a lo que hoy llamamos un *sistema* fiscal” (*Hacienda y derecho*. Introducción al derecho Financiero de nuestro tiempo cit., p. 135).

²⁹² Cf. JAEGER, Werner. *Paidéia*. A formação do homem grego. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 111.

caracterizada como necessidade humana geral,²⁹³ ou no máximo coletiva,²⁹⁴ cuja satisfação estaria a cargo da estrutura conceitual da Economia Política.²⁹⁵ Os problemas econômicos, por sua vez, eram percebidos em uma dimensão ética aristotélica:²⁹⁶ que se dê a cada um o que lhe é de direito na medida da sua desigualdade. Na máxima de Ulpiano: *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.²⁹⁷

A Idade Média muda o papel dos atores, muda o enredo, mas não muda substancialmente esta percepção.²⁹⁸ Há, inclusive, um retrocesso.²⁹⁹ A sociedade feudal apresentava uma estrutura hierárquica vertical rudimentar. Girava em torno do efeito cascata do que Marc Bloch chamou de *vínculo feudo-vassálico*.³⁰⁰ Entre os servos e os senhores havia uma espécie de acordo sinalagmático, em que se estipulavam deveres e obrigações. O vínculo feudo-vassálico, por sua vez, também se aplicava aos senhores feudais. Eles se tornavam vassallos de um chefe supremo (*overlord*), nos feudos seculares, ou juravam lealdade à Igreja de Roma, nos chamados feudos religiosos.³⁰¹ O chefe supremo, seja ele secular ou religioso, confundia-se com a ideia abstrata de poder.³⁰²

Não havia espaço para uma elaboração política ampla, quanto mais uma elaboração político-econômica. As manifestações econômicas mais expressivas ocorriam dentro das

²⁹³ Como afirma Hector Villegas: “La necesidad se incrementa cuando, con el trascurso del tiempo, surge el Estado moderno, por cuanto la preservación de individualidad decisoria no depende ya solamente de la protección armada de las fronteras, sino también de la defensa contra otros medios de penetración más sutiles pero no menos peligrosos” (*Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., p. 3).

²⁹⁴ Pela classificação de Benvenuto Griziotti, seriam no máximo necessidades coletivas. Não seriam necessidades públicas, pois faltavam-lhes a característica da existência da entidade estatal para a sua vinculação. Em suas palavras: las necesidades y los intereses públicos surgen de la existencia de la entidad política Estado en relación con sus fines; los de la seguridad, de la protección y de la justicia, para mencionar, por ahora, sólo las funciones fundamentales del Estado” (*Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 17).

²⁹⁵ “Assim, é-nos difícil compreender que, segundo o pensamento dos antigos neste particular, o próprio termo ‘economia política’ teria sido, de certa forma, contraditório: pois o que fosse ‘econômico’ relacionado com a vida do indivíduo e a sobrevivência da espécie, não era assunto político, mas doméstico por definição” (ARENDDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 38).

²⁹⁶ Aristóteles visualizava os problemas econômicos em uma dimensão ética. A constituição de uma esfera pública econômica estaria mais relacionada ao ideal biológico de bom viver, ou seja, da felicidade pública. Cf. ROSSI, Miguel Angel; TIerno, Patricio. A dimensão econômica na teoria política aristotélica. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 77, p. 179/181, 2009.

²⁹⁷ Cf. CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 37.

²⁹⁸ Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana* cit., p. 43.

²⁹⁹ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 162.

³⁰⁰ Cf. BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução Laurent Saes. São Paulo: Edipro, 2016. p. 153.

³⁰¹ Cf. HUNT, Emery Kay; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico*. Uma perspectiva crítica. Tradução e revisão técnica de André Arruda Villela. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2013. p. 6-7.

³⁰² Cf. BLOCH, Marc. *A sociedade feudal* cit., p. 328-330.

guildas.³⁰³ As associações de ofício, entretanto, possuíam uma função muito mais de estabilização estamental³⁰⁴ e religiosa do que propriamente monopolista, com vistas ao lucro.

Ainda que o império romano tenha legado à Alta Idade Média a burocracia e a organização administrativa e financeira,³⁰⁵ o que viria a gerar estímulos para os estudos iniciais do direito enquanto ciência foi a noção de “eficácia do direito como técnica do exercício do poder”.³⁰⁶ Coube aos escolásticos, na Baixa Idade Média, com São Tomás de Aquino, buscar o contraponto teórico à usura da subserviência feudo-vassálica.

Embora reconhecesse na monarquia a melhor forma de governo, desde que limitada pela Igreja, pelas cortes, pelos nobres e pelo conhecimento da universidade,³⁰⁷ Tomás de Aquino, com influências da *justiça comutativa* da *Ética a Nicômano* de Aristóteles,³⁰⁸ e da *comutação voluntária* das *Institutas* de Gaio, desenvolve a noção de que as trocas, mesmo voluntárias, isto é, legalmente admitidas, poderiam ser imorais na medida em que houvesse usura.³⁰⁹ A forte inspiração teológica da noção de *preço justo* de Tomás de Aquino condena o lucro enquanto vantagem obtida às expensas de outro.³¹⁰

Em outras palavras, apesar de o direito privado ter evoluído na Idade Média, em especial a teoria geral das obrigações e dos contratos, e ter nascido uma epistemologia da

³⁰³ Cf. HUNT, Emery Kay; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico* cit., p. 7.

³⁰⁴ Como afirma Heleno Torres, “[n]a Idade Média, as finanças eram dominadas pela diferenciação de estamentos mediante privilégios do clero ou da nobreza, na forma de concessão ou de *direito adquirido*, a prevalecer sobre qualquer interesse do Estado” (Cf. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 85).

³⁰⁵ Benvenuto Griziotti lembra que o substantivo “finança” vem do latim medieval *financia*. Não faz qualquer referência, no entanto, a uma atividade financeira na Idade Média e, muito menos, a uma “política financeira”, para usar seu próprio termo, a ela relacionada neste período histórico. Cf. GRIZIOTTI, Benvenuto. *Princípios de ciência de las finanzas* cit., p. 3. João Ricardo Catarino, por sua vez, foca a análise da Idade Média na arrecadação de tributos em seu aspecto subjetivo ativo: “[o] poder financeiro neste período era repartido pelos diversos agentes sociais, com exceção do povo – o rei, a igreja e os nobres – sendo que todos eles cobravam impostos” (*Finanças públicas e direito financeiro* cit., p. 39).

³⁰⁶ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. p. 16.

³⁰⁷ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Indagações sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38.

³⁰⁸ Tomás de Aquino foi uma forte influência na escolástica por alinhar à teologia os conceitos da filosofia aristotélica. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias* cit., p. 125.

³⁰⁹ Cf. MORAES, Renato José. Tomás de Aquino e o direito das obrigações: o que têm em comum? *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n° 2, p. 1025, 2017.

³¹⁰ “O sentido mais específico que Aristóteles atribui à justiça, e do qual derivam as formulações mais conhecidas da justiça, é o de evitar a *pleonexia*, isto é, evitar que se tire alguma vantagem em benefício próprio tomando o que pertence a outrem, sua propriedade, sua recompensa, seu cargo, e coisas semelhantes, ou recusando a alguém o que lhe é devido, o cumprimento de uma promessa, o pagamento de uma dívida, a demonstração do respeito devido, e assim por diante” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 12).

ciência jurídica,³¹¹ os aspectos jurídico-econômicos ainda eram pensados na sua dimensão moral.³¹² Não há uma preocupação propriamente dita com a organização de uma atividade financeira estruturada como política de estado,³¹³ até por conta da *instabilidade* e *heterogeneidade* no feudo secular,³¹⁴ e do *plenitudo potestatis*, ou seja, do poder papal, como fonte única de padronização política, no feudo religioso.³¹⁵

Como destaque normativo do período, Régis Fernandes de Oliveira lembra a Magna Carta, como “sólido exemplo de resistência aos barões”, firmada por João Sem Terra, em 1215, que trazia o conteúdo do princípio do *no taxation without representation*, ou seja, sem a própria representação dos contribuintes, não haverá tributação.³¹⁶

2.3.2 A política fiscal na estrutura econômica do estado moderno: do absolutismo ao constitucionalismo

O mercantilismo muda o cenário.³¹⁷ O crescimento do comércio, a partir de meios de produção mais eficientes, gerou excesso que não mais era consumido pela subsistência do feudo. A melhoria da infraestrutura de transporte transforma as cidades em entrepostos. Eram as trocas comerciais da economia capitalista, subvertendo e substituindo lentamente o feudalismo.³¹⁸

O pensamento econômico se afasta da teologia e da moral e se rende às forças do nacionalismo absolutista.³¹⁹ Segundo Max Weber, no plano econômico, há a transferência

³¹¹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* cit., p. 17-19.

³¹² Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought*. 6. ed. Dryden Press, 2000. p. 1.

³¹³ A própria expressão *Estado* só viria aparecer, de acordo com a doutrina mais aceita com a publicação do *Príncipe* de Maquiavel, enquanto a noção de *soberania*, fundamento do Estado Moderno viria com os *Seis livros da República* de Jean Bodin, na primeira fase de monarquia divina do Estado Moderno Absolutista. Sobre o tema, ver: BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado* cit., p. 42-44; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado* cit., p. 39-43.

³¹⁴ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

³¹⁵ Cf. NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o cameralismo. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, p. 26, 1962.

³¹⁶ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 162-163.

³¹⁷ Na Alemanha e na Áustria, em paralelo e por influência dos mercantilistas, surgia o Cameralismo, derivado da palavra alemã *kammer* e do latim *câmera*, isto é, “o lugar em que, na Idade Média, era guardado o tesouro público” (NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o cameralismo cit., p. 28).

³¹⁸ Cf. NORTH, Douglass C.; THOMAS, Robert Paul. The rise and fall of the manorial system: a theoretical model. *The Journal of Economic History*, v. 35, nº 2, p. 494-495, 1971.

³¹⁹ Cf. NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o cameralismo cit., p. 23.

do interesse de lucro capitalista para a política.³²⁰ No plano político, com a noção de *Estado* de Maquiavel e de *soberania* de Jean Bodin, na primeira fase do poder divino absoluto do Estado Moderno,³²¹ e com o *Leviatã* de Hobbes, inaugurando o contratualismo social como justificativa para um poder do soberano paradoxalmente consensual, o Estado Moderno absoluto se consolidava como um Estado nacional.³²² O nacionalismo, em geral, e o comércio internacional, em particular, impuseram a necessidade de organizar a política econômica estatal em bases mais perenes. Os agentes econômicos compartilhavam a crença do Estado estamental absolutista³²³ no *processo de acumulação primitivo*.³²⁴ O monetarismo impunha o lema de quanto maior o acúmulo de metal, maior seria a riqueza do reino.

No campo da teoria econômica, duas vertentes marcaram o período.

Entre os séculos XVI e XVII, a Europa estava passando por uma escassez de ouro e prata, inclusive na Espanha, país para o qual fora canalizado quase todo o ouro das Américas.³²⁵ Para atrair e manter metais no país, a política fiscal e a política monetária se fixaram no chamado *bulionismo*. Políticas restritivas, como proibições de exportação de moeda e limitações à importação de mercadorias, assim como taxas e impostos alfandegários com claro efeito extrafiscal, foram adotados em larga medida para reter metais nas divisas do território. E não foram medidas temporárias. Foram, de certa forma, a origem do protecionismo alfandegário, principalmente na Inglaterra.³²⁶

Por outro lado, a ênfase teórica no comércio internacional e na noção de balança comercial foi uma importante contribuição dos mercantilistas para a economia.³²⁷ O balanço de pagamentos entre uma nação e outra funcionava por meio de arbitragem de preços

³²⁰ Cf. WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295-296.

³²¹ Cf. GRIMM, Dieter. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Translated by Belinda Cooper. New York: Columbia University Press, 2013. p.17-18.

³²² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado* cit., p. 42-44; SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Uneso, 2010. p. 10-15; PETTIT, Philip. Liberty and Leviathan. *Politics, Philosophy and Economics*, v. 4, nº 1, p.150-153, 2005; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado* cit., p. 44-49.

³²³ Cf. WEBER, Max. *História geral da economia* cit., p. 42.

³²⁴ Cf. DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Tradução Manuel do Rêgo Braga. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

³²⁵ Cf. HUNT, Emery Kay; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico* cit., p. 15.

³²⁶ “Prohibitions and customs duties on imports and exports imposed for trade regulative purposes originated centuries before 1620, and although the customs system was revised during the reign James I, and again by Walpole in the 1720's, in order that it might more effectively serve the purpose of procuring a favorable balance of trade, it continued until late in the nineteenth century [...]” (VINER, Jacob. *Studies in the theory of international trade*. New York/London: Routledge, 2016. p. 4-5).

³²⁷ Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 22.

simples, ou seja, fomentando a captura da diferença positiva entre o valor da venda e o valor da aquisição, entre exportações e importações.³²⁸

Na prática, no entanto, o mercantilismo era uma política reducionista e predatória. Uma nação somente teria riqueza com o empobrecimento das demais nações. Por conta disso, o nacionalismo absoluto³²⁹ impunha a canalização dos gastos públicos com o militarismo, como forma de defender e colonizar.

Em relação à política fiscal, portanto, dois traços são marcantes: (i) a forte tendência ao *intervencionismo estatal*; e (ii) o *aumento da despesa pública*.³³⁰ No plano conceitual, segundo Hector Villegas:

[s]i bien existían esbozos de una teoría financiera, se notaba un marcado predominio del aspecto político. [...] Los temas de economía pública se desarrollaban pero sólo en cuanto a su relación con la actuación paternalista del Estado y al buen cuidado de las finanzas de los soberanos.³³¹

O mercantilismo, com a larga presença do *bulionismo* e do comércio internacional predatório, teve um outro efeito macroeconômico importante no campo monetário: a demanda por moeda.

A retração dos séculos XV, XVI e XVII em relação à circulação monetária criou um descompasso entre a oferta de mercadoria e a disponibilidade de moeda, de modo que faltava moeda para comprar bens e serviços. Jean Bodin, político e professor de direito da Universidade de Toulouse, identifica o problema ainda em 1568, com a publicação do *Response to the Paradoxes sur le fait des Monnoyes*. E depois, em uma obra sobretudo de caráter político, insurge-se contra a desordem monetária em seu célebre *Six Livres de la*

³²⁸ Nesse sentido, para um aprofundamento, ver a obra clássica do mercantilista inglês Thomas Mun: *England's treasure by forraign trade*. Oxford: Blackwell Publishers, 1967.

³²⁹ Antonio de Viti de Marco sustenta a sua teoria sobre a tipologia das organizações políticas em dois polos constitucionais extremos: o Estado absoluto, coma sua economia financeira como monopólio privado do monarca; e o Estado democrático, que seria um estado cooperativo entre produtores e consumidores. Esses conceitos, entretanto, não são totalmente fechados. Tanto no Estado absoluto, o soberano cede às pressões populares, quanto no Estado democrático, há um certo monopólio político do governante eleito. Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 72-73.

³³⁰ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 13. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 159.

³³¹ Cf. VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., p. 26.

République, de 1576.³³² Bodin, foi, portanto, o formulador original da teoria monetária quântica, que viria a ser uma das duas principais teorias do equilíbrio econômico pelo aspecto monetário.³³³

Jean Bodin, além de uma referência para a teoria geral do Estado, com a delimitação do conceito de soberania,³³⁴ é uma influência importante para autores clássicos da ciência das finanças. É citado por Benvenuto Griziotti como um doutrinador famoso.³³⁵ Aliomar Baleeiro³³⁶ faz referência a Bodin como notável pesquisador das fontes de receita. Hector Villegas³³⁷ e Giuliani Fonrouge³³⁸ ressaltam o predomínio do aspecto político na obra de Bodin. Edwin Seligman³³⁹ e Richard Musgrave³⁴⁰ consideram seus trabalhos importantes na área da arrecadação estatal.

Enfim, sua obra tem amplo reconhecimento dos teóricos clássicos do direito financeiro e da ciência das finanças, e também de grandes nomes do direito financeiro

³³² “*Quod lucrum quod provenit Principi ex mutatione monetae sit injustum*. Cf. Jean Bodin’s precept in the sixth Book of his *De re publica* (Les six livres de la République): *princeps a nummorum corruptela debet abstinere*. This adage and similar ones resound from a large chorus of voices that were raised in protest against governmental malpractices during those centuries of almost incessant monetary disorders” (SCHUMPETER, Joseph. *History of economic analysis* cit., p. 26, nota 26).

³³³ A outra foi formulada por John Maynard Keynes em seu *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, de 1936. Sobre tema, para aprofundamento, ver: SCHUMPETER, Joseph. *Idem*, p. 296 e ss.

³³⁴ Para aprofundamento do tema, por todos, ver: ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As novas dimensões do princípio da soberania*. Niterói: Impetus, 2016.

³³⁵ Cf. GRIZIOTTI, Benvenuto. *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953. p. 126.

³³⁶ Apesar de Aliomar Baleeiro incluir o filósofo escocês David Hume entre os mercantilistas, parece-nos que a indicação é apenas temporal. Hume defendia pensamento oposto ao mercantilismo tradicional, sendo, inclusive, o seu pensamento empírico contra o mercantilismo uma das bases econômicas que Adam Smith usou para a sua teoria econômica clássica. Ver: BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 11. Contra: SCHUMPETER, Joseph. *History of economic analysis* cit., p. 116; 119-133; BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 56-60. Hume, inclusive foi o precursor da estratégia de cooperação em jogos repetitivos que viria a inspirar John von Neumann e Oskar Morgenstern na obra *Theory of games and economic behavior*. Este ponto será aprofundado no Capítulo 3.

³³⁷ “Los temas de economía pública se desarrollaban pero sólo en cuanto a su relación con la actuación paternalista del Estado y al buen cuidado de las finanzas de los soberanos. Bodin, que en 1576 publicó *Los seis libros de la República*, dice que las disciplinas financieras son inspiradoras de la acción del gobierno” (*Curso de finanzas e derecho financiero y tributario* cit., p. 26).

³³⁸ “En efecto; hasta el siglo xvii predomina el aspecto político de los estudios financieros (Maquiavelo, Bodin, etc.), aun bajo los cameralistas alemanes, que si bien desarrollaron temas vinculados a la economía pública, lo hicieron dentro de concepciones relacionadas con el gobierno del Estado” (FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 23).

³³⁹ Cf. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1908. p. 134; 228-239.

³⁴⁰ “The argument for progressive taxation, based on faculty, may be traced back to an essay by Guicciardini, published in the first half of the sixteenth century; a case for proportional taxation, based on faculty, was made towards the end of the same century by Bodin” (*The theory of public finance. A study in public economy* cit., p. 91).

contemporâneo brasileiro, posto que é citado, por exemplo, por Régis Fernandes de Oliveira,³⁴¹ Heleno Taveira Torres,³⁴² Fernando Facury Scaff,³⁴³ Ricardo Lobo Torres³⁴⁴ e Marcus Abraham.³⁴⁵

Benvenuto Griziotti, Aliomar Baleeiro, Richard Musgrave e Régis Fernandes de Oliveira destacam também o trabalho do inglês William Petty. Segundo Musgrave, o tratado de tributação de Petty antecipou em um século, uma das máximas da tributação ótima de Adam Smith. Cada homem deveria contribuir para o Erário na proporção da sua possibilidade e interesse na paz social.³⁴⁶ Da mesma forma, ou seja, como precursor da obra de Adam Smith, Benvenuto Griziotti também ressalta o trabalho de Petty.³⁴⁷

Dino Jarach e Flávio Bauer Novelli, por sua vez, estudam profundamente um movimento surgido na Alemanha e na Áustria, em paralelo e por influência dos mercantilistas. O cameralismo, derivado da palavra alemã *kammer* e do latim *camera*, isto é, “o lugar em que, na Idade Média, era guardado o tesouro público”,³⁴⁸ produziu grandes teóricos das finanças públicas, que viriam a influenciar os estudos financeiros do século XIX, inclusive Adolph Wagner. Segundo Dino Jarach, “[I]a ciencia cameralista es la primera expresión de ciencia de las finanzas públicas”.³⁴⁹

³⁴¹ Na França, Jean Bodin escreveu que sete seriam os procedimentos para arrecadar fundos para a República: “O primeiro é o patrimônio da República; o segundo, as conquistas aos inimigos; o terceiro, os presentes dos amigos; o quarto, as pensões ou tributos; o quinto, o tráfico comercial; o sexto, os direitos sobre as exportações e importações; e o sétimo, os impostos sobre os súditos” (*Curso de direito financeiro* cit., p. 159).

³⁴² “Com Jean Bodin, a Constituição passa a ter como função o fortalecimento do Estado, a se manifestar pelo domínio sobre súditos e território, segundo a tradição e o direito. Esta era a feição formal do Estado, de prevalência do poder do príncipe sobre qualquer outro” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 85).

³⁴³ Outros autores entendem a *república* como conceito correlato ao de *soberania*, como Jean Bodin (1530-1596) em sua obra *Os seis livros da República* (1576), nela dá aos reis franceses conselhos sobre a melhor maneira de governar, seja no que se refere às finanças públicas, afirmando que “as finanças são os nervos da república [...] Nesta obra Bodin alinha o conceito de república com o de soberania” (Apud SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 118).

³⁴⁴ “Houve no pensamento ocidental uma longa tradição filosófica em torno das questões financeiras de caráter geral. De Santo Tomás de Aquino até Suarez predominou a meditação sobre o justo tributário. Hobbes e Montesquieu escreveram páginas profundas sobre o assunto. Bodin disse que as finanças eram o nervo do governo” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 26).

³⁴⁵ “A partir do século XVI, identificam-se as influências dos Mercantilistas, com William Petty, David Hume, Jean Bodin e Colbert, dos Cameralistas, com Obrecht, Besold, Justi e outros e dos Fisiocratas, com Quesnay, Mirabeau, Turgot” (*Curso de direito financeiro brasileiro* cit., p. 25).

³⁴⁶ Cf. *The theory of public finance. A study in public economy* cit., p. 66.

³⁴⁷ Cf. *Principios de ciencia de las finanzas* cit., p. 126.

³⁴⁸ Cf. NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o cameralismo cit., p. 28.

³⁴⁹ Cf. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 4.

O mercantilismo, portanto, representou um rudimentar processo capitalista, predador, imperialista e belicoso, fruto de um nacionalismo extremo e absoluto, com impactos macroeconômicos graves e com limite de crescimento inercial.

Por outro lado, para o âmbito da política fiscal, foi um avanço na medida em que reconheceu o aspecto econômica da despesa pública como política de estado, ainda que, repita-se, sem entrar no mérito da sua dinâmica primária. Nas palavras de João Ricardo Cantarino, “este é um momento de viragem na história das ideias e dos factos políticos, é aqui que se pode olhar o aspecto final [despesa] do fenómeno financeiro depois de um lento processo evolutivo, que fluiu ao longo de mais de dez séculos.”³⁵⁰

O século XVIII, por sua vez, chegou com as luzes do iluminismo e operou uma profunda transformação na concepção do que deveria ser o aspecto financeiro da atividade estatal.³⁵¹

Os fisiocratas, que tiveram seu apogeu em França, na segunda metade do século, defendiam que haveria uma ordem natural para as coisas, inclusive para a sociedade e o sistema econômico. Etimologicamente, a palavra fisiocrata, do grego *physis*, natureza, significava o governo da ordem natural.³⁵² Inspirados pelo *laissez faire, laisser passer*, creditado a Vicent de Gournay³⁵³ e liderados pelo médico francês François Quesnay³⁵⁴ e por Anne Robert Jacques Turgot, defendiam um imposto único sobre a terra. Apesar de seus postulados nunca terem sido colocados em prática, tiveram o mérito de formular o primeiro esquema orgânico de uma teoria econômica.³⁵⁵

Por outro lado, o século XVIII também foi marcado como a era das revoluções científica e industrial. Nesse ponto, a ideologia é permeada pelo liberalismo econômico da

³⁵⁰ Cf. CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro* cit., p. 41.

³⁵¹ Cf. FONROUGE, Giulini. *Derecho financiero* cit., p. 23; VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., 26.

³⁵² Cf. ESPECHE, Sebastián P. *Curso de derecho financiero*. Buenos Aires: Erreius, 2016. p. 5.

³⁵³ Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 35.

³⁵⁴ Quesnay, inclusive, era defensor fervoroso do jusnaturalismo. “The idea of natural right was central to Quesnay's system, In his view, any positive legislation contradicting natural right would bring ruin to the country and the degradation of its economy: economic progress or regression depends upon whether the dictates of natural right are carried out or violated” (RUBIN, Isaac Ilych. *A history of economic thought*. Translated by Donald Filtzer. London: Don Filtzer, 1979. p. 167).

³⁵⁵ Cf. VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., p. 26.

escola clássica de Adam Smith, David Ricardo, Jean Batiste Say e John Stuart Mill.³⁵⁶ Com forte defesa da propriedade privada e dos mercados, o liberalismo se notabilizou pela formulação de “leis” econômicas, tais como: a lei da vantagem comparativa, a lei dos mercados de Say, a teoria da renda de Ricardo, a teoria quantitativa da renda e a teoria do valor trabalho.

A escola econômica clássica se inicia em 1776 com a obra seminal de Adam Smith,³⁵⁷ *A riqueza das nações*. Considerada por Schumpeter não só o livro mais importante da história da economia e da história das ciências, ao lado da *Origem das espécies* de Darwin,³⁵⁸ a obra identifica a terra, o capital e o trabalho, como os três fatores de produção responsáveis pela riqueza de uma nação. Além disso, promove uma interpretação sistematizada da ordem social capitalista. A produção, a acumulação e o excedente são vistos sob a ótica do mercado. Em suma, defende uma estrutura de mercado autorregulado, no qual as necessidades sociais – individuais ou sociais – são atendidas automaticamente.³⁵⁹

No campo fiscal, Smith faz uma longa reflexão no capítulo II do livro V da *Riqueza das Nações* sobre o papel do governo na economia.³⁶⁰

Na receita pública, através de profundo estudo comparativo dos sistemas tributários da sua época, formula os quatro princípios da tributação ótima:³⁶¹ (i) *equidade*, formulada de maneira ambígua: tanto os seguidores do critério da *capacidade*, quanto os seguidores

³⁵⁶ A escola clássica que teve como precursores, por ex., Sir Dudley North, Richard Cantillon e David Hume, é formada por diversos pensadores importantes na história do pensamento econômico, como Thomas Malthus e a teoria da população, Jeremy Bentham, e o utilitarismo, entre outros. Apesar de reconhecermos sua importância para a história do pensamento econômico, o corte metodológico foi pela importância de sua obra no campo da despesa pública e, por via de consequência, da política fiscal.

³⁵⁷ O primeiro livro de Adam Smith, *The theory of moral sentiments* de 1759, é considerado a primeira obra de Economia Política, com forte influência de Mandeville e Hume. Cf. ROSANVALLON, Pierre. *O liberalismo econômico: história da ideia de mercado*. Bauru: Edusc, 2002. p. 21-26, 47-64, 72-78. Aliomar Baleeiro, no entanto, dá notícia de que alguns autores considerarem que os franceses fisiocratas foram os precursores desta ciência.

³⁵⁸ Cf. *History of economic analysis* cit., p. 176.

³⁵⁹ Para aprofundamento, ver: BLAUG, Mark (ed.) *Adam Smith. His place in development of modern economics* Brookfield. London/New York: Edward Elgar, 1992. especialmente o Chapter 1, de Paul A. Samuelson: “The overdue recovery of Adam Smith’s reputation as an economic theorist”.

³⁶⁰ Segundo Aliomar Baleeiro, *A riqueza das nações* teve o mérito de “ter sido o primeiro estudo orgânico sobre a atividade financeira, envolvendo investigação sobre despesa, sobre os sistemas tributários antigos, a receita e até sobre a repercussão dos impostos” (*Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 14).

³⁶¹ Com base nesta teoria, economistas contemporâneos vêm desenvolvendo seus cânones de uma tributação ótima. Sobre o tema, ver: STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3. ed. Nova York/Londres: W.W. Norton and Company, 1999. p. 497.

do critério do *benefício* podem nela se enquadrar;³⁶² (ii) *certeza*, o imposto deve ser fixo e não arbitrário; (iii) *conveniência* da arrecadação, de maneira que o imposto seja formulado na forma mais conveniente para ser adimplido pelo contribuinte; (iv) *economia* na arrecadação, de forma que o gasto com sua arrecadação não seja maior do que o tributo recolhido.³⁶³

No campo da despesa pública, promove uma inversão total em relação à proposta mercantilista. Dedicou o capítulo III do livro V inteiro ao estudo da dívida pública, chegando a afirmar que se trata de um perigo a longo prazo, que pode levar à ruína as grandes nações da Europa.³⁶⁴ Defende restrições severas ao endividamento público, um orçamento equilibrado e uma administração eficiente dos recursos públicos. Dentro de um contexto de um estado mínimo, apto a garantir propriedade, liberdade e comércio, sustenta que o Estado deva ter a menor capacidade financeira possível, tanto de retirar da sociedade, como de investir na sociedade.³⁶⁵

Apesar de defender a intervenção estatal mínima, considera que em uma sociedade desenvolvida, as despesas públicas são necessárias para manter as instituições que irão garantir o livre comércio e a propriedade particular. Basicamente ligadas à justiça, as instituições públicas, na visão liberal de Smith, serviam para garantir o cumprimento dos contratos, a preservação da propriedade e a garantia das dívidas.³⁶⁶ O financiamento dessas instituições, no entanto, deveria seguir rigorosamente os quatro cânones da tributação e evitar sempre que possível a intervenção na propriedade particular.³⁶⁷

³⁶² É comum entre os defensores da capacidade contributiva no Brasil afirmarem em Adam Smith uma de suas fontes. Este, no entanto, é apenas um lado da moeda, dada a ambiguidade da obra de Smith. Tanto assim o é que Richard Musgrave lista especificamente Adam Smith como um dos precursores do critério do benefício. Cf. MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance. A study in public economy* cit., p. 61.

³⁶³ Cf. SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. New York: MetaLibri, 2007. p. 639-676.

³⁶⁴ “The progress of the enormous debts which at the present oppress, and will in the long-run probably ruin, all the great nations of Europe has been pretty uniform” (SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* cit., p. 711).

³⁶⁵ “It is the highest impertinence and presumption, therefore, in king and ministers, to pretend to watch over the economy of private people, and to restrain their expense, either by sumptuary laws, or by prohibiting the importation of foreign luxuries. They are themselves always, and without any exception, the greatest spendthrifts in the society. Let them look well after their own extravagance does not ruin the state, that of their subjects never will” (Idem, 270).

³⁶⁶ “Commerce and manufactures, in short, can seldom flourish long in any state in which there is not a certain degree of confidence in the justice of government” (Idem, p. 710).

³⁶⁷ Discutindo o direito de intervenção do Rei da Espanha em minas privadas de prata do Duque de Cornwall no Peru, assim discorre: “[...] the sacred rights of private property are sacrificed to the supposed interest of public revenue” (SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations* cit., p. 138).

Era o auge do liberalismo econômico³⁶⁸ que iria influenciar todo o movimento constitucionalista moderno.³⁶⁹

A partir de David Ricardo, as ideias de Adam Smith vão sendo mitigadas pouco a pouco. Ricardo, por exemplo, embora tenha sido a figura principal na promoção das ideias da escola liberal,³⁷⁰ apresenta em seus *Princípios de economia política e tributação*, de 1817, forte preocupação com a distribuição de renda, que deu origem à atual *distribuição funcional de renda*.

Por outro lado, a teoria em que discute a equivalência do financiamento público por impostos ou por endividamento público³⁷¹ é um marco no pensamento macroeconômico. O teorema da equivalência parte de uma comparação entre a eficiência e as externalidades positivas e negativas advindas de um ou outro modelo. As conclusões de Ricardo são de tão sorte abertas que geraram interpretações divergentes de grandes economistas sobre suas próprias conclusões.³⁷²

De qualquer forma, deu origem à teoria convencional expansionista de que o financiamento do setor público através do endividamento público tende a gerar efeito menor no PIB, do que por impostos, posto que o imposto retrai o consumo. Deu origem, ainda, às teorias mais modernas que comparam o financiamento da dívida das despesas governamentais com a

³⁶⁸ Segundo Hector Villegas, Adam Smith consignou premissas filosófico-políticas importantes para a atividade financeira do estado que importaram, ao fim e ao cabo, em: “[...] una profunda transformación en relación a las ideas entonces imperantes. Por un lado puso de relieve la neta diferenciación entre el ente ‘Estado’ y la persona del gobernante (con la consiguiente y obligatoria separación de sus bienes), y por otra parte, efectuó un riguroso análisis de la actividad económica en sus diversas etapas, delimitando un independiente y específico sector del conocimiento humano (el económico) y exponiendo una serie de principios fundamentales entre los cuales se hallan sus célebres reglas sobre la imposición” (*Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* cit., p. 26-27).

³⁶⁹ Giovanni Sartori traduz bem esta influência em ícones do constitucionalismo norte-americano e francês: “Per i veri padri fondatori, da Locke agli autori dei *Federalist Papers*, e da Montesquieu a Benjamin Constant, liberalismo significava *rule of law* e Stato costituzionale, e libertà era libertà *politica* (la libertà *da*, l’oppressione politica), non il libero commercio, il libero mercato e (negli sviluppi spenceriani) la legge della sopravvivenza del più capace” (*Elementi di teoria politica*. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 139-140 – grifos do original).

³⁷⁰ Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 100.

³⁷¹ Cf. RICARDO, David. *The works and correspondence of David Ricardo: On the Principles of Political Economy and Taxation*. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v. 1, Chapter XVII, especialmente, p. 243-245.

³⁷² Há uma divergência entre Gerald O’Driscoll Jr. e James Buchanan em relação à interpretação das conclusões de Ricardo acerca deste Teorema. O’Driscoll Jr. demonstra que, ao contrário da interpretação de James Buchanan, Ricardo nega que impostos e endividamento público seriam equivalentes, de forma que denomina o teorema de *nonequivalent theorem*. Cf. O’DRISCOLL JR., Gerald P. The ricardian nonequivalent theorem. *Journal of Political Economy*, v. 85, nº 1, p. 207-210, 1977. Sobre a interpretação de James Buchanan, ver: Barro on the Ricardian Equivalence Theorem. *Journal of Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press Journals, v. 84, nº 2, p. 337-342, abr. 1976.

compensação do aumento da poupança.³⁷³ Em ambas as circunstâncias, o impacto das teorias de Ricardo, de alto grau de sofisticação e abstração, na macroeconomia moderna e, portanto, nas estratégias de política fiscal, é muito relevante para a ciência econômica.³⁷⁴

O francês Jean Batiste Say divulga as ideias de Adam Smith por toda a Europa continental, a partir da publicação do seu *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, em 1803. Era, porém, uma figura controversa. Foi por muito tempo conselheiro econômico de Napoleão e defendeu o trabalho negro escravo como sendo mais barato e eficiente do que o trabalho livre, em uma época em que a efervescência cultural negava os princípios desumanos da escravidão. As revoluções científicas, americana e francesa, tornaram a elite cultural mais humana, em linha com o iluminismo.

Na área fiscal, Dino Jarach destaca que Jean Batiste Say reconhece a arrecadação de tributos e a prestação de serviços por parte do Estado como um bem imaterial e, portanto, considera a atividade financeira estatal como um fenômeno de consumo e não de criação ou de troca de riquezas. E conclui por considerar J. B. Say como “primer exponente de una corriente pesimista con respecto al papel del Estado y la naturaliza de su actividad financiera”.³⁷⁵

Say ganhou notoriedade com a sua lei dos mercados, conhecida como lei de Say, segundo a qual não há possibilidade de uma nação ser prejudicada por uma superprodução de bens, ao contrário de um mercador ordinário.³⁷⁶ Esse postulado o coloca como um dos principais expoentes da doutrina clássica a se contrapor ao pensamento de Keynes, tanto na economia quanto nas finanças.³⁷⁷

Por outro lado, como sustenta Sainz de Bujanda, Jean Batiste Say foi um dos poucos autores clássicos a influenciar a escola francesa da ciência das finanças. Extremamente ligada à ciência do direito, os estudos de autores como R. Stourme e Jacomet focavam no aspecto técnico-jurídico do orçamento, dos créditos e dos gastos públicos. À exceção de Gaston Jèze

³⁷³ Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 111.

³⁷⁴ Como afirma Paul A. Samuelson: “Adam Smith had a powerful influence on the history of ideas, ideas of the educated non-economist public and most particularly of governmental policy-makers and their voters constituencies. David Ricardo’s great influence was more narrowly focused on contemporaneous and subsequent economists. Macaulay’s general schoolboy knew *The Wealth of Nation* but not Ricardo’s *Principles of Political Economy*” (SAMUELSON, Paul. *The overdue recovery of Adam Smith’s reputation as an economic theorist. In: FRY, Michael. Adam Smith. His place in the development of modern economics.* London: Routledge, 1992. p. 1).

³⁷⁵ Cf. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 13.

³⁷⁶ Cf. BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought* cit., p. 130.

³⁷⁷ Cf. JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 14.

que “con un método complejo y original, realiza un estudio de los aspectos económico, jurídico y social de los fenómenos presupuestarios y fiscales”, o aspecto econômico “no encuentra su lugar adecuado en esta manera, predominantemente jurídica, de enfocar los problemas”.³⁷⁸

No campo da política da atividade financeira do Estado, John Stuart Mill, apesar de seguir Adam Smith, rompe com a sua ideia de acoplar em uma só máxima da equidade o princípio de capacidade contributiva e do benefício. Mill refuta o princípio do benefício e foca seus trabalhos somente na capacidade contributiva, como corolário da igualdade e proporcionalidade.³⁷⁹ A teoria utilitarista do sacrifício de Mill é justamente a ideia oposta ao que é defendida atualmente sobre a capacidade contributiva e que teve em Musgrave um grande precursor das bases do pensamento atual.³⁸⁰ Mill defende uma posição individualista do princípio, de forma que a minimização do sacrifício na progressividade é o objetivo pretendido sempre. A igualdade tributária seria a igualdade do sacrifício, em visão individualista extrema.

Segundo Dino Jarach, a teoria da dupla tributação da poupança de Mill foi a primeira manifestação efetiva da doutrina da política fiscal,³⁸¹ ainda que a denominação *fiscal policy* só viesse aparecer com Alvin H. Hansen, após o primeiro pós-guerra, como veremos mais à frente.

Até o final do século XIX, por conta do pensamento econômico clássico liberal, as funções do Estado eram limitadas, com consequências diretas no estudo teórico da atividade financeira estatal.³⁸² As formulações teóricas acerca do crescimento da atividade financeira do Estado só começaram a se intensificar com a obra do economista alemão Adolph Wagner. Com forte influência da “economia nacional” (*Volkswirtschaft*) de Johann Karl Rodbertus e com

³⁷⁸ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 270.

³⁷⁹ Cf. ESPECHE, Sebastian P. *Curso de derecho financiero* cit., p. 9.

³⁸⁰ “Others, including, John Stuart Mill, interpreted the concept of protection more broadly and took the opposite view—that protection is needed more urgently by the poor. Indeed, Mill rejected the benefit view because it would lead to regressive taxation” (Idem, p. 65).

³⁸¹ Cf. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 12.

³⁸² Giuliani Fonrouge entende que o liberalismo impactou negativamente nos estudos financeiros do século XIX, tendo em vista que faz prevalecer o aspecto econômico sobre o político: “En el paso el siglo XIX se produce una decadencia transitoria de los estudios financieros, en razón de que la influencia preponderante de Adam Smith y de Ricardo hizo prevalecer el aspecto económico con olvido del político antes predominante” (FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero* cit., p. 23-24). Já Sainz de Bujanda entende que Adam Smith e Ricardo promovem uma interceção entre ciências da finanças e economia política, de forma que a segunda ganha independência a partir da primeira: “La teoría financiera típicamente británica se caracteriza, sobre todo, por su relación particularmente íntima con la teoría económica general. Reconoce Neumark que a partir de la publicación de las obras de Adam Smith y de Ricardo, en las que se pone particularmente de manifiesto la concepción de la unidad de ciencia financiera con la economía política, aquélla ha adquirido, al menos formalmente, un cierto grado de independencia” (Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 269).

interesse especial no clássico inglês David Ricardo, Wagner produziu uma volumosa obra, reconhecida por um dos precursores da economia neoclássica, Alfred Marshall. Sua reputação histórica ficará marcada, no entanto, pelos seus *Princípios de finanças públicas*.

Ao lado de Paul Laband, Wagner foi um dos principais conselheiros de Otto von Bismarck, em uma era que ficou marcada pelo militarismo e pela unificação da Alemanha, mas também pela pobreza e pelo desemprego. Com a crescente desigualdade social na Alemanha unificada, Wagner elabora a teoria da produtividade direta, com o objetivo de superação dos mecanismos de distribuição de riquezas do liberalismo, considerados por ele falhos. As finanças neutras liberais, em que “[a] finalidade das instituições deveria ser puramente fiscal, isto é, arrecadar fundos para o Tesouro, abstendo-se de reger ou alterar a estrutura econômica ou política da sociedade”,³⁸³ já não encontravam eco nos anseios de um estado alemão recém unificado e com carências sociais marcantes.

Apesar de não considerar o gasto público como aspecto inerente à atividade financeira do Estado,³⁸⁴ Wagner sustenta que o neutralismo fiscal não resiste ao fato de que a realidade econômica impõe ao Estado um papel de maior alcance no oferecimento de serviços públicos, de forma que as despesas públicas precisam buscar novos meios de financiamento,³⁸⁵ através de tributos com finalidade extrafiscal.³⁸⁶ O aumento da demanda por bens públicos reforça o interesse coletivo de provê-los, de forma que o seu custeio e benefício não podem ser individualizados, como no liberalismo de Adam Smith.³⁸⁷ O aumento dos gastos públicos, quer em termos absolutos, quer em função da renda nacional, pressupõe uma demanda maior por serviços públicos (Lei de Wagner).

A obra de Wagner representa o pensamento da escola alemã do século XIX. Com forte influência do cameralismo³⁸⁸ por um lado, a preocupação com o exame detalhado do aspecto técnico e administrativo são uma constante.³⁸⁹ Superando o cameralismo, por outro lado, a obra

³⁸³ Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças* cit., p. 23.

³⁸⁴ Cf. JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 25.

³⁸⁵ Cf. WAGNER, Adolph. *La scienza delle finanze*. Tradução para o italiano de Maggiorino Ferraria e Giovanni Bistolfi. Torino: Utet, 1891. p. 26.

³⁸⁶ Na palavras de Dino Jarach: “Wagner puede considerarse como el primer exponente de la moderna doctrina que admite aliado del fin del impuesto de cubrir el gasto, el propósito político social de la redistribución del ingreso” (*Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 24).

³⁸⁷ Cf. JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 828.

³⁸⁸ Wagner, inclusive, foi professor da cátedra de *Kameralistik* na Universidade de Freiburg antes de ir para Berlim.

³⁸⁹ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 271.

de expoentes como Lorenz von Stein, que cunhou a expressão Estado Social (*Sozialstaat*), com destacada concepção dos gastos do Estado,³⁹⁰ e Albert Schäffle, evoluiu no sentido de combinar de forma eficaz o forte apelo social dos fenômenos financeiros com o aspecto econômico,³⁹¹ influenciou gerações de financistas públicos.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social representou no plano ideológico a superação do antigo liberalismo³⁹² e no plano histórico, como defende de R. C. van Caenegem, foi uma reação ao ambiente conflituoso do século XX que exigia uma maior intervenção do Estado para abrigar às pretensões políticas, sociais e econômicas plurais da sociedade, gerando “um equilíbrio incerto e de acordo com as oscilações da política partidária”.³⁹³

Partindo da ideia de que os problemas financeiros são inseparáveis da vida econômica e social, surge a doutrina do déficit sistemático, como forma de estímulo econômico em tempos de crise. Com destaque para o economista inglês John Maynard Keynes e suas políticas anticíclicas, esta concepção, como ressalta Giuliani Fonrouge, formaram nos Estados Unidos, principalmente com Alvin H. Hansen,³⁹⁴ e a partir dos bons resultados do *New Deal* de 1933 e da política britânica do pós-guerra de 1945, bem como do fracasso da política da Frente Popular em França de 1936, a expressão *fiscal policy* ou política fiscal.³⁹⁵

Eram as concepções teóricas adjacentes ao Estado Social, influenciando os rumos da política fiscal, através de novas vocações sobre as funções do orçamento e dos gastos públicos.

A teoria do Estado Liberal do século XVIII e a teoria do Estado Social do século XIX formaram, portanto, as bases históricas, extremas e opostas, que influenciam o desenvolvimento da política fiscal e do pensamento financeiro até hoje. Ainda que a expressão *fiscal policy* etimologicamente tenha surgido no âmbito de um dos extremos, ela serve para denominar o

³⁹⁰ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein. *Revista de Estudios Políticos*, nº 47, p. 43-88, 1949.

³⁹¹ Idem, *ibidem*.

³⁹² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal para o Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 187.

³⁹³ Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 294.

³⁹⁴ Cf. HANSEN, Alvin H. *Fiscal policy and business cycles*. New York: W.W. Norton&Co., Inc, 1941. Para um aprofundamento do contexto histórico e político em que Hansen escreveu a sua obra, por todos, ver: SIMONS, Henry C. Hansen on fiscal policy. *The journal of political economy*, v. L, nº 2, p. 161-196, abr. 1942.

³⁹⁵ Cf. FONROUGE, Giulini. *Derecho financiero* cit., p. 148-149. Mas cabe uma advertência importante. Como o próprio Fonrouge levanta, “[e]stas denominaciones no deben tomarse en su sentido literal de ‘política fiscal’, sino que traducen una posición de conjunto de política financiera anticíclica, mediante: a) política anticíclica de gastos; b) modificaciones tributarias con fines extrafiscales; c) régimen coyuntural de empréstito y su amortización”. Idem, *ibidem*, nota 10.

plexo de concepções econômicas, jurídicas, sociais, ou, como sustenta Sainz de Bujanda, de qualquer outra índole,³⁹⁶ que permeiam a doutrina financeira.

O processo de construção de um *sistema nacional financeiro* ressalta as “particularidades nacionais próprias dos tipos nacionais da ciência das finanças”, na visão de Fritz Neumark. E seguem em evolução permanente, ora se aproximando do liberalismo, ora do intervencionismo, de acordo com a época e o país.³⁹⁷ São os “tipos relacionados” e os “tipos opostos” entre os extremos históricos que constroem a ciência nacional financeira, na síntese de Sainz de Bujanda.³⁹⁸

As peculiaridades do *sistema nacional financeiro brasileiro*, portanto, devem ser estudadas a partir da evolução da política relacionada à atividade financeira do Estado Fiscal, que do ponto de vista histórico coincide com o Estado de Direito.³⁹⁹ Em outras palavras, deve ser estudada a partir da evolução constitucional do direito financeiro brasileiro.

2.4 A dimensão política fiscal do Estado brasileiro e a evolução da constitucionalização do direito financeiro

A dimensão fiscal brasileira ressentiu-se do *artificialismo político*⁴⁰⁰ da ocupação mercantilista nos seus primórdios. O sistema colonial sofria os reflexos econômicos da política reducionista e predatória de uma ocupação secundária.⁴⁰¹ O Estado nacional português, por outro lado, vivia o outro lado do mercantilismo. A acumulação primitiva, o protecionismo estatal, e o aumento da despesa pública, como vimos em Aliomar Baleeiro e Hector Villegas, davam o tom do dualismo político do tratamento econômico entre metrópole-colônia.

A ocupação econômica das terras coloniais brasileiras só ocorreu de fato quando deixou de ser um problema exclusivamente econômico mercantilista e passou à vertente da política externa. Exercer atividade agrícola na colônia não era viável no início por conta dos

³⁹⁶ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 277.

³⁹⁷ Cf. NEUMARK, Fritz. Types nationaux de la science des finances. *Openbare Financiën*, nº 2, p. 18, 1947.

³⁹⁸ Cf. BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero cit., p. 268-269.

³⁹⁹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal cit., v. V, p. 521.

⁴⁰⁰ Expressão de Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo. Prefácio. In: FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 2007. p. 12.

⁴⁰¹ Cf. FURTADO, Celso. Idem, p. 26.

custos e das incertezas do deslocamento até o mercado consumidor europeu. Por outro lado, a exploração dos metais das Américas estava fomentando a acumulação primitiva em Portugal e, principalmente, na Espanha. A Península Ibérica se convertia em potência mercantilista. Como forma de mitigar o crescimento econômico de Portugal e Espanha, como assinala Celso Furtado, os demais países europeus passaram a exigir a ocupação efetiva como forma de manutenção da propriedade das colônias.⁴⁰²

A agricultura iniciou a fixação de empresas coloniais no território brasileiro.⁴⁰³ A política de importação de produtos manufaturados e exportação de *commodities* agrícolas começou a gerar “magníficos resultados financeiros”⁴⁰⁴ e a colônia passou a ser ocupada economicamente pela metrópole. A partir de então, a colônia começou a viver o apogeu e as crises do ciclo exportador de *commodities* agrícolas, atravessando o império, e chegando na República Velha totalmente dependente das exportações agrícolas. O financiamento público e uma difícil transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado ditavam a atividade financeira do estado em meio às “flutuações cíclicas das economias dependentes”.⁴⁰⁵

Esse cenário fiscal não muito convidativo pautou a atividade financeira do estado. Da preocupação em manter a posse das terras, às concessões mediante pagamento do *quinto*, Régis Fernandes de Oliveira destaca que a ânsia arrecadatária da metrópole recaía sobre “todos os produtos e extrações”.⁴⁰⁶

O cenário colonial-mercantilista, imperial-agrícola e republicano-inflacionário⁴⁰⁷ se reflete na dimensão político-fiscal da constitucionalização do direito financeiro. A atividade

⁴⁰² FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil* cit., p. 27. No mesmo sentido, assinala Caio Prado Jr.: “A colonização do Brasil constituiu para Portugal um problema de difícil solução. Com população pouco superior a 1 milhão de habitantes e suas demais conquistas ultramarinas na África e Ásia de que cuidar, pouco lhe sobrava, em gente e cabedais, para dedicar ao ocasional achado de Cabral” (*Evolução política do Brasil e outros estudos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 13).

⁴⁰³ Como afirma Caio Prado Jr, a solução para a ocupação colonial se deu através da iniciativa privada: “Resolveu-se o problema com a criação das capitânicas hereditárias, repetindo-se em larga escala o processo adotado anos antes da colonização dos Açores e da Madeira. Entregando-se à iniciativa privada a solução do caso, forrava-se a Coroa portuguesa do ônus, que dificilmente suportaria, da ocupação efetiva da terra por conta própria” (Idem, p. 15).

⁴⁰⁴ Idem, p. 37.

⁴⁰⁵ Idem, p. 227.

⁴⁰⁶ Cf. *Curso de direito financeiro* cit., p. 165.

⁴⁰⁷ O encilhamento criou uma crise inflacionária grave no nascer da República. Nas palavras de John Schulz sobre a política lançada pelo Visconde de Ouro Preto: “Apesar de sua reputação de conservadorismo fiscal e sua dedicação ao padrão ouro, Ouro Preto provocou uma bolha especulativa, o Encilhamento [...] Em 23 de novembro de 1891, o primeiro presidente do Brasil renunciou e o vice-presidente assumiu o seu lugar. O encilhamento tinha acabado. Floriano prometeu um retorno às políticas financeiras ortodoxas. O Encilhamento

financeira do estado passou por diversas disciplinas constitucionais até atingir o protagonismo atual pós-estabilização, como visto no Capítulo 1.

Ao longo da evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, porém, o direito financeiro sempre esteve presente nos textos constitucionais. Com maior ou menor amplitude, entre Constituições de diversas vertentes, autoritária, totalitária e democrática,⁴⁰⁸ as normas constitucionais financeiras foram evoluindo até o estágio atual, autotrófico, com um subsistema próprio que alimenta e é alimentado pelo sistema constitucional.

Passamos então a analisar a evolução constitucional do direito financeiro, através das dimensões fiscais do Estado brasileiro, do Estado absoluto ao Estado Democrático de Direito, focando principalmente no descasamento entre o texto constitucional financeiro e a *realidade constitucional*, ditada pela política fiscal.⁴⁰⁹

2.4.1 Do Brasil-Império à ditadura constitucional

Desde o Brasil-Império, as sucessivas Constituições guardavam espaço para a normatividade financeira das receitas e das despesas. A Constituição de 1824 e o Estado unitário imperial *sui generis* deixaram livre e sem uma adequada distribuição o exercício do poder de tributar entre o governo imperial, as províncias e a vilas.⁴¹⁰ A fiscalização das despesas era delegada para o Poder Legislativo, com todas as vênias de uma Constituição outorgada.

A Constituição de 1891 chegou com as pombas da República e com a realidade do encilhamento. Atribuiu privativamente ao Congresso Nacional o grande poder republicano de elaborar o orçamento. A política da República Velha, por sua vez, tratou de desvirtuar. Os “orçamentos rabilongos”, foram denunciados por Ruy Barbosa, em artigo publicado em

durou dois anos e meio, período no qual a cotação cambial caiu de 27 para menos de 12 pence” (SCHULZ, John. *A crise financeira da abolição, 1875-1901*. São Paulo: Edusp, 1996. p. 73; 95).

⁴⁰⁸ A diferença entre autoritarismo e totalitarismo é explicitada por Karl Loewenstein em obra dedicada ao Estado Novo, quando estava nos Estados Unidos, por conta do regime nazista alemão: “‘Authoritarian’ refers to the form of government, to the type and technique of the policy-forming power. ‘Totalitarian’, on the other hand, refers to a way of life, to social factors. It implies that the sphere of private life of the individual citizen or subject is subordinated to the public policies of the state to the point of obliteration. [...]” (LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York: Macmillan, 1942. p. 371).

⁴⁰⁹ Virgílio Afonso da Silva destaca, com razão, que “textos constitucionais e realidade constitucional afastaram-se com grande frequência na história brasileira” (*Direito constitucional brasileiro* cit., p. 100).

⁴¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 170.

1900. As “caudas orçamentárias”⁴¹¹ levavam à lei orçamentária “louvores pessoais, reformas de repartições, organização de serviços novos, derrogação de leis permanentes em todos os ramos do direito, criação de institutos jurídicos, nomeações, promoções e aposentadorias”.⁴¹²

Os desvirtuamentos eram tantos que Epiácio Pessoa vetou o orçamento do ano de 1922. O fato até então inédito assumiu excepcional importância, nas palavras de Ary Seixas, “por ter conseguido desmoralizar em definitivo as célebres ‘caudas orçamentárias’”,⁴¹³ sendo inspiração prospectiva para a inclusão do princípio da exclusividade na reforma constitucional de 1926.

A Constituição de 1934, como resposta de Vargas à Revolução Constitucionalista de 1932, culminou com “a entrega do poder ao povo”, na visão de Pontes de Miranda.⁴¹⁴ Em matéria financeira, reforçou a competência privativa do Poder Legislativo em matéria orçamentária⁴¹⁵ e manteve o *status* constitucional da pureza e da unidade orçamentárias, com uma seção específica para a matéria.⁴¹⁶ Houve disposições sobre o controle externo, com dispositivos dedicados aos Tribunais de Contas,⁴¹⁷ sobre a dívida pública,⁴¹⁸ sobre

⁴¹¹ Como lembra Uadi Lammêgo Bulos, as caudas orçamentárias não eram exclusividade brasileira. Os ingleses chamavam de *tracking*, os norte-americanos de *riders* e os alemães de *bepakungen*. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. Finanças públicas e orçamento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 211. p. 293, 1998.

⁴¹² Idem, p. 294.

⁴¹³ Cf. SEIXAS, Ary. Veto do Presidente Epiácio Pessoa à Resolução do Congresso Nacional que fixa a despesa para o exercício de 1922. *Revista de Serviço Público*, p. 272, mar. 1956.

⁴¹⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Defesa, guarda e rigidez das constituições. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 25, 1946. Egon Bockmann Moreira adverte, porém, que “[a] Constituição de 1934 era formalmente liberal e democrática, mas institucionalizou uma centralização ainda maior do Poder Executivo federal. No plano das ideias, o diploma era adequado ao pensamento econômico mundial de então, mas no plano da realidade, gerou uma sucessão de expectativas frustradas que culminaram na Carta de 1937” (MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: EVG, 2016. p. 145).

⁴¹⁵ “Art. 39. Compete privativamente ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República: [...] 2) votar anualmente o orçamento da receita e da despesa, e no início de cada Legislatura, a lei de fixação das forças armadas da União, a qual nesse período, somente poderá ser modificada por iniciativa do Presidente da República”.

⁴¹⁶ Cf. Constituição de 1934, Capítulo II, Seção IV. “Art 50. O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos. [...] § 3º A lei de orçamento não conterá dispositivo estranho à receita prevista e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados. [...]”.

⁴¹⁷ Cf. Constituição de 1934, Capítulo VI, Seção II.

⁴¹⁸ “Art. 39. [...] 3) dispor sobre a dívida pública da União e sobre os meios de pagá-la; regular a arrecadação e a distribuição de suas rendas; autorizar emissões de papel-moeda de curso forçado, abertura e operações de crédito;”

arrecadação e distribuição de rendas.⁴¹⁹ Foi um passo importante em matéria financeira. Teve, porém, vida curta.

A Constituição de 1937 inaugura o Estado Novo com características *autoritárias*.⁴²⁰ Francisco Campos, o autor intelectual da Carta,⁴²¹ sofreu forte influência de Gaston Jèze, muito por conta da presença de Themístocles Brandão Cavalcanti na comissão de juristas formada para elaborar uma lei geral sobre fiscalização e controle dos serviços públicos.⁴²² Promoveu-se, assim, uma verdadeira revolução no que pertine à intervenção do estado na economia, superando, pela escola do serviço público francês, a influência norte-americana anterior.

O papel do Legislativo em relação à proposta orçamentária, apesar de previsto expressamente,⁴²³ era apenas informativo. A tese da natureza jurídica do orçamento como ato-condição de Jèze,⁴²⁴ de grande repercussão na época, ganhou contornos autoritários. A centralização do poder marcou todo o período, inclusive, em relação às finanças públicas.

⁴¹⁹ “Art. 39 [...] 3) dispor sobre a dívida pública da União e sobre os meios de pagá-la; regular a arrecadação e a distribuição de suas rendas; autorizar emissões de papel-moeda de curso forçado, abertura e operações de crédito;”, e diversos outros dispositivos.”

⁴²⁰ Como afirma Gilberto Bercovici, “o Estado Novo não foi um regime fascista, embora o fascismo houvesse influenciado a Carta de 1937 e o regime ditatorial. Foi uma ditadura latino-americana, um estado autoritário, não um totalitarismo” (*Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 20). No mesmo sentido, Karl Loewenstein: “Technically Brazil is a full-fledged dictatorship; the rules of law governing the political society are not agreed upon by the people but superimposed by the government from above. If an apposite counterpart to the term ‘democratic’ is in order, the regime must be spoken of as “authoritarian.” But it is neither totalitarian nor ‘semitotalitarian’ [...] A Fascist state is both authoritarian in form of government and totalitarian in form of state control of private life” (*Brazil under Vargas* cit., p. 371).

⁴²¹ “Esta Carta não seguiu a metodologia das anteriores quanto à sua elaboração. Não contou com anteprojeto ou Comissão que dela previamente se encarregasse. Resultando de um golpe de Estado, ao que consta foi obra individual do jurista Francisco Campos, que, por sua vez, a teria decalcado de Cartas de outros países, vindo a ser apelidada de “polaca”. Em sua maior parte, não chegou a ser posta em prática, ficando ao sabor do poder ditatorial pôr em prática as partes que lhe convinham” (SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 109).

⁴²² Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43-47. Themístocles Cavalcanti entendia inclusive que o direito financeiro era parte integrante do direito administrativo e que, portanto, “seria ilusória a tentativa de procurar definir objetivamente o direito financeiro” (*A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1946. p. 100).

⁴²³ “Art. 71. A Câmara dos Deputados dispõe do prazo de quarenta e cinco dias para votar o orçamento, a partir do dia em que receber a proposta do Governo; o Conselho Federal, para o mesmo fim, do prazo de vinte e cinco dias, a contar da expiração do concedido à Câmara dos Deputados. O prazo para a Câmara dos Deputados pronunciar-se sobre as emendas do Conselho Federal será de quinze dias contados a partir da expiração do prazo concedido ao Conselho Federal” (BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 3 maio 2020).

⁴²⁴ “En tout cas, le budget des dépenses, avec ce système, n'est qu'un acte-condition; c'est une condition à la mise en jeu de la responsabilité des agents administratifs. En somme, avec cette deuxième combinaison, nous aboutissons à la même conclusion que tout à l'heure: ou bien le budget de dépenses (pour une partie de dépenses publiques) n'a aucune signification juridique; ou bien (pour une autre partie) c'est un acte-condition”

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 devolveu a matriz democrática ao país.⁴²⁵ De outro lado, promoveu uma virada dogmática no direito financeiro. Por influência do então deputado constituinte e adepto da autonomia do direito financeiro, Aliomar Baleeiro,⁴²⁶ seguindo a posição pioneira do austríaco Franz von Myrbach-Rheinfeld, o texto constitucional previu expressamente o vocábulo “direito financeiro”, em seu Art. 5º, inciso XV, alínea “b”, que se referia à competência da União para editar normas gerais.⁴²⁷

O direito financeiro brasileiro de influência italiana,⁴²⁸ cuja forte tradição econômica ditavam os estudos monistas e unitários da Escola de Pávia entre o direito financeiro e as ciências das finanças, com expoentes como Benvenuto Griziotti, Enzo Vanoni, Mario Puglièse e Dino Jarach, encontrava os caminhos da autonomia técnico-científica, didática e legislativa da Escola de Nápoles, com nomes como Luigi Cossa, Oreste Rannelletti e Emílio Giardina, que já era, inclusive, uma tendência em França, na Alemanha e na academia austríaca. Tornava-se autônomo da ciência das finanças, mas caía na teia do direito administrativo,⁴²⁹ em grande medida, por influência de Rannelletti.⁴³⁰

O texto constitucional de 1946 mudou este panorama. Em matéria financeira, era ao mesmo tempo inovador e desafiador. As normas gerais em matéria financeira, na visão de Geraldo Ataliba, foram uma grande inovação. Uma absoluta novidade, inédita na esfera mundial, que acabou por consagrar a tese da autonomia do direito financeiro, inclusive em relação ao direito administrativo.⁴³¹ Ao mesmo tempo, porém, definir o alcance e o sentido da

(JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Théorie générale du budget cit., p. 26).

⁴²⁵ “Art. 1º Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.”

⁴²⁶ Cf. BALEIRO, Aliomar. *Alguns andaimas da Constituição*. Rio de Janeiro: Aloísio Maria de Oliveira Ed., 1950. p. 151-152.

⁴²⁷ “Art 5º. Compete à União: [...] XV – legislar sobre: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;”.

⁴²⁸ Sobre a influência da doutrina italiana mais profunda, na formação do direito financeiro, ver: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 44-45. E na formação do direito tributário brasileiro, ver: TORRES, Heleno Taveira. *Contribuições da doutrina italiana para a formação do direito tributário brasileiro. Diritto e pratica tributaria Internazionale*. Padova: Cedam, 2002. v. 73, p. 380-398; COSTA, Alcides Jorge. *A doutrina italiana e sua influência no direito tributário brasileiro* cit., p. 23-47; TORRES, Ricardo Lobo. *As influências italianas no direito tributário brasileiro* cit., p. 45-60.

⁴²⁹ Nesse sentido, ver: LIMA, Rui Cyrne. *O conceito fundamental do direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 12, p. 59-64, 1948; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

⁴³⁰ Cf. AMATUCCI, Andrea. *La enseñanza del derecho financiero en Italia y España*. *Foro, Revista de derecho*, nº 1, p. 131, 2003.

⁴³¹ “De se salientar, desde logo a absoluta novidade que reveste essa disposição constitucional, antes desconhecida, não só no Brasil, como em qualquer outra parte. Implica, em primeiro lugar, na consagração de

expressão “normas gerais” tornou-se um grande desafio, um “dos mais delicados e difíceis problemas já enfrentados pela nossa doutrina”.⁴³²

Nessa linha evolutiva, as discussões metodológicas sobre o direito financeiro no Brasil, além de inspirações estrangeiras, notadamente italianas, francesas, norte-americanas e alemães, sofreram influência e influenciaram o histórico da importância constitucional da matéria, especialmente em um tema sensível como a autonomia.

Ao longo da primeira metade do século passado, a autonomia do direito financeiro era contestada por uma corrente doutrinária liderada no Brasil por Amílcar de Araújo Falcão.⁴³³ A influência italiana foi determinante na obra Amílcar Falcão, principalmente de Achille Donato Giannini.

No que diz respeito à autonomia do direito financeiro, Amílcar Falcão, afastando-se do seu grande mestre, Aliomar Baleeiro, seguiu a linha de Giannini, aluno de Oreste Ranelletti. Com forte influência germânica, principalmente de Otto Meyer, o direito financeiro era ensinado por Ranelletti como um ramo do direito administrativo, apesar de autônomo em relação à ciência das finanças. Era uma reposta ao unitarismo da Escola de Pávia, com grande tradição na época, liderada por Benvenuto Griziotti⁴³⁴ e que defendia um fenômeno financeiro único, a ser estudado pela ciência das finanças e pelo direito financeiro em conjunto.

Em relação ao direito tributário, a obra de Amílcar Falcão resgatou a influência germânica no Direito brasileiro.⁴³⁵ Defendia posição de vanguarda para a época na interpretação e na integração da lei tributária. Fugindo dos extremos econômico e literal,⁴³⁶ advogava uma

tese da autonomia do direito financeiro, por muitos ainda compreendido como do domínio do direito administrativo” (ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 82, p. 39, 1965). No mesmo sentido, Rubens Gomes de Sousa: “O dispositivo constitucional que atribui competência à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro tem uma origem bem conhecida. Sustentou Aliomar Baleeiro, na Subcomissão de Discriminação de Rendas, a necessidade de se mencionar o direito financeiro entre os compreendidos na competência legislativa da União: a idéia era consagrar o reconhecimento da autonomia do direito financeiro” (Normas gerais de direito financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 37, p. 12, 1954).

⁴³² Cf. ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro cit., p. 39.

⁴³³ Cf. ARAÚJO FALCÃO, Amílcar de. O direito tributário: sua conceituação, natureza e autonomia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 496-505, 1954; e *Introdução ao direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁴³⁴ Griziotti fora aluno de grandes teóricos de economia política e ciência das finanças, como Vilfredo Pareto, Adolph Wagner, Leroy-Beaulieu, Pantaleoni, Antonio de Viti de Marco e Luigi Einaudi, economista que acabou sendo o segundo Presidente eleito da República Italiana.

⁴³⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal cit., p. 138.

⁴³⁶ “No que toca à hermenêutica, toda a dúvida que tem sido levantada parece resultar, apenas, de uma defeituosa postulação do problema. Por isso é que, por um lado, se tem querido afirmar que só a chamada interpretação estrita ou interpretação restritiva deve ser admitida e, por outro lado, se tem defendido a adoção de um método apriorístico na exegese da lei tributária” (ARAÚJO FALCÃO, Amílcar de. Interpretação e integração da lei tributária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 40, p. 25, 1955).

interpretação sem captura econômica e sem importação de conceitos do direito privado, e do lado da integração, a possibilidade de analogia, exceto para a criação de débito tributário.⁴³⁷ Reconhecia, assim, ao direito tributário a sua autonomia.

Com relação ao direito financeiro, entretanto, voltava à influência italiana de Giannini e entendia que o ramo se diluía através de conceitos buscados em outras disciplinas, “dada a diversidade de institutos jurídicos que constituem seu objeto, e que, de um modo sistemático, devem ser classificados no direito privado, no direito constitucional e administrativo, na contabilidade pública”.⁴³⁸

A partir da previsão constitucional de 1946, houve praticamente uma superação da dicotomia metodológica, precipuamente em relação à “infeliz mancebia”⁴³⁹ do direito financeiro com a ciência das finanças. A autonomia didática do direito financeiro brasileiro acabaria sendo reconhecida formalmente em 1962,⁴⁴⁰ com a cadeira de direito financeiro integrando os cursos jurídicos. Como reconheceu o próprio Amílcar Falcão, primeiro titular da cadeira de direito financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, tornou-se mais árduo “precisar se o direito financeiro corresponde a uma disciplina que goze de autonomia jurídica e que conte, assim, com uma unidade sistemática, ou se se trata, apenas, de um conjunto de disciplinas, reunidas, com finalidades didáticas”.⁴⁴¹

A partir da previsão constitucional, portanto, impulsionada por um jurista de formação, pode-se afirmar que o *sistema externo*, ou seja, a ciência do direito, “que descreve o sistema interno de direito positivo”,⁴⁴² foi um vetor ativo de influência na produção do direito positivo constitucional, ou seja, do próprio *sistema interno*.

⁴³⁷ Idem, p. 37.

⁴³⁸ Cf. ARAÚJO FALCÃO, Amílcar de. O direito tributário: sua conceituação, natureza e autonomia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 38, p. 497, 1954.

⁴³⁹ Expressão da habitual criatividade de Alfredo Augusto Becker para designar a relação do direito tributário com à ciência das finanças, mas que se adequa com perfeição ao direito financeiro (*Teoria geral do direito tributário*. 7. ed., São Paulo: Noeses, 2018. p. 5).

⁴⁴⁰ Segundo o art. 6º do Decreto 1.232 H, de 2 de janeiro de 1891, que disciplinava o regulamento dos cursos jurídicos no Brasil, a cadeira chamava-se “Ciência das finanças e contabilidade do Estado”. Por meio do Parecer 215 do Conselho Nacional de Educação aprovado em, 15.09.1962, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 4.024/1961, propôs um currículo mínimo para o Curso de Direito e inclui neste o direito financeiro.

⁴⁴¹ Cf. O direito tributário: sua conceituação, natureza jurídica e autonomia cit., p. 496.

⁴⁴² Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 49.

Não se pode, por certo, confundir o direito positivo com a ciência do direito,⁴⁴³ ou seja, o objeto com a ciência. Mas isso não significa que a importância da ciência do direito sobre o direito positivo é apenas pragmático-passiva. Em outras palavras, entre o sujeito e o objeto, entre o operador e a norma, há uma zona cinzenta, na qual a hermenêutica luta para buscar significados comunicativos dentro de uma complexidade normativa.⁴⁴⁴

Com o regime militar, no plano constitucional, surgem a reforma tributária introduzida pela Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro 1965, a Constituição de 1967 e, principalmente, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Da Constituição de 1946 para a Emenda Constitucional nº 18, as inovações foram significativas, especialmente do ponto de vista tributário. As inspirações, porém, foram anteriores ao golpe, como bem lembrado por Fernando Facury Scaff.⁴⁴⁵ Otávio Bulhões, que já sob a égide do regime militar, foi o principal responsável por sua elaboração, pautou-se em projeto de reforma tributária anterior, apresentado há quase uma década por Rubens Gomes de Souza.

Por meio da Emenda Constitucional nº 18, o direito tributário nacional ganhou consistência sistêmica. Os impostos de idêntica natureza passaram a ser definidos por suas bases econômicas e a coexistência de três sistemas tributários autônomos, federal, estadual e municipal, ultrapassa a mera esfera política para se inserir no âmbito jurídico-constitucional. Surgem as espécies tributárias, impostos, taxas e contribuições.⁴⁴⁶

No âmbito do federalismo fiscal, o sistema de participação dos Estados e dos Municípios na arrecadação federal foi, na visão de Gilberto de Ulhôa Canto, uma forma de mitigar os efeitos da concentração do poder fiscal no ente central.⁴⁴⁷ Como demonstram as diversas críticas recebidas à época, entretanto, a iniciativa foi extremamente mal sucedida.⁴⁴⁸

⁴⁴³ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁴ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio de. *Teoria da norma jurídica*. Ensaio da pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 13 e ss.

⁴⁴⁵ Cf. SCAFF, Fernando Facury. 50 anos de tributação e finanças como um desafio ao país. *Revista eletrônica consultor jurídico*. 25 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-25/contas-vista-50-anos-tributacao-quem-pensando-pais>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁴⁴⁶ Cf. Relatório da Comissão da Reforma Constitucional Tributária (Emenda Constitucional nº 18/65). *Publicação nº 6*. Comissão da Reforma do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: FGV, p. 5.

⁴⁴⁷ Cf. ULHÔA CANTO, Gilberto de. Reforma tributária-Emenda Constitucional nº 18. *Revista de Direito Administrativo*, v. 89, p. 440-441, 1967.

⁴⁴⁸ Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 102-104.

Uma outra faceta da sistematização ocorreu através da criação de uma legislação, com consistência de lei complementar, que, através do trabalho de Rubens Gomes de Sousa, Gilberto de Ulhôa Canto, Tito Rezende e Carlos Rocha Guimarães, louvados também na obra de Amílcar de Araújo Falcão e com a forte articulação junto ao Congresso Nacional de Aliomar Baleeiro,⁴⁴⁹ produziram os contornos jurídicos da Lei nº 5.172/1966, que até hoje constitui o Código Tributário Nacional.

A Constituição de 1967 não apresentou grandes novidades financeiras em relação à Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro 1965.⁴⁵⁰ A maior inovação do período havia sido a edição da Lei nº 4.320, um pouco antes, em 17 de março de 1964, a dias do golpe militar. A lei geral do orçamento, que nasceu sob a forma de lei ordinária e seria posteriormente recepcionada pela Carta de 1988 como lei complementar, embora de inspiração democrática, foi efetivamente posta em prática como norma geral sobre receitas e despesas, concretizando parcela importante da política econômica do Estado, em pleno período militar.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, por sua vez, foi editada por uma junta militar composta pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Foi, portanto, produzida, discutida, gerida e aplicada integralmente sob a égide da ditadura, e promoveu uma centralização do poder nacional na figura do presidente da República.

O aumento do mandato presidencial para cinco anos, as eleições indiretas para Governador do Estado, e a Lei de Segurança Nacional, foram alguns dos aspectos lamentáveis de um período totalitário, em que o direito financeiro serviu de mero instrumento para o auge e o esgotamento da política de estímulo à demanda agregada, sobretudo com desonerações fiscais e com expansão do gasto. Expansionista e totalitária, a política fiscal do período do chamado “milagre econômico”, promoveu um aumento de gastos à média anual de 16% acima da inflação.⁴⁵¹ A par de um crescimento econômico pouco sustentável, estimulou ainda a concentração de renda, como visto no Capítulo 1.

⁴⁴⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 969, nº 1, p. 1-45, 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21811>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁴⁵⁰ Cf. BALEIRO, Aliomar. O direito financeiro na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, v. 6, nº 21, p. 8, 1969.

⁴⁵¹ Cf. ARAÚJO, Victor Leonardo de. A macroeconomia do governo Médici (1969-1974): uma contribuição ao debate sobre as causas do “milagre” econômico. *Revista Economia Ensaios*, v. 33, nº 1, p. 6, 2018, tabela 2.

O orçamento geral da União, apesar de a previsão abstrata dos mecanismos de controle constitucionais permanecerem, era uma peça retórica. A consolidação orçamentária do Governo Federal, abrangendo todas as entidades da administração direta e indireta, suprimiu todo o poder de controle.⁴⁵² Os sucessivos déficits fiscais do período eram financiados por emissão de dívida, sem qualquer supervisão do Congresso Nacional.

Ao lado do orçamento fiscal, havia o chamado orçamento monetário, elaborado pelo Banco Central e aprovado pelo Conselho Monetário Nacional. Através dele, eram definidos os tetos das operações de empréstimo dos bancos públicos, que excediam o volume de captação de recursos. As autoridades monetárias, assim como o Congresso Nacional, como ressalta Maria Helena Horta, não tinham qualquer controle sobre a taxa de expansão da base monetária.⁴⁵³

Este contexto era extremamente hostil a um desenvolvimento da dogmática do direito financeiro. A sua instrumentalidade permanecia a serviço dos fins de um Estado dominado política e economicamente pelo flagelo da ditadura constitucional, traduzido, como afirma Paulo Bonavides, na inconstitucionalidade entronizada nas próprias instituições.⁴⁵⁴ Na visão de Fernando Facury Scaff, “[c]omo se poderia tratar das ‘entranhas financeiras do Estado’ em um período autoritário?”⁴⁵⁵

2.4.2 A Constituição de 1988 e o direito financeiro substantivo

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 restabelece a democracia novamente no país. Dessa vez, entretanto, sustentada em novos termos. O Estado Democrático de Direito, como visto no item anterior, surge no Brasil como uma revolução democrática de ruptura das concepções econômicas unívocas do Estado Liberal e do Estado Social. O forte conteúdo social do preâmbulo e o elenco de incomum sofisticação e amplitude dos direitos

⁴⁵² Cf. CYSNE, Rubens Penha. A economia brasileira no período militar. *EPGE – Ensaios econômicos*, Rio de Janeiro: FGV, p. 12 (1-40), 1994.

⁴⁵³ Cf. HORTA, Maria Helena T. Taques. *Atribuições das autoridades monetárias no Brasil e formulação do orçamento monetário*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/IPEA, 1981. (Texto para Discussão nº 36.). p. 34. No mesmo sentido, ver: LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação* cit.,

⁴⁵⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, nº 3, p. 87-88, 2008.

⁴⁵⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349.

fundamentais, individuais e sociais e suas diversas dimensões,⁴⁵⁶ dado o seu processo evolutivo, colocou o texto como um dos mais avançados do mundo neste tema.⁴⁵⁷

O “Estado social do constitucionalismo democrático” se impõe “como o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos Fundamentais”.⁴⁵⁸ Não são apenas prescrições retóricas. Os contornos objetivos advêm das respectivas garantias. Carl Schmitt, o primeiro a publicar uma teoria da constituição enquanto dogmática constitucional,⁴⁵⁹ em 1928, já ressaltava este caráter em relação à Constituição de Weimar. Para Schmitt, as prescrições orgânicas do Estado e as decisões políticas fundamentais conferiam ao texto o seu caráter constitucional. A Carta de 1919 era uma Constituição e não um mero conjunto de leis constitucionais. A partir deste fato, todas as suas normas eram dotadas de garantias de cumprimento. O texto reunia “*programas y prescripciones positivos basados en los más distintos contenidos y convicciones políticos, sociales y religiosos*”⁴⁶⁰ e, ao seu lado, garantias objetivas de seu cumprimento. A teoria da constituição de Schmitt lançou a ideia de que descumprir um direito constitucionalmente previsto era o mesmo que descumprir a própria Constituição.⁴⁶¹

Na dogmática constitucional de 1988, o amplo leque de direitos fundamentais, inclusive os de prestação positiva, passaram de programáticos à imediatamente aplicáveis. A

⁴⁵⁶ Há quem denomine, como Paulo Bonavides de gerações as etapas evolutivas dos direitos fundamentais. Apesar de ser uma questão meramente terminológica, entendemos, como Ingo Sarlet, que o termo dimensão é mais apropriado por não representar uma substituição de uma esfera pela outra, como poderia dar a entender a sucessão geracional de Bonavides. Sobre a discussão, em função do texto constitucional brasileiro, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31-32; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 576-587.

⁴⁵⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado democrático e social de direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopedia.juridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁴⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 69.

⁴⁵⁹ Dieter Grimm resalta que, antes de Carl Schmitt, prevalecia a discussão entre a doutrina da constituição de direito e a doutrina da constituição de fato, que pouco contribuiu para a dogmática constitucional. “La doctrina positivista del derecho público del Imperio tuvo que soportar posteriormente por parte de Carl Schmitt la crítica de no haber desarrollado teoría constitucional alguna”. Com a Constituição de Weimar no pós-guerra, em 1928, além da *Teoria da Constituição* de Schmitt, surge no mesmo ano a obra *Constituição e o direito constitucional* de Rudolf Smend. Ambas sob as luzes do “concepto jurídico de constitución a cargo de Kelsen” (*Constitucionalismo y derechos fundamentales* cit., p. 147). Iremos aprofundar este tema no Capítulo 3.

⁴⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934. p. 53.

⁴⁶¹ “La Constitución garantiza una serie de llamados derechos fundamentales. Es preciso distinguir la regulación concreta en una ley constitucional de tales garantías fundamentales, y la garantía misma. Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es negado, la Constitución misma queda vulnerada” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución* cit., p. 51).

jurisdição constitucional ganhou relevo e importância como mecanismo garantista de direitos. Entre a efetividade desejável do texto constitucional e o exercício da jurisdição constitucional, porém, a síntese final não resultou em equilíbrio. A nulidade do período totalitário foi substituída pela judicialização da política e ativismos exagerados, que formaram falhas justamente no elemento democrático de legitimação dos direitos constitucionais.⁴⁶² Em outras palavras, a limitação prática se deve em grande parte ao exagero teórico.

A concretização de direitos, por óbvio, não decorre automaticamente de uma previsão constitucional abstrata, por maior avanço civilizatório que ela possa representar. Há um componente político indiscutível⁴⁶³ e, acima de tudo, demandam custos e escolhas políticas entre múltiplas alocações financeiras. A política social, como importante elemento da Constituição de 1988, depende da política fiscal. Enquanto política pública, o aspecto fiscal também tem seus contornos delimitados pelos fins constitucionais do Estado, inclusive e principalmente, a promoção dos direitos sociais, positivados no rol constitucional dos direitos fundamentais. A tensão, portanto, é potencial, iminente e não é nova. Foi um dos motivos para a crise fiscal do Estado Social, diante da geopolítica da globalização⁴⁶⁴ e dos financiamentos internacionais, regidos pela pasteurização econômica do papel dos Estados nacionais, “imposta através de um conjunto de condições inexoráveis de aceitação acrítica”⁴⁶⁵ denominado “Consenso de Washington”.

A Constituição de 1988, por outro lado, promoveu uma ampla constitucionalização do direito financeiro. A Constituição Financeira mudou a densidade das normas de direito financeiro e, a sua regulamentação através de normas gerais fiscais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, tornou seus preceitos centrais no discurso político, seja ele fiscal, ou seja, ele social. A aparente

⁴⁶² Esse tema será explorado ao longo do Capítulo 3.

⁴⁶³ Sobre a relação entre política e direitos fundamentais, ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-9.

⁴⁶⁴ Como afirma Valter Shuenquener de Araújo, “[d]urante os últimos anos do século XX o processo de globalização passou a influenciar intensamente a forma de atuação dos Estados na economia e o modo como eles se relacionam entre si e interagem com seus cidadãos” (*As novas dimensões do princípio da soberania* cit., p. 29).

⁴⁶⁵ Cf. SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002. p. 12. Sobre a influência do consenso de Washington na evolução dos direitos sociais, em perspectivas diversas, ver ainda: BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005. p. 438; TORRES, Ricardo Lobo. O poder de tributar no Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005. p. 482-483; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84-86.

tensão entre a necessidade retórica e o esforço ingênuo de se efetivar o máximo de direitos fundamentais, no menor espaço de tempo, e a constatação de que os custos destes direitos trazem consequências piores, quando tomados de forma desorganizada e sem planejamento, talvez tenha sido a grande revelação do jovem Estado Democrático de Direito brasileiro.

A Teoria da Constituição, sobretudo em suas vertentes atuais, na visão de Pablo Lucas Verdú, é uma “manifestação da dogmática constitucional”.⁴⁶⁶ Adotá-la, portanto, implica em considerar as normas constitucionais em sua unidade e em sua dinâmica sistêmicas, com seus fins próprios e ferramentas intrínsecas, aptas a realizar as decisões políticas fundamentais do Estado.

Nesse contexto, adotar a Teoria da Constituição Financeira como parâmetro hermenêutico significa considerar a dogmática constitucional da atividade financeira do Estado.⁴⁶⁷ Receitas e despesas são permeadas pela política fiscal e pela política social e se colocam acima de bases meramente instrumentais, com densidade formal, mas, acima de tudo, material, em consonância com o subsistema financeiro.

O direito financeiro deixa de ser um mero instrumento a serviço de fins preconcebidos de forma totalitária. Passa a ser o protagonista de um Estado Constitucional que busca a sua legitimidade na democracia e sustentabilidade como objetivo material.⁴⁶⁸ O caráter substantivo do direito financeiro é imanente à dogmática constitucional financeira⁴⁶⁹ e é uma conquista do constitucionalismo democrático brasileiro.

⁴⁶⁶ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 131.

⁴⁶⁷ No mesmo sentido, ou seja, defendendo um direito constitucional financeiro que abranja a atividade financeira do Estado, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal cit., v. V, p. 64; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 63; MARTUL-ORTEGA, Perfecto Yebra. *Constitución financiera española*. Veinticinco años. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004. p.49-52; CORTI, Horácio. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 1.

⁴⁶⁸ A recente Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021, expressa em nível constitucional o objetivo material do direito financeiro em busca da sustentabilidade. Aprofundaremos o tema na seção 5.2.2.4.

⁴⁶⁹ Como afirma Heleno Torres: “Pela teoria da Constituição Financeira supera-se o mito do direito financeiro como ‘direito instrumental’. [...] não há dúvida de que seu conteúdo material está igualmente definido” (*Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira* cit., p. 64). Ver, ainda: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 175-176; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 80-83; TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário* cit., p. 30-31; ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro* cit., p. 30

Tanto a instrumentalidade quanto a heterogeneidade⁴⁷⁰ do direito financeiro estão em desacordo com a evolução da eficácia social da Constituição Financeira. Não se admite mais a livre e unilateral criação ou aumento de tributos, de um lado, ou a emissão descontrolada de moeda ou o desmedido aumento da dívida pública, de outro, para fazer frente a irresponsabilidades ou fracassos administrativos.⁴⁷¹

A sociedade se torna consciente de que o gasto público qualitativo deve estar em constante harmonia com a arrecadação pública eficiente, e ambos são um fim em si mesmo, posto que responsáveis pelo sucesso da política macroeconômica.

2.5 Conclusões parciais. O Estado Democrático de Direito: política fiscal e o paradoxo do totalitarismo democrático

A atividade financeira do estado, como visto, possui uma faceta inevitavelmente política. Sustenta-se, porém, em aspectos técnicos inerentes à dogmática de um direito financeiro agora substantivo e constitucionalizado, e sobretudo protagonista na efetivação da política fiscal nacional.

Partindo desta premissa, a evolução histórica desenvolvida ao longo deste capítulo mostrou que a produção científico-teórica do direito financeiro influenciou e sofreu influência da sua própria trajetória constitucional. Os efeitos não são apenas teóricos. A escalada constitucional da matéria, especialmente após a Constituição de 1988, dotou os *policymakers* de instrumentos fiscais democraticamente legítimos, capazes de superar a crise do Estado Social.

⁴⁷⁰ A heterogeneidade, na visão de Heleno Torres, é tema superado pela teoria da constituição financeira. “Tem-se a heterogeneidade do direito financeiro quando suas competências são complementares daquelas que são atendidas pelas finanças públicas ou quando aceita-se o direito financeiro desprovido de unidade e autonomia, em face da multiplicidade de manifestações de poderes dos órgãos da Fazenda” (*Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira cit.*, p. 63).

⁴⁷¹ Nesse sentido, a recente Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, reforçando aspectos da própria LRF, principalmente após algumas flexibilizações ocorridas pós-crise de 2014, reforça o compromisso constitucional com a sustentabilidade financeira, ao alterar o art. 163 da Constituição, promovendo a inclusão do inciso VIII, nos seguintes termos: “VIII – sustentabilidade da dívida, especificando: a) indicadores de sua apuração; b) níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida; c) trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos em legislação; d) medidas de ajuste, suspensões e vedações; e) planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida. Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso VIII do *caput* deste artigo pode autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A desta Constituição” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2021. Iremos aprofundar o tema na seção 5.

No momento em que a constitucionalização da matéria se torna mais aguda, a relação entre política fiscal e direito financeiro toma um outro rumo. A própria relação entre política e direito no âmbito do Estado Democrático de Direito envolve necessariamente a dogmática constitucional. A jurisdição constitucional, na árdua tarefa de concretizar os anseios legítimos dos direitos fundamentais, dotada de garantias objetivas, busca um relevo às vezes maior do que o próprio mandato que lhe é democraticamente conferido. Surgem falhas que ultrapassam o limite da legitimação democrática e causam apreensão, principalmente no campo da política fiscal.

Nesse novo direcionamento, derivado do modelo do Estado Democrático de Direito, a preocupação maior reside no fato de a política democrática se transformar em um *totalitarismo democrático*, na clássica visão de Jacob Leib Talmon. A Constituição, enquanto elemento central do Estado Democrático de Direito, não pode se tornar, como afirma Talmon, um “paradoxo da liberdade”, que privilegia um padrão único de existência social.⁴⁷²

Aproximar-se dos extremos da política sobre a Constituição ou da perigosa inversão da judicialização da política, ainda que em prol da segurança e da justiça, conduz a existência social a um padrão incompatível com a liberdade humana. Neste caso, segundo Talmon, a grande questão prática é saber se a divergência irá desaparecer por todos concordarem com as condições padronizadas ou por conta da eliminação de todas as ideias opostas.⁴⁷³

O direito constitucional financeiro, neste contexto político de extremos, deve exercer um papel ativo na transformação do binômio exagero-escassez em planejamento-abrangência.

A partir da problemática relação entre política e direito e da ideia de um direito constitucional financeiro indutor de cooperação entre os atores institucionais responsáveis por personificar esta relação, iremos focar as possíveis falhas democráticas da teoria da constituição e o desejável papel pacificador da cooperação nos diálogos estratégicos institucionais.

⁴⁷² Cf. TALMON, Ya'akov Leyb. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952. p. 2-3.

⁴⁷³ “The practical question is, of course, whether constraint will disappear because all have learned to act in harmony, or because all opponents have been eliminated”. Idem, *ibidem*.

Em outras palavras, a constitucionalização passa a fazer parte do direito financeiro clássico e seus cânones metodológicos, conceituais e hermenêuticos precisam entrar na discussão nada amistosa entre política e Constituição.

3 A RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA FISCAL E CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA: A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL

3.1 Introdução. O *link* ausente na relação entre política e Constituição

A evolução conceitual da política fiscal, como visto, possui relação estreita com o direito financeiro constitucionalizado. A atividade financeira do Estado convive com as escolhas políticas e com a sua efetivação técnica. Como política de Estado, possui ainda a função de estabilizar as instituições em torno de um rumo coerente com as escolhas fiscais de determinada sociedade. O protagonismo normativo do direito constitucional financeiro depende desta coerência e o sucesso da política fiscal possui ligação com a efetivação das normas do direito financeiro.

Nada mais é que o resumo da relação entre política e direito, ou entre política fiscal e Constituição Financeira. Esta constatação demanda a releitura do direito financeiro pautado pelo seu subsistema constitucional próprio, mas aberto a aspectos referenciais importantes da unidade do sistema constitucional, especialmente o político.⁴⁷⁴

Até bem pouco tempo, como advertem Torsten Persson e Guido Tabellini, havia uma dificuldade até certo ponto surpreendente dos cientistas sociais em admitir os efeitos decorrentes das regras constitucionais na política econômica e na performance econômica.⁴⁷⁵

A literatura era escassa e, até mesmo, reticente em admitir empiricamente que as mudanças constitucionais, sejam diretas ou indiretas, pudessem ter efeitos previsíveis na

⁴⁷⁴ Heleno Torres destaca com especial atenção esta ligação entre a política e direito nas escolhas públicas traduzidas pelo direito financeiro. Sobre o tema, vide: *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 117-162. Vide, também: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Gastos públicos* cit., p. 124-139. Vale uma advertência: a ideia não é defender uma hierarquia entre subsistemas constitucionais, ou mais especificamente, o monismo constitucional com o foco na Constituição Política, como na totalidade constitucional de Hermann Heller e Carl Schmitt. A ideia é oposta. É o pluralismo democrático entre as subconstituições, com a unidade em sistema dinâmico. Para uma diferença entre o monismo e o pluralismo na teoria das subconstituições, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal cit., v. I, p. 263-270.

⁴⁷⁵ “Surprising as it may seem, social scientists have not, until very recently, really addressed the question of constitutional effects on economic policy and economic performance. In fact, some observers have even gone as far as deeming it impossible to predict the consequences for a country’s economy of constitutional reforms it undertakes (Elster and Slagstad, 1988)” (PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido. *The economic effect of constitutions*. Cambridge: The MIT Press, 2003. p.2)

economia. Faltava, na expressão de Persson e Tabellini, um *link ausente (missing link)* na relação entre Constituição e política, especialmente, no campo econômico e fiscal.

Por outro lado, os cientistas políticos se ressentem do olhar quase exclusivo dos juristas para os problemas das falhas democráticas decorrentes da *supremacia judicial em sentido amplo*, ou seja, da judicialização da política, do ativismo judicial e da permeabilidade vinculante da última palavra do Judiciário sobre os demais Poderes.⁴⁷⁶

Christoph Möllers, ressaltando a marcante influência dos juristas na discussão do arranjo político até o início do século passado e destacando expressamente o papel dos Federalistas, de Sieyès, Hans Kelsen, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg e de Carl Schmitt, destaca que há *poucos links* entre os constitucionalistas contemporâneos e a ciência política. Enquanto os primeiros estão preocupados em interpretar e sistematizar os procedimentos constitucionais, diante da assimetria do papel do Judiciário na escala global do *judicial review* do segundo pós-guerra, a ciência política se envolve nos problemas amplos e concretos da organização da ação política democrática, como conjunto de decisões com consequências sociais, econômicas e, inclusive, normativas.⁴⁷⁷

Martin Shapiro já advertia, desde os seus primeiros escritos da década de 1960, que a busca de legitimidade do *judicial review* não podia ser subordinada a uma perspectiva isolacionista jurídica, mas sim inserida na dimensão ampla da ciência política, inclusive normativa. Os desvios da supremacia judicial devem ser estudados no contexto dos grupos de pressão, na perspectiva da organização política.⁴⁷⁸

O constitucionalismo seria, nesta perspectiva, “a teoria política, geralmente acompanhada da técnica”⁴⁷⁹ ou, como afirma Canotilho “uma *teoria normativa da*

⁴⁷⁶ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2019. p. 20-24.

⁴⁷⁷ Cf. MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 2. Möllers faz expressa exceção para os trabalhos dos constitucionalistas norte-americanos, citando Bruce Ackerman, Cass R. Sunstein, e Mark Tushnet e, ainda, o professor emérito da Universidade de Oxford, Paul Philip Craig.

⁴⁷⁸ “There has been considerable concern in recent years for discovering the ‘constituency’ of the Court and the effect of public opinion, or at least that segment of public opinion expressed by Congress, on its decisions. 15 The picture that emerges is not one of an isolated body of lifetime dictators, but of a Supreme Court immersed in the same environment of group pressures and conflicting interests as the rest of American government” (SHAPIRO, Martin. *Judicial modesty*. Down with the old!-up with the new? *UCLA Law Review*, v. 10, p. 538, 1962).

⁴⁷⁹ Cf. LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The twilight of constitutionalism*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2010. p. 55.

política”.⁴⁸⁰ Inverter o papel importa em afastar o objeto da ciência, ou melhor, isolar o objeto de uma dimensão científica que, ao lado da normativa, é considerada por Bruce Ackerman como um *recurso precioso*⁴⁸¹ para a compreensão da sua complexidade e da sua evolução.

Na realidade político-institucional, portanto, a doutrina da separação dos poderes como um todo, está em crise, e a “ignorância mútua” entre a ciência política e o direito, ou seja, a “cegueira institucional da teoria política” e a “falta teórica da doutrina do direito constitucional” cobram, na visão Möllers, um preço caro.⁴⁸²

Ao longo deste Capítulo, para tentar reestabelecer este duplo *link* entre a Teoria Política e a Teoria da Constituição, desenvolveremos uma investigação mais atenta da relação entre política democrática e constitucionalismo, principalmente a partir do reconhecimento político-jurídico de uma crônica instabilidade.

A doutrina da separação dos poderes, por sua vez, será investigada sob um duplo aspecto: (i) através das lentes do direito constitucional, preocupado com o protagonismo do Judiciário, em detrimento das interações políticas; e (ii) pela perspectiva da ciência política e da sua relação com o constitucionalismo, na construção de uma interrelação entre os Poderes que leve em conta os riscos da sociedade democrática no atual momento de globalização e de polarização extremista.

Não se pretende uma visão exclusivamente jurídica sobre a política constitucional, ou uma visão puramente política sobre a normatividade constitucional. A relação entre política e Constituição, por mais conturbada que se apresente na realidade dos fatos, não encontrou pacificação nas inúmeras tentativas de isolamento teórico.

A ideia é estabelecer parâmetros conceituais para o desenvolvimento de uma relação sustentável entre política fiscal e Constituição Financeira, e como os atores institucionais

⁴⁸⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 184. Bruno Galindo, por sua vez, ressalta o caráter político do termo, mas defende que a expressão denota um processo de ruptura político. Cf. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosur*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

⁴⁸¹ “While American legal scholars content themselves with pietistic references to Montesquieu and Madison, modern political scientists deign to consider the way alternative systems have actually worked in the world. Their research is a precious resource for anyone who wishes to reflect upon the future of the separation of powers” (The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n° 3, p. 638, 2000).

⁴⁸² Cf. *The three branches*. A comparative model of separation of powers cit., p. 1-3.

podem encontrar hipóteses possíveis de convivência estável entre a sustentabilidade político-fiscal e o constitucionalismo demandante do Estado Democrático de Direito.

3.2 Política e direito: o totem e os *tabus* de uma relação simbiótica e ambivalente

Há uma patologia crônica na relação entre política e direito. Conceitos tão íntimos nunca tiveram uma convivência harmônica. Para entender melhor o conflito conceitual crônico, vamos situá-lo brevemente no seu momento de encontro histórico icônico, ou seja, no âmbito das revoluções contratualistas do século XVIII.⁴⁸³

A política, enquanto *invenção democrática*, será estudada através da obra de Claude Lefort. O encontro entre o momento de *precompromisso constitucional* e a política será examinado, com base em importante ensaio de reconstrução histórica de Stephen Holmes.

A simbiose e a ambivalência da política e do direito serão reveladas entre o totem e os *tabus* das falhas democráticas cíclicas que levam constantemente ao questionamento da possibilidade de convergência entre política democrática e constitucionalismo.

3.2.1 A política na invenção democrática de Claude Lefort

Poder, saber e direito formam a tríade principal sobre a qual o filósofo e historiador francês Claude Lefort sugere a *invenção da democracia moderna*.⁴⁸⁴ Considerado um dos maiores teóricos do tema, Lefort promove uma série de diálogos intertemporais com concepções conservadoras e marxistas extremamente influentes até então. O *direito* é tensionado pelo *saber* até a sua dimensão política máxima, com a finalidade de contenção de

⁴⁸³ Ainda que haja fortes referências ao conceito de Constituição na politeia de Aristóteles, ou, na Idade Média, com a noção de soberania de Bodin ou com Marsilio de Padua e Nicolás de Cusa, Marcelo Neves defende que “[a] semântica do constitucionalismo referia-se a uma conquista, construção ou invenção da sociedade moderna, incompatível com a noção da *politeia* na antiga Grécia, que apontava para um modelo hierárquico e excludente de *indiferenciação entre política e direito*” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 12, grifos nossos). Por outro lado, Klaus Stern, considera Marsilio de Padua e Nicolás Cusa como os precursores do constitucionalismo. Cf. STERN, Klaus. *Juridicción constitucional y legislador*. Traducción, notas y estudio preliminar de Alberto Oehling de Los Reys. Madrid: Dykinson, 2017. p.139-142. Por esta razão, adotamos como ponto de corte metodológico o “encontro” histórico entre constitucionalismo moderno e democracia moderna.

⁴⁸⁴ Por democracia moderna, Lefort se refere à democracia representativa em contraposição à democracia direta da antiguidade. Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 28-31. No mesmo sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 5.

um “*poder* detentor do próprio *direito*”. Nas palavras de Lefort, é “a universalidade do princípio que traz o direito para a interrogação do direito”.⁴⁸⁵

A Revolução Francesa, segundo Claude Lefort, com base nas ideias de François Furet, correspondeu à descoberta da dimensão político-democrática do direito. Através da declaração dos direitos do homem e do cidadão, superou-se a dúvida filosófica levantada, entre outros, por Leo Strauss, acerca da natureza política do direito enquanto representação de garantias individuais.⁴⁸⁶ Para Lefort, a fórmula dos direitos humanos e as Constituições escritas fincaram um novo ancoradouro: o direito estava categoricamente ligado à natureza do homem enquanto indivíduo.⁴⁸⁷ A nova relação entre o direito e a política traduzia um “depreciamento da atração pelo Poder”,⁴⁸⁸ ou seja, Lefort defendia que a partir da política dos direitos dos homens, o direito estava definitivamente insito à política democrática, de maneira que haveria uma distinção entre os direitos adquiridos e os direitos novos daquilo que era uma mera satisfação de interesses totalitários.

A interpretação crítica dos direitos dos homens e do cidadão até então variava entre os extremos do conservadorismo de Edmund Burke e da expansão do marxismo. No conservadorismo de Burke, o posicionamento contra noções abertas e abstratas era tão intenso que se negava efetividade à declaração de direitos e, por via de consequência, ao seu caráter universal. A defesa do *status quo* se posicionava frente à ameaça potencial de que direitos poderiam se espalhar entre os estamentos sociais.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade* cit., p. 56, grifos nossos.

⁴⁸⁶ “Os direitos do homem são uma política?”. A questão merece ser colocada. Mas a nosso ver suscita uma segunda: os direitos do homem dependem ou não do campo político? [...] O fato é que um dos pensadores mais penetrantes do nosso tempo, Leo Strauss, fincou balizas preciosas para uma reflexão como esta sem se aventurar a tirar conclusões” (LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. Tradução Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 59).

⁴⁸⁷ “Um novo ancoradouro é fixado: o homem. E fixado, além disso, em virtude de uma Constituição escrita: o direito encontra-se categoricamente estabelecido na natureza do homem, uma natureza presente em cada indivíduo” (LEFORT, Claude. *Idem*, p. 73).

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 86.

⁴⁸⁹ “Os pretensos direitos desses teóricos são todos extremos; e na proporção em que eles são metafisicamente verdadeiros, são moralmente falsos e politicamente falsos. Os direitos dos homens estão em uma espécie de meio termo, incapazes de definir, mas não impossíveis de discernir. [...] Dependendo desses teóricos, o direito das pessoas seria quase sempre sofisticadamente confundido com o seu poder. [...] Eu confesso a você, senhor, que eu nunca gostei desta conversa contínua de resistência e revolução, ou da prática de fazer o remédio extremo da Constituição seu pão de cada dia” (BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Tradução Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. São Paulo: Vide Editorial, 2017. p. 106-107. Para um estudo profundo sobre a concepção de Burke acerca dos direitos dos homens, ver: MacCUNN, John. *The political philosophy of Burke*. New York: Longmans Green and Company; London: Edward Arnold, 1913. *Kindle Edition*, posição 197.

Por outro lado, o temor de dominação de Karl Marx reduzia os direitos do homem a uma dimensão metafísica. O receio teórico de que os privilégios garantistas da declaração de direitos se limitassem apenas ao estamento burguês levava a teoria marxista a congelar a sua expansão para a seara normativa.⁴⁹⁰

Ambas as concepções, portanto e por razões diversas, limitavam os direitos do homem à dimensão ideológica pura.⁴⁹¹ Uma por medo de mudança do *status quo*; a outra por receio de reforço do *status quo*. O pessimismo de Marx, que já vem de Rousseau, e parte de uma análise crítica e negativa do contexto social, com vistas a reformar novos parâmetros humanos.⁴⁹² Já a aversão à revolução de Burke recai sobre uma releitura de Adam Smith. A “simpatia” entre os homens da *Teoria dos sentimentos morais* de Smith se converte em Burke na classificação dos atos revolucionários como atos inumanos.⁴⁹³

Lefort travou um paralelo entre os dois extremos teóricos, díspares em sua motivação, porém convergentes no resultado, de certa maneira, niilista-tendencioso, perante a eficácia da inovação humanística. Além de serem muito influentes no seu momento histórico, formaram as bases de uma contestação substancial aos direitos dos homens e do cidadão.⁴⁹⁴

Através do estudo do *fenômeno da desincorporação*, Lefort dialoga com ambos os autores e contesta o tendencionismo niilista de ambos. Ele busca na evolução histórica das sucessivas combinações entre os três conceitos, *poder, saber e direito*, o momento em que todos se postaram a nortear a *dimensão simbólica dos direitos do homem*, como forma *constitutiva da sociedade política*.⁴⁹⁵ A *desincorporação* entre as esferas que serviam a concepções totalitárias se manifesta a partir do confronto entre o *saber* e o *direito*, exteriores e irredutíveis, em face de um *poder* que “deixa de condensar em si as virtudes derivadas de uma razão e de uma justiça transcendente”.⁴⁹⁶

⁴⁹⁰ Para uma visão crítica desta concepção limitada de Karl Marx sobre a dimensão que os direitos humanos atingiriam na humanidade, por todos, ver: HABERMAS, Jürgen. *Theory and practice*. Translated by John Viertel. Cambridge: Polity Press, 2007. especialmente o Capítulo 2, “Natural law and revolution”, e o Capítulo 3, “Hegel’s critique of French Revolution”.

⁴⁹¹ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade cit.*, p.150-151.

⁴⁹² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.169-170.

⁴⁹³ Cf. COUTINHO, João Pereira. Prefácio. In: BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. São Paulo: Edipro, 2019. p. 15.

⁴⁹⁴ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade cit.*, p. 55-58.

⁴⁹⁵ Cf. LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. p. 56-57.

⁴⁹⁶ Cf. LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade cit.*, p. 33-34.

As liberdades individuais e a evolução dos direitos sociais demonstraram ao longo da história que os extremos de Burke e Marx estavam errados. A democracia sobrevive como política viável ao contraponto totalitário, tanto na passagem do Estado Liberal para o Estado Social,⁴⁹⁷ quanto na passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito.⁴⁹⁸ Não em plena saúde, como afirma Norberto Bobbio, mas ainda longe do seu túmulo.⁴⁹⁹

A dimensão político-democrática do direito se estabelecera no garantismo humanista de 1789. A constatação, porém, só se torna evidente após a *invenção da democracia moderna*, ou seja, após a importância que noção de direitos humanos adquiriu no segundo pós-guerra. Nas palavras de Lefort, testemunhou-se, “uma nova sensibilidade para o político e para o direito”,⁵⁰⁰ que se opunha à lógica dos regimes totalitários.

3.2.2 *O precompromisso constitucional entre o totem e os tabus*

Enquanto os direitos do homem e do cidadão estabeleciam um novo marco na relação entre direito e política, pouco antes, na América do Norte, as treze colônias inauguravam, a fase do *constitucionalismo* real. As ideias contratualistas se enumeravam ao longo do texto: separação de poderes, república, democracia representativa, federalismo. Mesmo assim, não houve consenso naquela época sobre o caráter democrático de vinculação a uma normal fundamental. Aliás, com toda a estabilidade do texto constitucional – e talvez muito por conta disso –, ainda não há consenso até hoje.⁵⁰¹ Era o reconhecimento, como afirma de Stephen

⁴⁹⁷ “O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social* cit., p. 204).

⁴⁹⁸ Sobre a representação plural no Estado Democrático de Direito, assim discorre Habermas: “No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre a facticidade e a validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 243).

⁴⁹⁹ Cf. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo cit., p. 5.

⁵⁰⁰ Cf. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária* cit., p. 60.

⁵⁰¹ Virgílio Afonso da Silva ilustra esta falta de consenso, destacando que as críticas acerca da legitimidade de uma Constituição têm “relação direta com o seu processo de elaboração”. Como exemplo de Constituições “com fortes déficits de legitimidade formal”, cita a Constituição dos Estados Unidos, “feita por uma assembleia eleita indiretamente e, mais importante, sem mandato explícito para fazer uma constituição”, a Constituição do Japão de 1946 e da Alemanha de 1949, feitas ambas “em momento de intervenção externa, em boa parte imposta pelos Estados Unidos”, e, como visto, até mesmo a Constituição brasileira de 1988 (*Direito constitucional brasileiro* cit., p. 50-51).

Holmes, da tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia, como um dos *mitos* centrais do pensamento político moderno.⁵⁰²

Através de ampla pesquisa histórica, Holmes lembra que são debates anteriores ao constitucionalismo liberal e muito anteriores às discussões contramajoritárias do *judicial review*. Antes mesmo da elaboração do texto constitucional de 1787, já havia um *precompromisso constitucional* em relação à proibição de obstruir o futuro. O texto constitucional escrito e formal se colocava como um entrave antidemocrático.

David Hume identificou este problema na teoria republicana como uma contradição importante. Thomas Jefferson, na Declaração de Independência, abraçou o mesmo princípio, a fim de garantir o direito de o povo abolir qualquer forma de governo que se mostrasse destrutiva em sociedades futuras. Eram ideias que se difundiam com intensidade desde os famosos *Debates de Putney*, nas discussões inglesas sobre a nova Constituição, no século XVII. Os pactos não poderiam obrigar as gerações futuras. Nas palavras de Holmes, era um verdadeiro *tabu* repetido por Jefferson e Tom Paine: uma geração não pode obrigar as gerações vindouras.⁵⁰³

O grande contrapeso à objeção Jefferson-Paine veio através de James Madison. Uma Constituição feita de forma cuidadosa pode criar um regime jurídico que abra pouco espaço à autocorreção humana, defendia Madison. Além disso, procedimentos que permitam o dissenso futuro são compatíveis com a democracia constitucional, como um sistema político “mais humano”, capaz de permitir a gerações futuras aprenderem e corrigirem erros passados.⁵⁰⁴ Como afirma Holmes, ainda que os mortos não devam governar os vivos, podem facilitar que os vivos governem a si mesmo.⁵⁰⁵

⁵⁰² Cf. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *Constitucionalismo y Democracia*, p. 216, 1999.

⁵⁰³ Idem, p. 218.

⁵⁰⁴ “The future situations in which we must expect to be usually placed, do not present any equivalent security against the danger which is apprehended. But the greatest objection of all is, that the decisions which would probably result from such appeals would not answer the purpose of maintaining the constitutional equilibrium of the government. We have seen that the tendency of republican governments is to an aggrandizement of the legislative at the expense of the other departments” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist*. A collection. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 262-263). Segundo Holmes, “La democracia constitucional es el sistema político más ‘humano’ porque se enriquece con la capacidad de individuos y comunidades para reconocer sus propios errores” (El precompromiso y la paradoja de la democracia cit., p. 253).

⁵⁰⁵ Idem, p. 253.

O *tabu* da proibição da obstrução do futuro foi o primeiro de muitos que a relação entre política e Constituição viriam a enfrentar. Como afirma Norberto Bobbio: “[h]oje, quando falamos de democracia ocidental referimo-nos a regimes surgidos há não mais de duzentos anos, após as revoluções americana e francesa”.⁵⁰⁶ E estes regimes traziam em si um *tabu* fundamental ao seu pré-nascimento: política democrática e Constituição são harmônicas entre si?

A indagação mantém a sua atualidade mais de dois séculos depois. Lawrence Alexander, um dos mais influentes constitucionalistas norte-americanos, afirmou, em recente palestra na Universidade de Harvard, que a confusão entre política e direito é uma *receita para o desastre*.⁵⁰⁷ Chamando a distância entre um e outro de *gap*, ele conclui que não há maneira de eliminar este distanciamento

Alexander parte de dois conceitos de Joseph Raz, defensor do positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*), a partir da noção de *autoridade*,⁵⁰⁸ ou seja, das *razões práticas de primeira ordem* e das *razões excludentes*, que seriam, na sua visão, um *all-thing-considered* de razões morais e razões prudenciais. *Política*, neste prisma, para Alexander, seria a decisão a respeito de como o grupo ou uma parte dele deve agir, com base nas *razões práticas de primeira e segunda ordem*. Estas razões, portanto, podem impor uma particular ação (ou omissão) por um ator em particular, em uma situação particular. Pode impor, ainda, uma ação (ou omissão) particular a vários atores num leque de situações. A intenção primeira da política, no entanto, não é esta. A política possui, no entender de Alexander, o objetivo precípua aristotélico de produzir normas jurídicas.

Por outro lado, Alexander se refere ao *direito* como as normas com as quais, aqueles que possuem autoridade a exercem, baseados no juízo político das *razões práticas de primeira ordem*, sobre aqueles às quais as normais são destinadas.

Quando há uma divergência entre o que a regra jurídica, através das *razões práticas de primeira ordem* do legislador, pode exigir e aquilo que os destinatários desta mesma regra,

⁵⁰⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo cit., p. 9.

⁵⁰⁷ Cf. ALEXANDER, Lawrence. Law & Politics: What is their Relation? In: Lecture at the Harvard Law School. Herbert W. Vaughan Acad. Panel, 2017. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 41, p. 355-356, 2017.

⁵⁰⁸ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *The Monist*, v. 68, nº 3, p. 295-324, 1985. Para uma visão aprofundada sobre o pensamento de Joseph Raz, ver: GLEZER, Rubens Eduardo. O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social. Tese (Doutorado apresentada ao Departamento Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

através de suas próprias *razões práticas de primeira ordem*, devem fazer, ocorre o que Frederick Schauer chama de “assimetria de autoridade”,⁵⁰⁹ que, na concepção de Alexander, seria o famoso “*the gap*”. O *gap* entre as normas e *as razões de ordem prática*, ou seja, entre o direito e a política, reflete a visão mais poderosa e ao mesmo tempo indecifrável sobre o fenômeno jurídico.⁵¹⁰

Alexander, então, afasta, em maior ou menor grau, todas as estratégias de aproximação defendidas contemporaneamente para preencher o *gap*. Primeiro, rejeita fortemente as aproximações da análise reflexiva e prudencial de Ronald Dworkin, da análise econômica do direito de Louis Kaplow e da abertura semântica dada por Cass Sunstein à interpretação jurídica. Por se aproximarem demais das *razões práticas de primeira ordem*, não são interpretação jurídica. São política.⁵¹¹

Segundo, rejeita a estratégia do positivismo excludente de Joseph Raz e, em menor grau, do positivismo presumido de Frederick Schauer, que, segundo Alexander, chega a diminuir o *gap*, mas não chega a eliminá-lo. As soluções positivistas, decorrentes ambas do positivismo de Herbert Hart, por outro lado, aproximam a solução para o direito e a afasta da política, em direção a uma *estratégia fetichista normativa*.⁵¹²

Nesse contexto, segundo Alexander, não há solução possível.

As afirmações e negações de Lawrence Alexander são extremamente representativas da relação entre política e Constituição no seu berço, ou seja, na tradição norte-americana. Inicia-se, como apontado por Holmes, como um conflito entre gerações em torno da sobreposição de um modelo jurídico que se pretenda perene e intergeracional. Continua com os freios e contrapesos da doutrina do *judicial review*, com visões divergentes de juristas do calibre

⁵⁰⁹ “Existing analyses of authority start, correctly, from the premise that authority is, in the terminology of Hart and Raz, content-independent. Authority exists when and only when the source of directive provides a reason for the addressee to follow independent of the content of that directive. [...] This asymmetry between the irrationality of obedience from the subject's perspective and the rationality of requiring it from the authority's is equally at work in the case of rules as it is with particular commands. Because rules are necessarily made in advance of their application, a subject of a rule at the time of its application by that subject will consider the possibility that this instance lies in the area of under-or over-inclusion, and that consequently (remember, we are assuming the validity of the argument against authority) this is a case in which the rule should not be followed” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life cit., p. 128-129/131).

⁵¹⁰ Cf. Law & Politics: What is their Relation? cit., p. 362.

⁵¹¹ Idem, p. 359-360.

⁵¹² Idem, p. 362.

de John Hart Ely, Laurence Tribe, e Martin Shapiro.⁵¹³ E se intensifica após o segundo pós-guerra, com a instrumentalização máxima do direito em direção a uma busca, por vezes desordenada, da própria ordem democrática de concretização dos direitos abstratamente previstos nos textos constitucionais agora globalizados.

O totem e os *tabus* se encontram nestas falhas democráticas cíclicas. O *tabu* do *precompromisso constitucional* de Stephen Holmes transforma-se no totem do *gap* constitucional de Lawrence Alexander, ao redor dos quais, vários outros tabus são construídos.

Em um dos seus trabalhos mais icônicos, Sigmund Freud ultrapassa os limites da psicologia individual para estabelecer os parâmetros originais do que viria a ser conhecido por antropologia psicológica. Em seu *Totem e Tabu*, Freud recria histórias de comunidades primitivas, nas quais há um elemento dominante, o animal totêmico, que impõe uma série de limitações aos outros integrantes do grupo, conhecidas como *tabus*. A ambivalência marca a relação entre a figura totêmica e os demais, que ao mesmo tempo que querem se tornar o animal totêmico e ultrapassar as barreiras dos *tabus*, reconhecem a importância da figura do totem como proteção contra os outros e contra eles mesmo. A partir do momento em que um dos integrantes mata o *totem*, todos percebem que possuem uma *força mágica* para superar todos os *tabus*, ou seja, que todos são totens potenciais. Logo, é necessária uma lei que organize os instintos sociais.⁵¹⁴

A transformação do tabu em totem desequilibra a sociedade. É necessário que o *totem* e os *tabus* sejam restaurados por maior que sejam as ambivalências do sentimento individual.⁵¹⁵ Estas ambivalências é que, em maior ou menor grau, segundo Giorgio Agamben, com base na biopolítica de Foucault,⁵¹⁶ põem em conflito as figuras simétricas do soberano (*poder do estado*) e do indivíduo eternamente julgado (*homo sacer*), nos equilíbrios e desequilíbrios das democracias modernas.⁵¹⁷

⁵¹³ Autores citados expressamente por Stephen Holmes na obra em referência.

⁵¹⁴ Cf. FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu. Algumas concordâncias entre vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2013. p. 74.

⁵¹⁵ Giorgio Agamben encontra no *Totem e Tabu* o início da ambivalência de Freud e seus prismas múltiplos: “[...] é somente com este livro que uma genuína teoria geral da ambivalência vem à luz sobre bases não apenas antropológicas e psicológicas, mas também lingüísticas” (*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 56).

⁵¹⁶ Segundo Agamben, a biopolítica de Foucault seria uma forma de gestão estatal ampla da vida em todos os seus aspectos. Idem, p. 56.

⁵¹⁷ Idem, p. 90-92.

Política democrática e Constituição travam uma relação instável, derivada da relação entre direito e política, como um exemplo típico da patologia entre *totem e tabus*. Uma verdadeira diáde psicológica entre a *simbiose* e a *ambiguidade*.⁵¹⁸ Na escala máxima de *ambiguidade*, ocorre a *judicialização da política* e os extremos garantistas do *ativismo judicial*, fomentados pelo instrumentalismo anglo-saxão. No outro extremo, no grau máximo de *simbiose*, o exagero na concepção substancial do direito constitucional, como alerta Paulo Bonavides, transforma “a ciência em literatura política”.⁵¹⁹

A relação entre política e Constituição é difícil,⁵²⁰ os extremos são perigosos, mas o equilíbrio é possível e desejável. Entre *totem e tabus*, portanto, há de se olhar para o contexto social.

3.3 A evolução do constitucionalismo sob a perspectiva do direito constitucional: a crônica de uma relação instável e o século do *judicial review*

Política e Constituição, muito embora o texto constitucional seja o vínculo estrutural do direito com a própria política,⁵²¹ vivem em instabilidade. Contra o arbítrio do poder absoluto e da colonização e como sinal ideológico do contratualismo e resultado das grandes revoluções do século XVIII, no que Carl Smith chama de *Estado Burguês Liberal*,⁵²² surgem as Constituições do Estado constitucional da separação de poderes.⁵²³ O constitucionalismo se manifesta, portanto, casado à revolução política liberal.⁵²⁴

⁵¹⁸ José Bleger, notável psicólogo argentino, com base na concepção freudiana, assim define a simbiose como uma relação de interdependência patológica que deve ser mantida, sob pena de se produzir a desintegração psicótica. Cf. *Simbiose e ambiguidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1985. p. 83. Já a ambiguidade reside na indiferenciação da *posição gliscrocárica*, conceito concebido por Bleger para designar a organização psicológica humana. Cf. *Idem*, p. 197.

⁵¹⁹ Cf. *Curso de direito constitucional* cit., p. 591. O movimento denominado *Critical legal studies*, que, surge no final da década de 1970, de origem norte-americana, confunde os conceitos de política e direito. Para os adeptos do movimento do *Critical Legal Studies*, política e direito são faces opostas da mesma moeda em um grau de simbiose máximo. Separar um do outro, mesmo que de forma metodológica, causaria o que Bleger chama de *desintegração psicótica*. Dentre os representantes mais expressivos, estão Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger. Por todos, vide: UNGER, Mangabeira Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University, 1986.

⁵²⁰ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61, p. 5-24, 2004.

⁵²¹ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61.

⁵²² Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934. p. 147.

⁵²³ Na classificação proposta por Paulo Bonavides, a primeira fase do Estado liberal é caracterizada sobremaneira pelo “dogma da separação dos poderes”, inclusive como técnica de proteção dos direitos e liberdades individuais (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado* cit., p. 49).

⁵²⁴ Cf. POLANYI, Karl. *The great transformation*. The political and economic origins of our time. Boston: Beacon Press, 2001. p. 41; e MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, p. 18.

Na América do Norte, segundo Hannah Arendt, a revolução partiu de uma experiência pré-revolucionária dos colonizados que, desde o Pacto de Mayflower, passaram por uma sequência desagradável de fatos e atos “até descobrir, quase inadvertidamente, a gramática elementar da ação política e sua sintaxe mais complicada, cujas regras determinam a ascensão e a queda do poder humano”.⁵²⁵ Já na Europa continental, a Revolução Francesa foi uma resposta ao plano maquiavélico de um Estado absoluto como “um corpo político permanente, constante e duradouro”.⁵²⁶

A Constituição liberal-garantista nasce como produto intelectual da filosofia contratualista, mas se materializa através de um processo de revolução política.⁵²⁷ Na definição de Bruce Ackerman, com base em Hannah Arendt, “uma revolução é o esforço bem-sucedido de transformação dos princípios fundamentais e das práticas da vida política de uma nação através de um ato coletivo e uma mobilização autoconsciente da população em geral”.⁵²⁸

Dito de outra forma, a Constituição do Estado de Direito Liberal surge após um processo de ruptura política, que na América do Norte foi eminentemente constitucional e depois revolucionário.⁵²⁹ Em França, por outro lado, foi “uma revolução política que operou à maneira de uma revolução religiosa”.⁵³⁰ Complexo e longo, entre o Antigo Regime, a monarquia constitucional e a Primeira República, com três Constituições no período, de 1791, de 1793 – que sequer entrou em vigor –, e de 1795, o processo revolucionário francês traduzia

⁵²⁵ Cf. ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 65.

⁵²⁶ Idem, p. 226.

⁵²⁷ Maurizio Fioravanti destaca que a história da *constituição garantia* contra um poder totalitário não corresponde necessariamente à história da origem e da evolução do totalitarismo. No Estado romano, a aristocracia política do Senado era um poder totalitário, tanto quanto o Rei no Estado absoluto. E depois da Revolução Francesa, a ‘democracia totalitária’ dos jacobinos era um poder unitário do próprio povo. A história da *Constituição garantia* começa, portanto, com o liberalismo, a partir das revoluções do século XVIII, tendo em vista que as Cartas continham como princípio fundamental a primazia legal sobre o *imperium singulare*. Nas suas próprias palavras: “I costituzionalisti debbono dunque tornare ad occuparsi de *costituzionalismo*, ovvero della *costituzione in senso liberal-garantistico affermatasi nelle sue varie versioni dalle rivoluzioni di fine Settecento in poi. Di lì, e solo di lì, inizia la storia delle costituzioni*” (*Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 108-109 – grifos do original).

⁵²⁸ Cf. ACKERMAN, Bruce. *The future of liberal Revolution*. New Haven/London: Yale University Press, 1992. p. 53, tradução livre.

⁵²⁹ Charles Howard McIlwain sobre a revolução americana: “[...] it was a political act, and such an act cannot be both constitutional and revolutionary; the terms are mutually exclusive. So long as American opposition to alleged grievances was constitutional it was no sense revolutionary. The moment it became revolutionary it ceased to be constitutional. [...] The Americans stoutly insisted during the whole of their contest with Parliament to the summer of 1776 that their resistance was a constitutional resistance to unconstitutional acts” (*The American revolution: a constitutional interpretation*. New York: Macmillan Company, 1923. p. 1-2). No mesmo sentido, ver: ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução* cit., p. 103-108.

⁵³⁰ Cf. TOQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4. ed. Tradução Yvone Jean. Brasília: UnB, 1997. p. 59.

o receio de que os revolucionários tinham de amarrar a soberania popular a um texto permanente que pusesse fim à revolução que lhes era tão cara.⁵³¹

O constitucionalismo moderno nasce pela política e para a política.⁵³² A identidade estrutural *Política-Constituição* envolve uma cíclica tensão de um contra o controle do outro, que ora estabiliza, ora promove rupturas da relação política-direito. A estruturação constitucional reputa ambos os sistemas em igualdade hierárquica. Nas palavras de Marcelo Neves, entre política e direito, em um ambiente constitucional, a relação é “horizontal ou ortogonal”.⁵³³

A história comprova esta tensão. Após a revolução liberal que consolidou o Estado Constitucional liberal, a burguesia supera o papel agente revolucionário e passa a ser o agente garantidor do *status quo*. A *burguesia revolucionária* se torna a *burguesia ameaçada*, na expressão de Pablos Lucas Verdú. Abraça o positivismo jurídico como forma de se proteger do potencial revolucionário das classes inferiores.⁵³⁴

A conquista e a manutenção do poder é um ciclo que torna instável a conformidade entre o *querer político* e o *querer constitucional*. Ao pretender normatizar a política em caráter de igualdade hierárquica, o constitucionalismo moderno, como toda novidade impositiva, gerou reações na própria política. Emergiram grupos de pressão organizados – *lobbying* – que, desde a origem, lutavam pela dominação das normas constitucionais ou pela sua extinção.⁵³⁵

As dúvidas sobre a possibilidade de coexistência pacífica entre política e Constituição, portanto, eram dúvidas dos grupos de pressão dominantes sobre a sua própria capacidade de controle institucional da nova esfera normativa que ele mesmo havia estimulado.

⁵³¹ Cf. AREDNT, Hannah. *Sobre a revolução* cit., p. 152.

⁵³² “O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 72).

⁵³³ Cf. *Transconstitucionalismo* cit., p. 58.

⁵³⁴ Cf. VERDÚ, Pablos Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação do sentir constitucional como modo de integração política cit., p. 117-118.

⁵³⁵ Miguel Jerez, professor de ciência política da Universidade de Granada, inclusive, ressalta que um dos primeiros grupos de pressão formalmente criados nos Estados Unidos, em 1789, foi a *Philadelphia Society for the Promotion of National Industry*, presidida por um dos mais notórios *founding fathers*, Alexander Hamilton. Cf. JEREZ, Miguel. Los grupos de presión. In: DEL ÁGUILA, Rafael (coord.). *Manual de ciência política*. Madrid: Trotta, 2008. p. 291. No mesmo sentido, ver: SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American public law. *Stanford Law Review*, v. 38, p. 29-87, 1985.

3.3.1 O distanciamento teórico entre política e Constituição: o artificialismo dos espaços hermenêuticos isolados

Apesar da evidente transformação da vida política representada pelo constitucionalismo moderno do século XVIII, as impressões teóricas sobre a Constituição no século XIX eram diversas. Prescindiam, por mais paradoxal que possa parecer, do seu caráter político. Certamente, eram fruto do momento histórico de desenvolvimento da Teoria Geral do Estado da época.

Paul Laband e Karl von Geber entendiam que a análise jurídica específica do Direito Privado se aplicava ao Direito do Estado enquanto método científico puro, ao ponto de Laband afirmar que não deveriam ser objeto de investigação discussões banais como acontecimentos políticos.⁵³⁶ Georg Jellinek conceituava a Constituição como *Constituição de Estado*, isto é, uma norma que compreende “los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos”.⁵³⁷

Ao longo do século XIX, portanto, os conceitos de Estado e de Constituição convergiam entre criador e criatura. Uma vez criada, a Constituição prescindia da política e autolimitava o poder do Estado, seu criador, justamente por ter sido por ele próprio criada.

Jellinek, inclusive, considerava que uma das maiores vantagens das Constituições escritas era justamente traçar um abismo entre o direito constitucional e as relações políticas e sociais que poderiam fazer da lei constitucional letra morta. Havia duas esferas distintas: a esfera normativa de uma teoria jurídica do estado, e a esfera de poder, da teoria sociológica do estado. A Teoria Geral do Estado de Jellinek, portanto, era uma Teoria Jurídica do Estado.⁵³⁸

Alijado paradoxalmente da política, embora fruto do liberalismo enquanto *doutrina constitucional política*,⁵³⁹ o constitucionalismo do século XIX era palco para amplas divergências teórico-políticas. Lorenz von Stein, por exemplo, já via no texto constitucional francês de 1791 e, principalmente na Carta da Segunda República Francesa de 1848, através das garantias de emprego, um modelo político de *Sozialstaat*, que guardava muita semelhança

⁵³⁶ Cf. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 121.

⁵³⁷ Cf. *Teoría general del estado* cit., p. 479.

⁵³⁸ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado* cit., p. 92-94; p. 482.

⁵³⁹ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali* cit., p. 167.

com a social-democracia defendida por seu colega da Universidade de Viena, Anton Menger.⁵⁴⁰ Era uma outra leitura político-estrutural do constitucionalismo do século XIX, contrária às bases individualistas do liberalismo clássico. Ainda que não reunisse força para mitigar o estamento político-econômico liberal individualista do Estado, certamente serviu de inspiração prospectiva.⁵⁴¹

No final do século XIX e no início do século passado, a partir do primeiro pós-guerra, a *política fiscal*, como visto, assume um outro papel na Europa arrasada.⁵⁴² Às garantias liberais negativas, são incorporadas “cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social”.⁵⁴³ Surge a constitucionalização sistemática do social no período do entreguerras até a Constituição da Segunda República Espanhola de 1931.⁵⁴⁴ O Estado de Direito Social se constitui finalmente com elementos efetivos de *redistribuição social*.⁵⁴⁵ E, com ele, a pressão pelo aumento das despesas públicas se acentuava até se tornar “uma equação difícil de ser resolvida”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ Cf. KÄSTNER, Karl-Hermann. From the social question to the social state. *Economy and Society*, v. 10, nº 1, p. 16-18, 1981.

⁵⁴¹ Ernst Forsthoff ressalta que a inspiração do *Sozialstaat* de Laurenz von Stein decorre da revolução industrial e surge mais como uma política social, um “remedio en los casos y situaciones de necesidad que se presentaban”. É diferente, portanto, da *redistribuição social* que começa com o Estado Social do século XX: “La redistribución social de que aquí se habla se diferencia esencialmente de la política social en el sentido habitual. Su intención no es zanjar casos y situaciones de necesidad, sino la participación del mayor número posible de estratos sociales en el proceso de bienestar general” (FORSTHOFF, Ernst; GUERRA, Luis López; MUÑIZ, Jaime Nicolás. *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Traducción Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 128). Por essa razão, inclusive, denomina o *Sozialstaat* de Laurenz von Stein de *Estado da sociedade industrial*. No mesmo sentido, Paulo Bonavides: “Afigura-se-nos assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais” (*Do Estado liberal ao Estado social* cit., p. 32; BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social*. Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência em Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 11-12).

⁵⁴² Hannah Arendt descreve com precisão: “A Primeira Guerra Mundial foi uma explosão que dilacerou irremediavelmente a comunidade dos países europeus, como nenhuma outra guerra havia feito antes. A inflação destruiu toda a classe de pequenos proprietários a ponto de não lhes deixar esperança de recuperação, o que nenhuma crise financeira havia feito antes de modo tão radical. O desemprego, quando veio, atingiu proporções fabulosas, sem se limitar às classes trabalhadoras mas alcançando nações inteiras, com poucas exceções” (*Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 300).

⁵⁴³ Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13. No mesmo sentido, ver: FORSTHOFF, Ernst. *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania* cit., p. 128-129.

⁵⁴⁴ Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais cit., p. 13.

⁵⁴⁵ Cf. FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. El modelo de la República Federal de Alemania cit., p. 128.

⁵⁴⁶ Cf. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 73.

Apesar da completa inversão axiológica promovida a partir de 1933 pelo fator real de poder⁵⁴⁷ do nacional-socialismo e sua fórmula totalitária de Otto Gauweiler (“O desejo do *Führer* é a lei suprema”),⁵⁴⁸ e pelo contexto político instável da época, o que impediu uma Carta equilibrada,⁵⁴⁹ a Constituição de Weimar de 1919 se destacou no período. O texto, em sua acepção original, trouxe uma miríade de significados nunca experimentada pelo direito constitucional. Especialmente no campo dos direitos fundamentais sociais, representando avanço em relação à Constituição Mexicana de 1917,⁵⁵⁰ que já havia inovado no campo do constitucionalismo social após a Revolução de 1910 e a consagração de direitos dos trabalhadores.

O pluralismo dos novos significados do texto constitucional original da Constituição de Weimar estimulou uma intensa discussão na academia alemã. A história do direito público ia se formando a partir de debates teóricos em torno de temas de Estado e de temas constitucionais, como fora o debate de Paul Laband em relação ao conflito constitucional no Estado prussiano entre 1862-1866, que opôs o Rei e o Parlamento, a propósito da aprovação do orçamento na era do militarismo de Bismark.⁵⁵¹

Como reação à concepção plural do texto constitucional, o positivismo jurídico produziu duas vertentes opostas. A primeira, teve em Hans Kelsen o seu nome de maior relevo. Em linha com Geber e Laband, Kelsen defendeu uma hierarquia normativa pura da norma fundamental, despida de características políticas, históricas ou filosóficas, ou seja, “o foco da

⁵⁴⁷ Expressão de Ferdinand Lassalle, filósofo de índole socialista do século XIX, para designar que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim são questões políticas, citado especificamente por Konrad Hesse no início de *A força normativa da Constituição*. O que não deixa de ser paradoxal, posto que Lassalle afirmava que a constituição que não resulta dos fatores reais do poder seria uma folha de papel, teoria que viria a descrever a ascensão do nacional-socialismo sobre a Constituição de Weimar. Nas palavras de Lassalle: “Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido” (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução Walter Stöner. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 17-18).

⁵⁴⁸ Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo* cit., p. 414.

⁵⁴⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social* cit., p. 11.

⁵⁵⁰ Na visão de Gilberto Bercovici, “[a] mais célebre destas novas Constituições, que influenciou as elaboradas posteriormente, foi a Constituição Weimar, de 1919. [...] O julgamento (em geral, negativo) da Constituição de Weimar foi feito pela prática política posterior a ela” (Idem, p. 11-12).

⁵⁵¹ Sobre a importância do debate de Weimar para o direito público, ver: BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social* cit., p. 129-144; e SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt's State and Constitutional theory. A critical analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p.7-43. Sobre o conflito constitucional e o debate de Paul Laband, ver: BAREIJO, Álvaro Rodríguez. Estudio preliminar. In: LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Traducción de José Zamit. Madrid: Tecnos, 2012. p. XIII-CCXXXI; e SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 68-73.

vontade do Estado em forma da lei”.⁵⁵² No plano teórico e político, Kelsen pretendia uma Teoria Geral da Constituição, em substituição à Teoria Geral do Estado.⁵⁵³

Se contrapondo à Kelsen, Carl Schmitt publica a sua *Teoria da Constituição*, partindo do extremo oposto do positivismo científico da vertente de kelseniana.⁵⁵⁴ O decisionismo sem normas de Schmitt se contrapõe à lógica normativa sem Estado de Kelsen, segundo Gerhart Niemeyer, com base em expressões de Herman Heller.⁵⁵⁵

A *Teoria do Estado* de Heller surge como contraponto às duas vertentes positivistas da época. Dialogando com as ideias de Kelsen e Schmitt, Heller nega ambas e coloca-se no meio dos dois extremos. Ao considerar que a política como elemento fundante do Estado é própria da delimitação do objeto científico, Heller nega a possibilidade de formulação de uma *Teoria do Estado* que se pretenda “geral”. Com influência de Vilfredo Pareto, parte de uma concepção sociológica revolucionária para a época. E formula a *Teoria do Estado* como investigação episódica da realidade da “vida social que nos rodeia”.⁵⁵⁶

Às vésperas da Segunda Guerra Mundial, havia, portanto, ao menos três concepções divergentes sobre o Estado na teoria jurídica germânica. A concepção neutra de Kelsen, a concepção decisionista do Estado Total de Schmitt,⁵⁵⁷ em que a política se sobrepunha ao

⁵⁵² “A distinguishing feature of Kelsen’s thought was its completion of the purification of law begun by Gerber and Laband. Kelsen excised even the will of the state in his focus on the form of law” (SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt’s State and Constitutional theory* cit., p. 10).

⁵⁵³ Como afirma Carlos Miguel Herrera sobre a obra de Kelsen, “si el jurista austríaco sostenía que la ciencia debía separarse radicalmente da política, consideraba también que ‘la política no debe separarse de la ciencia, ya que sólo la ciencia puede aportar al gobernante (*stateman*) los medios adecuados a sus fines” (HERRERA, Carlos Miguel. Hans Kelsen y el socialismo reformista. *Revista de Estudios Políticos*, nº 96, p. 77, 1997).

⁵⁵⁴ “Schmitt challenged the theoretical validity and practical consequences of statutory positivism and refused to frame his state and constitutional theory within that methodology and orientation” (SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt’s State and Constitutional theory* cit., p. 20-21).

⁵⁵⁵ Cf. Prólogo. In: HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 9.

⁵⁵⁶ HELLER, Herman. *Teoria do Estado* cit., p. 21. Com críticas a Kelsen e Schmitt, Heller sustenta que: “[a] atual Teoria do Estado não pode aceitar aquela estreita delimitação na sua problemática que não conheceram as duas últimas gerações. É que as Teorias do Estado dessa época deixaram sem examinar grande parte dos mais importantes problemas teóricos e práticos, como os da natureza, função e unidade do Estado, e das suas relações com a sociedade, a economia e, inclusive, com o direito, os do Estado, de classe, da opinião pública, dos partidos políticos etc.; ou então, se dêles se ocuparam, fizeram-no insuficientemente” (Idem, p. 44).

⁵⁵⁷ A obra de Carl Schmitt é fruto de intenso debate doutrinário. Como afirma Gerhart Niemeyer: “Em um trabalho aparecido em 1934 (*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*), Schmitt afasta-se do decisionismo em uma surpreendente ‘volta para a idéia’. De todos os modos, não se deve esquecer que a doutrina da decisão de uma autoridade ou da autoridade de uma decisão, durante quinze anos, caracterizou o influxo exercido por Carl Schmitt” (SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución* cit., Prefácio, p. 9). No mesmo sentido: PORTO, Ronaldo Macedo Júnior. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 32, p. 240-241, 1994; ULMEN, Gary. Between the Weimar Republic and the Third Reich: continuity in Carl Schmitt’s thought. *Telos: Critical theory of the contemporary*, v. 119, 18-31, 2001;

Estado,⁵⁵⁸ e que estimulou a visão totalitária do nacional-socialismo de Hitler,⁵⁵⁹ e uma concepção realista de Heller, com forte tendência social, que buscava salvar a democracia que restava na Constituição de Weimar.⁵⁶⁰

Política e Constituição, portanto, com a força das concepções positivistas na primeira metade do século passado, ora de inclinação pura do direito sobre a política, ora de superação do direito pela política, ainda se mantinham distantes, cada qual em seu *espaço hermenêutico* isolado.⁵⁶¹ As patologias crônicas entre a simbiose e a ambiguidade se entrelaçavam às vésperas do conflito que iria marcar a história.

3.3.2 *A aproximação entre política e constituição: o constitucionalismo do segundo pós-guerra*

Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo se renova na Europa. A Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 inauguram o processo constitucional de reação aos horrores do nazifascismo. E o debate sobre o conteúdo político da Constituição é retomado em novas bases.

Na Itália, Maurizio Fioravanti ressalta o caráter político das novas Cartas, da mesma forma que àquelas do século XIX.⁵⁶² Na sua visão, é muito claro que o constitucionalismo teve,

SCHUPMANN, Benjamin A. Carl Schmitt's State and Constitutional theory. A critical analysis cit. Contra, entendendo que o decisionismo totalitário permanecia latente na obra de Schmitt: BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social* cit., p. 130-131. Stephen Holmes, em revisão do livro de Joseph W. Bendersky, chega a afirmar que Carl Schmitt "is a theorist who consciously embraced evil and whose cannot be studied without moral revulsion and intellectual distress" (Theorist of the Reich. *American Political Science Review*, v. 77, nº 4, p. 1067, 1983).

⁵⁵⁸ Como afirma Carl Schmitt: "[t]he concept of the state presupposes the concept of the political" (*The concept of the political*. Translation by George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 19). Para Benjamin Schupmann esta ideia era o "Copernican moment" da teoria do estado de Schmitt (Idem, p. 81).

⁵⁵⁹ Carl Schmitt, inclusive, filiou-se ao partido nazista em 1933, no mesmo mês que Martin Heidegger, e publicou diversos trabalhos defendendo o regime. Após a guerra, chegou a ficar detido por 18 meses, apesar de nunca ter sido acusado formalmente por crimes de guerra. Para um estudo mais aprofundado da bibliografia de Schmitt, por todos, ver: BANDERSKY, Joseph J. *Carl Schmitt: theorist for the Reich*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1983.

⁵⁶⁰ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social* cit., p. 91-92.

⁵⁶¹ No sentido do positivismo lógico de Karl Popper, isto é, como campo de ação do conhecimento considerado como epistemologicamente válido, sem a influência de hipóteses falsificadoras. Cf. POPPER, Karl R. *Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento*. Tradução Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2013. p. 449; 459-460.

⁵⁶² "Bisogna dunque sapere che che dichiarare obsoleta tale discussione significa abbandonare, nel nostro concreto storico, la vocazione prescrittiva della costituzione e dello stesso mestiere del costituzionalista. Questi, come già nell'Ottocento, diverrebbe allora un diligente ingegnere, o manovale, del sistema politico esistente" (*Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali* cit., p. 146).

desde o seu nascimento, com as revoluções do século XVIII, uma vocação política própria.⁵⁶³ O sentido da Constituição seria o de “ato fundamental ao qual é confiado a tarefa de limitar o exercício do poder público, de modo a garantir o primado das leis sobre os desejos concretos dos titulares dessas competências e com isso também os direitos e liberdades fundamentais”.⁵⁶⁴ A segunda acepção da Constituição, mais geral e indiferente, que indicaria o arranjo político básico e essencial de uma coletividade, somente era necessária em contraposição às concepções positivistas reducionistas do século XIX.⁵⁶⁵

Na Alemanha, Konrad Hesse, dialogando expressamente com a teoria da integração de Rudolf Smend, com a teoria da realidade de Herman Heller e com os fatores reais do poder de Ferdinand Lassalle, ultrapassa o “positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e Georg Jellinek” e, até mesmo, o distanciamento entre norma e realidade do “positivismo sociológico de Carl Schmitt”.⁵⁶⁶

A Constituição real congrega o político, o cultural, o econômico e o social, ou seja, os fatores reais de poder de Lassalle. As questões constitucionais “não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas”.⁵⁶⁷ A Constituição jurídica surge como a síntese entre o abandono da normatividade pura de realidade e o abandono da realidade pura de normatividade. A Constituição real e a Constituição jurídica se portam na existência estatal em *coordenação*.⁵⁶⁸ A eficácia perfaz a *força normativa* da Constituição jurídica. A unidade política é pressuposto da ordem jurídica que se traduz, por sua vez, na Constituição enquanto “ordem fundamental jurídica da coletividade” do Estado Democrático.⁵⁶⁹

⁵⁶³ “È infatti ora progressivamente sempre più chiaro che quella costituzione debba avere *una sua propria vocazione politica*, eccedente in una certa misura rispetto alla sua configurazione generale, da cui eravamo partiti, che di essa faceva libertà” (Idem, p. 137 – grifos do original).

⁵⁶⁴ “[...] atto fondamentale al quale è affidato il compito de limitare le esercizio dei poteri pubblici, in modo tale da garantire il primato delle leggi sulle volontà concrete dei detentori di quei poteri e con ciò anche i diritti e le libertà fondamentali [...]”. Idem, p. 107.

⁵⁶⁵ Cf. FIORAVNATI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali cit.*, p. 142.

⁵⁶⁶ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp.2-3; p. 4, nota 6; p. 5; p. 10.

⁵⁶⁷ Idem, p. 2; p. 5.

⁵⁶⁸ Idem, p. 5.

⁵⁶⁹ Cf. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 37.

A interpretação constitucional como concretização, de Konrad Hesse,⁵⁷⁰ busca harmonizar, no campo teórico, as tensões entre política e direito⁵⁷¹ e reflete, na teoria constitucional, o movimento de concretização do constitucionalismo social que ganhava força no cenário europeu do segundo pós-guerra.⁵⁷²

Este movimento já estava muito avançado no direito norte-americano. Dieter Grimm ressalta que assim como a transição do poder absoluto para o constitucionalismo mudou a relação entre política e direito, a relação foi novamente modificada por influência do *judicial review* norte-americano nas Corte Constitucionais do segundo pós-guerra.⁵⁷³ Klaus Stern sintetiza a relação entre política e Constituição já com olhos do pós-guerra: “Da mesma maneira que a Política sem o Direito é como navegar sem bússola, o Direito do Estado sem Política é como navegar sem água [...] Direito e política são, pois, cifras de uma simbiose diferenciada.”⁵⁷⁴

A influência do *judicial review*, no entanto, não significou o fim da instabilidade entre política e Constituição. Do ponto de vista da Constituição Financeira, o caráter político das escolhas fiscais, além de se tornar evidente após o constitucionalismo do segundo pós-guerra, apresenta-se de forma complexa e com uma indesejável carga ideológica, quando se chega à conclusão de que os direitos fundamentais custam, e por via de consequência, há custos inerentes à democracia constitucional, como afirma Luigi Ferrajoli⁵⁷⁵

Esta tensão escalona as patologias simbióticas e ambíguas na relação entre política e Constituição. Da instabilidade crônica, surgem as falhas democráticas. O binômio social-fiscal

⁵⁷⁰ “Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada [...] Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação [...] Concretização pressupõe um ‘entendimento’ do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da ‘(pré)-compreensão’ do intérprete do problema concreto a ser resolvido, cada vez” (Idem, p. 61).

⁵⁷¹ “Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição” (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* cit., p. 15).

⁵⁷² Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 192.

⁵⁷³ Cf. *Constitutionalism. Past, present and future* cit., p. 199.

⁵⁷⁴ “De la misma manera que la Política sin Derecho es como navegar sin brújula, el Derecho del Estado sin Política es como navegar sin agua [...] Derecho y política son, pues, cifras de una simbiosis diferenciada” (*Derecho del Estado de la Republica Federal da Alemanha* cit., p. 129; p. 135, tradução livre).

⁵⁷⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia 2*. Teoría de la democracia. Traducción Alfonso Ruiz Miguel e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2013. p. 67.

se afasta da desejada adequação entre a técnica e a política, principalmente sobre o *quem*, o *quando*, e o *como* da atividade financeira do Estado. O cenário se torna propício a uma captura ideológica ou político-eleitoral oportunistas. É o que passamos a estudar.

3.3.3 O século do judicial review e o escalonamento das falhas democráticas

O constitucionalismo do pós-guerra gerou uma outra consequência na difícil relação entre política e Constituição. A concretização de direitos previstos constitucionalmente elevou a sofisticação dos métodos instrumentais da jurisdição constitucional e colocou o Poder Judiciário no centro global da *civilização do espetáculo*.⁵⁷⁶ O conjunto de direitos abstratos, a partir da legítima demanda social por concretização, promoveu a ascensão de um constitucionalismo mundial.⁵⁷⁷ A partir da já consolidada experiência constitucional norte-americana, o século XX, para o bem ou para o mal, tornou-se, na expressão de Dieter Grimm, o *século do judicial review*.⁵⁷⁸

Desde o primeiro pós-guerra, os Estados Unidos viviam um verdadeiro *culto constitucional*, com as ambiguidades próprias da sociedade americana do século XX.⁵⁷⁹ Iniciada no final do século XVIII e amadurecida ao longo do século XIX, a experiência constitucional norte-americana reconhecia ao texto da Constituição força normativa máxima. Como norma jurídica obrigatória, a Constituição se impunha desde as primeiras formulações teóricas.⁵⁸⁰

O papel do Judiciário na garantia da força normativa constitucional, apesar de não estar escrito em qualquer dispositivo específico, decorria justamente deste *sentimento*

⁵⁷⁶ “A banalização das artes e da literatura, o triunfo do jornalismo sensacionalista e a frivolidade da política são sintomas de um mal maior que afeta a sociedade contemporânea: a ideia temerária de converter em bem supremo a nossa natural propensão para nos divertirmos. No passado, a cultura foi uma espécie de consciência que impedia o virar as costas à realidade. Agora, atua como mecanismo de distração e entretenimento” (LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. São Paulo: Objetiva, 2012. p. 13).

⁵⁷⁷ Cf. ACKERMAN, Bruce. “The rise of world constitutionalism”. *Virginia law review*. Virginia law review association, nº 83, 1997. p. 771-797. Sobre o tema, ver ainda: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., pp. XIX-XXV.

⁵⁷⁸ Cf. *Constitutionalism. Past, present and future* cit., p. 199.

⁵⁷⁹ Cf. LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 16.

⁵⁸⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, nº 1, p. 18-19, 2006.

constitucional.⁵⁸¹ Formalmente, porém, o mecanismo do *judicial review* nasceu de interpretação da própria Suprema Corte do texto constitucional, no emblemático *Marbury v. Madison*. Com menos de duas décadas de vigência da Constituição, definiu-se claramente que cabia ao Judiciário o papel de guardião da Constituição. Abriu-se, assim, caminho para que a constitucionalização dos direitos sociais do segundo pós-guerra ratificasse a hegemonia do modelo norte-americano pela Europa e, nas últimas duas décadas do século passado, após a superação dos regimes totalitários, na América Latina em geral, e no Brasil em particular.⁵⁸²

Não foram só ganhos. A *judicialização da política*, na feliz expressão dos cientistas sociais C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, emergiu como efeito negativo maior da expansão global da crença no Poder Judiciário como única instituição moralmente íntegra para atuar ativamente no processo decisório de outras instituições democráticas e para impor políticas públicas.⁵⁸³ Com base nesta tendência mundial, as Cortes Constitucionais passaram a reivindicar poderes ao *judicial review*, ainda que a Constituição não os tenha conferido expressamente.⁵⁸⁴

As reações acadêmicas foram imediatas. Diversos autores têm apontado problemas decorrentes da ruptura com política em prol de um Tribunal Constitucional plenipotenciário na aplicação da Constituição. Segundo Klaus Stern, este movimento tensionou uma vez mais a relação entre a jurisdição constitucional e a política, e se resume a expandir as controvérsias entre o Tribunal Constitucional Federal e os Poderes Legislativo e o Poder Executivo.⁵⁸⁵

Dieter Grimm, em posição muito interessante, destaca que o fechamento e a assepsia da jurisdição constitucional, e, por via de consequência, o aumento do poder político dos juízes, os tornam alvos do próprio processo político. O desequilíbrio do poder tende para estimular interferências no ramo que concentra maior poder. Dessa forma, o impulso de interferências

⁵⁸¹ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação do sentir constitucional como modo de integração política cit., p. 6-7. Bruce Ackerman demonstra que esse sentimento constitucional contínuo dos americanos sustenta a ordem política através de uma tradição constitucional que remonta os *founding fathers* e atravessa geração após geração. Cf. *We the people: The civil rights revolution*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014. v. 3, p. I.

⁵⁸² Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República*. Escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 24.

⁵⁸³ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (ed.). *The global expansion of judicial power*. New York/London: New York University Press, 1995. p. 34-36.

⁵⁸⁴ Cf. GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future* cit., p. 255.

⁵⁸⁵ Cf. STERN, Klaus. *Juridicción constitucional y legislador* cit., p. 31.

políticas indevidas no sistema judicial aumenta paradoxalmente, quando há a concentração ilegítima de poder no Judiciário. A possível subserviência do sistema constitucional como um todo, portanto, torna-se um perigo real, diante de concentrações indevidas de poder.⁵⁸⁶

Marcelo Neves chega a afirmar que as concepções instrumentalistas de inspiração norte-americana perpetram um “bloqueio político da concretização constitucional, obstaculizador da autonomia operativa do sistema jurídico”.⁵⁸⁷ Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, apesar de reconhecerem que a jurisdição constitucional é peça importante do constitucionalismo democrático, alertam que “[c]onfiar na jurisdição constitucional como panaceia para os problemas nacionais é esperança vã”.⁵⁸⁸ E, na síntese precisa de Gilberto Bercovici, “o pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre os conteúdos políticos”.⁵⁸⁹

Na própria academia norte-americana este problema está no centro da discussão há tempos. Após a guerra de secessão, em que o país iniciou o processo de industrialização que iria culminar com o predomínio econômico do segundo pós-guerra, a interpretação judicial da décima-quarta e da décima-quinta emendas, principalmente em relação ao poder governamental regulamentar sobre a economia, inaugurou um período que viria a ser decisivo para a definição do papel apropriado do *judicial review* na América do Norte.⁵⁹⁰ A chamada era *Lochner* promoveu o auge do exagero ativista. A jurisdição constitucional passava a ser “sinônimo de intervenção judicial inapropriada no processo legislativo”.⁵⁹¹

A controvérsia girava em torno da interpretação constitucional do devido processo legal substantivo, previsto nas referidas emendas. Mais precisamente se referia à extrapolação da noção de proteção da propriedade privada contratual, fundante para os *Framers*, que viviam o auge do liberalismo econômico, para uma ampla abrangência de todos e quaisquer interesses econômicos privados contra todas e quaisquer formas de interferência estatal.

⁵⁸⁶ “The danger is that any political interference with the judicial process would undermine the whole system of constitutional democracy. This is why judges must be protected against political influence or pressure. The dividing line between the various organs of the state drawn by the principle of separation of powers is particularly strong where the judiciary is concerned” In. *Constitutionalism. Past, present and future* cit., p. 202.

⁵⁸⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 96.

⁵⁸⁸ Cf. SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da ‘última palavra’ e alguns parâmetros de autocontenção judicial cit., p. 47.

⁵⁸⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil* cit., p. 23.

⁵⁹⁰ Cf. STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional law*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2013. p. 750.

⁵⁹¹ Cf. SULLIVAN, Kathlen M.; FELDMAN, Noah. *Constitutional law*. 19. ed. New York: Foundation Press, 2016. p. 493, tradução livre.

O contexto histórico em que se desenvolveu o caso *Lochner v. New York*,⁵⁹² no entanto, era outro. O início do século passado trouxe a revolução industrial para a América do Norte. Trouxe também as reivindicações sindicais, típicas do Estado Social do século XIX. Com a reunião de trabalhadores para aumentar o poder de barganha, as negociações contratuais trabalhistas com a emergente e já poderosa elite industrial se tornaram turbulentas.

O Estado interveio, regulamentando a controvérsia, a favor dos trabalhadores e da grande indústria panificadora, que pouco se importava com a limitação horária, já que produzia em diversos turnos. A judicialização se tornou inevitável para os negociantes de menor porte. John Lochner, dono de uma pequena padaria, insurgiu-se contra a legislação do Estado de Nova York que impunha limitação de jornada de trabalho de 60 horas semanais para a proteção da saúde dos empregados. Em decisão apertada, a Suprema Corte Americana, por cinco votos a quatro, acolheu o pedido de Lochner.

O voto condutor do *Justice Peckman* traduziu uma tendência que começava a se formar na Suprema Corte.⁵⁹³ O devido processo legal substantivo previsto nas XIV e XV emendas oferecia, na visão da chamada *doutrina Lochner*, uma proteção irrestrita, avessa a qualquer tipo de restrição, inclusive e principalmente a interferência estatal. A doutrina econômica do liberalismo econômico⁵⁹⁴ guiou-se pelo *ethos* individual dos atores do *judicial review* americano,⁵⁹⁵ com base no precedente *Lochner v. New York*, como o primeiro grande cânone do ativismo judicial, na classificação de Sanford Levinson e Jack M. Balkin.⁵⁹⁶

O ativismo judicial encenou sua forma mais radical de intervenção na produção legislativa,⁵⁹⁷ anulando mais de duas centenas de leis, em julgamentos tanto na esfera federal,

⁵⁹² 198 U.S. 45 (1905).

⁵⁹³ Para um amplo Estudo dos precedentes que culminaram com a decisão do caso *Lochner v. New York* de 1905, ver: STONE, Geoffrey R. *Constitutional law* cit., Note: The road to *Lochner*, p. 750-753.

⁵⁹⁴ “In other words, members of the majority were basing their decision on their personal policy preferences in favor of laissez-faire economics instead of limiting themselves to a faithful interpretation of the fundamental law” (GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged. The rise and demise of Lochner Era. Police powers jurisprudence.* Durham/London: Duke University Press, 1993. p. 3).

⁵⁹⁵ Cf. BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption. Political faith in an unjust world.* Cambridge/London: Harvard University press, 2011. p. 207.

⁵⁹⁶ “Each era also has its canonical examples of judicial activism that affect its views about the role of the judiciary: *Lochner v. New York* in one era, *Brown v. Board of Education* in another, *Roe v. Wade* in still another” (BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111. p. 994, 1998).

⁵⁹⁷ As críticas sobre a era *Lochner* como o abuso do ativismo judicial são praticamente unânimes. Do originalismo de Robert Post, passando pelos procedimentalistas, como John Hart Ely, a autores mais liberais como Jack Balkin e Bruce Ackerman, a visão é praticamente de aversão ao modelo desenvolvido no início do século

quanto na esfera estadual,⁵⁹⁸ que se sucederam até o início da década de 1930, em prol de uma tendência econômica liberal da proteção da propriedade privada.⁵⁹⁹

O contexto das tensões entre as eras de ativismo extremo e suas negações geraram reações de ordem acadêmica e política, com reflexos diretos nas decisões judiciais.

No campo acadêmico, as tensões foram aglutinadas, com certa imprecisão devido ao alcance múltiplo das diversas teses hermenêuticas que foram construídas pela literatura constitucional norte-americana, em duas correntes opostas, a partir da concepção clássica de Thomas C. Grey, em artigo publicado originalmente em 1975: o interpretativismo (*interpretativism*) e o não interpretativismo (*non interpretativism*).

Para Grey, por interpretativistas devem ser entendidos os juristas que defendem “a fidelidade ao texto constitucional no *judicial review* e a ilegitimidade de doutrinas constitucionais baseadas em fontes outras que não sejam os comandos explícitos, derivados dos dispositivos escritos da Constituição”.⁶⁰⁰

De outro lado, os não interpretativistas não negam as restrições do poder governamental impostas pelo texto constitucional. Também não negam que o papel do *judicial review* é tornar efetivo estes comandos. Mas vão além, ao admitir que o intérprete possa buscar ideais de liberdade individual e de tratamento justo, mesmo quando não estiverem expressos de forma positiva no texto constitucional escrito.⁶⁰¹

O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo,⁶⁰² deu azo aos excessos originalistas. Enquanto o não interpretativismo derivou para posições como o

passado. Sobre o tema, dentre os inúmeros trabalhos dedicados ao tema, ver: ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations* cit., p. 153-156; GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged* cit., p. 132-175; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980. p. 14-30; BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption. Political faith in an unjust world* cit., p. 174-226; BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. *Indiana Law School*, v. 47, p. 11, 1971.

⁵⁹⁸ Cf. GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged* cit., p. 152.

⁵⁹⁹ No caso *Lochner*, o Justice Oliver Holmes Jr., conhecido como um dos maiores juristas americanos do início do século, cuja influência permanece viva no direito norte-americano até hoje, proferiu um de seus votos dissidentes mais famosos. Enquanto os demais votos dissidentes se referiam à razoabilidade da regulação do limite de horas, Holmes considerou que a decisão judicial não pode impor um modelo econômico ao país, no caso o *laissez-faire, laissez-passer*. A posição de Holmes Jr. Foi fundamental nas discussões públicas que se alastraram de 1905 a 1930. Até que, no caso *Williamson v. Lee Optical Co.*, sua posição saiu-se vencedora, de forma que se passou a exigir uma adequação razoável entre meios e fins do legislador. Foi o fim da Era *Lochner*.

⁶⁰⁰ Cf. GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, p. 703, 1974, tradução livre.

⁶⁰¹ Idem, p. 707.

⁶⁰² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1195.

constitucionalismo vivo (*living constitution*) ou o constitucionalismo popular (*populist constitutional Law*) de Mark Tushnet⁶⁰³ e Larry Kramer.⁶⁰⁴

A classificação, ainda que imprecisa do ponto de vista científico,⁶⁰⁵ ganhou ressonância acadêmica⁶⁰⁶ e contornos políticos. A depender da ideologia de governo, conservadora ou liberal, a Suprema Corte se torna mais preservacionista ou mais progressista. Na própria campanha eleitoral, os candidatos utilizam a distinção para mostrar suas intenções para a composição da Suprema Corte. Desde 1800, a corrida eleitoral é permeada por discussões sobre a composição do Poder Judiciário.⁶⁰⁷ O tópico se tornou assunto de primeira ordem na estratégia dos candidatos.⁶⁰⁸

A discussão a respeito do papel do Judiciário, no berço da dogmática constitucional normativa, vai além da dicotômica e reducionista classificação de Grey. A busca pela legitimação democrática do *judicial review* é um tema mais profundo, que, inclusive, une diversos representantes de ambas as correntes.

Neste contexto, Alexander Bickel desenvolve a sua clássica justificativa geral para o *judicial review*. Através de obra de reconhecida envergadura teórica, *The least dangerous branch*, publicada em 1962, Bickel demonstra a dificuldade contramajoritária do modelo.⁶⁰⁹

⁶⁰³ Cf. TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law: 2006.

⁶⁰⁴ Cf. KRAMER, Larry D. The Supreme Court, 2000 Term, Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*, v. 115. p. 4-169, 2001.

⁶⁰⁵ Em um contexto não interpretativista, por exemplo, encontram-se reunidos tanto o *moral reading* da Constituição de Ronald Dworkin, quanto o pragmatismo de Richard Posner. Ambos, porém, podem ser considerados distantes de uma interpretação preservacionista do texto constitucional, apesar de serem extremos antagônicos entre si.

⁶⁰⁶ Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., p. 1-43.

⁶⁰⁷ Bruce Ackerman narra a transição de poder, em relação ao Judiciário, de uma forma muito parecida, guardada as devidas proporções, com o que ocorreu recentemente na virada do mandato de Trump-Biden: “While the lame-duck Federalists finally allowed Jefferson to gain the presidency, they exploited their position for everything it was worth when it came to the judiciary. Not only did they refuse to allow the incoming president to fill the vacant chief justiceship; they created an entirely new tier of federal courts and packed them with Federalist judges before Adams’s term ran out on March 4. This exercise in brinkmanship generated a powerful backlash when the Republican Congress finally arrived in Washington in December 1801 —setting up a crisis that grievously damaged the principle of judicial independence and threatened to sweep away the Supreme Court. And yet, for all the Sturm und Drang, and the genuine danger, this Federalist overreaching proved remarkably creative. Without it there would have been no chief justiceship for John Marshall, no *Marbury v. Madison*” (ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007. p. 116).

⁶⁰⁸ Sobre o tema, por todos, ver: STEPHENSON JR., Donald Grier. *Campaigns and the Court: The U.S. Supreme Court in Presidential Elections*. New York: Columbia University Press, 1999.

⁶⁰⁹ Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986. p. 16 e ss.

Para Bickel, o poder do *judicial review* não está expressamente previsto no texto original da Constituição e uma interpretação literal do precedente *Marbury v. Madison* pode gerar um ativismo desenfreado.⁶¹⁰

Com base em Alexander Hamilton, que inclusive inspirou o título de sua obra mais famosa,⁶¹¹ entendia que o Judiciário deveria encampar uma virtuosa atitude passiva, de modo que a própria Corte deveria exercer o poder de declinar o exercício da jurisdição constitucional quando o *judicial review* se colocasse qualitativamente ou materialmente como uma instituição divergente de um arranjo social democrático.⁶¹² O poder de intervenção judicial do Judiciário, apesar de não estar claro na teoria ou na prática político-democrática, deve sempre se afastar da arena política para se legitimar. O julgamento do que a Corte pode ou não pode fazer, como não há caminho definido na jurisdição constitucional e nos precedentes que formam o *judicial review*, torna o exercício da virtude da atitude passiva extremamente difícil de mensurar, causando problemas práticos, ora de ilegitimidade, ora de subtração de competências institucionais do Judiciário.⁶¹³

A obra clássica de Bickel influenciou interpretativistas e não interpretativistas e transformou o debate sobre o devido papel da Suprema Corte na ordem política democrática como o centro dos estudos do direito constitucional sobre a crise da doutrina da separação de poderes⁶¹⁴. A partir da obra de Bickel, surgiram novas escolas de pensamento. John Hart Ely

⁶¹⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* cit., p. 128.

⁶¹¹ Bickel se inspirou sobretudo no Federalista nº 78, de Alexander Hamilton: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be *the least dangerous to the political rights of the constitution*; because it will be least in a capacity to annoy or injure them” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist. A collection* cit., p. 402, grifos nossos).

⁶¹² “I have tried to show the Supreme Court’s well established if imperfectly understood practice of withholding, from time to time and in one fashion or another, exercise of the power of judicial review is hard to reconcile with the strict-constructionist or classical conception of the foundation of that power. [...] judicial review is at least potentially a deviant institution in a democratic society, the consequence, as we saw, is an effort to limit the power of review and render it tolerable through a radical restriction on the category of substantive principles that the Court is allowed to evolve and declare; the consequence is, indeed, a radical constriction of the quality of the Court’s function. To put it in another way, some do and some do not care to recognize a need for keeping the Court’s constitutional interventions within bounds that are imposed, though not clearly defined, by the theory and practice of political democracy” (*The least dangerous branch* cit., p. 127-128).

⁶¹³ “The rule that the Court must legitimate whatever it is not justified in striking down fails to attain its intended purpose of removing the Court from the political arena; rather, it works an uncertain and uncontrolled change in the degree of the Court’s intervention, and it shifts the direction. In the course of achieving this result, it excises a great deal of what the institution is capable of doing without undue offense to democratic theory and practice” (Idem, p. 131).

⁶¹⁴ Como iremos mostrar na seção 3.4, o século do *judicial review* e a preocupação contramajoritária, de certa maneira, desviaram a atenção da teoria do direito constitucional de um aspecto mais amplo na crise da doutrina da separação de poderes. A identificação de um novo *arranjo institucional* na organização político-constitucional afetou a capacidade de influência dos Poderes clássicos.

chegou a afirmar, em seu livro mais notório, *Democracy and Distrust*, que Bickel foi “provavelmente o teórico constitucional mais criativo dos últimos 20 anos”.⁶¹⁵

Pensadores conservadores, como o originalista Robert Bork, seu colega e amigo da Universidade de Yale,⁶¹⁶ por exemplo, foi fortemente influenciado por Bickel. Mas Bork foi além. O seu originalismo não se limitava a defender o *judicial restraint*, como Bickel. Argumentava que os princípios constitucionais deveriam ser derivados de forma neutra do texto e da história da constituição.⁶¹⁷ Bork considerava que o sentido do texto constitucional original fundante dos *founding fathers* (“*original understanding*”) seria uma norma estática na hermenêutica constitucional, de modo que mudanças somente seriam admissíveis, através do processo formal constitucionalmente previsto no artigo V da Constituição norte-americana.⁶¹⁸

Não estaria, portanto, em suas próprias palavras, aberto ao ativismo judicial sustentado por “décadas de influências político-liberais do relativismo moral de uma classe de intelectuais”.⁶¹⁹ Na concepção de Bork, a interpretação com base na principiologia de Frank Michelman, Thomas Grey, David Richards e Ronald Dworkin seria antidemocrática, enquanto “um exercício acadêmico para se livrar da democracia e impor os valores de uma elite intelectual sobre o povo”.⁶²⁰

Constituição e política, para Bork, seriam rigorosamente a mesma coisa, mas com um grau elevado de radicalismo. Não se pode mudar o sentido interpretativo original do texto, pois seria o mesmo que mudar a política fundante da nação. A posição, de certa forma é ambígua. Ao defender a política democrática norte-americana contra o ativismo judicial acaba por conceber um texto estático, que na concepção de Stephen Holmes seria uma regra da mordaza, um princípio da última palavra intertemporal de um constitucionalismo antidemocrático.⁶²¹

⁶¹⁵ Cf. *Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., p. 80, tradução livre.

⁶¹⁶ Cf. BORK, Robert H. Alexander M. Bickel, Political Philosopher. *The Supreme Court Review*, v. 1975. p. 419-421, 1975.

⁶¹⁷ Cf. BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems cit., p. 1-5.

⁶¹⁸ Cf. BORK, Robert H. *The Tempting of America: the political seduction of the law*. 5. ed. New York/London: Free Press/Macmillan, 1990. p. 143.

⁶¹⁹ Idem, p. 247, tradução livre.

⁶²⁰ Idem, p. 145.

⁶²¹ Expressão criada por Stephen Holmes para criticar a posição do Justice Robert Jackson, da Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual defendeu que a Declaração de Direitos não está exposta ao escrutínio político: é soberana, não importando a sua interpretação judicial (*West Virginia State Board of education v. Barnette*, 319 U.S. 624, at 638). Cf. HOLMES, Stephen. Las reglas da mordaza o la política de omisión. *Constitucionalismo y democracia* cit., p. 199. Sobre o caráter antidemocrático do originalismo de Bork, ver, ainda: SOMIN, Ilya. *The broken dilemma: Robert Bork and the tension between originalism and democracy*.

O originalismo radical de Bork, no entanto, influenciou uma geração de juízes da Suprema Corte Americana, como Antonin Scalia e Clarence Thomas. O próprio Bork, apesar de indicado por Ronald Regan, não conseguiu ser nomeado, após uma intensa reação da academia e dos meios de imprensa de tendência liberal como o *New York Times*.⁶²²

John Hart Ely, como mencionado, também foi fortemente influenciado por Bickel na concepção do procedimentalismo, como uma das mais importantes vertentes, não só do campo da teoria constitucional, como da própria teoria da democracia. O ceticismo em relação às teorias então vigentes, latente no próprio título da sua principal obra,⁶²³ impulsionou Ely a buscar novas justificativas para o problema da legitimidade da atuação da Suprema Corte. O ineditismo da obra desenvolvida por Ely ultrapassou os limites do direito constitucional. O grau de abstracionismo e sofisticação da teoria processual a transformou em uma verdadeira teoria da democracia, influenciando teóricos importantes, como Jürgen Habermas.⁶²⁴

Extremamente crítico do método da filosofia moral capitaneado por John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin, Ely ressalta que do ponto de vista técnico, a razão considerada isoladamente apenas conecta premissas a conclusões, podendo levar a qualquer interpretação. Chega a ser irônico ao citar Robert Dahl: “depois de quase vinte e cinco séculos, parece que as únicas pessoas que se convenceram das vantagens de serem governados pelo governo dos reis-filósofos [em alusão à República de Platão] são...alguns poucos filósofos”.⁶²⁵ Em conclusão,

The University of Chicago law review dialogue, nº 80, p. 243-255, 2013; CALABRESI, Steven G.; POPE, Lauren. Judge Robert H. Bork and constitutional change: an essay on *Ollman v Evans*. *The University of Chicago Law Review dialogue*, v. 80, nº 1, p. 155-176, 2013; ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations cit., p. 6-7; DAHL, Robert. *How democratic is the american constitutional?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003. p. 92 e ss.

⁶²² “The final day of the hearings began with Judge Bork's opponents releasing the names of 1,925 law school professors who have urged the Senate to defeat the nomination. The list, compiled by a group of law professors, represents nearly 40 percent of those now actively teaching” (NOBLE, Kenneth B. Bork panel ends hearings; Vote scheduled on Tuesday. *New York Times*, 1 Oct 1987, Section B, p. 9).

⁶²³ *Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., ou democracia e desconfiança, uma teoria do controle de constitucionalidade.

⁶²⁴ “Em sua controvérsia com uma jurisprudência constitucional, que entrelaça moral e direito, Ely faz uma distinção entre a compreensão deontológica dos direitos fundamentais, de um lado, que recorre a direitos suprapositivos, à razão e a princípios processuais neutros, e a interpretação da teoria dos valores, de outro lado, que se refere à tradição e ao consenso consuetudinário” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre a facticidade e a validade cit., p. 319).

⁶²⁵ Cf. *Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., p. 59-60.

defende que “simplesmente não existe ‘o’ método da filosofia moral”,⁶²⁶ como forma de crítica direta a uma importante vertente da então chamada teoria não interpretativistas.

Por outro lado, quanto aos interpretativistas, Ely também não poupa críticas. Ao sustentar que o texto constitucional nem sempre é derivado de uma ampla participação popular, ataca um dos fundamentos do interpretativismo, ao afirmar que normalmente a minoria popular é subjugada na elaboração do texto por uma maioria de interesses dominantes.

O grande papel da interpretação constitucional, portanto, sempre foi e sempre será uma maneira de proteger a minoria da “tirania da maioria”.⁶²⁷ Qualquer outra utilização do *judicial review*, sustenta Ely, com profunda influência de Bickel, levaria à ilegitimidade contramajoritária.⁶²⁸

Diante desta “falsa dicotomia”⁶²⁹ que dominava o debate constitucional, o ceticismo de Ely sustenta que a substância da Constituição não pode ser encontrada em princípios morais ou éticos. Aliás, a própria substância constitucional não está na matéria, mas na forma. Os regulamentos materiais, no âmbito constitucional, convertem-se em proteções procedimentais. O processo democrático se legitima em procedimentos e normas organizacionais.⁶³⁰

Como afirma Habermas, “[s]ob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas”.⁶³¹ O *judicial review*, portanto, deve se preocupar com as questões constitutivas

⁶²⁶ Cf. *Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., p. 59. E mantém a linha irônica: “The invitation to judges seems clear: seek constitutional values in – that is, overrule political officials on the basis of – the writings of good contemporary moral philosophers, in particular the writings of Rawls. Rawl’s book *is* fine. But how are judges to react to Dworkin’s invitation when almost all the commentators on Rawl’s work have expressed reservations about his conclusions?”.

⁶²⁷ “The tricky task has been and remains that of devising a way of protecting minorities from majority tyranny that is not a flagrant contradiction of the principle of majority rule: in law as in logical theory, anything can be inferred from a contradiction, and it will not do simply to say ‘the majority rules but the majority does not rule’” (*Democracy and distrust: a theory of judicial review* cit., p. 7-8).

⁶²⁸ *Idem*, p. 50-52.

⁶²⁹ “Contemporary constitutional debate is dominated by a false dichotomy. Either, it runs, we must stick close to the thoughts of those who wrote our Constitution’s critical phrases and outlaw only those practices they thought they were outlawing, or there is simply no way for courts to review legislation other than by second-guessing the legislature’s value choices” (*Idem*, p. VII).

⁶³⁰ *Idem*, p. 98-101.

⁶³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre a facticidade e a validade cit., p. 327.

e processos de governo que legitimem as leis através da ampla representatividade popular, e não com o que Ely denomina de *ideologias de governo*.⁶³²

Em oposição ao procedimentalismo de Ely, diversas correntes substancialistas foram desenvolvidas na literatura norte-americana. Na escola de Harvard, por exemplo, Laurence H. Tribe, notório constitucionalista liberal norte-americano, desenvolve a teoria dos valores substantivos. Na visão de Tribe, o procedimento em si nada significa se não for capaz de traduzir direitos e valores substantivos. Em resposta ao procedimentalismo de Ely, Tribe afirma que o processo enquanto pressuposto puro de legitimação constitucional é “indeterminado e fundamentalmente incompleto”.⁶³³

A influência da obra de Ely ultrapassa o âmbito acadêmico e atinge a jurisdição constitucional, especialmente na década de 1980. A crença no procedimento como solução para controvérsias, sem ao menos considerar valores substantivos, relegados do “reino do discurso constitucional” para o “mundo indisciplinado do poder político”, na visão de Tribe, forma um *quebra-cabeça teórico*.⁶³⁴

A *uma*, a Constituição promove comprometimentos substantivos, que norteiam os valores sociais, guiam instituições e conduzem os parâmetros normativos de atuação política. Guardar reverência no plano constitucional a procedimentos e deixar os valores substantivos para definições políticas indeterminadas, nessa realidade constitucional, faz com que até as prescrições mais processuais da Constituição se tornem sem substância, tendo em vista que sua efetivação deriva de escolhas substantivas. A *duas*, não há como dizer que as regras procedimentais que definem a estrutura básica de governo e as relações jurídicas entre instituições “sejam ou possam vir a ser essencialmente neutras de valores substantivos”.⁶³⁵

A *visão substantiva da conduta adequada* de Tribe, ainda que oposta ao procedimentalismo de Ely, converge no ponto em que afasta do Judiciário determinadas

⁶³² Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust* cit., p. 101.

⁶³³ Nas palavras de Tribe: “[...] it is not difficult to show that the constitutional theme of perfecting the processes of governmental decision is radically indeterminate and fundamentally incomplete. The process theme by itself determines almost nothing unless its presuppositions are specified, and its content supplemented, by a full theory of substantive rights and values—the very sort of theory the process-perfecters are at such pains to avoid” (The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *The Yale Law Journal*, v. 89, nº 6, p. 1064, 1980).

⁶³⁴ “[...] it leaves us with a puzzle: why do thoughtful judges and scholars continue to put forth process-perfecting theories as though such theories could banish divisive controversies over substantive values from the realm of constitutional discourse by relegating those controversies to the unruly world of power?” Idem, p. 1064-1065.

⁶³⁵ “There is no reason to suppose that ‘constitutive’ rules—rules defining the basic structure of political and legal relations—can or should be essentially neutral on matters of substantive value” (Idem, p. 1068).

ingerências políticas. A substância da Constituição se forma a partir do documento escrito, mas vai além da sua textualidade. À Constituição escrita, visível, soma-se uma série de eventos históricos, questões políticas, filosóficas e morais, de teoria da linguagem e significados que formam a substância da hermenêutica constitucional. A estes aspectos que vão além do texto constitucional e constroem o aspecto material próprio da realidade constitucional, Tribe chama de *Constituição invisível*⁶³⁶ e revoluciona o pensamento constitucional norte-americano.

Diante do arcabouço substancialmente constitucional, o *arranjo institucional* precisa respeitar os parâmetros da Constituição invisível como um indicativo do que aceitar como texto visível constitucional.⁶³⁷ Não cabe à Corte impor sua visão particular de como a política deve funcionar. Ainda que na presença de supostas lacunas (*gaps*) entre a política e a realidade, não há justificativa para intervenções judiciais políticas extremas, diante de um arcabouço constitucional que envolve a hermenêutica constitucional de fatores institucionais amplos.

Não há, inclusive, a necessidade de se valer de um corpo de leis naturais, haja vista que os contornos da Constituição invisível são historicamente determinados e institucionalmente determináveis para serem extrapolados por esferas fora do universo de uma Constituição escrita, como a norte-americana. A matéria negra, em analogia com a astrofísica, gravita na órbita do texto constitucional e torna a Constituição invisível identificável através de técnicas hermenêuticas que, embora sujeitas ao a algum grau de subjetividade, são identificáveis através de fatos concretos, históricos e políticos, e teóricos, hermenêuticos e filosóficos, que mapeiam o alcance da *Constituição invisível* e o afastam de outra galáxia: o direito natural.

Da arquitetura material da *Constituição invisível*, Tribe voltou-se para o aspecto subjetivo da sua interpretação. O ativismo judicial político, embora sempre tenha sustentado a importância do papel do *judicial review*,⁶³⁸ não é, na visão do constitucionalismo liberal de Tribe, o caminho que preenche o caráter substantivo constitucional do processo político democrático. O processo das *escolhas constitucionais* (“*constitutional choices*”), na visão Tribe em conjunto com Michel Dorf pressupõe interações dialógicas para institucionalizar a “matéria

⁶³⁶ Cf. TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 7-8.

⁶³⁷ “In at least these basic respects, it seems obvious that we must have an invisible Constitution as well as a visible one: it’s the invisible Constitution that tells us what text to accept as the visible Constitution of the United States, as well as how much force to ascribe to that text”. Idem, p. 7.

⁶³⁸ Cf. TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. v. 1, p. 1118-1136.

escura” constitucional.⁶³⁹ Há de haver *diálogos institucionais*, não importando se o caso é evidente – ou bem se extrai do texto escrito, ou bem se encontra na sua órbita (“*easy cases*”) –, ou possui necessidades hermenêuticas mais profundas (“*hard cases*”).⁶⁴⁰

O ativismo judicial exagerado do modelo norte-americano provocou também reações liberais não originalistas e não procedimentalistas, essencialmente contrárias ao exagero ativista, mas que de certa maneira procuraram um equilíbrio entre posições extremas. Jack Balkin, por exemplo, critica a dicotomia entre o constitucionalismo vivo e o originalismo que domina a academia norte-americana. Segundo Balkin, nenhuma das escolas se apresenta como um todo coerente. São, ao revés, “famílias de teorias que se relacionam nominalmente, mas que, no mais das vezes, diferem acentuadamente entre si”.⁶⁴¹

Através do questionamento de como os americanos continuam seu projeto constitucional, lidando com uma Constituição anciã, que é justa em alguns casos, é injusta na maioria das vezes, e está sempre em processos de mudança, lança as bases do seu *constitutional redemption*.⁶⁴² A redenção constitucional não abandona a ideia da “Constituição viva”, e adota uma espécie particular de originalismo, chamada por Balkin de originalismo estrutural (*framework originalism*). As ideias do originalismo e do constitucionalismo vivo se complementam, em um processo estrutural e contínuo de crescimento e construção constitucional.⁶⁴³

⁶³⁹ Nesse ponto, ao buscar algum grau de objetividade na construção da sua teoria constitucional, Laurence Tribe se afasta da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e da capacidade institucional exclusiva do Judiciário nos direitos e garantias individuais de Owen Fiss, juristas de claro viés liberal. Para um aprofundamento no tema, ver: FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. *Syracuse Law Review*, v. 57, p. 187-208, 2007; DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. The moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁶⁴⁰ Cf. *Hermenêutica constitucional*. Tradução Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 37-46.

⁶⁴¹ Cf. BALKIN, Jack. *Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 226, tradução livre.

⁶⁴² “Through constitutional redemption, the Constitution becomes what it always promised it would be but never was; it changes in the direction of its correct interpretation and application; it responds appropriately to alterations in time and circumstance. Redemption does not conform our practices to a preestablished template. It does not realize a nature that was foreordained, like an acorn naturally turning into an oak. It is inevitably an exercise in imagination – envisioning what the Constitution always should have meant in an alien time for which it was not prepared” (Idem, p. 6).

⁶⁴³ Esta posição é seguida pelo também professor da Universidade de Yale, Akhil Reed Amar, formando o que Steven G. Calabresi e Lauren Pope denominam de a escola de Yale do *liberal originalismo* na interpretação constitucional. Cf. Judge Robert H. Bork and constitutional change: an essay on Ollman v Evans. *The University of Chicago Law Review dialogue*, v. 80, nº 1, p. 157-158, 2013.

A Constituição seria a moldura estrutural em que o povo, os juízes e os políticos criam doutrinas e novas instituições,⁶⁴⁴ através de um método chamado por Balkin de “texto e princípios”.⁶⁴⁵ Criticando Ely, Balkin defende que os princípios, ao contrário das normas, podem mudar o seu poder de persuasão ao longo do tempo.⁶⁴⁶

O *constitucionalismo democrático* de Robert C. Post e Reva B. Siegel amplia ainda mais a vertente da Escola de Yale do *originalismo estrutural* de Balkin e Akhil Reed Amar,⁶⁴⁷ tornando-se assim uma via factível entre os extremos normativos de Larry Alexander, por exemplo,⁶⁴⁸ e ao movimento do “*living Constitution*”, de autores como Dworkin.⁶⁴⁹ Assim como na redenção constitucional de Balkin, Post e Siegel defendem formas preservacionistas e progressistas, indistintamente. Não importam vertentes preconcebidas, desde que as concepções opostas sejam vistas como uma condição normal do desenvolvimento do direito constitucional. Em torno da busca da legitimidade democrática do texto, a estrutura jurídica e

⁶⁴⁴ “These practices of implementing the Constitution and building out the Constitution- in- practice by judges and by the political branches are called constitutional construction” (*Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 228). No mesmo sentido, ver: WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional construction*. Divided powers and constitutional meaning. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999. p. 207-229. A construção estrutural aparece recentemente no transconstitucionalismo de Marcelo Neves. Entre o jurídico e o político, a Constituição transversal é um vínculo entre “a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização” e “a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente” (*Transconstitucionalismo* cit., p. 63).

⁶⁴⁵ “Framework originalism nevertheless has four distinct advantages for the idea of a living Constitution. First, because it focuses on the Constitution’s text and principles, it meshes particularly well with America’s protestant constitutional culture; social movements and political parties can call on the text and its underlying principles to articulate common commitments and gain adherents” (*Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 234).

⁶⁴⁶ BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014. p. 311.

⁶⁴⁷ “Much as America’s Constitution is a democratic and intergenerational project – the product of many minds over many years – so, too, is constitutional scholarship. The document has no fixed end point, and scholarship on the Constitution must likewise go on indefinitely” (AMAR, Akhil Reed. *America’s Constitution. A biography*. New York: Random House, 2006. p. 476). Para um estudo mais profundo, ver: AMAR, Akhil Reed. *America’s unwritten constitution: The precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012.

⁶⁴⁸ Uma das mais contundentes críticas a Jack Balkin vem do positivismo de Larry Alexander, para quem o método de Balkin carece de sustentabilidade prática. “Balkin’s description appears to be very similar to Ronald Dworkin’s description of principles in *Taking Rights Seriously*: norms that have no canonical formulation, are always potentially applicable, and have the dimension of weight” (The method of text and? Jack Balkin’s originalism with no regrets. *Legal Studies Research Paper Series. University of San Diego*, nº 11, p. 7, set. 2011).

⁶⁴⁹ Jack Balkin, em seus primeiros escritos, chegou a ser filiado ao movimento do *living Constitution*. Ao propor a estrutura constitucional da redenção originalista, ele forma, em realidade uma teoria mista, mais coerente com a realidade constitucional norte-americana. Em suas palavras: “I believe that the ideas of originalism and living constitutionalism, properly understood, are not opposed; indeed, they are two sides of the same coin. The best form of originalism complements the processes of growth and adaptation that people call living constitutionalism; the best form of living constitutionalism, in turn, always remains faithful to the Constitution’s original meaning as a framework on which the American people continually build new doctrines, practices, and institutions” (*Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 228).

a evolução política se colocam em movimento pendular constante, entre os extremos do excesso de confiança nas cortes e no desprezo total.⁶⁵⁰

Paralelamente a esta dualidade, a visão institucionalista de Martin Shapiro, calcada na ideia de que a atuação do Judiciário não pode ser considerada isoladamente, mas como um dos Poderes da estrutura organizacional política, cujo papel precisa ser visto no conjunto das instituições democráticas de poder,⁶⁵¹ abriu caminho para o nascimento de uma importante corrente institucionalista na teoria constitucional norte-americana.

O *dilema da modéstia*, segundo Shapiro, reside no fato de que o Judiciário deve se manter acima e além do processo político de modo a manter a sua independência. Porém, se a Corte se mantiver fora do processo político, por completo, a ela não é possível tomar decisões de cunho político. A atuação política jurisdicional será, por esta perspectiva, antidemocrática. O cerne do dilema é ou o Judiciário está dentro do processo político ou dele não pode participar sob parâmetros democráticos.⁶⁵²

Como o Judiciário é uma das instituições clássicas do *arranjo institucional* não há como concebê-lo fora do processo político. A *judicial modesty* então se sobrepõe à perspectiva do Judiciário plenipotenciário, chamado por Shapiro de Corte do Olimpo, que deve cumprir seu papel judicante com independência e seu papel político dentro do contexto institucional, ou seja, dentro dos processos democráticos impostos pelo *ambiente institucional*.⁶⁵³

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, nesta linha, desenvolveram uma teoria para enquadrar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, como uma questão a

⁶⁵⁰ Cf. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 374, 2007.

⁶⁵¹ “It seems to me this approach raises more problems than it solves. If the Court is outside the process, then it is undemocratic. If it is outside the process, chances are it lacks the power to do the job. If it is supposed to be outside the process, then it should not make policy decisions” (SHAPIRO, Martin. *Judicial modesty* political reality and preferred position cit., p. 204).

⁶⁵² Shapiro chega a esta construção de vanguarda para a década de 1960, a partir da análise do “grande debate” entre a postura judicial modesta do Juiz e professor Learned Hand (*judicial modesty*), em oposição à postura ativista do professor da Universidade de Yale, Charles Black (Idem, p. 175-183).

⁶⁵³ “If the Court is outside the process, then it is undemocratic. If it is outside the process, chances are it lacks the power to do the job. If it is supposed to be outside the process, then it should not make policy decisions. In short, the whole modesty dilemma. Instead, the Court is inside the political process. We have no Olympian judiciary. If it is to do anything, it must do where the doing gets done, in the give and take of politics. It is in this sense that the modest are right. The corrective for abuses of the democratic process must be found within that process. That is why the Court must fulfill its role by acting politically within the democratic process as we know it in the United States” (Idem, p. 204).

ser resolvida no plano institucional.⁶⁵⁴ O *minimalismo judicial* defendido pelos professores da Universidade de Harvard é, em grande medida, um aspecto da interpretação institucionalista promovida por Shapiro e uma objeção, em certa medida, à teoria de Laurence Tribe.

Partindo da ideia de *judicial modesty*, Sunstein e Vermeule advertem os juízes para suas limitações naturais, diante da premência de casos altamente complexos (*hard cases*). A teoria abstrata da interpretação judicial sem considerar o institucionalismo, segundo Sunstein e Vermeule, falha em apresentar uma moldura (*framework*) adequada para casos cuja complexidade foge do normal e exige conhecimentos específicos dos juízes, seja conhecimentos técnicos científicos, seja até conhecimentos jurídicos extremamente específicos que ultrapassam a capacidade média de juízes, ora generalistas, ora especialistas nas matérias que possuem maior identidade.

A interpretação institucionalista de juristas como Jeremy Bentham, William Blackstone, Herbert Hart, Henry Har, Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning e Richard Posner são incompletas e fracassadas, na medida que carregam uma visão superdimensionada da capacidade institucional do Judiciário. A crítica vai de encontro ao juiz Hércules de Dworkin,⁶⁵⁵ mas ao encontro da concepção de Shapiro sobre as Cortes do Olimpo,⁶⁵⁶ abrangendo também os centros de poder do *novo arranjo institucional*.⁶⁵⁷

Tentando superar as falhas das interpretações não institucionalistas, procedimentalistas em essência, e a interpretação institucionalista baseada em uma irreal capacidade institucional do Judiciário, Sunstein e Vermeule defendem o “*judicial modesty*”, uma postura judicial contida diante de *questões penetrantes*, ou seja, casos complexos de alta

⁶⁵⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 10, nº 4, p. 885-951, 2003; SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001; VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. An Institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁶⁵⁵ Dworkin sustenta que atingir justiça na interpretação jurídica é um trabalho hercúleo, que faz com que o juiz tenha de sair de sua própria esfera de conforto e enfrentar interpretações principiológicas extremas para buscar o que se considera ser o justo. Cf. *O império do direito*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286. A metáfora mitológica de Shapiro, adotada por Sunstein e Vermeule, é exatamente oposta, como se observa no trecho citado na próxima nota.

⁶⁵⁶ “With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation [...] are incomplete and unsuccessful, simply because they generally proceed as if the only question is how “we” should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists frequently work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions cit., p. 886).

⁶⁵⁷ Ver seção 3.4.1.2, *infra*.

repercussão⁶⁵⁸ considera aspectos práticos do processo de interpretação que desafiam a capacidade do *arranjo jurídico-institucional*, com potenciais consequências sistêmicas graves no *ambiente institucional*.

No berço do constitucionalismo instrumental, portanto, há vasta produção acadêmica contestando o afastamento entre a política e norma constitucional, inclusive em grau institucional. A tendência atual afasta os extremos de concepções isolacionistas puras e defende uma estrutura constitucional dinâmica, que se desenvolve em busca constante da legitimação democrática no próprio *ambiente institucional*, sem perder de vistas aspectos substantivos.

Partindo da premissa de que a Constituição carrega em si um elemento político indissociável, a tensão entre a positividade e a legitimidade da jurisdição constitucional⁶⁵⁹ confere dinâmica ao sistema constitucional. Através de instrumentos democráticos⁶⁶⁰ implícitos ou explícitos o texto segue a evolução do consenso social intergeracional institucionalizado.

O grande problema é saber quando a dinâmica constitucional é própria da democracia e quando há uma aceleração artificial causada pelas falhas democráticas. Principalmente na relação entre política fiscal e Constituição, no contexto de Poderes e Entes *desejantes eternos*.

3.3.4 Dinâmica constitucional artificial: as consequências indesejáveis das falhas democráticas no binômio fiscal-social

A política fiscal, como visto no Capítulo 2, pode modificar ou estabilizar a estrutura econômica. Em ambos os casos, há interferência direta da estrutura constitucional. O *framework* constitucional de Jack Balkin recepciona ou impõe limites a formulações políticas arrojadas, sem apoio da necessária legitimação democrática.

⁶⁵⁸ Sunstein e Vermeule dão como exemplo de *questão penetrante* (“*pervasive question*”), uma adaptação do caso *Public Citizen v. Young*, que se refere a possibilidade de aplicação de corantes em alimentos que, embora não causem câncer em humanos, os testes laboratoriais demonstraram que o risco para animais é considerável. Nesse contexto, a agência reguladora americana (Food and Drug Administration – FDA) liberou o uso, apesar de várias contestações (DISTRICT OF COLUMBIA. United States Court of Appeals. 831 F.2d 1108. D.C. Cir. 1987. Disponível em: https://www.cadc.uscourts.gov/internet/home.nsf/Content/Tools_Search?OpenDocument&FREETEXT=831+f.2d+1108&FREETEXTOPTION=All&SEARCH=Search. Acesso em: 11 set. 2020).

⁶⁵⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade cit., p. 173.

⁶⁶⁰ O próprio regime democrático possui a dinâmica como elemento indispensável. Nas palavras de Norberto Bobbio: “[p]ara um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo” (*O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo cit., p. 9).

O contexto político legítimo para a formulação e para a execução da política fiscal é aquele que considera as finalidades sociais constitucionais, como elemento integrante e indissociável das medidas fiscais. O objetivo imediato da política fiscal não pode perder de vista a finalidade mediata constitucional. Em outras palavras, a estabilização fiscal estrutural, ainda que importante na trajetória macroeconômica da República Nova, como visto no Capítulo 1, na conjuntura constitucional brasileira atual, não é um fim em si mesmo, senão um dos meios para se atingir objetivos constitucionais mais amplos.

A estrutura constitucional, assim como as variantes das escolhas políticas fiscais, não é estática em relação à sua própria autorreferência. Sob pena de não refletir o consenso democrático intergeracional, a *dinâmica constitucional* parte da ideia de que o texto constitucional, apesar do *equilíbrio estável de permanência*,⁶⁶¹ ínsito à natureza da rigidez constitucional, possui “movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do processo com as tradições da história”.⁶⁶²

A concepção dinâmica, que é intrínseca à vocação perene da estrutura constitucional, trouxe *movimento e vida* à Constituição norte-americana⁶⁶³ por mais de um par de séculos. No período do entreguerras, ganhou espaço no direito europeu, a partir das formulações teóricas acerca do texto original da Constituição de Weimar. No Brasil, é o elemento que torna o nosso complexo texto constitucional mais próximo de uma possível dinâmica democrática, diante da abertura alopoiética, como um problema típico dos Estados periféricos.⁶⁶⁴

A ideia da Constituição como um sistema dinâmico deriva historicamente da teoria da integração de Rudolf Smend. A partir da busca da concepção substantiva da norma constitucional, Smend tentou compreender o direito constitucional como uma forma de

⁶⁶¹ Aprofundaremos este conceito ao longo do Capítulo 4.

⁶⁶² Cf. PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1, p. 158.

⁶⁶³ Ainda que se considere uma interpretação originalista, é inegável o fenômeno da dinâmica constitucional no constitucionalismo norte-americano. Tomemos como exemplo o caso notório do chamado movimento dos direitos civis dos negros: *Brown v. Board of Education* (347 US 483 – 1954). Como afirmam Steven G. Calabresi e Lauren Pope, até mesmo o pai do originalismo, Robert H. Bork, defendeu a posição unânime da Suprema Corte, amparada pelo voto de Earl Warren, declarando inconstitucional a segregação racial no ensino público norte-americano, através de uma nova interpretação da 14ª Emenda da Constituição. Cf. CALABRESI, Steven G.; POPE, Lauren. Judge Robert H. Bork and constitutional change: an essay on Ollman v. Evans cit., p. 155-156.

⁶⁶⁴ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 153. O conceito será aprofundado ao longo do Capítulo 4.

integração política dos indivíduos com o Estado, e, no campo normativo, da eficácia integradora das suas normas, especialmente entre valores e direitos fundamentais. Na visão de Klaus Stern, cuja obra foi muito influenciada por Smend, a teoria integradora resgatou o processo político de volta para o direito constitucional, entre as objeções do positivismo germânico do final do século XIX e início do século XX.⁶⁶⁵

A escola do direito público alemão de Jellinek e Laband, a partir da tradição científica da Gerber e Gierke,⁶⁶⁶ inclusive, via as mutações constitucionais como um *problema*.⁶⁶⁷ Jellinek identifica a mutação constitucional em um contexto histórico diverso.⁶⁶⁸ A Constituição do Império alemão de 1871 representou a solidificação do esforço de unificação do século XIX. Ana Victoria Sánchez Urrutia destaca que sob o marco da Constituição imperial alemã, a mutação constitucional começou a ser analisada teoricamente por Laband como uma antítese da então necessária normatividade constitucional.⁶⁶⁹

Smend muda esta concepção, sendo logo seguido por Herman Heller e Hsü Dau-Lin. As mutações constitucionais que eram vistas como um *problema* pela escola publicista alemã da separação entre direito e política do século XIX passaram a ser parte do *conceito dinâmico da Constituição*.⁶⁷⁰

Nesse contexto, a função de integração da teoria constitucional de Smend rompe com o positivismo alemão, já sob a égide da Constituição de Weimar, no primeiro pós-guerra. A integração como conector entre o direito e a política, a sociologia e a ética, segundo Pablo Lucas

⁶⁶⁵ Cf. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* cit., p. 208.

⁶⁶⁶ Sobre a evolução da doutrina formalista alemã, ver: PÉREZ ROYO, Javier. El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo xix. *Revista de Estudios Políticos*, nº 1, p. 67-98, 1978.

⁶⁶⁷ Cf. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, p. 106-113, 2000.

⁶⁶⁸ “O constitucionalismo alemão do final do século XIX e memso da primeira metade do século XX era marcado pela inexistência de jurisdição constitucional e uma fraca vinculação do Poder Legislativo ao texto constitucional. A mudança no sentido das normas constitucionais era frequentemente determinada pela atividade política” (SILVA, Vigílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro* cit., p. 59). Para um aprofundamento da escola publicista alemã do século XIX sobre mutação constitucional, ver: JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁶⁶⁹ Cf. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto cit., p. 108.

⁶⁷⁰ *Idem*, p. 106-107.

Verdú, seria um caminho intermediário entre a abertura trivial da norma constitucional de Lassale, o positivismo voluntarista de Laband e o positivismo formalista de Kelsen.⁶⁷¹

Semend decompõe a integração em três estágios. A *integração pessoal*, calcada na liderança política e a *integração material*, como o estado e a vida estatal em sua realidade simbólica, com um especial enfoque para a construção e para a interpretação dos direitos fundamentais, são o conteúdo substantivo da Constituição. A *integração formal*, por sua vez, congrega os instrumentos procedimentais que tendem a perpetuar o sentido coletivo e integrador da Constituição.⁶⁷²

Herman Heller, por sua vez, parte da dinâmica social⁶⁷³ para encontrar a cooperação como elemento da dinâmica normativa constitucional. Na análise quantitativa do poder do Estado, Heller ressalta a sua totalidade, ou seja, “todas as ações e reações politicamente relevantes, internas e externas”.⁶⁷⁴ Neste contexto amplo, a cooperação total é dividida em três grupos de poder: os que realizam positivamente o poder estatal, os que o apoiam e os que o negam. Por conta das vertentes da concepção total, a cooperação não deve ser vista como magnitudes estáticas, mas como *dinamicamente mutável*.

A dinâmica constitucional influenciou juristas como Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, Karl Loewenstein e Klaus Stern, na Alemanha, Pablo Lucas Verdú, Javier Perez Royo e Manuel Aragón Reyes,⁶⁷⁵ na Espanha, Mario Dogliani, Ilenia Massa Pinto⁶⁷⁶ e Maurizio Fioravanti,⁶⁷⁷ na Itália, e, em França, Georges Burdeau, Francis Hamon e Michel

⁶⁷¹ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Ed. Tecnos, 1987. p. 98-99.

⁶⁷² Cf. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 35-36.

⁶⁷³ “Na dinâmica das relações de dominação histórico-sociais uma situação de poder transforma-se em um status político unicamente graças ao direito. Sem êste, com os seus caracteres normativos e técnicos, faltaria ao Estado – na mudança incessante dos inumeráveis processos de integração – permanência e estrutura, quer dizer, não teria, em geral, existência”. In. *Teoria do Estado* cit., p. 234.

⁶⁷⁴ Idem, p. 285.

⁶⁷⁵ “Ese gradualismo, ese cambio evolutivo y no revolucionario que orientó todo el proceso, de manera que, habiendo ruptura jurídica en el fondo, no la hubo en las formas, o que logró que la ruptura (el cambio radical de modelo de Estado) se hiciera por la vía de la reforma, fue uno de los grandes logros de la transición política que dio lugar a la Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978. De ahí que sin ese significado, realmente extraordinario, del proceso de cambio político que culminó en la Constitución, no quepa interpretar correctamente lo que el texto de la misma ha venido a establecer”. REYES, Manuel Aragón. “La Constitución española en su 40º aniversario. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. v. 1, 2020. p. 35.

⁶⁷⁶ Cf. DOGLIANI, Mario; MASSA PINTO, Ilenia. *Elementi di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 140 e ss.

⁶⁷⁷ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari-Roma: Laterza & Figli, 2009. p. 80.

Troper,⁶⁷⁸ e entrou para o léxico da teoria constitucional europeia. Konrad Hesse, inclusive, e por influência de Smend, em posição diametralmente oposta ao positivismo de Laband,⁶⁷⁹ eleva a dinâmica constitucional como “condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, da sua estabilidade”, a fim de evitar a “ruptura da situação jurídica vigente”.⁶⁸⁰ A Constituição enquanto norma formal pura garante apenas uma ordem estática, e até certo ponto antidemocrática.⁶⁸¹ A teoria da integração de Smend, por sua vez, é de compreensão múltipla de significados, inclusive o político,⁶⁸² além de estabelecer parâmetros para a modificação legítima do texto constitucional.

São esses parâmetros que correspondem à *integração formal*, como a *dinâmica vital*⁶⁸³ em que se desenvolve a vida do estado. A Constituição, sob a ótica formal, pode ser compreendida como um processo de perpétua reimplantação da realidade total do Estado.⁶⁸⁴ Nesse ponto, a teoria de Smend converge com o procedimentalismo de Jürgen Habermas e, em menor grau, com o formalismo de John Hart Ely.⁶⁸⁵

A dinâmica constitucional, ainda que desejável enquanto processo de adaptação do texto às nuances prospectivas da realidade total de Heller, precisa se fundamentar nos processos constitucionais de legitimação democrática previstos no próprio texto. Ir além pode representar ruptura democrática. Talvez resida neste ponto a maior contribuição da teoria procedimentalista para a hermenêutica constitucional. Entre a segurança de um texto estático e as possibilidades

⁶⁷⁸ Cf. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Tradução Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

⁶⁷⁹ Ana Victoria Sánchez Urrutia destaca a confusão conceitual de Laband entre rigidez e estabilidade constitucionais, no seguinte trecho: “Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal” (LABAND, Paul. *Die wandlungen der deutschen reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1896. p. 574, *apud* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto cit., p. 108).

⁶⁸⁰ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* cit., p. 23.

⁶⁸¹ Cf. HESSE, Konrad. ‘Rigidez’ y ‘movilidad’ de la Constitución. Escritos de derecho constitucional. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 23-24.

⁶⁸² Cf. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil cit., p. 9.

⁶⁸³ Cf. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional* cit., p. 101.

⁶⁸⁴ Este movimento vital fica claro no conceito de Constituição de Smend: “La constitución es el ordenamiento jurídico del Estado, mejor dicho, de la vida en la que el Estado tiene su realidad vital, concretamente de su proceso de integración. El sentido de este proceso es la creación constantemente de nuevo de la totalidad vital del Estado, y la constitución es la normación jurídica de partes individuales de este proceso” (Idem, p. 78).

⁶⁸⁵ O chamado *living constitutionalism* é uma das grandes escolas do constitucionalismo norte-americano, em oposição ao originalismo. Ambos, no entanto, ainda que por argumentos, métodos e conclusões diferentes, não defendem que a Constituição é um documento estático. Sobre a discussão, ver: BALKIN, Jack. *Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 226-228.

amplas de um texto dinâmico, há de haver um contrapeso de legitimação democrática. E esta orientação deve ser buscada nos procedimentos que garantam a ampla representatividade democrática.

Mas o procedimento somente não basta à dinâmica constitucional. Processo, por si só, não produz boa matéria na esfera constitucional.⁶⁸⁶

Na visão do *constitucionalismo estrutural* de Jack Balkin, por exemplo, o aspecto qualitativo-material da interpretação constitucional intergeracional deve ser considerado na valoração entre o que seria a boa e a má interpretação constitucional. Os intérpretes, como firma Balkin, por mais que o momento presente exerça um fascínio irresistível de fazer da sua própria resposta, uma visão substancial unívoca perene, precisam ter em mente que todos são participantes de um “sistema constitucional em que a contestação e o dissenso, a persuasão e a argumentação, ajudam a manter a legitimação democrática do sistema ao longo do tempo”.⁶⁸⁷

Quando se une procedimento à substância, portanto, como vimos no *constitucionalismo democrático* de Robert C. Post e Reva B. Siegel e no *originalismo estrutural* de Jack Balkin e Akhil R. Amar, estão presentes as condições para a *dinâmica constitucional natural ou legítima*, ou seja, o processo de amadurecimento do texto constitucional, em face das alterações sociais legitimamente representadas na deliberação democrática.

As formas são amplas: seja pela via legislativa ou pela atividade judicial, na concepção formalista de Laband e Jellinek,⁶⁸⁸ seja pela integração como realidade espiritual de

⁶⁸⁶ No mesmo sentido, ver: SUNSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1992. p. 99-106; SUNSTEIN, Cass R. *Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999. p. 61-75; TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 2. ed. Cambridge: Foundation Press, 1988; TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985; BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição* cit., p. 275-278; MONTEBELLO, Marianna. “Estudo sobre a teoria da revisão judicial no constitucionalismo norte-americano”. In: Jose Ribas Vieira. (Org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93-121. p. 93-121.

⁶⁸⁷ “We are participants in a constitutional system with decided views on what is a good and bad interpretation of the Constitution at our moment in time. But we are also participants in a constitutional system in which dissent and contestation, persuasion and argument, help make the system democratically legitimate over time. We believe that our own views are correct; at the same time, we also understand that people’s minds can be changed and have been changed, including our own. That is, constitutional historicism asks us to think about our own place in a constitutional culture that affects our own understandings and is always changing. It asks us to remember that we have many of the constitutional views we have because of the constitutional culture in which we live” (*Constitutional redemption. Political faith in an unjust world* cit., p. 183-184).

⁶⁸⁸ “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención,

Smend⁶⁸⁹ ou pelo correlato sentimento constitucional de Pablo Lucas Verdú⁶⁹⁰ ou, ainda, pelas práticas implícitas, às quais sugerem Hsü Dau-Lin.⁶⁹¹

As falhas democráticas, por outro lado, induzem à *dinâmica constitucional artificial ou ilegítima*. Notadamente na atividade judicial, diante do fenômeno global da judicialização da política, os excessos do *judicial review* que levam ao ativismo desmesurado afastam a teoria constitucional da teoria da democracia. De outro giro, afastam a Constituição da sua legitimação democrática.

Sob o binômio fiscal-social, as falhas democráticas ganham contornos dramáticos. Dois são os motivos, em especial. Em primeiro lugar, uma geração não pode esgotar recursos financeiros, deixando os débitos para as gerações futuras. A estabilidade fiscal passa a ser vista como sustentabilidade fiscal, ou seja, como a capacidade de autofinanciamento de uma geração sobre seus próprios objetivos, sem ultrapassar os limites temporais e impor ônus extremos para as gerações vindouras.

Por outro lado, uma das funções precípuas da política fiscal é a estabilização das falhas de mercado⁶⁹² e das falhas de governo. O custo de transação⁶⁹³ aumenta proporcionalmente às

o conciencia, de tal mutación” (*Reforma y mutación de la Constitución* cit., p. 7). Paulo Bonavides critica o formalismo de Laband e Jellinek, considerando a concepção de mutação constitucional dos autores alemães como uma forma positivista “rigorosa e ferrenha” (*Curso de direito constitucional* cit., p. 174).

⁶⁸⁹ “El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu [...]” In. *Constitución y Derecho Constitucional* cit., p. 66.

⁶⁹⁰ “También o sentimento constitucional desempenha papel relevante na reforma parcial e/ou total da Constituição, conforme assinalou Saladin. Tal ponto de vista é corroborado pela práxis constitucional de diversos países, não apenas no que diz respeito às reformas formais ou expressas, atuando, inclusive, junto às mutações constitucionais”. In. VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar* cit., p. 138.

⁶⁹¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Föster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 32-36.

⁶⁹² Egon Bockmann Moreira traz uma visão ponderada sobre a atuação do Estado diante das invetáveis falhas de mercado: “[...] a intervenção não pode se dar apenas nesse plano de fascinação pelo mercado. Isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar para corrigir falhas nas condutas dos agentes (objeto de ilícitos concorrenciais), ele deve fazê-lo com a finalidade de sanar falhas estruturais (em setores onde o mercado e a concorrência dificilmente se instalariam) e implementar políticas econômicas públicas, instalando ab ovo modificações no próprio mercado. Tais políticas não são anclares ao modelo mercadológico, mas inclusive podem contrariar o paradigma vislumbrado pela teorização da concorrência perfeita” (*O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia* cit., p. 120).

⁶⁹³ A teoria dos custos de transação é um conceito central da Nova Economia Institucional, desenvolvido inicialmente por Ronald Coase e posteriormente por Oliver Williamson. Representam os custos totais envolvidos em uma determinada transação e como os diferentes modos institucionais de organização das atividades econômicas podem mitigar as falhas de mercado. Sobre o tema, ver: COASE, Ronald H. “The nature of the firm”. *Economica*. New Jersey, v. 4, num. 16, nov. 1937. p. 386-405. Oliver Williamson, a partir de conceitos desenvolvidos por John R. Commons, Ronald Coase e Friedrich Hayek, avança sobre conceitos comportamentais e estabelece interpretações estratégicas dos custos de transação como mitigadores dos riscos

dificuldades de negociação política para atingir o consenso. Em outras palavras, de acordo com o teorema de Coase, quando a negociação é bem-sucedida, os custos de transação tendem a zero.⁶⁹⁴ Em uma alteração da Constituição, forçada pela aceleração dinâmica artificial, as falhas das negociações políticas são evidentes. A modificação, então, se afasta do consenso, aumenta os custos de transação e, no plano fiscal, agrega incertezas para o investimento privado e a desestabilização macroeconômica.

A falta de cooperação entre os atores causa ruptura no sistema de negociação política, com reflexos constitucionais e fiscais. Estudando este fenômeno, Robert D. Cooter formula duas variações sobre o teorema de Coase.⁶⁹⁵ A primeira, surge da análise dos aspectos políticos da barganha institucional. “Assumindo que o custo de transação da barganha política é zero, a eficiência da produção legislativa e do suprimento de bens públicos pelo Estado é diretamente proporcional à vontade política”.⁶⁹⁶ Cooter chama esta proposição de *Teorema político de Coase*.

Aplicando este mesmo raciocínio ao regime democrático, no qual a vontade política tende a ser a representação da vontade do povo, a segunda variação se apresenta de forma mais inclusiva: “[a]ssumindo que o custo de transação da barganha política é zero, a eficiência da produção legislativa e do suprimento de bens públicos pelo Estado é diretamente proporcional à vontade do povo”.⁶⁹⁷ A esta nova proposição, Cooter denomina de *Teorema democrático de Coase*.

O papel da política fiscal é fundamental para estabilizar relações futuras e permitir uma previsibilidade fiscal para a realização de investimentos de longo prazo, em especial, na complexidade econômica da globalização, diante de uma economia brasileira fragilizada e carente de investimento estruturais.

Neste contexto, a dinâmica constitucional artificial pode ser um complicador para a reputação macroeconômica do país e pode interferir no autofinanciamento intergeracional.

intraorganizacionais de firmas e governos. Cf. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, nº 3, p. 570, nov. 1981.

⁶⁹⁴ Cf. COOTER, Robert D. *The strategic Constitution* cit., p. 53.

⁶⁹⁵ Como afirma Robert Cooter, “although transaction costs are never zero, the Coase Theorem helps to design a constitution. By reducing the transaction costs of bargaining, the constitution increases the probability that political factions will cooperate with each other” (Idem, p. 53).

⁶⁹⁶ Idem, p. 53.

⁶⁹⁷ Idem, *ibidem*.

Ambos os problemas podem ser mitigados, voltando-se para um aspecto importante da democracia deliberativa. Entre o minimalismo elitista da competição democrática e as incertezas da negociação política, a *cooperação* surge como elo condutor da política fiscal, em um contexto institucional em que a teoria da democracia deve render reverências à teoria constitucional, e vice-versa. O tema será retomado mais à frente, como um dos pressupostos teóricos de construção do DCFE.⁶⁹⁸

3.4 Constitucionalismo e instituições: a angústia da influência na separação dos Poderes: o primeiro *lock in* em *path dependence* na trajetória do Direito Constitucional Financeiro

No campo da ciência política, há duas concepções aparentemente antagônicas que orientam a metodologia de análise da obra dos grandes pensadores.

A primeira sugere a atemporalidade dos escritos, de modo que a crítica multidisciplinar não se mostraria eficaz para reviver doutrinas clássicas. O pensamento político *per se* é a contribuição singular. À sua originalidade marcante não importa o contexto em que foi elaborado e independe do momento da história em que é invocado. Lidar com temas clássicos muitas vezes leva à redundância de uma exegese de segunda ordem.⁶⁹⁹

O *institucionalismo clássico* se reflete, portanto, na ciência política de forma eminentemente descritiva,⁷⁰⁰ converge o foco para instituições políticas oficiais e estimula o estudo da teoria do conflito entre a comunidade política e a comunidade econômica.⁷⁰¹ A descrição das instituições em competição se presta a um relato do que ocorre, sem pretensões críticas do que deveria ocorrer.

⁶⁹⁸ Ver seção 5.2, *infra*.

⁶⁹⁹ Cf. CAMPOS, Luiz Augusto. Os pais fundadores da política moderna. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, nº 3, p. 883, 2009. Gianfranco Pasquino, analisando a evolução da ciência política, considera o método descritivo puro como *pré-científico*: “Il problema che si pone con maggiore chiarezza a chi intenda ricostruire l’evoluzione della scienza politica consiste nell’individuazione di una data precisa, di una svolta, di un passaggio riconosciuto, prima del quale la politica venisse studiata con metodi «pre-scientifici», e dopo il quale Fuso del metodo scientifico abbia prevalso e sia diventato discriminante. Il rischio di una simile operazione è grande” (*Corso de scienza politica*. Bologna: Il Mulino, 1997. p. 12. No mesmo sentido, ver: BOBBIO, Norberto. Razões da filosofia política. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 95 e ss.).

⁷⁰⁰ Cf. DAHL, Robert. The Behavioral Approach in Political Science: Epitaph for a monument to a successful protest. *American Political Science Review*, v. 55, nº 4, p. 766, 1961.

⁷⁰¹ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 194-195.

Em uma outra visão, com perspectiva teórica diversificada, a multidisciplinariedade expõe a obra dos autores clássicos à crítica histórica, econômica e sociológica. Leo Strauss constata que a filosofia política não pode prescindir do contexto crítico multidisciplinar. O olhar contemporâneo sobre os grandes pensadores, despidido de contextualização crítica, não é bastante sequer para entender a extensão da *autoconsciência* de seus atores, conquanto à ciência política seja possível alcançar conquistas científicas mais significativas.⁷⁰² Robin G. Collingwood compara a análise dos clássicos políticos à análise das leis da física. Como na física clássica, ninguém pode se dar ao luxo de esquecer o trabalho notório de um pensador político, embora não mais possa ser considerado como a última palavra sobre o assunto.⁷⁰³

Dentro da permissão científica conferida pela multidisciplinaridade, Arend Lijphart, um dos mais influentes cientistas políticos da atualidade, destaca dois grandes métodos científicos no enfoque da política: o *método experimental* e o *método não experimental*, que, por sua vez, se subdivide no método *comparado* e no *estudo de casos*. Estes dois últimos métodos atraem diversas técnicas, como a *estatística*, a *observação participante* e a *descrição profunda*.⁷⁰⁴

O pensamento político estudado em bases científicas, portanto, pressupõe a multidisciplinariedade.⁷⁰⁵ Sob base teórica diversificada, a ciência política contempla quatro grandes perspectivas teóricas institucionais: o *behaviorismo*, o *institucionalismo histórico*, o *institucionalismo da escolha racional* e o *institucionalismo sociológico*.⁷⁰⁶

O *behaviorismo* foi extremamente influente entre as décadas de 1960 e 1970. Como visão crítica multidisciplinar, marcou a virada metodológica da ciência política do segundo pós-guerra. Autores, como Robert Dahl, Herbert Simon, Gabriel A. Almond e David B. Truman, focaram suas análises na abordagem político-comportamental (*political behavioral approach*), em resposta ao purismo teórico do institucionalismo clássico descritivo. A ciência política comportamental, na visão de David Truman, professor da Universidade de Columbia, responde

⁷⁰² Cf. STRAUSS, Leo. *The political philosophy of Hobbes: its basis and its genesis*. Chicago: University of Chicago Press, 1963. p. XV.

⁷⁰³ Cf. COLLINGWOOD, R. G. *The new Leviathan or man, society, civilization and barbarism*. London/New York: Oxford University Press, 1947. p. 247.

⁷⁰⁴ Cf. LIJPHART, Arend. II. The comparable-cases strategy in comparative research. *Comparative Political Studies*, v. 8, nº 2, p. 161-163, 1975.

⁷⁰⁵ Cf. PASQUINO, Gianfranco. *Corso de scienza politica* cit., p. 9.

⁷⁰⁶ Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 193. Ver ainda: GROFMAN, Bernard. "Arend Lijphart and the New Institutionalism". In: *Democracy and institutions. The life work of Arend Lijphart*. Markus M. L. Crepez, Thomas A. Koelble, and David Wilsford (ed.). Michigan: The University of Michigan Press, 2003. p. 43-75.

com métodos científicos, empíricos ou sistemáticos, às indagações sobre o comportamento político, ou seja, sobre as ações e interações entre as instituições no processo de governo. O comportamento político em Truman abrange, nesta linha de coerência, qualquer atividade humana que faça parte de um processo de governo, sejam interações entre grupos de interesses, partidos ou eleitores.⁷⁰⁷

Peter A. Hall e Rosemary C. Taylor demonstram que a ciência política se vê hoje diante de três vertentes de um mesmo *neoinstitucionalismo*, cujos desenvolvimentos paralelos denotam a necessidade de promoção de intercâmbios constantes entre si.⁷⁰⁸

Como defluência da *nouvelle histoire* dos Annales, o *institucionalismo histórico* dá relevância metodológica à trajetória de dependência social (*path dependence*).⁷⁰⁹ O *institucionalismo da teoria da escolha racional*, por sua vez, a partir de Kenneth Arrow, desenvolve-se sob o olhar de conceitos típicos da Nova Economia Institucional, como os custos de transação de Ronald Coase, a racionalidade limitada do *homo politicus* de Hebert Simon, a economia das organizações privadas de Oliver Williamson, das organizações públicas de Douglass C. North, e os ciclos políticos oportunistas de William Nordhaus.⁷¹⁰ O *institucionalismo sociológico* traz, ao lado da preocupação com a legitimação social das instituições, a orientação prospectiva da sustentabilidade na prevenção dos riscos da modernidade, como em Ulrich Beck e Anthony Giddens.⁷¹¹

A ciência política volta reconstruída às instituições como centro do debate político. Desta vez, porém, com um leque de opções metodológicas. O *neoinstitucionalismo* da ciência política em suas três variantes, histórica, econômica e sociológica, consolidou a multidisciplinariedade como uma resposta à *monocultura institucional* clássica, na visão de

⁷⁰⁷ “The term ‘political behavior’ has recently appeared with increasing frequency in the literature of the social sciences [...] Roughly defined, the term political behavior comprehends those actions and interactions of men and groups which are involved in the process of governing. At the minimum, therefore, political behavior research is concerned with the activities of governmental officials of all types, party functionaries, interest groups, and voters. At the maximum this conception brings under the rubric of political behavior any human activities which can be said to be a part of governing. One of the implications of this view, of course, is that for the purposes of relevant research the whole range of political behavior patterns is equivalent to and defines the institutions and processes of government” (TRAUMAN, David. “The implications of Political Behavior Research”. *Items*. v. 5, n° 4, Dec. 1951. p. 37.

⁷⁰⁸ Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 219.

⁷⁰⁹ Ver seção 4.2.1, *infra*.

⁷¹⁰ Ver seção 1.3, *supra*.

⁷¹¹ Ver seção 4.2, *infra*.

Peter Evans.⁷¹² A teoria do desenvolvimento econômico, a teoria da democracia e outras vertentes excluídas do institucionalismo tradicional encontram espaço na *virada institucional*,⁷¹³ em direção à multidisciplinariedade das variantes paralelas e complementares do *neoinstitucionalismo* tripartite de Hall e Taylor.

Há uma outra consequência, de especial interesse para o constitucionalismo contemporâneo. A necessidade de contextualização histórica, econômica e social rompeu as barreiras de reverência às formulações originais dos pensadores políticos clássicos. Ressuscitou debates e promoveu novas perspectivas para problemas estruturais do constitucionalismo real. Entre eles – e principalmente – a crônica patologia da relação simbiótica e ambivalente entre política e Constituição.

A teoria da Constituição, em crise, premida pelas falhas democráticas da supremacia do judicial, aproveita a *virada institucional*, descrita por Evans, para revisitar a “exportação” do modelo do *judicial review*, cuja adoção pelo mundo ocidental é cercada de controvérsias.

Steven G. Calabresi, por exemplo, celebra a expansão do segundo pós-guerra como uma prova do brilhante sucesso do constitucionalismo norte-americano.⁷¹⁴ Bruce Ackerman, por sua vez, foca no momento histórico. Na metade do século passado, os Estados Unidos se consolidavam como uma potência econômica e militar, diante de uma Europa arrasada financeiramente e humanitariamente. Nos tempos atuais, porém, Ackerman destaca que a massificação do constitucionalismo norte-americano é recebida por uma ciência política estruturada, dotada de ferramental crítico suficiente para promover uma reflexão mais profunda.⁷¹⁵ Nesta linha, James Tully, de maneira extrema, denomina o movimento de expansão do *judicial review* de “imperialismo da moderna democracia constitucional”.⁷¹⁶

⁷¹² Cf. EVANS, Peter. Além da “monocultura institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. Tradução Fabiano Bruno Gonçalves. *Sociologias*, n° 9, p. 20, 2003.

⁷¹³ Idem, *ibidem*.

⁷¹⁴ Cf. CALABRESI, Steven G. An Agenda for constitutional reform. In: ESKRIDGE, William N.; LEVINSON, Sanford V. (ed.). *Constitutional stupidities, constitutional tragedies*, 1998. p. 22-27.

⁷¹⁵ “Political scientists have played a more edifying role. When constitutional conventions have turned to them, modern-day framers have heard something more than triumphalist success stories packaged as the American, French, and German ‘models’ of constitutional government. They have been rewarded with some useful tools for critical reflection on fundamental constitutional choices” (*The new separation of powers cit.*, p. 637).

⁷¹⁶ Cf. TULLY, James. The imperialism of modern constitutional democracy. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). *The paradox of constitutionalism*. Constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 315-338.

Há, porém, uma outra crise, mais abrangente, que recebe pouca atenção dos teóricos do direito constitucional, mas que está no centro dos estudos políticos do constitucionalismo contemporâneo. A relação entre política e Constituição se reflete na crise de legitimidade decisória ampla do sistema político de um mundo globalizado,⁷¹⁷ polarizado e seduzido pelo extremismo totalitário.⁷¹⁸ A separação de poderes, no âmbito da organização política da ação pública,⁷¹⁹ encontra-se em situação de *lock-in de path dependence*, ou seja, em círculo vicioso argumentativo, tanto quanto à efetividade dos direitos fundamentais baseada no *judicial review*.⁷²⁰

O neoinstitucionalismo da ciência política redireciona atenções teóricas para a *entidade*⁷²¹ da separação dos poderes. A assimetria dos desvios práticos da doutrina permeia hoje a organização política constitucional, seja no presidencialismo norte-americano, com a ascensão do Judiciário, seja no modelo parlamentarista britânico, com o protagonismo de Westminster. Em uma conjuntura fortemente marcada pelas discussões transnacionais sobre o modelo de organização política ideal para as democracias ocidentais, as *angústias da influência*⁷²² de um ou de outro sistema de governo carregam o constitucionalismo de assimetrias e de soluções controversas.

3.4.1 A ciência política sob o enfoque da escola de cambridge: a mitologia doutrinária da separação dos Poderes

A revisão da doutrina da separação de poderes, sob a matriz *neoinstitucionalista*, ganhou adeptos principalmente na ciência política anglo-americana. As propostas de reconstrução

⁷¹⁷ “Em outra perspectiva, poder-se-ia contextualizar, atualmente, o constitucionalismo no fenômeno mais amplo da globalização. Não obstante as discussões que rodeiam o tema da “globalização”, e as críticas ideológicas que lhe são dirigidas pelos mais diversos grupos sociais, impõe-se reconhecer a magnitude e a presença cada vez mais constante da integração econômica e cultural dos povos no mundo atual” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 89).

⁷¹⁸ Daniel Sarmiento, em recente obra, traz uma imagem dramática da polarização mundial: “o arco do universo moral se curvou, mas na direção da barbárie” (A dignidade da pessoa humana em tempos de crise democrática. In: SARMENTO, Daniel. *Crise democrática e a luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 22).

⁷¹⁹ Cf. MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers cit., p. 4.

⁷²⁰ Ver seção 4.2.1, *infra*.

⁷²¹ Expressão de Quentin Skinner, como veremos a seguir, na seção 3.4.1, *infra*.

⁷²² Expressão do professor *sterling* de humanidades e literatura da Universidade de Yale, Harold Bloom, para “um complexo ato de forte má leitura, uma interpretação criativa” que se apropria e desvia do sentido original, no que Bloom denomina de “apropriação poética” (*A angústia da influência. Uma teoria da poesia*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro, Imago, 2002. p. 24-25). Em certa maneira, como veremos ao longo desta seção, é o que acontece com a doutrina da separação de poderes em suas diversas variações.

surtem com intensidade, a partir da segunda metade do século passado, à medida em que as angústias teóricas entre os Poderes se mostraram agudas o suficiente para que grandes teóricos contemporâneos voltassem aos clássicos, em busca de reconstruções possíveis, diante do novo *arranjo institucional* da sociedade moderna.

O movimento da chamada *nova separação dos poderes*, no entanto, não é privilégio da ciência política e do constitucionalismo contemporâneos. A doutrina sofre modificações e derivações, desde as suas configurações iniciais, na antiguidade clássica. Concebida inicialmente como um princípio de organização política, a doutrina da separação dos poderes marca profundamente o constitucionalismo do Estado Moderno⁷²³ e entra para o vocabulário da teoria política, desafiando intérpretes, por traduzir a vontade humana imanente de proteção contra governos autoritários e totalitários, porém com alto grau de imprecisão semântica.

Os estudos contemporâneos da ciência política, que se intensificaram no final da década de 1960, fundamentaram as críticas e as propostas de reconstrução na confusão teórica que se formou ao redor da estrutura conceitual do cânone político da separação dos poderes. São estudos que apresentam forte identidade com a multidisciplinariedade neoinstitucionalista, e, via de regra, usam como modelo não empírico, comparativo e de observação crítica participativa, na classificação de Arend Lijphart, o *behaviorismo* e a *contextualização linguística* da chamada Escola da Teoria Política de Cambridge.

A tradição do *contextualismo* na história política inglesa começa com um dos seus mais influentes intelectuais. Robin G. Collingwood e o método da *imaginação histórica* influenciou várias gerações de historiadores, sociólogos, juristas e cientistas políticos. Em um texto clássico político, Collingwood ensina que a interpretação factual e a aplicação da abstração são um processo só, que visa estabelecer as leis clássicas da política para que seja possível aplicar a um momento presente.⁷²⁴ Há uma simbiose entre o pensamento factual e o pensamento abstrato, entre o estabelecimento e a prática da lei política clássica.

A análise textual em contexto histórico deve ir além dos aspectos simbólicos da linguagem. A intenção do autor ultrapassa limites temporais e barreiras interpretativas formais e limitadas. A contextualização, através da *imaginação histórica*, abre um leque de perspectivas

⁷²³ Cf. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n° 3, p. 18, 2020.

⁷²⁴ “The abstractions which the classical politics brought to the work of interpreting its facts were the abstractions of law. As mathematics is the logics of physics, so law is the logic of politics” (*The new Leviathan or man, society, civilization and barbarism* cit., p. 252).

que se apresentam para o desenvolvimento metodológico de uma teoria política antes presa à moldura tempo-espço de interpretações carentes de intenções. A captura da intenção conceitual, por sua vez, deve ser contextualizada, quando forem invocadas pela estrutura política.⁷²⁵ A História das Ideias de Collingwood resgata o método de revisão epistemológica dos problemas históricos e se transforma em uma nova escola do pensamento histórico inglês, através de seguidores como Quentin Skinner e Jhn G. A. Pocock.

Quentin Skinner é considerado o maior expoente vivo da Escola de Cambridge. Discípulo de Collingwood e *regius professor* de história e ciência política da Universidade de Cambridge, Skinner chama a reverência atemporal dos clássicos de “mitologia da doutrina”. Especificamente sobre a separação de poderes, adverte acerca do perigo desta perspectiva que transforma uma hipótese de investigação em uma *entidade*.⁷²⁶ Skinner defende que analisar a teoria política clássica em contexto histórico deve ser uma busca pela história das ideologias políticas, tanto quanto do processo de formação e de evolução destas ideologias. Os conceitos são estudados de forma contínua, com o intuito de estabelecer conexões entre a teoria ideológica e a ação política prática.⁷²⁷

John G. A. Pocock, talvez o representante da Escola de Cambridge que mais se dedica ao estudo diacrônico dos escritos políticos clássicos, reconstrói o passado como discurso histórico contextualizado, sob perspectivas amplas. As operações intelectuais trazem a construção política clássica para a linguagem sincrônica e para os sentimentos emocionais que suscitaram no seu autor.⁷²⁸ O campo de investigação, porém, é multidisciplinar e eminentemente crítico. Pensar o passado político, em Pocock, é mais que uma descrição

⁷²⁵ “Historical thinking is that activity of the imagination by which we endeavour to provide this innate idea with detailed content. And this we do by using the present as evidence for its own past. Every present has a past of its own, and any imaginative reconstruction of the past aims at reconstructing the past of this present, the present in which the act of imagination is going on, as here and now perceived” (*The idea of history*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2005. p. 95).

⁷²⁶ “The mythology of doctrines can similarly be illustrated from ‘histories of ideas’ in the strict sense. [...] The characteristic point of departure is to set out an ideal type of the given doctrine – whether it is that of equality, progress, reason of state, the social contract, the great chain of being, the separation of powers, and so on. The danger with this approach is that the doctrine to be investigated so readily becomes hypostasized into an entity” (*Visions of politics. Volume I: regarding method*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2002. p. 62).

⁷²⁷ Cf. SKINNER, Quentin. “Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action”. *Political Theory*. v. 2, nº 3, Aug 1974. p. 280 (277-303).

⁷²⁸ “[...] todos los aspectos de la historiografía suponen conciencia del pasado pero, quienes la ejercen, no se limitan a realizar operaciones intelectuales dirigidas exclusivamente a determinar el auténtico carácter de nuestro pasado. Estas operaciones, así como la función social que cumplen y las emociones que suscitan, forman un vasto campo de estudio, complejo y variado” (*Pensamiento político e historia. Ensayos sobre teoría y método*. Traducción de Sandra Chaparro Martínez. Madrid: Ediciones Akal, 2011. p. 173).

situacional. É extrapolar o discurso histórico através do tempo, porquanto o autor atua como um inovador que induz mudanças prospectivas.⁷²⁹

A relação entre o republicanismo e a constitucionalismo é uma constante na pesquisa de Pocock. Em 1975, ele escreveu talvez um dos mais importantes ensaios de filosofia política do segundo pós-guerra. Ao diferenciar o pensar político do pensar científico paradigmático de Thomas Kuhn, Pocock conduziu a percepção do pensamento de Maquiavel à tradição republicana.⁷³⁰ O “Momento Maquiavélico”, como diz Pocock, é uma expressão para ser lida de duas formas: *sincônica*, ou seja, denotando o contexto da República da Florença em que o pensamento maquiavélico aparece; e *diacrônica*, isto é, como o problema em si mesmo, como o momento em que a república se confronta com a sua própria finitude, e sua luta para manter a estabilidade política e moral.⁷³¹

A interpretação do pensamento político clássico, na forma de operações contínuas prospectivas, enquanto *momento problema*, vem ao encontro do institucionalismo histórico sob influência dos Annales, do institucionalismo econômico da escolha racional e do institucionalismo sociológico da legitimação social das instituições. O *neoinstitucionalismo* encontra a ciência política crítica e contextualista.

Este feliz encontro metodológico gerou vasta produção acadêmica e estimulou, por exemplo, a revisão de parâmetros *doutrinários mitológicos* da *entidade* separação dos poderes. O *Momento Montesquieu* deixa de ser visto sob a perspectiva sincrônica unívoca e passa por diversas matrizes de releituras diacrônicas. A ciência política e as vertentes *neoinstitucionalistas* ultrapassam as denotações *simbólicas da linguagem* para alcançar conotações *imaginativas da história*.

A identificação do *Momento Montesquieu* como um *momento problema* da doutrina da separação dos poderes demanda, portanto, a definição de parâmetros da doutrina pura, e a identificação das suas variantes mais importantes. Como corte metodológico temporal, a

⁷²⁹ Cf. POCOCK, John Greville Agard. *Cidadania, historiografia e res publica*. Contextos do pensamento político. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32.

⁷³⁰ A partir dos trabalhos de Hans Baron, Quentin Skinner, Claude Lefort e John Pocock, o pensamento de Maquiavel se tornou um parâmetro de reconstrução republicana. Sobre o tema, ver: PINTO, Ricardo Leite. *O momento maquiavélico na teoria constitucional norte-americana*. 2 ed. Lisboa: ULE, 2010. p. 11-15.

⁷³¹ Cf. POCOCK, John Greville Agard. *The Machiavellian Moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*. New Jersey: Princeton University Press, 2016. p. vii-viii.

investigação inicial vai da antiguidade clássica até a expansão mundial do constitucionalismo norte-americano.

A partir de então, a análise crítica da *entidade* pelo neoinstitucionalismo e pela Escola de Cambridge, motivada em grande medida pela crise democrática do modelo constitucional globalizado, aproveita-se da série de imprecisões e confusões teóricas da construção do *Momento Montesquieu*.

Com foco nas imprecisões da doutrina em seu processo evolutivo, iremos analisar as etapas históricas que levaram M.J.C Vile à identificação de elementos de uma *doutrina pura* da separação dos poderes. A ideia é contextualizar as instituições submetê-las à revisão metodológica proposta por Quentin Skinner, ou seja, “reconstruir sem anacronismo as mentalidades alienígenas de períodos anteriores”.⁷³²

3.4.1.1 A longa construção da doutrina pura da separação dos Poderes

O processo que permitiu ao Estado ser conceitualizado como moderno exigiu “a consolidação da ideia de que existe uma ordem legal e constitucional distinta e própria do Estado, que o governante tem o dever de conservar”.⁷³³ A teoria política precisava então justificar a limitação do poder absoluto. Não cabia mais na identidade do Estado Moderno, marcada pela influência de novos atores sociais, a concentração do poder estatal em uma instituição única.

A soberania de Jean Bodin e Thomas Hobbes,⁷³⁴ calcada no monarca, foi a justificação teórica para a superação do feudalismo e para o estabelecimento do conceito de Estado Nacional. O crescimento do poder econômico da burguesia fez surgir um forte grupo de influência, que exigia representação no exercício do poder estatal. Neste impasse entre a

⁷³² “All I am proposing is that, instead of bowing to this limitation and erecting it into a principle, we should fight against it with all the weapons that historians have already begun to fashion in their efforts to reconstruct without anachronism the alien mentalities of earlier periods” (Cf. SKINNER, Quentin. The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives. In: RORTY, Richard; SCHNEEWIND, J. B.; SKINNER, Quentin (ed.). *Philosophy in History*. Essays on the historiography of philosophy. Cambridge U.K./New York: Cambridge University Press, 1998. p. 202.

⁷³³ Cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Moita. São Paulo: Companhia das letras, 1996 p. 10.

⁷³⁴ Valter Shuenquener de Araújo, em festejada obra sobre o tema, destaca que ambos os autores, a despeito das limitações dos seus respectivos momentos históricos, foram responsáveis pela amplitude que o conceito ganhou em tempos democráticos, especialmente com Jean-Jacques Rousseau (*As novas dimensões do princípio da soberania* cit., p. 11-23).

realidade dos vetores sociais de influência e o modelo teórico de organização política, a justificação da limitação do poder, como nova teoria do Estado Moderno, voltou à antiguidade para buscar seus primeiros fundamentos.

A teoria clássica do governo misto ou balanceado marca a base conceitual da doutrina da separação dos poderes. Marca também, os contornos imprecisos da sua formulação teórica. Baseada na crença de que os interesses dos principais estamentos sociais deveriam ter permissão de participar das funções governamentais, a concepção grega de governo misto deu origem ao ideal de Constituição mista, como um grande projeto de conciliação social e política, entre os estamentos aristocráticos e populares.⁷³⁵

Platão, Aristóteles e Políbio,⁷³⁶ com o governo misto da Constituição de Atenas, e Cícero, com a ideia romana de Constituição balanceada, entre os cônsules, o senado e as eleições populares, cunharam e difundiram um modelo que trazia em si uma mistura de monarquia, aristocracia e democracia.⁷³⁷ Havia uma forte confusão teórica, em boa medida corolária da rigorosa divisão estamental da sociedade clássica.⁷³⁸

O governo misto ou balanceado não se confundia, portanto, com a separação de poderes, ainda que houvesse pontos de contato e, principalmente, bons elementos de inspiração teórica para os pensadores do século XVIII. Como constatou Montesquieu, há uma diferença entre poderes distribuídos na liberdade da Constituição e poderes divididos na liberdade do cidadão.⁷³⁹ Basicamente, a segregação estamental e a possibilidade de uma mesma pessoa

⁷³⁵ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 55.

⁷³⁶ Políbio, estudando Platão e Aristóteles, e a Constituição Romana, balanceada entre os cônsules, o senado e as eleições populares, nas palavras de Norberto Bobbio, “passou para a história do pensamento político como o defensor por excelência do governo misto. [...] Quanto à razão da excelência do governo misto, Políbio vai encontrá-la no mecanismo de controle recíproco dos poderes, ou no princípio do ‘equilíbrio’. Esse é um ponto de grande importância. O tema do equilíbrio dos poderes (que na idade moderna se tornará o tema central das teorias ‘constitucionalistas’, com o nome de balance of power) é um dos que dominam toda a tradição do pensamento político ocidental” (*A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 70).

⁷³⁷ Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 37.

⁷³⁸ Bruce Ackerman reconhece que o modelo da separação de poderes representou um avanço fundamental em relação às tradicionais ideias aristotélicas sobre governo misto. De acordo com esse modelo anterior, diferentes poderes representavam diferentes classes sociais [...] Montesquieu rejeitou tal compreensão, baseada em classes. Seus diferentes poderes correspondem a diferentes funções governamentais. Ao dar essa guinada funcionalista, ele seguiu Locke, que também havia separado três funções governamentais em um modelo de separação de poderes” (Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265. p. 15, 2014)

⁷³⁹ Montesquieu critica, com razão, a divisão tripartite romana, diferenciando o equilíbrio abstrato constitucional do equilíbrio concreto do cidadão, que viria, com a prática, a resultar no desfazimento da Constituição e, em

exercer mais de uma função governamental demonstram a diferença entre as duas doutrinas.⁷⁴⁰ A separação de funções sob a justificativa de evitar a tirania,⁷⁴¹ entretanto, foi essencial para a construção da doutrina pura da separação de poderes.

O governo misto da diferenciação entre Poderes e classes sociais atravessou a idade média, através do trabalho de teóricos como Marsílio de Pádua,⁷⁴² chegando ao século XVII como a base do constitucionalismo inglês.⁷⁴³ A Revolução Puritana, marcada pela guerra civil entre partidários do Rei Carlos I contra o *new model army* do Parlamento de Oliver Cromwell, tornou mais clara a divisão entre os Poderes Executivo e Legislativo. A partir da Revolução Gloriosa, a monarquia parlamentarista foi definitivamente consagrada, com a implantação do modelo parlamentarista de Westminster e seu novo *arranjo institucional*, que privilegiava o Estado de Direito (*rule of law*).

A separação entre o poder de governo do primeiro-ministro e a deferência formal à monarquia se aliam ao bicameralismo, com o que Maurizio Fioravanti chama de “lugar

suas palavras, “males infinitos”: “É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão. Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro” (*O Espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 193.

⁷⁴⁰ “In fact the guiding principle of the Athenian Constitution, the direct participation of all citizens in all functions of government, was directly opposed to any such doctrine. Thus Aristotle asserted that ‘Whether these functions-war, justice and deliberation – belong to separate groups, or to a single group, is a matter which makes no difference to the argument. It often falls to the same persons both to serve in the army and to till the fields’; and more specifically, ‘The same persons, for example, may serve as soldiers, farmers and craftsmen; the same persons again, may act both as a deliberative council and a judicial court’ Thus the major concern of ancient theorists of constitutionalism was to attain a balance between the various classes of society and so to emphasize that the different interests in the community, reflected in the organs of the government, should each have a part to play in the exercise of the deliberative, magisterial, and judicial functions alike. The characteristic theory of Greece and Rome was that of mixed government, not the separation of powers” (Idem, p. 25).

⁷⁴¹ A tirania perpassa todos os momentos da vida política grega, ou como realidade, ou como ameaça crível. Werner Jaeger retrata com maestria a tirania como constante preocupação política da sociedade clássica: “A antiga tirania é intermediária entre a realeza patriarcal dos tempos primitivos e a demagogia do período democrático. Embora conservando a forma exterior do Estado aristocrático, o tirano procurava reunir, tanto quanto possível, todos os poderes nas suas mãos e nas do círculo dos seus partidários” (*Paidéia*. A formação do homem grego cit., p. 275).

⁷⁴² Marsílio de Paula antecipou alguns pontos importantes da doutrina pura da separação de poderes. Quentin Skinner destaca esta antevisão: “Marsilius of Padua, for example, at one point in his *Defensor Pacis* offers some typically Aristotelian remarks about the executive role of rulers by contrast with the legislative role of the people. A modern commentator who comes upon this passage will be familiar with the doctrine, important in constitutional theory and practice since the American Revolution, that one condition of political freedom is the separation of executive from legislative power” (*Visions of politics*. v. I: *Regarding method* cit., p. 60).

⁷⁴³ Cf. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu cit., p. 15.

institucional”⁷⁴⁴ da Casa dos Lordes e da Casa dos Comuns, no estabelecimento da representação e da soberania parlamentar entre as características de um governo moderado,⁷⁴⁵ ainda que, em um primeiro momento, sob fortes bases estamentais.⁷⁴⁶ O constitucionalismo misto e balanceado inglês, no qual se destacava a força do Poder Legislativo diante da limitação do poder monárquico,⁷⁴⁷ por muito tempo foi considerado na Europa como o modelo constitucional por excelência,⁷⁴⁸ e se mantém sem maiores alterações até o final da primeira década do século XXI, quando foi implementada a Suprema Corte do Reino Unido, curiosamente em moldes semelhantes ao *judicial review* norte-americano.⁷⁴⁹

A partir do modelo misto e balanceado, decomposto em funções de governamentais, John Locke publicou o seu notável *Second treatise of government*, em 1690, ou seja, sob influência direta das Revoluções Inglesas. A Inglaterra vivia um período de contradições. A República de Cromwell, que sucedeu a Revolução Puritana, foi uma ditadura. A monarquia, por sua vez, tentava voltar ao poder. A Revolução Gloriosa terminaria por estabelecer um regime de governo novo: a monarquia parlamentarista. O Poder Legislativo se tornava o centro do poder estatal e, apesar de Locke conceber a tripartição de poderes, entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federalista, seu foco residia no Executivo e, sobretudo, no Legislativo.⁷⁵⁰

A grande contribuição de Locke reside no fato de que ele se opôs ao estado de natureza, defendido por Hobbes como uma das bases da soberania absolutista. O homem em estado de

⁷⁴⁴ “Vi si ribadisce l’esistenza, nel modello costituzionale inglese, di due immagini forti della sovranità: quella tradizionalmente contenuta nella prerogativa regia, ma anche quella presente in parlamento, inteso come il luogo istituzionale in cui tutto il regno nella sua complessità è rappresentato, dal re stesso, secondo il principio del King in Parliament, dai Lords e dai Commons, espressione delle comunità rurali e urbane” (*Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali cit.*, p. 21).

⁷⁴⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição cit.*, p. 56.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, John F. Manning: “A traditional theory of English government held that liberty was preserved because the three estates — the monarchy, the aristocracy, and the commons — checked one another” (“Separation of powers as ordinary interpretation”. *Harvard law review*. v. 124. p. 2011, nota 284.

⁷⁴⁷ Nesse ponto, vale a advertência irônica de Jeremy Waldron: “When people in Britain say how important it is for the House of Commons to retain its ascendancy in the constitution, I sometimes wonder whether it is really the ascendancy of an elected chamber that they want or whether what they really want to preserve is the guaranteed ascendancy of the Crown and its ministers acting through their whip- based domination of the Commons” (*Political political theory: essays on institutions*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2016. p. 73).

⁷⁴⁸ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días cit.*, p. 91.

⁷⁴⁹ Ver seção 3.4.1.2, *infra*.

⁷⁵⁰ “Locke was writing at a time when the supremacy of the legislature over the policy of the government *in internal affairs* was being established. The King must rule according to law” (VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers cit.*, p. 66).

natureza não é conflituoso por excelência.⁷⁵¹ Ainda que em sua versão inata, o ser humano é capaz de limitar as próprias pretensões e reconhecer o outro e seus respectivos direitos, entre os quais a propriedade. A autoridade política tem papel diverso em Locke do que em Hobbes. O contrato social nasce não para possibilitar a existência da ordem social, mas para aperfeiçoá-la, através da ordem do *rule of law*.

Locke, portanto, lança as bases teóricas do constitucionalismo das revoluções,⁷⁵² ao afastar o *rule of law* do empecilho teórico do poder absoluto de Hobbes, mas se afasta da *doutrina pura* da separação dos poderes, na visão de M.J.C. Vile,⁷⁵³ ao defender o que Jeremy Waldron chama de *combinação paradoxal* entre a supremacia legislativa (“*legislative supremacy*”) e a autocontenção legislativa (“*legislative constraint*”), na visão lockiana de poderes limitados.⁷⁵⁴

Com o amadurecimento do movimento democrático, a teoria do governo misto perdeu força e emergiu a doutrina da separação dos poderes.⁷⁵⁵ A evolução, porém, seguiu um compasso lento e gradual. A doutrina da separação no constitucionalismo das revoluções do século XVIII foi, portanto, produto do desenvolvimento escalonado de um conjunto de fatores sociais, políticos e econômicos, entre os quais se destaca a sofisticada visão conceitual sobre a estruturação política do Estado Moderno. John F. Manning ressalta que a complexa tradição de poderes separados e limitados já rondava a teoria política e o constitucionalismo há pelo menos um século, através de teóricos como Harrington, Nedham, Locke, Bolingbroke, Montesquieu, Blackstone, Sieyès, Adams, Jefferson e Madison.⁷⁵⁶

Apesar da forte oposição de filósofos políticos e juristas do porte de Jeremy Bentham e Albert V. Dicey, a doutrina da separação dos poderes ganhou força com as revoluções do século XVIII. Através da obra de John Locke, Montesquieu, e dos federalistas, notadamente de James

⁷⁵¹ Cf. COLLINWOOD, R. G. *The new Leviathan or man, society, civilization and barbarism* cit., p. 264. Ver também: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Indagações sobre os limites da ação do Estado* cit., 49-51.

⁷⁵² Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali* cit., p. 32.

⁷⁵³ M.J.C Vile define *doutrina pura* como a representação coerente e interrelacionada de um conjunto de ideias, com a remoção de teorias relacionadas, para se buscar a essência da concepção doutrinária. In: *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 13.

⁷⁵⁴ Cf. WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions* cit., p. 20.

⁷⁵⁵ “When democratic movements gained the ascendancy the theory of mixed government dropped out, and the theory of the separation of powers became the major theory of constitutional government, but only rarely in its pure form. In the Constitution of the United States we find it combined with the idea of ‘checks and balances,’ the old theory of mixed government stripped of its class connotations, and now in a subordinate role.” Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 38.

⁷⁵⁶ Cf. MANNING, John F. *Separation of powers as ordinary interpretation* cit., p. 1994.

Madison,⁷⁵⁷ ganhou *status* de cânone do pensamento político atual e parâmetro essencial para o estabelecimento e para a manutenção da liberdade política.⁷⁵⁸

O constitucionalismo misto inglês, no objetivo de prevenir a tirania, havia sido, portanto, muito bem sucedido.⁷⁵⁹ Neste contexto, Montesquieu publica o *Espirit des Loix*, em 1748, com forte influência do modelo inglês⁷⁶⁰ e seguindo a linha de James Harrington, Locke e de seu contemporâneo também aristocrata, Visconde de Bolingbroke.⁷⁶¹ Na busca de uma alternativa ideal entre o poder absoluto, despótico e moderado, Montesquieu adverte que tanto a democracia, quanto a monarquia podem assumir uma configuração déspota.⁷⁶² “O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito”.⁷⁶³ Paulo Benevides afirma, portanto, que a intenção de Montesquieu, em linhas gerais, é a mesma de Locke: buscar a salvaguarda da liberdade e o extermínio da tirania.⁷⁶⁴

A doutrina da separação dos poderes se estabelece, assim, como uma reação à tirania, pelas mãos de um aristocrata francês, extremamente influenciado pelo modelo inglês e que considerava a democracia viável somente em sociedades experimentais reduzidas, devido ao alto potencial de corrupção que ocorre quando o povo tenta governar diretamente.⁷⁶⁵ O grande teórico da separação dos poderes entendia que a corrupção era endêmica ao cumprimento das

⁷⁵⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? cit., p. 29.

⁷⁵⁸ “A ‘pure doctrine’ of the separation of powers might be formulated in the following way: It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary” (VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 14).

⁷⁵⁹ Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers cit., p. 640.

⁷⁶⁰ Como afirma James Madison, “[a] Constituição britânica foi para Montesquieu o que Homero fora para os autores de obras didáticas sobre poesia épica” (*Os artigos federalistas. 1787-1787*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Nova Fronteira, 1993. p. 332).

⁷⁶¹ Sobre a influência da obra de James Harrington e Locke sobre Montesquieu, ver: VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 31-35. Sobre as controvérsias acerca da extensão da influência de Bolingbroke sobre a obra de Montesquieu, ver KAMNICK, Isaac *Bolingbroke and his circle. The politics of nostalgia in the age of Walpole*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1992. p. 144-145.

⁷⁶² Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días cit., 97.

⁷⁶³ Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19.

⁷⁶⁴ Cf. “Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII”. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. v. IV, nº 3, Set/Dez 1961, Rio de Janeiro, p. 53. (52-81). No mesmo sentido, ver: ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu cit., p. 15.

⁷⁶⁵ “O princípio da democracia corrompe-se não somente quando se perde o espírito de igualdade, mas também quando se adquire o espírito de igualdade extremo e cada um quer ser igual àqueles que escolheu para comandá-lo. A partir deste momento, o povo, não podendo suportar o próprio poder que delegou, quer fazer tudo sozinho, deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e despojar todos os juízes.” Idem, p. 121.

leis pelo povo, sob o *rule of law*.⁷⁶⁶ Há corrupção quando o povo não cumpre as leis e há corrupção quando o povo é corrompido pelas leis, “mal incurável este, pois está no próprio remédio”.⁷⁶⁷ Montesquieu não acreditava que a democracia fosse viável, apesar de desejável.

A originalidade de Montesquieu sobre a doutrina da separação dos poderes reside em três grandes tópicos: (i) o papel do Poder Judiciário na estrutura de governo;⁷⁶⁸ (ii) a posição de destaque que a sua obra confere à doutrina da separação na organização política;⁷⁶⁹ e (iii) o estudo científico da doutrina na teoria política da lei como decorrência da natureza dos fatos: a partir da obra de Montesquieu o pensamento político passou a considerar que “as instituições políticas são regidas por leis que derivam das relações políticas”.⁷⁷⁰

A Constituição mista inglesa é analisada em detalhes no célebre livro décimo primeiro do *Espírito das leis*.⁷⁷¹ Defensor do *rule of law* inglês, Montesquieu, vai além e define três espécies de leis positivas: as que regulam os direitos das gentes (entre Estados soberanos), o direito político (público) e o direito civil.⁷⁷² Os limites legais desenhados, valorados, aplicados e executados pelos Poderes se contrapõem, inclusive, perante os Poderes. “Liberdade é o direito de fazer o que lei permite”.⁷⁷³

Mais do que isso, é o desejo de controlar o processo de produção destas leis e de assegurar que ninguém, nem mesmo elementos dos próprios Poderes, poderá exceder os limites

⁷⁶⁶ O princípio do *rule of law* como corolário lógico da democracia só irá ganhar contornos teóricos com o constitucionalismo norte-americano. Considerando que o princípio se estabelece com a Magna Carta inglesa de 1215, como o precursor do *due process*, é uma construção relativamente recente. *Rule of law*, no contexto da influência inglesa de Montesquieu, alinhava-se à terceira acepção do termo por Canotilho, ou seja, “aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 94).

⁷⁶⁷ Cf. *O espírito das leis* cit., p. 96.

⁷⁶⁸ Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 83.

⁷⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁷⁰ Cf. WEFFORT, Francisco C. Os clássicos da política. v. 1, São Paulo: Ática, 2006. p. 116. Régis Fernandes de Oliveira defende que a “criação mais genial de Montesquieu diz respeito à visão de que a lei decorre da natureza dos fatos. Se é assim, cada Estado terá uma determinada característica, sendo impossível tipificá-los. Cada qual atende a certas peculiaridades que o tornam único” (*Indagações sobre os limites da ação do Estado* cit., p. 53).

⁷⁷¹ Cf. *O espírito das leis* cit., p. 167-178.

⁷⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo* cit., p. 129.

⁷⁷³ Esta famosa frase, na visão de Norberto Bobbio, demonstra o caráter liberal da obra de Montesquieu: “Il problema fondamentale per Montesquieu è quello dei limiti del potere statale: bisogna che certi limiti ci siano, e v i siano mezzi sufficienti per farli osservare. La libertà è i l frutt o gradito di questi limiti: libero è colui che può fare tutt o quello che vuole entro quei limiti” (*Da Hobbes a Marx*. Saggi di storia della filosofia. Napoli: Morano Editore, 1965. p. 150). No mesmo sentido, ver: KRAMNICK, Isaac. *Republicanism and bourgeois radicalism. Political ideology in late eighteenth-century. England and America*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1990. p. 28; e BONAVIDES, Paulo. Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. 4, nº 3, p. 56, 1961.

legais.⁷⁷⁴ Com estas forças diretrizes, a doutrina da separação dos poderes ressalta o papel do Judiciário, eleva o papel da doutrina na organização estatal e faz do Estado de Direito o verdadeiro portador da força de contenção do poder pelo poder.⁷⁷⁵

O *Espírito das leis* foi um marco evolutivo do direito. O estudo da lei enquanto produto da sociedade transforma o sistema jurídico, na interpretação de Louis Assier-Andrieu, em devedor da sua estrutura de criação. O direito são relações que derivam da sociedade. Este novo método de enxergar a lei como relação, para Assier-Andrieu, marca a iniciação de uma dialética universal entre as leis, os costumes e a vida social. A leis passam a ser cognoscíveis pela observação e pela indução, ou seja, a partir de elementos próprios sistema jurídico, dentro da estrutura social que a criou. As deduções abstratas de axiomas externos, como defendia a filosofia do direito natural, passa a ser um método auxiliar e não mais precípuo na identificação sistêmica das regras sociais cogentes.⁷⁷⁶

As formulações eram, sem dúvida, muito sofisticadas para a época. A grande confusão do pensamento de Montesquieu, no entanto, tem como fonte a falta de precisão em construir um modelo de estrutura de governo apto a recepcionar a sua própria doutrina e suas complexas derivações teóricas. A doutrina da separação de poderes tanto em Locke, como em Montesquieu é “um princípio completamente negativo”.⁷⁷⁷ Georges Burdeau adverte que quando se recomenda a separação de poderes do século XVIII “não se indica de que maneira as funções devem ser divididas, mas somente de que forma não devem ser”.⁷⁷⁸

Montesquieu, portanto, não desenvolveu propriamente uma doutrina normativa da separação funcional dos poderes.⁷⁷⁹ Jeremy Waldron ressalta esta dificuldade ao apontar que a estrutura ideal de Montesquieu seria algo entre a monarquia e o despotismo.⁷⁸⁰ Giovanni Sartori

⁷⁷⁴ Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 202.

⁷⁷⁵ Jeremy Waldron ressalta a importância do *rule of law* na obra de Montesquieu: “The title of Montesquieu’s great work, *The Spirit of Laws*, was in a sense an indication of a solution to the dilemma. If the law itself could not offer an acceptable course of action, then its spirit had to be taken into consideration” (*Political political theory: essays on institutions* cit., p. XLIX).

⁷⁷⁶ Cf. ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101.

⁷⁷⁷ Cf. HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional* cit., p. 91.

⁷⁷⁸ Idem, *ibidem*.

⁷⁷⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro* cit., p. 88.

⁷⁸⁰ “[...] according to Montesquieu, articulate legal structures are all that stand between monarchy and despotism” (WALDRON, Jeremy. *Separation of powers in thought and practice?* cit., p. 37).

destaca que Montesquieu e seus sucessores, de certa forma, “racionalizaram” um constitucionalismo sem desenho prévio, construído de pedaços em pedaços.⁷⁸¹

A solução encontrada por Montesquieu, portanto, enquanto doutrina de estruturação de poder, apresenta pontos deficientes e parte de um entrelaçamento de modelos contraditórios. Como a democracia somente seria viável em pequenas sociedades, as instituições da separação dos poderes em grande escala somente se adequariam ao modelo monárquico puro ou ao constitucionalismo inglês misto. Segundo M.J.C. Vile, os paradigmas de Montesquieu do governo ideal para absorção da doutrina da separação dos poderes são contraditórios entre si, partem de princípios opostos, e não fica claro ao longo da obra qual o modelo que se adequaria melhor à doutrina pura.⁷⁸² A estrutura ideal da separação dos poderes se situa entre a monarquia e o despotismo, em um ponto que não é apontado com segurança pelo filósofo francês.

Montesquieu, portanto, tinha sérias dúvidas sobre o governo do povo. O excesso de corrupção, ínsito à democracia, levaria à tirania.⁷⁸³ A visão de Bolingbroke de que os perigos da Coroa foram substituídos pelos perigos da corrupção, influenciou Montesquieu e, por via de consequência, transformou-se no famoso problema da separação dos poderes.⁷⁸⁴ Montesquieu, assim como Maquiavel, fazia parte da tradição intelectual de análise da virtude e da corrupção na vida cívica, denominada por Quentin Skinner de *espírito do governante*. Se os homens que dirigem as instituições forem corruptos, não importa o melhor *arranjo institucional* possível. Será impossível evitar que as instituições governamentais sejam prejudicadas.⁷⁸⁵

Com os Federalistas, a doutrina de Montesquieu ganhou contornos de reação à captura das instituições de poder por interesses particulares,⁷⁸⁶ e a Constituição norte-americana inaugurou a simbiose entre o constitucionalismo da separação dos poderes⁷⁸⁷ e a democracia. Nas palavras de Mauricio Fioravanti, “o constitucionalismo sem democracia produzia

⁷⁸¹ “[...] Montesquieu e i suoi successori hanno «razionalizzato» un costituzionalismo costruito a pezzi e bocconi senza preventivo disegno” (*Elementi di teoria politica* cit., p. 15).

⁷⁸² “The most extended treatment he gives of institutional checks to power, therefore, is to be found in his discussion of monarchy and of the English Constitution. These two discussions, though obviously connected in spirit, seem to be drawn from quite different sources, and to depend upon different principles. Each system is praised for its virtues, but it is difficult to say that Montesquieu clearly favoured one above the other. Here we have the source of the confusions on this subject” (*Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 87).

⁷⁸³ Cf. *O espírito das leis* cit., p. 122-123.

⁷⁸⁴ Cf. POCKOCK, John. *The Machiavellian moment*. Florentine political thought and the Atlantic republican tradition cit., p. 479-480.

⁷⁸⁵ Cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno* cit., p. 66.

⁷⁸⁶ Cf. MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers cit., p. 31.

⁷⁸⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado* cit., p. 49.

absolutismo parlamentar”. Por outro lado, “a democracia sem o constitucionalismo conduzia à concentração dos poderes”.⁷⁸⁸

Em outras palavras, os Federalistas adotaram a doutrina da separação dos poderes, em uma sociedade de larga extensão e com pretensões democráticas. A solução teórica foi buscada na tradição de David Hume da virtude, na qual as instituições bem organizadas seriam a resposta para o líder corrupto.⁷⁸⁹ Quando as instituições são fortes, o governo será eficiente, defendia Hume, antecipando os padrões morais de comportamento coletivos que viriam a ser o centro das teorias das instituições.⁷⁹⁰ A incipiente perspectiva institucionalista de Hume foi a aposta de James Madison e Alexander Hamilton, diante das negações teóricas de Montesquieu de que a democracia poderia dar certo em democracias de larga escala.⁷⁹¹

A aplicação da doutrina ao constitucionalismo democrático, através da solução científica da representação política que os Federalistas entenderam apropriada, dentro das ambiguidades da doutrina da separação dos poderes,⁷⁹² porém, é um desafio até hoje. As contradições teóricas entre o Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito partem dos seus estudos precursores. O que se extrai, especialmente do livro décimo primeiro do *Espírito das Leis*, é uma defesa da prioridade do império da legalidade sobre a forma de governo, seja ela qual for, inclusive a democracia. A separação dos poderes garantiria o ideal de virtude *da res publica*, ou seja, a igualdade entre poderes como isonomia ou “igualdade de sujeição” (“*equality of subjection*”) à lei, enquanto na democracia, Tocqueville identifica que a *virtude* se transfigura em “igualdade de condição” (“*égalité des conditions*”), como o grande triunfo da República democrática, em seu sentido moderno.⁷⁹³

⁷⁸⁸ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días cit., p. 109-110.

⁷⁸⁹ Cf. SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno cit., p. 66.

⁷⁹⁰ Sobre a influência de Hume no institucionalismo do século XX, ver: MELLIZO, Carlos. Hume y la teoría institucional. *Revista de economía institucional*. v. 7, nº 13, 2005. p. 69-80.

⁷⁹¹ Cf. HAMILTON, Alexander. Federalist nº 9th. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist*. A collection cit., p. 39-40; e MADISON, James. Federalist nº 10th cit., p. 47.

⁷⁹² Cf. ACKERMAN, Bruce. The Storrs lectures: discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*. v. 93, p. 1025, 1984. Fernando Facury Scaff destaca, com precisão, que a preferência de Montesquieu sobre a democracia representativa à democracia direta “não perdia de vista a manutenção de seus privilégios de classe” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 154).

⁷⁹³ Cf. POCOCK, John. *The Machiavellian moment*. Florentine political thought and the Atlantic republican tradition cit., p. 537; Alexis de Tocqueville faz um relato impressionado sobre a igualdade de condições e como ela muda o curso político da sociedade: “Entre os novos objetos que atraíram a atenção, durante a minha estada nos Estados Unidos, nenhum atingiu mais vivamente o meu olhar que a igualdade de condições. Descobri facilmente a influência prodigiosa que esse fato fundamental exerce sobre o funcionamento da sociedade; ele confere ao espírito público uma certa direção, um certo teor às leis, novas doutrinas aos

Diante da longa evolução teórica, dentro de um quadro de imprecisões que mudou a teoria política e o constitucionalismo do Estado Moderno, M.J.C. Vile consegue identificar elementos de uma *doutrina pura* da separação dos poderes, com três grandes parâmetros: (i) a separação de poderes; (ii) a separação de funções; e (iii) a separação de pessoas. Para a *separação de poderes*, é essencial que haja a divisão em três instituições: Legislativo, Executivo e Judiciário. A *separação de funções* impõe que cada instituição corresponde a determinada função governamental: legislativa, executiva e judiciária. A *separação de pessoas*, por sua vez, impede que um membro de uma instituição seja membro de outra instituição ao mesmo tempo.⁷⁹⁴

Dentro da *doutrina pura* de M.J.C Vile, foram incorporados os princípios da *divisão de poder e dos freios e contrapesos (checks and balances)*. A concentração desequilibrada de poderes nas mãos de uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma instituição é, nas palavras de Jeremy Waldron, o que caracteriza a preocupação da divisão de poderes.⁷⁹⁵

A vertente dos freios e contrapesos, por outro lado, requer a concordância de uma instituição de poder governamental para legitimar as ações de outra, de maneira que estimula vetos recíprocos entre as ações por elas controladas.⁷⁹⁶ Jeremy Waldron ressalta o contrassenso teórico de identificar a doutrina pura da separação dos poderes, com os freios e contrapesos. A grande distinção do *checks and balances* é justamente colocar um poder contra o outro, o que, em princípio, vai de encontro à formulação da doutrina pura.⁷⁹⁷ A sua adoção pela Constituição

governantes, e hábitos particulares aos governados” (*Da democracia na América* cit., 13. Sobre a busca da “liberdade igual”, ver o recente estudo de Fernando Fecury Scaff, profundo e original, que lança novas ideias sobre o tema com base em rigorosa pesquisa científica em *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., especialmente a seção 2.2.4, p. 153-191. Essa admiração pela igualdade gera uma tensão em Tocqueville entre a sua crença na igualdade democrática e a sua ascendência aristocrática, capturada por Joseph Epstein: “The tension in *Democracy in America* derives from Tocqueville’s true belief in the inevitability and indeed in the need for equality and his lingering admiration for aristocracy at its best. He once described himself as a democrat of necessity but an aristocrat at heart” (*Alexis de Tocqueville: Democracy’s Guide*. London/New York: Harper Collins (e-books), 2019. p. 91).

⁷⁹⁴ “A ‘pure doctrine’ of the separation of powers might be formulated in the following way: It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these three branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the functions of the other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch” (*Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 14).

⁷⁹⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions* cit., p. 49.

⁷⁹⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁹⁷ “[...] in America we also associate the separation of powers with the doctrine of checks and balances; and the point of checks and balances is to empower the branches sometimes to act in opposition to one another” (WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions* cit., p. 111).

de 1787, apesar de a separação dos poderes não estar expressa na Constituição Federal, embora esteja presente em Constituições Estaduais,⁷⁹⁸ recebeu forte impulso dos Federalistas, especialmente de James Madison, que após chamar Montesquieu de “oráculo que sempre foi consultado e citado nesta matéria”,⁷⁹⁹ desenvolve os freios e contrapesos a partir da doutrina pura da separação dos poderes.⁸⁰⁰

A doutrina pura e suas variantes principais formam um dos conjuntos canônicos mais relevantes da teoria política e do constitucionalismo moderno. São, porém, alvos de críticas, em boa medida por conta das imprecisões teóricas que marcaram todas as etapas de sua evolução. M.J.C. Vile é enfático. A doutrina da separação dos poderes representa uma área do pensamento político em que tem havido uma extraordinária confusão na definição e no uso terminológico. Os escritos clássicos contêm termos dúbios e inapropriados para a época atual e são usados de forma equívoca. Em suma, segundo M.J.C. Vile, a doutrina falhou no propósito de promover uma base efetiva e estável para o sistema político.⁸⁰¹

Jeremy Waldron ratifica e intensifica as críticas. Segundo o cientista político da Universidade de Harvard, as imprecisões conceituais da obra de Montesquieu tornam a sua interpretação por demais ampla. Além disso as justificações teóricas apresentadas são tautológicas: “as falhas na separação de poderes levam a arbitrariedades, pois envolve uma falha de separação dos poderes”.⁸⁰² Como afirma John Pocock, o *Espírito das Leis* é uma magnífica tentativa paradoxal de descobrir a forma pela qual os homens conseguem ser melhores do que as circunstâncias.⁸⁰³ Paulo Bonavides, apesar de reconhecer a genialidade de

⁷⁹⁸ Ver seção 3.4.1.2, *infra*.

⁷⁹⁹ Cf. MADISON, James. Federalist 47th. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist. A collection* cit., p. 250.

⁸⁰⁰ “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny. Were the federal Constitution, therefore, really chargeable with the accumulation of power, or with a mixture of powers, having a dangerous tendency to such an accumulation, no further arguments would be necessary to inspire a universal reprobation of the system” (Idem, p. 249).

⁸⁰¹ “The ‘doctrine of the separation of powers’ is by no means a simple and immediately recognizable, an ambiguous set of concepts. On the contrary it represents an area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms. Furthermore, much of the specific content of the writings of earlier centuries is quite inappropriate to the problems of the mid twentieth century. The doctrine of the separation of powers, standing alone as a theory of government, has, as will be demonstrated later, uniformly failed to provide an adequate basis for an effective, stable political system” (VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 2).

⁸⁰² Cf. WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? cit., p. 39.

⁸⁰³ Cf. POCOCK, John. *The Machiavellian moment. Florentine political thought and the Atlantic republican tradition* cit., p. 485.

Montesquieu, afirma, com base em diversos teóricos que estudaram a fundo o *Espírito das leis*, como Ferdinand Brunetière, que “o livro tecnicamente é um caos”.⁸⁰⁴

Este conjunto de *gaps* teóricos, paradoxos, imprecisões e tautologias encontram o *arranjo institucional* contemporâneo, complexo e demandante, diante de uma realidade de profunda crise democrática, competição institucional desmedida, polarização política e um encadeamento de riscos sociais inerentes à modernidade. Alguns, como Gordon Woods e Leo Strauss, interpretam este *caos teórico* como algo deliberadamente pensado por Montesquieu, devido às circunstâncias fáticas da sociedade de então.⁸⁰⁵

O que propomos aqui é demonstrar que, a despeito da genialidade e da atemporalidade dos escritos do *Momento Montesquieu*, o movimento atual de reconstrução da doutrina da separação dos poderes decorre também de mudanças na sociedade atual. A transformação do Estado legal de Direito para o Estado constitucional de Direito, na visão de Manuel García Pelayo, notabilizou a existência da jurisdição constitucional dentro do sistema jurídico político.⁸⁰⁶

Foi um avanço, sem dúvida, mas mexeu profundamente com a estrutura das instituições clássicas de poder do século XVIII. A estabilidade democrática entre os Poderes clássicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, e as novas instituições do arranjo político da sociedade moderna demandam relações mais complexas, que comportem a representatividade ampla no exercício das funções de poder.

A vontade de encontrar uma *nova separação dos poderes* que faça frente às *angústias da influência* de uma doutrina concebida em termos imprecisos, sem dúvida, é legítima. Seus limites e possibilidades, porém, demandam cuidado extremo. O constitucionalismo vive uma era de incertezas políticas e institucionais que demandam um arrojo teórico responsável.

3.4.1.2 A doutrina pura como benchmark teórico

Um dos exemplos mais notáveis do estímulo neoinstitucionalista à revisão da doutrina da separação de poderes pela ciência política do contextualismo crítico é a já citada obra-

⁸⁰⁴ Cf. Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII cit., p. 62.

⁸⁰⁵ Cf. STRAUSS, Leo. *Two Sessions of a Seminar on Montesquieu*. v. I. Chicago: University of Chicago, 1965. p. 4-6; GOODS, Gordon S. *The creation of American Republic. 1776-1787* cit., p. 34-35.

⁸⁰⁶ Cf. “Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español.” *ILANUD*, nº 23-24, Año 9-10, p. 9 (7-33)

referência *Constitutionalism and the separation of powers*, do professor emérito de Ciência Política da Universidade de Kent, Maurice J. C. Vile.⁸⁰⁷

A obra é um marco na ciência política inglesa, muito por conta do rompimento com a tradicional doutrina herdada de Albert V. Dicey. O constitucionalismo inglês gozava de imenso prestígio na Europa, como visto na seção anterior. A obra de Dicey emergiu no final do século XIX e início do século XX como uma referência entusiasta do modelo de Westminster. Dicey influenciou uma geração de teóricos à depreciação da doutrina da separação de poderes.⁸⁰⁸ O professor da Universidade de Oxford considerava a doutrina uma invenção estrangeira, de concepção dúbia e inócua, diante da perfeição do modelo parlamentarista inglês.⁸⁰⁹

Mediante um cuidadoso trabalho de imersão na *doutrina pura* da separação dos poderes e na teoria institucionalista, M.J.C. Vile revisitou a posição de Dicey. O método não experimental e comparado e as técnicas da observação crítica e da descrição profunda, de Lijphart, são identificados em todo o texto. A longa trajetória da doutrina pura da separação dos poderes, através dos seus principais teóricos, foi analisada, partindo da ideia de que os elevados valores da civilização ocidental, como a justiça, a liberdade, a igualdade e a propriedade privada, sob os quais viriam ser construídos os direitos fundamentais, necessitam de instituições aptas a executá-los. O pressuposto institucional de M.J.C. Vile é a constatação de que sempre haverá uma preocupação legítima com as articulações destas instituições dentro sistema político.

As interações entre Poderes, funções de governo e instituições no espaço público ocorrem dentro de uma moldura constitucional. M.J.C. Vile entende então que, para a ciência política, a *teoria constitucional* é “um estudo das instituições políticas”, no contexto de um *constitucionalismo* descrito como a advocacia de certos tipos de arranjos institucionais que

⁸⁰⁷ “The traditional or institutional approach to the study of politics has at times been subjected to extreme criticism, but in recent years this has given place to a recognition that both institutional and behavioural studies are essential to a balanced approach” (*Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 326-327).

⁸⁰⁸ Cf. CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers. A theory for the modern state*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009. p. 1.

⁸⁰⁹ “It were curious to follow out the historical growth of the whole theory as to the ‘separation of powers’. It rests apparently upon Montesquieu's *Esprit des Lois*, Book XI. c. 6, and is in some sort the offspring of a double misconception; Montesquieu misunderstood on this point the principles and practice of the English constitution, and his doctrine was in turn, if not misunderstood, exaggerated, and misapplied by the French statesmen of the Revolution” (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund 1982. p. 211). Sobre o tema, ver ainda: ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. *Harvard Law Review*, v. 113, n° 3, p. 690-691, 2000; WOOD, Gordon. *The creation of the American republic. 1776-1787*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1993. p. 10-12.

promovam *relações* entre as *instituições* para a salvaguarda dos valores constitucionais. Há, portanto, na seara da teoria política, um encontro metodológico entre a complexa interrelação entre as instituições políticas e a justificação teórica dos sistemas de governo pela ótica da teoria normativa constitucional.⁸¹⁰

A aproximação entre a política e o constitucionalismo, através do *contextualismo* e do *institucionalismo* é a característica marcante da metodologia utilizada por M.J.C. Vile.⁸¹¹ Há também referências diretas ao *behaviorismo*, haja vista que a primeira edição foi publicada no auge da doutrina, em 1967. A obra de Robert Dahl, inclusive, é usada como uma das bases de discussão da importância das estruturas constitucionais.⁸¹² As citações expressas a Gabriel Almond também são marcas metodológicas percebidas ao longo do texto.

A investigação da contextualização histórica da doutrina, portanto, não é um mero exercício acadêmico. Há problemas que os teóricos da separação dos poderes procuraram resolver, mas que permanecem ao longo da história, através da estruturação de uma teoria extremamente abstrata entre separação de poderes e separação de funções.⁸¹³ Para alcançar uma abordagem mais coerente com a natureza do sistema de governo constitucional contemporâneo, M.J.C. Vile propõe que a “doutrina pura” seja o *benchmark* teórico, para avaliação das suas modificações e variações futuras. “Uma ideia que encontra as suas raízes no antigo constitucionalismo e no século XVII se torna figura central do sistema de governo com poderes limitados, tem de ser, por óbvio, reformulada, caso haja a pretensão de ser adotada pelo pensamento político moderno”.⁸¹⁴

⁸¹⁰ Cf. *Constitutionalism and the separation of powers*, p. 8-9.

⁸¹¹ M.J.C. Vile, inclusive, faz referência às primeiras obras de Quentin Skinner, ainda com tendências descritivas puras, apontando para a correção contextualista que viria a ser adotada definitivamente na obra de Skinner. “Quentin Skinner denied the very possibility of writing a meaningful history of a concept such as the separation of powers [...] Ten years later Skinner had abandoned this untenable line of argument. [...]. The importance of the mistake made by Skinner in his earlier work is that he misunderstood the essential continuity of human thought, the extent to which one writer builds upon the work of another, even if only by reacting against it. It is impossible to draw hard and fast divisions between periods of thought and to put them into watertight compartments. Earlier thinkers were not a series of different species, they were human, as we are the contextual details were different, to be sure, a fact we must always be aware of, but the problems, the concerns, and the dilemmas were essentially the same as those we face today” (Idem, p. 387).

⁸¹² “The attack upon ‘constitutions’ as significant elements in political life may be illustrated by the work of three widely separated authors- Wiliam Penn, Sir Lewis Namier, and Robert A. Dahl It is not suggested that these men are fully representative of ‘the behavioural approach’, indeed. It is the extreme nature of their expression of ‘behaviourism’ that makes them useful as a basis for discussion of the importance of constitutional structures” (Idem, p. 326).

⁸¹³ “This view of the ‘functions’ of government is extremely abstract, and some of the attempts to justify this threefold division have reached a very high degree of abstraction indeed” (Idem, p. 17-18).

⁸¹⁴ Cf. *Constitutionalism and the separation of powers*, p. 8.

A revisão crítica da evolução histórica da separação dos poderes, neste cenário de dificuldades da “doutrina pura” e das suas variações conceituais, é o caminho para contextualizar conceitos, soluções e inovações. A questão de como os poderes podem ser efetivamente limitados, por exemplo, não se prende a variações teóricas estáticas. Está intimamente ligada ao *ethos* do constitucionalismo.⁸¹⁵

Os resultados destas investigações teóricas, no entanto, não têm sido promissores. M.J.C. Vile reconhece que há um oxímoro conceitual: embora não estejamos preparados para abandonar de vez a noção de poderes divididos, separados e contidos, a doutrina da separação de poderes representa para a ciência política uma extraordinária confusão terminológica, que se agravou ainda mais com a influência dos autores da teoria política norte-americana da segunda metade do século XX. O exercício de reconstrução histórica demonstra que os problemas do passado são os mesmos problemas atuais, de forma que as variações não foram capazes de resolver as tensões constitucionais do modelo. Executivo, Legislativo e Judiciário passam todos por problemas no ambiente político da doutrina da separação no constitucionalismo contemporâneo.

O surgimento do Estado Administrativo, a partir da distinção entre líderes políticos e burocratas weberianos, foca na divisão entre decisão política e execução técnica, porém, segundo M.J.C. Vile, enfraquece a autoridade política do Executivo.⁸¹⁶ A crítica se dirige à construção norte-americana clássica de Clifford Dwight Waldo, com base na variação da separação de poderes de F. J. Goodnow e W. F. Willoughby. Ainda que sob fundamentos diversos, ambos advogavam a tese da separação total entre política e administração no exercício da função administrativa. O pressuposto então é usado por Waldo para moldar a eficiência de um Estado Administrativo puramente normativo, dando relevância à burocracia técnica weberiana e à independência de agências, como a forma que melhor expressa a atividade administrativa da cultura americana.⁸¹⁷

⁸¹⁵ “The detail of the theories of constitutionalism may be rejected as no longer applicable, but the *ethos* of constitutionalism remains; we still believe in “limited government,” but we do not yet see how the limits are to be applied in modern circumstances” (Idem, p. 12).

⁸¹⁶ “Now the label ‘executive’ is even less appropriate, because it is the administrative machine, influenced but not controlled by the political leadership, which carries the laws into effect. [...] There are two dangers in giving the administration a greater degree of autonomy First, the danger that pressure-groups would turn their attention to the administrative machine to an even greater extent than at present. The second is that the ‘directors-general’ of the administrative departments, meeting together to co-ordinate their operations, would become the unelected government of the country” (Idem, p. 400/420).

⁸¹⁷ Cf. *The administrative state: a study of the political theory of American public administration*. London/ New York: Routledge, 2007. especialmente p. 104-129.

Interessante notar que Waldo escreve em 1948 e M.J.C. Vile, em 1967, mesma época do clássico trabalho de Frederick C. Mosher, *Democracy and the public service*, de 1968. Mosher, assim como M.J.C. Vile, advertia que o governo de técnicos, na realidade prática, não consegue prescindir das decisões políticas e o comportamento dos burocratas não foge das influências políticas, ainda que de forma disfarçada. A doutrina da dicotomia institucional entre política e administração mostra falhas de representação democrática na prática e, por via de consequência, impõe um enfraquecimento da autoridade do Executivo, que sofre influências políticas por vias indiretas e nem sempre lícitas.⁸¹⁸

A migração da descentralização administrativa norte-americana para uma Europa, recuperada do pós-guerra e completamente seduzida pelo *judicial review* se deu de forma discreta. A influência da estrutura organizacional francesa era ainda muito presente,⁸¹⁹ com sua hierarquia centralizada vertical clássica. Apesar da sutileza do movimento, Massimo Severo Giannini, captura a mudança da burocracia europeia, nos seus primeiros passos, com um olhar detalhista e crítico, em artigo publicado em 1979.⁸²⁰ O *Estado pluriclasse* é a descrição europeia do Estado Administrativo norte-americano, cercado de novas instituições de poder.⁸²¹ O descompasso entre a Administração Pública tradicional, dependente das instituições clássicas, e a Administração Pública própria do *Estado pluriclasse*, cuja característica marcante é a *pluralidade*, de vontades, de centros decisórios, e de classes pela influência política, fica

⁸¹⁸ “The developments in recent decades in the ‘real world’ of government have brought to the policy-administration dichotomy strains which have grown almost beyond the point of empirical defensibility. In fact, on the theoretical plane, the finding of viable substitute may well be the number one problem of public administration today” (*Democracy and public service*. 2. ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 8. Adrian Vermeule, inclusive, advoga a ideia de que o Estado administrativo está no centro da teoria constitucional moderna, de forma que novas instituições burocráticas tomaram o protagonismo das instituições clássicas da teoria constitucional, Executivo, Legislativo e Judiciário. Cf. VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. In: TUSHNET, Mark V.; GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (ed.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2015. p. 250.

⁸¹⁹ Sérgio Guerra destaca que a hierarquia centralizada de matriz francesa tem origem em uma interpretação dissidente da doutrina pura da separação dos poderes, que se inicia na França pós-revolucionária e se consolidada a partir de Napoleão, tendo como ápice a criação do *Conseil d’Etat*. “A razão determinante estava no fato de que os revolucionários tinham receio dos antigos Paramentos judiciais, ligados aos privilégios do estamento que representavam. [...] Com Napoleão, criou-se uma forte máquina administrativa, alterando profundamente a natureza do Poder Executivo. Instituiu-se aquilo que se tornou a pedra angular da autonomia jurídica da Administração Pública: o *Conseil d’Etat* (Conselho de Estado)” (*Discricionariedade, regulação e reflexividade*. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 44).

⁸²⁰ “La tesi era che solamente le organizzazioni pubbliche politico costituzionali fossero strutture politico giuridiche; come ogni strumento giuridico pubblicistico finalizzato alla soddisfazione di interessi pubblici delle collettività, generali e particolari, che si ponessero in un paese” (I Pubblici poteri negli stato pluriclasse. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Roma, n° 2/3, 1979. p. 390).

⁸²¹ “Le revisioni delle istituzioni esistenti agisce spesso in profondità, e investe, in concreto, ogni oggetto di governo e di amministrazione, onde l’apparato dei pubblici poteri di oggi è, anche per le istituzioni del passato, notevolmente rammodernato” (I Pubblici poteri negli stato pluriclasse cit., p. 393-394).

evidente para Giannini, par e passo com as transformações sociais, com as diretrizes de inovação e com as evidências tecnológicas.

A estrutura organizacional fática do Estado *pluriclasse* promoveu um verdadeiro “desafio” entre os poderes clássicos.⁸²² As instituições constitucionais de poder não só deixam de se confundir com o conceito de poder público, como passam a *competir* com as novas formas de poder do novo *arranjo institucional*, para dar respostas aptas às novas demandas coletivas.⁸²³ A *doutrina pura* da separação dos poderes, portanto, não encontra apenas a voz desviante do discurso contramajoritário do Judiciário, sejam nos Estados Unidos, seja na Europa, ou na América Latina, notadamente na Administração Pública brasileira.⁸²⁴

As tensões do Estado Administrativo, inclusive, mostram-se assimétricas na relação com o Poder Judiciário. A tradição do modelo parlamentarista britânico é tão forte que M.J.C. Vile, na primeira edição da obra, chega a chamar a tolerância das Cortes, face ao poder do Executivo, de *failure of nerve*, ou seja, havia um certo temor reverencial diante da “mitologia” de que a administração apenas executa a vontade soberana do Parlamento.⁸²⁵ Já na segunda edição, em 1995, ele se rende ao fato de que as sucessivas falhas de fiscalização do Legislativo no exercício do controle sobre a Administração levaram ao colapso do sistema no final do

⁸²² Massimo Severo Giannini chama o anacronismo da administração pública tradicional de acompanhar as novas transformações sociais e políticas do Estado Administrativo de “desafio do tempo em relação à administração”, em livre tradução, ou, no original, “la sfida del tempo rispetto alle amministrazioni”. Idem, p. 389.

⁸²³ “Quel che si può osservare è che oggi, nelle collettività pluriclasse, è arbitraria astrazione dire ‘Stato’ per indicare i pubblici poteri, anche lo Stato in senso proprio, in alcuni settori meno politicizzati, ha acquistato una sua autonomia. È accaduto così proprio il contrario di quando reputavano i grandi teorici dello Stato borghese: che allora lo Stato non aveva affatto quel l’ autonomia che gli si predicava come carattere essenziale, mentre la sta parzialmente acquistando oggi che è in competizione con altri pubblici poteri” (Idem, p. 404).

⁸²⁴ A passagem do Estado Unitário para o Estado Policêntrico ocorre formalmente no Brasil algumas décadas depois da Europa, e quase um século após a horizontalidade administrativa se estabelecer nos Estados Unidos, embora elementos do novo *arranjo institucional* já viessem atuando às margens das instituições clássicas de poder, desde a Nova República, como vimos, por exemplo, com os ciclos políticos oportunistas e com a guerra partidária do presidencialismo de coalizão. Gustavo Binbenojm descreve esta passagem, focada no binômio desestatização-regulação independente, a partir de 1995: “A chamada Reforma do Estado, implementada no Brasil a partir de meados da última década do século passado, deixou como legado institucional para o país uma miríade de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, denominadas, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 42).

⁸²⁵ “The first edition of this work included a rather harsh Judgement on the British judiciary and its ‘failure of nerve’. Traditionally the British courts have been extremely tolerant of the power of the ‘executive’, reflecting the dominant mythology of a government’s executing the will of a sovereign Parliament and aware that a government with a secure parliamentary majority could quickly reverse any decisions of the courts which were distasteful to it” (VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 403).

século passado.⁸²⁶ Diante da influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da incorporação do Tratado de Roma, o sistema inglês perfeito de Dicey sucumbiu ao alargamento do papel do Judiciário, adotando um novo modelo que se aproxima do *judicial review* norte-americano.⁸²⁷

A maior assimetria no sistema parlamentarista britânico, até então, residia no domínio do Poder Legislativo. A solução encontrada, paradoxalmente, foi justamente fortalecer o papel do Poder Judiciário para equilibrar a concentração de poder do Parlamento britânico. Em 2009, inclusive, foi instituída a Suprema Corte do Reino Unido, a partir do *Constitutional Reform Act* de 2005, como a grande solução para fazer frente ao domínio do modelo de Westminster.⁸²⁸ Mais de três séculos depois do *Momento Montesquieu*, a academia britânica se rendia à separação de poderes e ao governo constitucional, como elementos centrais para o exercício do *checks and balances* do regime democrático.

Curiosamente, no modelo presidencialista norte-americano, cuja desproporção secular recaí sobre o papel inflado do *judicial review*, parte relevante do movimento acadêmico toma rumo inverso. O modelo de Westminster é considerado por parte da ciência política norte-americana como um modelo de sucesso no objetivo primordial de evitar a tirania, ao contrário do que previam Madison e Montesquieu. Bruce Ackerman, inclusive, indaga se faria sentido ainda insistir na ideia da separação dos poderes nos moldes da organização política norte-americano.⁸²⁹

A resposta do professor *Sterling* de direito e ciência política da Universidade de Yale veio através de uma festejada revisão da doutrina da separação dos poderes, após forte investigação da própria teoria política inglesa, inclusive do contextualismo da Escola de

⁸²⁶ “Compared with the parliamentary system the weakness of the American version of the separation of powers lies in its apparent inability to deliver a satisfactory degree of co-ordination between the legislative branch and the policy branch, even to the extent that government can be on the edge of collapse, as in 1995” (Idem, p. 417).

⁸²⁷ “The failure of legislatures to exercise adequate controls over the administration has led, both in the United States and in Britain to attempts by the judiciaries to fill this gap. [...] The earlier rejection of the Idea of a body of administrative law has given way to an acceptance of the need for a set of rules which restrains the exercise of administrative power In part this change can be traced to the Influence of the European Convention on Human Rights and to the fact that the Treaty of Rome has become part of English law” (Idem, p. 401; p. 403).

⁸²⁸ A mudança foi marcante, como relata Eoin Carolan: “Reforms of the United Kingdom’s constitutional order in recent years have been welcomed by jurists such as Masterman and Malleon as an overdue attempt to introduce elements of the separation theory into the British constitutional order” (*The new separation of powers. A theory for the modern state* cit., p. 1).

⁸²⁹ Cf. *The new separation of powers* cit., p. 639.

Cambridge.⁸³⁰ Influenciado expressamente pela teoria institucionalista, Ackerman analisa a expansão do modelo presidencialista norte-americano, com suas falhas de legitimação democrática, suas crises de governabilidade e seu uso equivocado da burocracia técnica estatal.

Após se valer da análise não experimental e comparativa entre diversos sistemas de governo, Ackerman descreve como um *verdadeiro desastre* a adoção do modelo presidencialista norte-americano como referencial teórico para outras culturas. Faz, inclusive, profundas referências ao modelo presidencialista brasileiro dos anos de 1980,⁸³¹ e considera que, embora nos Estados Unidos a separação bicameralista e presidencialista atingiu certo nível de sucesso, o presidencialismo plenipotenciário em outros países seria um caminho próximo à ditadura militar.

A grande escolha política do presente, portanto, seria entre o sistema de governo presidencialista, de matriz norte-americana e francesa, e o sistema de governo parlamentarista, de matriz britânica. Desde que a Suprema Corte fixou a jurisprudência da separação dos poderes sob bases originalistas, Ackerman critica os juristas norte-americanos, que se revezam em discussões pietistas sobre Montesquieu e Madison. Enquanto isso, a ciência política moderna se preocupa em desenhar um novo sistema de governo adequado ao mundo atual.⁸³²

O contexto de investigação da ciência política é amplo. Não limita o objeto separação de poderes a presidentes e parlamentos, ainda que seja uma das principais indagações. Há também linhas investigativas relacionadas ao *status* das cortes constitucional e ao papel das novas agências administrativas na organização política do *Estado Administrativo*.

A ampliação das linhas de investigação leva Ackerman a estabelecer três grandes pressupostos da legitimação da separação de poderes, no *arranjo institucional* contemporâneo: (i) o ideal democrático; (ii) a competência profissional dentro do contexto burocrático do *Estado Administrativo*; (iii) os direitos fundamentais como fonte de combate à tirania

⁸³⁰ Além de utilizar o método não empírico comparativo, Ackerman cita expressamente Pocock e usa o contextualismo e o idealismo crítico da Escola de Cambridge ao longo de todo o ensaio.

⁸³¹ Ackerman segue a escola de críticas ao presidencialismo, inaugurada pelo também professor *Sterling* de ciência política e sociologia da Universidade de Yale, Juan J. Linz. Como afirma Sanford Levinson, Linz liderou importante corrente acadêmica de crítica à expansão do presidencialismo norte-americano. Profundo conhecedor da realidade dos países latino-americanos, Linz considerava que o regime presidencial na América Latina, à sombra do modelo norte-americano, transforma os líderes em verdadeiros *caudillos*, entre regimes militares e golpes de Estado. Cf. LEVINSON, Sanford. *Framed. America's 51 constitutions and the crisis of governance*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2012. p. 232.

⁸³² Cf. *The new separation of powers* cit., p. 638-639.

Diante destes pressupostos teóricos comparativos, Ackerman abandona o presidencialismo como alternativa para o constitucionalismo global.⁸³³ O objetivo precípuo passa a ser desenhar um *arranjo institucional* que consiga expressar os ideais sociais atuais e encontrar, entre os caminhos complexos possíveis, um modelo parlamentarista que permita às instituições democráticas conter o Legislativo, que é por demais presente no modelo de Westminster.⁸³⁴

O *parlamentarismo contido* seria, portanto, uma nova proposta de separação de poderes, na medida em que os modelos parlamentaristas considerados por Ackerman como modelos bem-sucedidos, como o constitucionalismo alemão de transição do autoritarismo, cuja influência sobre modelo espanhol foi também determinante para a superação do Franquismo, o modelo da Índia, da África do Sul e do Canadá, ainda que nenhum deles tenha apresentado significativos desvios, diante do modelo de Westminster, também não conseguiram atingir a forma teórica mais eficiente.

M.J.C. Vile afirma com razão que todos os problemas da doutrina da separação dos poderes são variações atuais sobre questões que sempre estiveram presentes na evolução da própria doutrina. O que ocorre é que há no *novo arranjo institucional* atores diversos, cuja identificação foi preterida pelo direito constitucional. Na sua narrativa monotemática, em busca da justificativa democrática dos Poderes clássicos, depois que a ascensão do *judicial review* trouxe desconforto para o sistema constitucional, os juristas centraram esforços no Poder Judiciário como figura central das relações intrapoderes.⁸³⁵

⁸³³ Giovanni Sartori realça o fracasso do modelo presidencialista norte-americano, principalmente na América Latina: “Se lasciamo gli Stati Uniti approdiamo naturalmente nell’America Latina. È qui che è concentrato il grosso dei sistemi presidenziali. Ed è ugualmente qui che i sistemi presidenziali esibiscono un record preoccupante di fragilità e di instabilità. [...] È sempre azzardato separare la politica dal suo sostrato economico, sociale e culturale. E specie nel caso dell’America Latina si deve riconoscere che le difficoltà del governo presidenziale sono legate a, e sono potentemente moltiplicate da, stagnazione economica, smaccate diseguaglianze, e passivi socio-culturali” (*Ingegneria costituzionale comparata*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 91-92).

⁸³⁴ “My primary concern is to illuminate the complex ways in which institutional arrangements serve as concrete expressions of ultimate ideals [...] Constrained parliamentarianism, then, is a rising force in the world, and there is much to be learned from its practical operation over the past half-century. There is no reason to suppose, however, that any existing regime has hit upon the best way to constrain parliamentary government. Here is where my title’s promise of a “new” separation of powers enters” (*The new separation of powers* cit., p. 639-640).

⁸³⁵ O próprio Ackerman critica esta monotemática típica da teoria constitucional do século do *judicial review*: “This moment is missed in standard accounts, which emphasize a later period in the long life of the Marshall Court. In this book I do not chronicle the doctrinal twists and turns of the Marshall Court over its long history. We have more than enough of these court-centered accounts” (*The failure of the founding fathers* cit., p. 10-11).

O estabelecimento de novas relações intragovernamentais entre os atores do *novo arranjo institucional* e os atores clássicos é complexa e não parece caber em um modelo único a ser aplicado de maneira uniforme entre realidades constitucionais e institucionais diversas. Ainda que inclinações parlamentaristas sejam interessantes para a organização política de um determinado Estado, em outro o sistema pode ser oferecido à indiferença de partidos políticos preocupados com as conexões próprias das coalizões e da manutenção do *status quo*.⁸³⁶

Heather K. Gerken, atual reitora da Faculdade de Direito da Universidade Yale, por exemplo, *alma mater* de Ackerman, defende que no campo da teoria política, é uma perda de tempo tentar padronizar modelos de organização política unívocos para realidades plurívocas. Analisando as múltiplas facetas da forma de estado federalista, por exemplo, Gerken sustenta com razão que uma mesma concepção pode ter recepções diferentes a depender das interações e das estruturas institucionais.⁸³⁷ O mesmo, por certo, pode ser dito em relações aos sistemas de governo.

No caso brasileiro especificamente, o hiperpresidencialismo, identificado por Roberto Gargarella no movimento constitucionalista latino-americano, notadamente no caso brasileiro e chileno, e por Carlos Santiago Nino no constitucionalismo argentino, como legado indireto do constitucionalismo autoritário,⁸³⁸ mudou de feição ao encontrar a estrutura política baseada em interrelações institucionais multipartidárias que estimulam um equilíbrio ténue entre o Legislativo e Executivo. O chamado “presidencialismo de coalizão”⁸³⁹ enfraquece o Executivo e fortalece o Parlamento, utilizando como estratégia um jogo de compensações colaterais como garantia da governabilidade. O *parlamentarismo contido* nas relações do *arranjo institucional*

⁸³⁶ Sem resolver, por exemplo, o problema dos partidos políticos como elemento do novo *arranjo institucional*, o parlamentarismo tende a ser um fracasso na América Latina. Vejamos, nesse sentido, Giovanni Sartori: “La domanda allora è: se i paesi dell’America Latina adottassero un sistema parlamentare, la loro prassi parlamentare sarebbe migliore di quella del parlamentarismo assembleare tipico di gran parte dell’Europa continentale durante gli anni Venti e Trenta? Ne dubito assai, perché è chiaro che gran parte dell’America Latina non ha, ed è ancora lontana dall’avere, partiti ‘adatti’ al parlamentarismo” (*Ingegneria costituzionale comparata* cit., p. 94).

⁸³⁷ Academics mostly write about the case law. And in a given case, one usually does have to make a choice between one theory or another. In the legislative and administrative arenas, however, our choices are far more varied. We need not hew exclusively to one vision of federalism. We can choose all of them at once. And we do. Every flavor of federalism can be found somewhere in our system. Institutional structures and interactions vary dramatically from domain to domain, program to program. Substantial variegation can be found within the same statutory scheme” (Our federalism(s). *William and Mary Law Review*, v. 53, nº 5, p. 1550, 2012). O texto será analisado com maior profundidade na seção 5.4.1.

⁸³⁸ Ver seção 1.1, *supra*.

⁸³⁹ Conceito elaborado pelo cientista social Sérgio Henrique Hudson Abranches, para descrever o modelo político brasileiro durante a Assembleia Constituinte de 1987. ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, nº 1, p. 19-20, 1988.

brasileiro, que flertou com o hiperpresidencialismo, mas vive a realidade da coalizão, portanto, não parece ser uma solução promissora.⁸⁴⁰

As novas relações e os novos atores do *arranjo institucional* tornam o atual estágio do constitucionalismo contemporâneo extremamente complexo. A análise da obra de M.J.C. Vile neste contexto de interrelações, estratégias e interesses fornece quatro pressupostos que nos parecem fundamentais para a contextualização da doutrina da separação dos poderes na atualidade e para a construção de um caminho de interações estratégicas que afaste os Poderes da competição e promova a cooperação no ambiente constitucional financeiro.

A *uma*, deve-se presumir que, devido à natural falibilidade humana, aqueles que detenham o poder tenderão a abusar deste poder. As evidências empíricas comportamentais não sugerem o otimismo das utopias. Sugerem, ao contrário, a propensão humana para a ambição, para o desejo de poder e para o egoísmo das satisfações pessoais.⁸⁴¹

A *duas*, as instituições representam padrões de comportamento bem estabelecidos e que emanam facilidade de governança. A institucionalização destes padrões gera segurança e previsibilidade nos sistemas sociais e normativos. M.J.C. Vile afirma, no adendo escrito na segunda edição de 1995, que, ao contrário do que o behaviorismo sugere, “as instituições fazem a diferença”.⁸⁴²

Este é um ponto fundamental para a construção do DCFE. A análise institucional do padrão de comportamento internalizado em normas jurídicas demanda uma visão sistemática. Talcott Parsons, na primeira metade do século passado, desenvolveu uma vasta obra, pioneira e densa, sobre a teoria dos sistemas sociais. O direito, para Parsons, é um sistema referencialmente *aberto*, ou seja, que recepciona, internaliza e institucionaliza influências de outros sistemas. O estudo do sistema jurídico-constitucional financeiro será retomado sob estas premissas teóricas, ao longo do próximo capítulo.

⁸⁴⁰ Em recente palestra, proferida no seminário “Direito em Tempos de Covid-19”, promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, em 26 de junho de 2020, Bruce Ackerman defendeu expressamente a necessidade de o Brasil adotar uma nova Constituição: “Brazil needs a new Constitution. Increasing numbers of Brazilians are losing faith in the system established in 1989. The political corruption revealed in the Car Wash scandal, culminating in Bolsonaro’s dictatorial and incompetent response to the Coronavirus crisis, have led ordinary citizens to fear that Brazilian democracy has no future”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tKgqjgKBao0&t=2853s>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁸⁴¹ Cf. *The new separation of powers* cit., p. 406-407.

⁸⁴² Idem, p. 407. Percebe-se, neste ponto, que o autor, ao lado do behaviorismo e do institucionalismo histórico da primeira edição de 1967, adota as três concepções neoinstitucionalistas, econômicas, sociológicas e históricas, descritas por Hall e Taylor.

A *três*, o balanceamento harmônico entre os Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, nos tempos atuais, deve abranger elementos outros, influentes na estrutura de governo: partidos políticos, grupos de interesse, mídia, bem como estudos comportamentais que considerem que todas estas instituições políticas são a moldura das regras em que os atores em situação política interagem.

Neste ponto, Christoph Möllers identifica um erro extremamente influente nas narrativas contemporâneas sobre a doutrina da separação de poderes nos países de tradição romano-germânica. O modelo clássico do sistema da separação dos poderes que envolvia os estados-nações constitucionais erodiu. A estrutura política foi substituída pelo fenômeno institucional, com a elevação do papel descentralizado do *Estado Administrativo* frente à centralização política, seja parlamentar ou presidencial. Os partidos políticos, as agências reguladoras, o sistema de regulação privada, as revisões constitucionais e o fenômeno do constitucionalismo global são consequências deste fenômeno.⁸⁴³

As características desta “nova era” da análise institucional da ciência política, porém, já havia sido identificada por Martin Shapiro, em trabalho contemporâneo à obra de M.J.C. Vile. O professor emérito da Universidade de Berkeley foi um dos primeiros juristas a compreender que a complexidade da organização política norte-americana não mais dependia tanto das instituições clássicas do Estado.

A partir de um ensaio sobre a evolução do debate entre os extremos da autocontenção judicial (*judicial restrain*, por ele chamado de “*judicial modesty*”) e do ativismo judicial, Shapiro percebe que havia uma sofisticada estrutura política, composta por diversos centros decisórios, que transformavam a democracia do país em uma competição institucional entre núcleos de poder. A grande questão passava a ser como reinserir as instituições estatais tradicionais, inclusive o Poder Judiciário e suas falhas democráticas, no jogo político democrático multifacetário dos novos centros de poder.⁸⁴⁴

Depois de uma trinca de décadas de hiato, a obra de Shapiro e M.J.C. Vile se tornou um paradigma do “novo” fenômeno. Teóricos do direito constitucional e da ciência política vem repetindo o pano de fundo do novo *arranjo institucional*, como justificativa de revisão e, por

⁸⁴³ Cf. *The Three* MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers cit., p. 8.

⁸⁴⁴ Cf. SHAPIRO, Martin. *Judicial modesty political reality and preferred position*. *Cornell Law Review*, v. 47, nº 2, p. 190-193, 1962. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol47/iss2/2>. Acesso em: 18 jan. 2021. (175-203).

vezes, de substituição da “doutrina pura” da separação de poderes. Bruce Ackerman, por exemplo, chega a afirmar que “Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”.⁸⁴⁵

A *quatro*, a separação entre funções deve considerar as instituições em interações comportamentais. Além da função executiva, legislativa e judiciária, a doutrina deve abranger uma quarta função: a função de controle, porém focada menos em controlar e mais em estimular a *coordenação* entre os atores em situação política.⁸⁴⁶ A nova função de coordenação se agrega ao modelo tradicional de controle do *checks and balances*, superando o formalismo puro de relações interinstitucionais historicamente ineficazes.⁸⁴⁷

As aflições teóricas da doutrina da separação de poderes podem ser vistas, portanto, sob outro ângulo. O foco deixa de ser único na mudança dos atores clássicos para se preocupar com o *comportamento* de todos os atores envolvidos nas decisões de poder. A forma como a estrutura constitucional induz a interação entre os Poderes e entre as novas instituições decisórias passa a ser o centro das preocupações teóricas.

O problema não é só de separação de poderes, mas sim de separação de *funções* e de separação de *pessoas*. O moderno conceito de M.J.C. Vile de *processo* no governo é amplo. As relações entre o sistema de governo e o sistema político vão além de um conjunto de comprometimentos procedimentais com o *due process*, como previa a separação de poderes do modelo de governo misto. O leque de possibilidades interativas entre os Poderes constitucionais é aberto para perspectivas substantivas.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu cit., p. 14. No mesmo sentido, ver: CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers. A Theory for the Modern State* cit., p. 7/18-21.

⁸⁴⁶ Cf. VILE, Maurice J. C. *The new separation of powers* cit., p. 366-367.

⁸⁴⁷ Idem, p. 10. Autores dedicados a construir uma nova teoria institucional da separação dos poderes destacam a cooperação na interrelação institucional. Christopher Möllers, inclusive, denomina de “estrutura horizontal de cooperação” (*The three branches. A comparative model of separation of powers* cit., p. 147). Eoin Carolan sustenta que a mera existência de Poderes distintos necessariamente pressupõe a interrelação e, via de consequência, a cooperação: “From a practical perspective, the hermetic division of governmental functions envisaged by these texts was impossible to achieve. The extensive powers exercised by the organs of the state could never be satisfactorily reduced to a simplistic three-way allocation of tasks. Further, the very notion of subjecting public bodies to a concept of independence so austere as to prohibit any substantial institutional interaction bore little relation to the realities of an efficient administration. Some degree of cooperation and coordination between branches is essential if the state is to function in a cohesive manner” (*The new separation of powers. A theory for the modern state* cit., p. 19).

⁸⁴⁸ “Two further concepts must be mentioned which have not figured to any great extent in the literature on the separation of powers, but whose relation to the doctrine is of great importance. The first, an extremely ancient

A ideia do *processo* no governo é mais do que relações adjetivas entre os sujeitos constitucionais. Há um complexo conjunto de interações, próprias do exercício das *funções* constitucionais, que exige das *pessoas* envolvidas com o processo de governo um real comprometimento substantivo. Não basta cumprir regras. Os resultados são parte integrante da *accountability* constitucional da eficiência do processo de governo, além da previsão normativa de procedimentos, que reforçam a noção de que o sistema constitucional é necessariamente dinâmico e referencialmente aberto.⁸⁴⁹

A doutrina da separação dos poderes chega, portanto, ao século XXI, carregando uma considerável carga de desarmonia e competição entre instituições e Poderes. Na realidade das inquietações teóricas e práticas que a constatação das falhas democráticas impõe ao modelo consagrado pelo constitucionalismo global, a ciência política mostra ao direito constitucional que há novas perspectivas normativas a serem exploradas na complexidade política das estruturas de governo.

Em especial, há três perspectivas importantes: (i) afastar poderes e funções da política é uma *mitologia doutrinária*; (ii) a organização da estrutura política vai além de discussões procedimentais, de comprometimento com o *due process* a discussões unívocas sobre a supremacia judicial; e (iii) a revisão da doutrina da separação de poderes pode abranger uma outra abordagem que gera estímulos de interação no relacionamento dos Poderes entre si e no novo arranjo decisório institucional, como forma de aumentar a eficiência da *accountability* constitucional da função de controle do processo de governo.

Na nova separação dos poderes que a ciência política oferece ao constitucionalismo contemporâneo, a *interação política cooperativa* supera a competição isolada pelo controle, em um jogo político marcado por diversos centros dotados de poder decisório.

concept, is the idea of procedure as a check to the exercise of power. The belief that ‘due process’ is an essential part of constitutional government is of great antiquity, and it runs parallel with ideas of mixed government and the separation of powers, but has relatively rarely been explicitly linked with those ideas and made an integral part of those theories. The second notion, a much more modern one, is the idea of *process* in government. This term, although used in different ways, indicates an awareness that government and politics do not consist in the automatic operation of formal procedures, but that there is a whole complex of activities around these procedures which determines the exact way in which they will be operated, sometimes in fact bringing about through the medium of the procedure exactly the reverse of what the procedure was intended to achieve” (*Constitutionalism and the separation of powers* cit., p. 21).

⁸⁴⁹ “The concern of political studies with the role which political parties and groups play in the processes of government makes it impossible any longer to discuss a theory like that of the separation of powers purely in terms of the more formal, legal institutions of government. If the theory has anything to offer it must be able to cope with the complexities of ‘politics’ as well as the structure of governments” (Idem, *ibidem*).

A questão agora passa a ser como estimular a cooperação entre Poderes e instituições, no modelo político de raízes competitivas profundas e complexas relações que se desenvolvem no sistema constitucional dos atores em situação política e sob demandas financeiras agudas e constantes.

3.5 Conclusões parciais. A relação entre a Política Fiscal e a Constituição Financeira: uma verdade antiga e algumas novas incertezas

A difícil relação entre política e Constituição perpassa a dimensão da Constituição Política e alcança todos os subsistemas constitucionais, notadamente o financeiro, enquanto normatividade de uma atividade histórica e central do Estado.

As falhas democráticas se refletem nas instituições do Estado Democrático de Direito, causando distorções entre a política e o consenso democrático. Decisões equivocadas de gerações passadas são expostas na geração atual e condicionam o desenvolvimento das gerações futuras.

A evolução histórica do constitucionalismo norte-americano revela uma perspectiva até certo ponto evidente, mas de difícil harmonização na realidade das instituições. Muito por conta das simbioses e ambivalências entre política e direito, o binômio fiscal-social é afetado pelas falhas da dinâmica constitucional artificial de uma democracia em competição. Na dinâmica institucional pouco saudável da negociação em competição, a captura do consenso democrático por grupos de interesses financeiros é uma realidade.

No constitucionalismo europeu, as falhas democráticas se intensificaram no segundo pós-guerra, com textos constitucionais reparadores dos desastres humanitários, mas sem uma metodologia capaz de maximizar a efetivação de direitos, diante do axioma inevitável da escassez.

O constitucionalismo latino-americano, por conta do totalitarismo, viveu a mesma experiência a partir do final do século passado, com necessidades básicas de subsistência mais evidentes, textos mais amplos em concessões, porém com maiores desencantos fáticos. Muitos princípios e poucos meios fizeram da elevada intenção da dignidade da pessoa humana, uma figura constitucional retórica.

Impulsionado por este cenário democrático reparador e por textos constitucionais que ampliavam e exigiam das sociedades prestações negativas e positivas no plexo de direitos

fundamentais, o *judicial review* tornou-se uma tendência, a partir da experiência norte-americana. O constitucionalismo mundial promoveu o protagonismo do Judiciário entre a jurisdição constitucional desejável e a jurisdição constitucional ativista, com um pano de fundo que ultrapassa os limites do próprio texto constitucional.

A judicialização da política e a expansão do ativismo exacerbado chegaram como solução para as diferenças potenciais entre as previsões abstratas constitucionais e o dissabor da realidade social. Foi um fracasso. A supremacia do Judiciário desequilibrou as instituições do Estado Democrático de Direito e estimulou ainda mais a competição na negociação democrática.

No Brasil, as consequências no binômio social-fiscal foram dramáticas, principalmente em termos de sustentabilidade intergeracional. A competição democrática ultrapassou a barreira da política, afetou a harmonia dos Poderes e a autonomia dos Entes no federalismo fiscal brasileiro. A Constituição de 1988, que surgiu com o compromisso civilizatório dos direitos fundamentais, mas dentro de uma trajetória macroeconômica decepcionante, tornou-se um instrumento de disputa entre Poderes desejantes eternos, Entes desejantes eternos e Instituições desejantes eternas.

A doutrina da separação dos poderes então se tornou a grande vilã da impossibilidade prática de concretização de direitos abstratos. Com o foco exclusivo nos desvios do Judiciário, a doutrina jurídica viu a ciência política identificar no novo *arranjo institucional*, a multiplicação dos centros de poder, e elaborar formulações mais abrangentes e realistas, através da modelagem teórica multidisciplinar do neoinstitucionalismo e do contextualismo.

Novas abordagens do cânone da separação de poderes são importantes para trazer a reflexão para o tempo atual. As soluções que envolvam troca de sistemas de governo entre países em uma realidade de globalização do constitucionalismo trazem duas grandes dificuldades: (i) politicamente não é trivial promover uma mudança constitucional em estruturas políticas sedimentadas; e (ii) um novo sistema de governo, em culturas políticas ineficientes, talvez não seja suficiente para contrabalançar os desequilíbrios impostos pelo poder dominante.

Todos os sistemas têm problemas e nenhum se mostrou capaz de evitar a captura pelas facções dominantes, que tanto preocupava James Madison.⁸⁵⁰ No cenário de radicalismo extremista que ameaça a democracia, as instituições têm se mostrado como uma barreira à tirania. No combate ao autoritarismo e ao partidarismo, Sanford Levinson adverte com enorme propriedade que a mudança da cultura política é, no mínimo, tão importante quanto a estrutura formal de governo, senão mais importante.⁸⁵¹

A proposta de solução que nos parece mais promissora, portanto, não envolve o abandono da doutrina pura da separação dos poderes. apenas a análise sob a perspectiva do direito. Ao contrário, estimula o direito a pensar mais amplo. A discussão sobre a estrutura de organização política estatal e sobre os processos decisórios institucionais que permeiam a relação entre os Poderes no constitucionalismo contemporâneo faz com que a Teoria da Constituição volte a recepcionar e a ser recepcionada pela ciência política.

A abertura do direito constitucional para os problemas da *doutrina pura* da separação de poderes, identificados pelo neoinstitucionalismo e pelo contextualismo histórico da ciência política, leva a três ideias principais.

A primeira, pressupõe o retorno das discussões políticas ao debate constitucional. Não houve possibilidade teórica que se mostrou viável, isolando política e Constituição. Pablo Lucas Verdú chama este processo de *desubstancialização* em favor de uma excessiva *formalização*. Como resultado, há um aumento da dissociação entre a normatividade constitucional e a *realidade constitucional*.⁸⁵²

A segunda, reconhece que ao lado das instituições clássicas de poder, há novos elementos que transformam a sociedade, em diversos centros decisórios. A *sociedade moderna multicêntrica*, na expressão de Marcelo Neves, supera a tríade democrática estrutural de Lefort:

⁸⁵⁰ “By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community” (Federalist 10th. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist*. A collection cit., p. 48).

⁸⁵¹ “It is far easier to go from one to two to X than from zero to one. This reminds us that political culture may often be at least as important, if not more important, than formal political structures” (*Framed. America’s 51 constitutions and the crisis of governance* cit., p. 233).

⁸⁵² Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución: la constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, nº 83, p. 28, jan./mar. 1994.

poder-saber-direito. Através de “um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional”, o constitucionalismo recepciona as mudanças estruturais da sociedade moderna.⁸⁵³

A terceira, por sua vez, privilegia a cooperação como elemento indissociável de uma negociação institucional democrática que pretenda, dentro das limitações fiscais, diminuir o custo de transação político e atingir a desejável sustentabilidade intergeracional.

A cooperação entre as instituições emerge como *solução antiga*, diante dos aspectos negativos de um governo central absoluto, no surgimento do constitucionalismo moderno, ou na sobreposição de um Poder sobre os outros, no constitucionalismo contemporâneo, seja do apogeu do Judiciário, no modelo do *judicial review*, ou da emergência do Legislativo, no parlamentarismo britânico, por exemplo, ou mesmo do extremo da burocracia técnica do Executivo, nos exageros conceituais do *Estado Administrativo*.

A teoria estratégica que se estruturou desta máxima apenas demonstra que em um ambiente competitivo, onde as reputações se sobrepõem à realidade, seja em uma tirania ou em um federalismo fiscal em desequilíbrio centrípeto, a cooperação é o melhor caminho para se atingir objetivos civilizatórios.

O formalismo constitucional em relação ao direito financeiro que era a praxe do Estado Liberal, na visão de Heleno Torres, transforma-se em *diálogo* entre Constituições materiais no Estado Social e se alarga ainda mais no Estado Democrático de Direito em direção a “uma integração funcional (intertextualidade) entre a Constituição Financeira e as Constituições Econômica, Tributária, Político-Federativa e Social”.⁸⁵⁴ A Teoria da Constituição Financeira, sustenta Heleno Torres, é o “método que redefine o conteúdo do direito financeiro”.⁸⁵⁵

A *cooperação* entra, portanto, no cálculo financeiro-político como elemento hermenêutico estruturante do Estado Democrático de Direito, no meio de uma verdadeira revolução democrática nas concepções econômicas unívocas do Estado Liberal e do Estado Social. O Estado Democrático de Direito recepciona aspectos políticos, sociais, econômicos e jurídicos, como forma de atingir os fins constitucionais do Estado.

⁸⁵³ Cf. *Transconstitucionalismo* cit., p. 23.

⁸⁵⁴ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 72.

⁸⁵⁵ *Idem*, p. 73.

Esta era, inclusive, a concepção de vanguarda do professor de ciência das finanças da Universidade de Roma, Celestino Aréna.⁸⁵⁶ Para Aréna, em obra publicada na década de 1940, o cálculo financeiro-político deveria considerar aspectos socioeconômicos amplos, superando uma concepção meramente econômica de um orçamento individualista. Era a evolução da teoria unívoca funcional da ciência das finanças da Escola de Pavia, que foi paulatinamente aceita por autores mais modernos, como Cesare Cosciani, Fritz Neumark, Dino Jarach, Sainz de Bujanda. E, mesmo com a autonomia do direito financeiro em relação à ciência das finanças, não houve perda da visão multidisciplinar de um objeto plural, como refletem as obras dos autores contemporâneos.

A superestrutura fiscal brasileira está propriamente em um momento de evolução. Calcada na *cooperação* e nos diálogos institucionais que permeia a Teoria da Constituição Financeira do Estado Democrático de Direito, busca o equilíbrio da alocação moralmente eficiente do gasto público, entre a sustentabilidade da gestão fiscal, com certos contornos liberais, pelo menos em sua origem, e as demandas positivas decorrentes da efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, como moldura social, em uma sociedade de risco fiscal permanente.⁸⁵⁷

O direito financeiro precisa capturar este momento histórico e atualizar a sua metodologia para que possa se afastar de aporias passadas e aproximar o aspecto técnico-jurídico das demandas sociais aos dilemas políticos. O protagonismo de uma base dogmática que pretenda ultrapassar o aparente paradoxo dos conceitos em potencial conflito depende da persistência e da criatividade hermenêutica entre o ideal e o possível.

As *novas incertezas* de uma Constituição com viés civilizatório amplo podem se valer da *verdade antiga*: a articulação entre as instituições que interpretam a Constituição Financeira deve ocorrer em um ambiente *cooperativo dinâmico interinstitucional*, notadamente quando procuram a efetivação máxima dos direitos fundamentais.

⁸⁵⁶ Cf. ARENA, Celestino. Per una teoria politico-economica della finanza *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, v. 4, p. 3-16, mar. 1940.

⁸⁵⁷ Conceito derivado da sociedade de risco de Ulrich Beck. Será aprofundado ao longo do Capítulo 4.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM AMBIENTE DE CRISE FISCAL: O EQUILÍBRIO ESTÁVEL DE PERMANÊNCIA E OS SUBSISTEMAS EM COMPETIÇÃO

4.1 Introdução. além do “esboço de uma nova teoria da alma humana”: o estímulo civilizatório da constituição financeira

“Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro...”, escreve Machado de Assis no singular conto *O Espelho*.⁸⁵⁸ A reflexão machadiana mostra as contradições humanas entre a aparência e a realidade, entre o público e o privado, entre o reflexo e a imagem, em suma, entre a alma externa e a alma interna. Neste conjunto de contradições, privilegiar a alma externa, a aparência, o reflexo, pode ser paradoxalmente um caminho para a solidão.

Os direitos fundamentais foram elevados ao merecido posto de estímulo civilizatório constitucional da arrecadação e do gasto público. A arquitetura montada para a sua efetivação, no entanto, denota um jogo de ilusões, em que o núcleo fundamental dos direitos, a faceta interior, perde importância diante de aparências formais exteriores, sejam de cunho eleitorais, sejam de interesses individuais, sejam de obrigações rasas de *accountability*. Mostrar é mais importante do que efetivar. Em um contexto social ditado pelos ciclos eleitorais oportunistas e pela discricionariedade administrativa do espetáculo, o impacto do gasto quantitativo *exterior* substitui, com perdas sociais e fiscais significativas, o gasto qualitativo *interior*, por vezes discreto, mas efetivo.

Por que um hospital público precisa de aparelhos experimentais de imagem quando não há manutenção em aparelhos simples que podem salvar milhares de vidas? Por que inaugurar novas escolas em uma mesma localidade, quando a falta de conservação das escolas existentes estimula a evasão escolar? Ou, há justificativa para a mudança de rumo de um programa social exitoso pelo simples fato de ter sido promovido por um governo de oposição, diante do montante de recurso já empregado e dos resultados alcançados?

São perguntas que descrevem a incapacidade de os atores institucionais se coordenarem para superar a crise de efetividade dos direitos fundamentais, causada, em boa

⁸⁵⁸ Cf. ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O espelho, o esboço de uma teoria da alma humana*. Todos os contos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 65.

medida,⁸⁵⁹ pela indiscriminada abertura semântica dada aos direitos fundamentais, especialmente no segundo pós-guerra, e a constante falta de recursos para fazer frente às possibilidades interpretativas indeterminadas. A posição competitiva na alocação, fiscalização e interpretação do binômio fiscal-social na negociação institucional culmina com os resultados decepcionantes que se sucedem, a despeito das previsões constitucionais de vanguarda.

As concepções teóricas que foram desenvolvidas para tentar aumentar a efetividade dos direitos fundamentais somente pensaram em um lado da questão, ou seja, na densidade normativa dos princípios. Esqueceram, portanto, o lado concreto, qual seja, o gasto ineficiente de recursos públicos escassos para o atendimento de todas as demandas decorrentes da efetivação destes princípios.

Este problema se mostra agudo atualmente no campo do direito constitucional financeiro, em que o atendimento desmedido e descoordenado, por vezes populista, de demandas públicas decorrentes da indeterminação jurídica dos princípios constitucionais leva justamente ao paradoxo da aniquilação da densidade jurídica dos próprios princípios (situação de *lock-in* em *path dependence*⁸⁶⁰).

A relação entre os atores institucionais, ou, em perspectiva mais ampla, entre a política fiscal e a Constituição Financeira, pressupõe um desafio cooperativo interinstitucional em prol da qualidade do gasto público. O comportamento dos Entes desejantes eternos no jogo federativo estratégico e dos Poderes desejantes eternos no jogo constitucional estratégico são pontos de convergência de todo o presente trabalho, em busca do equilíbrio cooperativo.

A estas questões, dedicaremos o Capítulo 5. Há, porém, a necessidade prévia de se estabelecer duas premissas e uma técnica para se avançar rumo aos resultados pretendidos.

⁸⁵⁹ A crônica falta de efetividade dos direitos fundamentais tem vários rostos: os ciclos eleitorais oportunistas, o fisiologismo, o partidarismo, a corrupção, a competição por recursos, os comportamentos desviantes. Todos refletem e a falta de compromisso com a qualidade do gasto público e afastam o Brasil dos paradigmas ínsitos ao que Jaime Rodrigues-Arana, com base no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de dezembro de 2000, denomina de *direito fundamental à boa Administração*: “La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general” (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica*, v. 6, n° 6, p. 24, 2013). Sobre a boa administração como corolário da confiança legítima, ver: TORRES, Heleno. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 245.

⁸⁶⁰ Sobre o tema, ver seção 4.2.1, *infra*.

A primeira premissa reside na ideia de que é preciso ultrapassar aparências no campo dos direitos fundamentais. Ao estímulo civilizatório da Constituição Financeira não basta uma *efetivação de aparência*. É preciso ir além das imagens formais eleitorais, populistas ou de manobras irresponsáveis para preencher requisitos de *accountability*. A qualidade do gasto deve representar o vetor fiscalizatório de alocação dos recursos públicos na *sociedade de risco fiscal*.⁸⁶¹

A segunda premissa começa com o reconhecimento de que dentro do sistema constitucional pode haver, e não raro há, subsistemas em desequilíbrio. Visto como um sistema, o conjunto de normas constitucionais deve estar em harmonia, independentemente da variação política sobre a melhor forma de condução dos seus subsistemas. A política fiscal não pode aniquilar a política social, e assim sucessivamente. A Constituição Financeira não pode ser refém ou algoz de subsistemas desejantes.

A unidade constitucional, apesar de a dinâmica sistêmica ser a tônica da legitimação democrática da Constituição, deve ser o objetivo de qualquer metodologia que pretenda atender as exigências democráticas do compromisso constitucional. Enquanto sistema, a *realidade constitucional*⁸⁶² não se apresenta como um organismo fechado, perfeito e autorreferencial. Pelo contrário, a legitimação dinâmica está em busca constante das mutações sociais traduzidas pelos anseios políticos na formação do consenso democrático.

O ponto de partida, portanto, recai sobre uma fórmula que considere o equilíbrio dinâmico entre subsistemas dentro de uma realidade sistêmica na qual as vontades e as *emoções humanas*⁸⁶³ são canalizadas por um processo político legítimo. Por isso, a adoção do teorema dinâmico fundamental de Talcott Parsons, como elemento objetivo de verificação de eventual aceleração artificial, tanto nas escolhas políticas, quanto na jurisdição constitucional, foi o caminho escolhido neste Capítulo.

Os direitos fundamentais como estímulo civilizatório efetivo da Constituição Financeira e o sistema em equilíbrio dinâmico serão, portanto, as premissas metodológicas para estudar o círculo vicioso conceitual dos direitos fundamentais.

⁸⁶¹ Ver seção 4.2, *infra*.

⁸⁶² Ver seção 1.1, *supra*.

⁸⁶³ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Interpretação, paixões e direito. *O sentimento trágico do direito e seu ignorado aspecto fenomenológico*. São Paulo: Estante de Direito, 2019. p. 11.

No contexto dos jogos estratégicos de alocação de recursos, a *técnica* da estratégia como forma de efetivação do texto constitucional será proposta como solução de cooperação entre Entes e Poderes.

Este arcabouço teórico de premissas e técnica será considerado na relação entre o subsistema financeiro e os outros subsistemas constitucionais, dando ensejo ao que convencionamos chamar de *direito constitucional financeiro estratégico*.

A técnica do direito como um jogo estratégico pode ser um caminho para buscar a efetividade possível de direitos que convivem na *solidão das aparências*.

4.2 Direitos fundamentais e aporias na sociedade de risco fiscal: o segundo *lock in* em *path dependence* na trajetória do direito constitucional financeiro

O sociólogo alemão Ulrich Beck desenvolve a partir do final da década de 1980 uma das teorias mais interessantes sobre os impactos da modernidade no contexto social. Os efeitos colaterais das evoluções científicas, tecnológicas, industriais e econômicas impõem à sociedade uma reflexão permanente entre ganhos e riscos. A modernidade enquanto “vulcão da civilização”⁸⁶⁴ traz mudanças tão rápidas que se espalham sem que a sociedade consiga capturar as consequências negativas do desenvolvimento. Neste conjunto inexorável que se denomina progresso, o risco se coloca como uma alerta presente, entre a segurança do passado e a destruição do futuro.⁸⁶⁵

A sociedade de risco é vista por Beck como uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela própria modernização, através de novos paradigmas e novos problemas, cujas dimensões são por vezes desconhecidas e, portanto, ignoradas. A “sociedade da escassez” usa as promessas da modernização tecnológica para superar a falta de recursos e esquece dos riscos inerentes, porém desconhecidos, do progresso.⁸⁶⁶

Patrick Lagadec, em obra publicada em 1979, advertia para o que ele chamava de “o principal risco tecnológico”, ou seja, as decorrências negativas na política, na economia e no

⁸⁶⁴ Cf. BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Translated by Mark Ritter. London: Sage, 1992. p. 76.

⁸⁶⁵ Idem, p. 20-21.

⁸⁶⁶ Idem, p. 19-20.

processo de desenvolvimento, das inovações científicas. Os riscos da guerra tecnológica na atividade econômica, por exemplo, vão muito além das bombas.⁸⁶⁷ Ao lado da catástrofe humanitária, Lagadec chamava a atenção do mundo para o sofrimento humano para além das batalhas. A duração da recuperação econômica, após um grande conflito, pode se estender por gerações. As externalidades negativas das evoluções tecnológicas, inclusive no campo fiscal,⁸⁶⁸ devem ser consideradas em perspectiva social ampla.

A visão sociológica dos avanços da modernidade, portanto, é ambivalente. Desconstruindo a ilusão das múltiplas possibilidades da civilização moderna, a sociedade da pós-modernidade de Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni vê as promessas de aparência refluírem na substância do estado de crise.⁸⁶⁹ A humanidade está mais cética e se mostra gradualmente mais preocupada com os riscos ambientais, políticos e financeiros dos quais advertem Ulrich Beck, com as díades de segurança *versus* perigo e de confiança *versus* risco de Anthony Giddens,⁸⁷⁰ e com a *auctoritas* e a irreversibilidade potencial do estado de exceção permanente de Giorgio Agamben.⁸⁷¹

Podemos dizer que hoje vivemos na *sociedade de risco fiscal*, entre a iminência de o passado ser determinante no presente e o presente ser inviabilizador do futuro. A estabilidade presente intrageracional não é garantia de sustentabilidade intergeracional. Neste cenário temporal de incertezas, as instituições encontram no próprio texto constitucional, subsistemas em conflito potencial.⁸⁷²

⁸⁶⁷ “L’important n’est pas seulement la bombe mais la guerre, indique Jaspers; ce qui signifie pour nous: non pas seulement la catastrophe mais l’organisation et la conduite de l’activité économique” (LAGADEC, Patrick. *Le risque technologique majeur: politique, risque et processus de développement*. Paris/Oxford: Pergamon Press, 1979. p. 7).

⁸⁶⁸ Idem, p. 313-314.

⁸⁶⁹ “A modernidade retirou suas promessas. A pós-modernidade as subestimou, até zombou delas, preenchendo o espaço com brilhos imagens, cores, sons; substituiu substância por aparência e valores por participação” (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 70).

⁸⁷⁰ Cf. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp. 2017. p. 17.

⁸⁷¹ “Se é verdade que a articulação entre vida e direito, anomia e *nomos* produzida pelo estado de exceção é eficaz, mas fictícia, não se pode, porém, extrair disso a consequência de que, além ou aquém dos dispositivos jurídicos, se abra em algum lugar um acesso imediato aquilo de que representam a fratura e, ao mesmo tempo, a impossível recomposição” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 132. Sobre o tema, ver, ainda: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004; FAORO, Raimundo. *Os donos do poder* cit., p. 592-681; VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 46-59.

⁸⁷² No Brasil, a situação é descrita, por exemplo, por Gilberto Bercovici e Fernando Massoneto, como a constituição dirigente invertida, em que o privilégio único da política fiscal, da Constituição Financeira,

A crise fiscal intrageracional e intergeracional é um problema do constitucionalismo mundial. A incerteza fiscal passada de geração a geração transforma os debates sobre a efetivação dos direitos fundamentais. De grande conquista civilizatória e símbolo máximo da vitória da humanidade sobre a intolerância, os direitos fundamentais passam a ser centrais no discurso de captura político-ideológica do radicalismo.

A falta de previsibilidade quanto à eficácia social aumenta na medida em que as previsões abstratas do constitucionalismo democrático, plural e calcado em valores supremos como a dignidade da pessoa humana, não bastam para atingir a sua plena eficácia social.⁸⁷³ Sob a forma de aporias retóricas, a crônica inépcia da efetividade estimula irritações e soluções simplórias sectárias, através de discursos lamentavelmente sedutores em uma sociedade dividida.

O argumento vazio do ódio no sistema constitucional desequilibra a unidade dos subsistemas e desvia a atenção do problema fiscal fundamental, adjacente à incapacidade institucional de efetivar os direitos largamente previstos nas Constituições contemporâneas.

No conjunto de incertezas da sociedade de risco atual, Pablo Lucas Murillo de La Cueva, juiz da Corte Constitucional espanhola, indaga qual será a sorte do constitucionalismo no tempo imediato que nos aguarda, diante das críticas à falta de efetividade que leva ao

importa no esquecimento de diretrizes importantes de desenvolvimento, previstas pela Constituição Econômica: “[...] a desarticulação das ordens financeira e econômica nas constituições reflete a contradição do novo padrão sistêmico de acumulação com o paradigma da constituição dirigente, implicando o surgimento de um novo fenômeno: a constituição dirigente invertida” (BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida. A blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. 49, p. 58, 2006). A experiência italiana, por sua vez, tem um exemplo recente muito esclarecedor dos subsistemas em conflito. Diante da crise que assolou o País, a Corte Constitucional italiana, em decisão de 2017, classificou, diante do arcabouço teórico da Constituição, que o direito à saúde e os cortes das despesas com programas sociais são despesas constitucionalmente necessárias, não cabendo ao legislador ignorar as prioridades constitucionais. Sobre a *Sentenza* nº 169, de 2017, assim resume Luca Antonini: “Certamente uno l’ha individuato la Corte costituzionale italiana quando ha recentemente introdotto la nozione di ‘spesa costituzionalmente necessaria’ in relazione al diritto alla salute e ai tagli alla spesa per i programmi sociali, implicitamente mostrando come il legislatore non sia libero di ignorare le priorità costituzionali – sanità, scuola, previdenza – destinando le risorse disponibili a obiettivi che la Costituzione non impone” (Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo. In: ROMBOLI, Silvia (coord.) *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*. Balances y perspectivas en la Europa constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. v. I, p. 337).

⁸⁷³ Valter Shuenquener de Araújo destaca, com razão, o custo social da adoção da principiologia no sistema decisório jurídico deve levar em conta os seus limites e possibilidades para evitar os custos decorrentes da insegurança jurídica: “A elevação dos custos a serem arcados pela sociedade em razão da substituição de um processo decisório apoiado essencialmente em regras por um sistema primordialmente orientado por princípios é algo que precisa ser levado em consideração” (*O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p. 118).

surgimento de bandeiras políticas radicais.⁸⁷⁴ Luca Antonini, juiz da Corte Constitucional italiana, em reflexão sobre os desconfortos da modernidade, destaca que o desafio crucial é o de dar uma resposta honesta ao aumento dramático da desigualdade no constitucionalismo atual.⁸⁷⁵ Daniel Sarmento adverte que a centralidade generosa da dignidade da pessoa humana em textos constitucionais não tem bastado para assegurar a sua eficácia social.⁸⁷⁶ Claudio Pereira de Souza Neto, em obra recente, conclui, destacando que na atualidade está em curso o processo de adoção do *princípio aristocrático*, como norte de enfraquecimento do corpo social.⁸⁷⁷

A teoria constitucional na sociedade de riscos do radicalismo ganha uma abordagem inovadora e interessante de Adrian Vermeule. A estrutura constitucional se coloca como um importante elemento de regulação dos riscos políticos que emergem da vida política.

Do golpe militar ao abuso ideológico contra minorias, da corrupção endêmica, à incompetência administrativa, os riscos são amplos e carregam um significativo potencial de destruição. As Constituições coordenam as expectativas das instituições em direção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, através de decisões em sequência que protejam as instituições dos desejos unilaterais de outras instituições e das pretensões individuais delas próprias.⁸⁷⁸ Nesse sentido, conclui Vermeule, as Constituições são instrumentos de *gerenciamento de riscos políticos*.

⁸⁷⁴ “Parece claro que el panorama expuesto nos plantea la pregunta de cuál habrá de ser la suerte de la Constitución en el tiempo inmediato que nos aguarda. Porque todas esas críticas y todos los propósitos que llevan consigo –y sigo refiriéndome a España– van asociados a la descalificación de una Constitución, la de 1978, nacida del compromiso democrático, que ha permitido refundar el ordenamiento jurídico a partir del presupuesto de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes y conformar desde esos fundamentos un Estado social y democrático de Derecho en términos semejantes a como se hizo antes en Europa occidental a partir de 1945. Nuestra Constitución, que supuso una ruptura pacífica con el régimen de Franco mediante un proceso de transición considerado singular y ejemplar por propios y ajenos, es descalificada por quienes no lo vivieron y nutren las filas de algunas de las formaciones políticas recién aparecidas” (DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *La Constitución en tiempos de crisis*. In: ROMBOLI, Silvia (coord.). *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2020. v. 1, p. 70).

⁸⁷⁵ “La sfida cruciale è allora quella dell’avvio di una discussione onesta che sappia elaborare una narrazione dove, considerando il drammatico aumento della diseguaglianza, si riesca a intercettare e comprendere il disagio della postmodernità, così da iniziare realmente a rispondervi” (Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo cit., p. 339).

⁸⁷⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 15.

⁸⁷⁷ Cf. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. Valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro/São Paulo: EdUERJ/Contracorrente, 2020. p. 148.

⁸⁷⁸ “In what follows, I attempt to provide such a framework. I claim that constitutions, and public law generally, are best understood as devices for regulating and managing political risks. Whoever and wherever we are, we

O desenho constitucional de Vermeule parte de técnicas capazes de balizar a “análise de risco” ou a gestão de “risco político”, sejam eles decorrências inevitáveis da modernidade, como em Ulrich Beck, sejam eles decorrências de desentendimentos políticos na interpretação da estrutura constitucional.⁸⁷⁹

A gestão do risco político pela Constituição, acrescenta Vermeule, pressupõe a adoção de mecanismos próprios do *risk management* no âmbito da teoria constitucional. A teoria da decisão, a ciência política, a psicologia comportamental, a economia do bem-estar e a técnica estratégica da teoria dos jogos são, portanto, formas de mitigar os riscos políticos que advém do convívio constitucional.⁸⁸⁰

No cenário atual, em que o extremismo e a dúvida refluem sobre os textos constitucionais como riscos políticos e ideológicos, o resgate do sentimento constitucional, enquanto elemento que expressa emocionalmente⁸⁸¹ os avanços civilizatórios obtidos e que ainda serão obtidos por gerações futuras, é um objetivo a ser almejado pela chamada racionalidade da Constituição transversal, entre a política e o direito.⁸⁸² A estrutura constitucional tende à unidade sistêmica, considerando as realidades social, fiscal e política

inevitably have a “constitution of risk,” in the sense that constitutional law structures and regulates the risks that arise in and from political life. Constitutional theory and public discourse is fraught with debates, arguments, and worries about political risks – risks ranging from the large-scale and episodic, such as an executive coup or military putsch, to the small scale and chronic, such as political abuse of ideological or ethnic minorities, ambient low-level corruption, and official incompetence. VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 1-2.

⁸⁷⁹ Idem, p. 2.

⁸⁸⁰ “This claim draws on a large and diverse set of insights developed in disciplines such as decision theory, game theory, welfare economics, political science, and psychology.” Idem, p. 6. Vermeule atribui importância precípua ao risco político. Os riscos derivados da modernidade, como destaca Ulrich Beck, são considerados por Vermeule como *first-order risks* que são geridos por políticas governamentais substantivas. Por outro lado, a teoria constitucional deve se ocupar dos *second-order risks* que nascem do desenho institucional, da alocação de poder através das instituições que justamente tomam decisões sobre os *first-order risks*. Em suas palavras: “Constitutional law structures the power of government and allocates it in complex ways to a set of institutions, themselves constituted by the same law. Any such structure creates the chance of various good or bad political consequences, just as any policy for regulating nuclear power creates the chance of various good or bad environmental and economic consequences. Constitutional rulemakers will have to assess and then somehow compare and balance the goods and bads that might arise from various institutional designs and allocations of power across institutions – precisely the sort of decision that risk analysis addresses”. Idem, p. 4. No mesmo sentido, Dieter Grimm coloca a política como tema central da regulação constitucional: “Above all, it required a unified public power functionally specialized in politics as the possible object of regulation by a constitution” (GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future* cit., p. 239).

⁸⁸¹ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação do sentir constitucional como modo de integração política cit., p. 173.

⁸⁸² Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 62.

como mitigadoras de riscos de inversão do grau civilizatório que a cada geração coube conquistar.⁸⁸³

A diminuição da entropia constitucional como ponto de partida para alcançar o equilíbrio institucional passa pela *unidade* como referência estrutural de harmonização do risco político. Uma *unidade* transversal a um sistema estrutural dinâmico, mas sobretudo reflexiva entre os sistemas político e jurídico,⁸⁸⁴ que procura levar a política fiscal próxima do equilíbrio ótimo de Pareto ou, ao menos, Pareto-superior,⁸⁸⁵ entre o grau de satisfação desejável e possível dos direitos fundamentais.

4.2.1 O círculo vicioso argumentativo na efetivação dos direitos fundamentais

O papel do cientista social, quer seja a ênfase no sujeito, como propõe o *idealismo*, quer seja o destaque no objeto, consoante o *materialismo*,⁸⁸⁶ recai sobre a análise multifacetária de fatos, ciclos, eventos e tendências.

A busca de métodos capazes de interpretar situações passadas e presentes e impulsionar a sociedade em direção à mitigação dos riscos da incerteza futura exige uma abordagem plurívoca, despida de preconceitos. A construção de uma metodologia propícia a identificar erros e acertos atende a diversas demandas, inclusive a de promover a alocação adequada de recursos para o atendimento de necessidades presentes e futuras. Desta forma, pretende-se superar barreiras impostas por um ambiente dominado por afetos⁸⁸⁷ e ideologias,

⁸⁸³ Canotilho sustenta que a “proibição do retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* [...]” (*Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 339). Já Heleno Torres sustenta o papel da segurança dos direitos no novo constitucionalismo: “O Estado Democrático de Direito prospera no novo constitucionalismo como o Estado da segurança dos direitos. Traz consigo garantias formais e materiais para converter os direitos sociais e econômicos em realidade, sob o pálio da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais e proibição ele retrocesso dos direitos sociais conquistados, além da cláusula de eternidade e aplicação de toda a Constituição, como formal e material, na sua completude” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 84).

⁸⁸⁴ Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo* cit., p. 62.

⁸⁸⁵ Ver seção 4.4, *infra*.

⁸⁸⁶ Na concepção de Carlos Marques Pinho, “As oposições entre as duas grandes correntes filosóficas – materialismo e idealismo – resultam sobretudo da ênfase dada ao sujeito ou ao objeto. Qualquer que seja o ponto de partida, entretanto, é sempre por meio do pensamento, do raciocínio, que se chega ao conhecimento” (PINHO, Carlos Marques. *Metodologia da ciência econômica*. In: GREMAUD, Amaury (org.). *Manual de economia: equipe de professores da USP*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 606).

⁸⁸⁷ Expressão utilizada em linha com a terceira parte da *Ética* de Spinoza, ou seja, como forma de aumento ou diminuição da *potência de agir* do ser humano. Cf. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016. p. 95 e ss. Esta ideia será retomada com maior desenvoltura na seção 5.1 deste trabalho.

quase sempre contraditórios entre si, e de instituições que tendem a manter a falsa segurança da tradição, constringendo mudanças subsequentes às escolhas tomadas na época da sua constituição.

No contexto do *institucionalismo histórico*, portanto, as possibilidades de escolhas no presente estariam atreladas às seleções realizadas num dado momento passado, inseridas no processo alocativo dinâmico, ou seja, no processo de *path dependence*.⁸⁸⁸ O que leva à conclusão de que, na análise factual institucional, a história necessariamente importa.⁸⁸⁹

Mais do que isso: o olhar científico em direção a esta *trajetória de dependência* histórica não deve sofrer preconceitos ou paixões que desviem o foco de uma análise crítica e pluridimensional dos fatos. Não deve haver divisões, rótulos, limites ou sectarismos entre ramos da ciência quando se buscam metodologias catalizadoras da evolução social, baseadas em uma análise factual histórica de instituições e políticas.⁸⁹⁰ Desta forma, o método histórico acaba por ganhar contornos críticos, detalhistas e multifacetários. Mas nem sempre foi assim.

Até o início do século passado, a historiografia limitava-se a fatos. Descrição uniforme de fatos, com uma narrativa linear, cronológica e essencialmente positivista.⁸⁹¹ Focada em grandes homens e seus feitos, privilegiava destacados eventos políticos e baseava-se empiricamente em documentos oficiais,⁸⁹² desprezando fatos colaterais – por vezes até de maior relevância para a própria história – e fundava seu pilar valorativo unicamente em fatos

⁸⁸⁸ Ver seção 1.1, *supra*.

⁸⁸⁹ Douglass C. North assim destaca a importância da análise histórica: “History matters. It matters not just because we can learn from the past, but because the present and the future are connected to the past by the continuity of society’s institutions. Today’s and tomorrow’s choices are shaped by the past. And the past can only be made intelligible as a story of institutional evolution. Integrating institutions into economic theory and economic history is an essential step in improving that theory and history” (NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance* cit., p. vii).

⁸⁹⁰ Cf. MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The new institutionalism: Organizational factors in political life. *American political science review*, v. 78, nº 3, p. 734-749, 1984.

⁸⁹¹ Cf. COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo. *Revista de História*, v. 2, nº 5, p. 81-103, 1951.

⁸⁹² Paolo Grossi descreve a ruptura da *nouvelle histoire* esta mudança com aguda sensibilidade: “Naquela mensagem florescia, antes de mais nada, um incômodo e uma exigência: o incômodo em relação ao opressor positivismo do século XIX ainda vital no século XX, em relação ao *métier* de um historiador reduzido a fria exegese do documento escrito, em relação à sepultura arquivística do decodificador e descritor de *cartulaires*; a exigência de subtrair o historiador ao culto unilateral e monopolista da *charte* para colocá-lo em contato com uma gama variada e viva de testemunhos do passado, invocando, juntamente com a presença de uma necessária abordagem crítica, o aporte de uma humanidade completa do pesquisador em que encontram finalmente lugar impulso, intuição e imaginação” (GROSSI, Paolo. História social e dimensão jurídica. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 4, nº 2, p. 8-9, 2009).

cronológicos e em sua comprovação documental, limitando o papel do historiador a um mero “coletor de fatos”.⁸⁹³

A história factual positivista se estabelecia como um ramo do conhecimento narrativo e estanque. Bastava-se a si mesma e se conformava com um objeto limitado, em confronto com as possibilidades interpretativas, dinâmicas e heterogêneas, que poderiam ser atingidas com a multidisciplinaridade e a análise factual crítica.

A partir de um movimento iniciado em França em 1929, com a publicação da célebre revista chamada *Annales d'Histoire Économique et Sociale*, por Lucien Febvre e Marc Bloch, as críticas a esta história positivista, pura e isolacionista, que já vinham ganhando corpo com Henri Berr e sua *Revue de Synthèse Historique*, tomaram forma definitiva e inovaram a metodologia historiográfica.⁸⁹⁴ A denominada “Revolução francesa da história”⁸⁹⁵ surgiu como uma “revolução de paradigma”,⁸⁹⁶ introduzindo a história-problema, com uma pluralidade analítica de fontes, e, mais importante de tudo, a multidisciplinariedade,⁸⁹⁷ aproximando a história a outras ciências humanas, e colocando o historiador de volta ao centro da discussão historiográfica.⁸⁹⁸

A insatisfação de dois jovens professores, então da Universidade de Estrasburgo, criou uma revista revolucionária. A influência da chamada *escola dos Annales* inovou completamente

⁸⁹³ “[...] what distinguishes the historian from the collector of historical facts is generalization” (ELTON, Geoffrey R. *The new Cambridge Modern History. Institute of History, Research Centre for the Humanities. Hungarian Academy of Sciences*, v. 2, nº 1/2, p. 20, 1963).

⁸⁹⁴ “O ideal de Berr, uma psicologia histórica construída através de uma cooperação interdisciplinar, teve grande ressonância em dois jovens que escreveram para a sua revista. Seus nomes: Lucien Febvre e Marc Bloch” (BURKE, Peter. *A escola dos Annales (1929-1989). A Revolução Francesa da historiografia*. São Paulo: UNESP, 1992. p. 27).

⁸⁹⁵ “Lucien Febvre e Marc Bloch foram os líderes do que pode ser denominado Revolução Francesa da Historiografia” (Idem, p. 20).

⁸⁹⁶ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 13.

⁸⁹⁷ A pluridisciplinariedade na historiografia foi uma das maiores inovações introduzidas pela chamada *Escola dos Annales*. “Como dizia Febvre, com o seu característico uso do imperativo: “Historiadores, sejam geógrafos. Sejam juristas, também, e sociólogos, e psicólogos” (Febvre, 1953. p. 32). Ele estava sempre pronto “para pôr abaixo os compartimentos” e lutar contra a especialização estreita. De maneira similar, Braudel escreveu *O Mediterrâneo* como o fez para ‘provar que a história pode fazer mais do que estudar jardins murados’” (BURKE, Peter. *A Escola dos Annales (1929-1989)* cit., p. 13).

⁸⁹⁸ No prefácio da primeira edição de 1929, Lucien Paul Victor Febvre e Marc Léopold Benjamin Bloch já previam a ruptura com os métodos tradicionais e a inovação na metodologia histórica: “Historiens l’un et l’autre, ayant fait sensiblement les mêmes expériences et tiré d’elles les mêmes conclusions, nous sommes, depuis longtemps, frappés des -maux qu’engendre un divorce devenu traditionnel” (BLOCH, Marc; FEBVRE, Lucien. *À nos lecteurs. Annales d’histoire économique et sociale. 1e année*, nº 1, 1929. p. 1-2. Disponível em: www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ahess_0003-441X_1929_num_1_1_1031 . Acesso em: 1º jun. 2020).

a forma de desenvolver o saber histórico⁸⁹⁹ e fundou as bases do que hoje se entende por *nouvelle histoire*.⁹⁰⁰

Assim como ocorre com a historiografia, outros ramos do conhecimento social vêm usufruindo a inovação que emerge da insatisfação com a hermenêutica puramente factual. A análise crítica plural substitui, com elevado sucesso, a descrição factual pura de um determinado ramo da ciência. E o direito não é alheio a esta “crise paradigmática”.⁹⁰¹

O convite à recuperação metodológica do direito, enquanto “uma das tramas que naturalmente se inserem nos nervos do tecido de uma civilização”, nas palavras de Paolo Gossi, é “um convite a um diálogo entre historiador social, historiador do direito e jurista”, em busca de uma *nouvelle histoire* em que o direito possa oferecer ao seu operador “uma diversidade de comportamentos do jurídico”.⁹⁰² À sua metodologia contemporânea – em especial na seara da teoria da constituição – vêm sendo aliados mecanismos críticos plurais que ampliam as “possibilidades interpretativas”⁹⁰³ de institutos antes tidos como paradigmas. Esta verdadeira *reconstrução* tem como ponto de partida a *realidade* de determinada sociedade, buscando elevá-la a um *ideário hermenêutico*, integrando a estrutura normativa com a dimensão político-sociológica, e utilizando uma técnica *imaginativa contrafactual*⁹⁰⁴ que importa na superação da dicotômica oposição entre as perspectivas descritiva e prescritiva.⁹⁰⁵

A proposta do presente trabalho é justamente ultrapassar a mera análise unidimensional factual e, através de uma abordagem pluridimensional de tempo-espço,

⁸⁹⁹ A escola dos *Annales* foi extremamente importante para a formação dos historiadores no Brasil. Tanto que um de seus maiores expoentes, Fernand Braudel, que além de diretor da emblemática Revista *Annales: économies, sociétés, civilizations* de 1947 a 1968, foi sucessor de Lucien Febvre no Collège de France (1949), esteve presente na fundação da USP, em 1934 e lecionou na universidade, formando uma geração de estudiosos de seus métodos. Sobre a importância de sua passagem no Brasil, por todos, vide: MARTINEZ, Paulo Henrique. Fernand Braudel e a primeira geração de historiadores universitários da USP (1935-1956): notas para estudo. *Revista de História*, nº 146, p. 12, 2002.

⁹⁰⁰ “A *nouvelle histoire*, prefigurada – nos primeiros anos do século XX – na *Revue de Synthèse Historique* de Henry Berr, tem a sua epifania completa e madura na complexa, mas definida mensagem cultural de Lucien Febvre e de Marc Bloch, tão complexa, mas tão definida a ponto de exigir e de legitimar um instrumento contínuo de encontros e desencontros como os *Annales* (GROSSI, Paolo. *História social e dimensão jurídica cit.*, p. 8-9).

⁹⁰¹ Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas cit.*, p. 29.

⁹⁰² Cf. *História social e dimensão jurídica cit.*, p. 5/22.

⁹⁰³ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 257.

⁹⁰⁴ Cf. POWER, Michael K. Habermas and the contrafactual imagination. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (org.). *Habermas and law and democracy: critical exchanges*. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1998. p. 207-225.

⁹⁰⁵ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, nº 1, p. 89-104, 2006.

promover um olhar crítico em direção a um problema histórico: a gradual positividade dos direitos humanos e de suas garantias, decorrente, em larga margem, das grandes revoluções do século XVIII, foi acompanhada de uma eficácia social muito aquém da sua concepção abstrata, até mesmo no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo.

Dito de outra forma, a humanidade falha sistematicamente geração após geração em retirar de comandos abstratos de alta penetração conceitual, o substrato que permita dar ao ser humano uma existência digna.⁹⁰⁶ Não há, portanto, sustentabilidade intrageracional, quanto mais intergeracional na efetivação dos direitos fundamentais. O planejamento estratégico dos direitos fundamentais, mesmo no atual estágio de globalização do direito constitucional,⁹⁰⁷ é falho.

Esta constatação tem provocado reações no campo da ciência jurídica que, além de combater o lamentável componente cultural de diferenciação das minorias, aproximam a teoria geral dos direitos fundamentais ao direito constitucional financeiro. Entretanto, ainda que legítimas, especificamente no campo econômico, as reações, por vezes, correspondem a teorias jurídicas, descritivas ou prescritivas, desconectadas da *realidade inexorável* de que os recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas são escassos.⁹⁰⁸ A escassez de recursos é uma restrição quase física⁹⁰⁹ que resume e dá sentido à existência da ciência econômica, tem impacto na dimensão político-sociológica e, por via de consequência, na dimensão normativa.

⁹⁰⁶ Daniel Sarmiento, em uma das mais destacadas obras sobre o tema, adverte que, na realidade brasileira, há “uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. Ela também se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares, na plutocratização da política e no desrespeito às diferenças identitárias. Esta desigualdade tem um forte componente econômico, mas também se deixa permear por outros critérios de diferenciação para a eleição das suas vítimas” (*Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia cit.*, p. 59).

⁹⁰⁷ Sobre o fenômeno de globalização do direito constitucional, ver: TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper n° 09-06*. 18 Dec 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766. Acesso em: 29 dez. 2020; e, especificamente sobre a globalização no conceito da dignidade da pessoa humana, ver: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 33-40.

⁹⁰⁸ Sobre a necessidade de uma amplitude metodológica contemporânea da teoria da constituição financeira, discorre Heleno Taveira Torres: “A complexidade do Estado e da sua atividade financeira, ao longo do último século, assumiu proporções nunca imaginadas. [...] Nesta amplitude, viu-se ruir o tênue edifício da sua unidade de método, pelas fundações assentadas entre finanças, economia e juridicidade, sobremodo cambiantes conforme as mudanças sociais, econômicas e políticas” (Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira cit.*, p. 35).

⁹⁰⁹ Cf. RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à economia. In: GREMAUD, Amaury (Orgs.) *Manual de economia: equipe de professores da USP*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

A percepção do problema, portanto, irá pressupor esta *realidade econômica*. Como ponto principal, parte-se da premissa de que não há vantagem para a teoria dos direitos fundamentais em formulações teóricas que desconheçam a realidade da escassez de recursos na atividade financeira do Estado, ainda que a intenção por trás de cada uma destas construções se baseie nos mais elevados propósitos. Como afirma Susan Rose-Ackerman: “[s]e os recursos são realmente escassos, teríamos alguma vantagem em ignorar a verdade?”⁹¹⁰

Ignorar esta realidade, aliás, tem conduzido somente a angústias teóricas e a um paroxismo constante: quanto maior o descontrole, a falta de planejamento eficiente⁹¹¹ e a *atuação descoordenada do Poder Público*,⁹¹² menor é a eficácia social dos direitos fundamentais e mais evidentes se tornam as carências decorrentes da escassez de recursos. E o sentimento legítimo de que algo deva ser feito, em vez de atacar a origem do problema, foca esforços em formulações jurídico-teóricas complexas, que, no mais das vezes, apenas conseguem esconder, no plano empírico, o problema econômico fundamental da escassez que, ao fim e ao cabo, na realidade dos fatos, é evidente.⁹¹³

Ultrapassar a mera análise unidimensional factual, no presente caso, portanto, pressupõe voltar à origem do problema e formular uma *reconstrução* hermenêutica crítica à histórica atuação errática do Estado no plano concreto,⁹¹⁴ no que concerne à *eficiência*

⁹¹⁰ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. *Yale Law Journal*, v. 98, nº 2, p. 341, 1988. Tradução livre. E continua a professora de Direito e Economia Política da Universidade de Yale: “Economics tries to reveal the costs in time, money, and energy of all of life's enterprises; it refuses to permit dreamers to ignore scarcity. But if resources really are scarce, are we better off ignoring the truth?”.

⁹¹¹ Sobre o problema da falta de planejamento eficiente no gasto público, vide: MENDES, Marcos José. *Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público*. Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008. (Texto para Discussão 38). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/94270>. Acesso em: 7 jun. 2016.

⁹¹² Por *atuação descoordenada do Poder Público*, entenda-se o exercício isolado e ineficiente da função institucional e, principalmente, a falta de uma *coordenada* atuação dialógica institucional entre os Poderes.

⁹¹³ Esta também é a percepção de Guido Calabresi: “[...] are the legal scholars who are describing the legal reality looking at the world as it really is? Or is there something in their way of seeing the world that has led them to mischaracterize that reality?” (CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven and London: Yale University Press, 2011. p. 3).

⁹¹⁴ Sobre a importância da história e da realidade factual na interpretação constitucional, discorre Virgílio Afonso da Silva: “A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 143).

*econômica*⁹¹⁵ dos direitos fundamentais.⁹¹⁶ Iremos abordar, neste estudo, precipuamente, a dimensão financeira sustentável do que Guido Calabresi e Phillip Bobbit chamam de *escolhas trágicas*, ou seja, escolhas alocativas moralmente eficientes em um complexo ambiente de escassez.⁹¹⁷

A teoria geral dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à sua ligação com a teoria da Constituição financeira, para fins de ampla promoção da eficácia social dos direitos, quando desconsidera a realidade econômica da escassez, chega a uma situação de *lock-in em path dependence*, ou seja, em círculos argumentativos⁹¹⁸ que trazem resultados abaixo da desejável margem de realização dos direitos fundamentais.

4.2.2 O infinito, a escassez e os direitos fundamentais

A limitação das necessidades humanas⁹¹⁹ como contraponto entre vontade e escassez revela um aspecto fundamental do pensamento econômico. Se por um lado, impõe uma relação de constante incômodo entre o bem individual e o coletivo, cujo equilíbrio é objeto de paixões ideológicas eternas, por outro lado, determina a maneira mais eficiente pela qual a sociedade

⁹¹⁵ Eficiência econômica, para Rachel Sztajn, “significa aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menos dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função” (ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 83).

⁹¹⁶ Não é objeto do presente trabalho entrar na discussão maiúscula da proteção ao mínimo existencial e do conceito desenvolvido a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfGE 33,303/1972) de “reserva do possível” (*Verbehalt des Möglichen*). Para tal, vide, por todos: SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, v. 32, p. 79-104, 2005. Buscamos, neste trabalho, dar enfoque a uma solução jurídico-econômica para o problema histórico, que em absoluto nega as construções teóricas relevantíssimas citadas, principalmente no que se refere a parâmetros de atuação e interpretação judiciais. Apenas tenta-se demonstrar um outro lado do problema: o lado da eficiência econômica, através de uma atuação dialógica institucional, sobre o aspecto qualitativo do gasto público, e sua influência sobre a eficácia social dos direitos fundamentais.

⁹¹⁷ Os professores da Universidade de Yale e da Universidade do Texas, respectivamente destacam um exemplo ilustrativo do papel da moral e da economia nas *escolhas trágicas*. No caso da alocação de máquinas de diálise, por exemplo, caso se permita a livre concorrência privada desregulada, poderia importar na escolha de que paciente com maior poder aquisitivo teriam uma chance maior de sobreviver do que paciente com condição financeira menor. Tal resultado, concluem, poderia criar uma indignação moral e ofender o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: N.W. Norton & Company, 1978. p. 98-117).

⁹¹⁸ Ver seção 1.1, *supra*.

⁹¹⁹ O conceito de *necessidade humana* aqui adotado não se resume, como adverte Fabio Nusdeo, ao mero desejo isolado, mas sim ao “desejo socialmente manifestado, o qual leva a uma ação por parte de quem o experimenta” (NUSDEO, Fabio. *Curso de direito econômico: introdução ao direito econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23-24).

decide empregar recursos produtivos escassos na produção de bens.⁹²⁰ Em última análise, determina os problemas econômicos fundamentais: o que e quanto se produzir, como produzir e para quem produzir.⁹²¹

A escassez, por certo, importa em escolhas e escolhas⁹²² pressupõem valorações subjetivas e objetivas sobre a necessidade humana, que se diz ilimitada.⁹²³ O resultado desta valoração é decorrência inequívoca da constatação de que não existem recursos aptos a atender a todos. Pode-se dizer assim que dentro de um conjunto de necessidades infinitas, escolhem-se possibilidades finitas, para formar o conjunto de vontades satisfeitas. Desta forma, o conjunto de necessidades nunca irá corresponder ao conjunto de satisfações,⁹²⁴ sendo a limitação mais do que desejável, inexorável.

A constatação, aparentemente óbvia no campo conceitual, não se mostra tão evidente quando colocada em termos de atendimento pelo Estado de demandas sociais.⁹²⁵ A intuição coletiva primária, diante de uma situação concreta particular de necessidade imediata de

⁹²⁰ “Given unlimited wants, it is important that an economy make the best use of its limited resources” (SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 19. ed. New York: Irwin/McGraw-Hill, 2009. p. 4-5).

⁹²¹ Cf. VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval; GARCIA, Manuel Enrique. *Fundamentos de economia* cit., p. 3.

⁹²² As escolhas são influenciadas pela racionalidade dos indivíduos e das instituições, cuja análise pressupõe a união da psicologia com a economia, em uma área conhecida como economia comportamental. Para um estudo mais profundo do processo decisório de escolha e sua relação com a economia e o direito, por todos: SUNSTEIN, Cass. *Choosing not to choose: understanding the value of choice*. New York: Oxford University Press, 2015. O tema será aprofundado na seção 5.4.

⁹²³ A relação entre bens, necessidade e satisfação é assim demonstrada por Francesco Carnelutti: “As necessidades do homem são ilimitadas e os bens são limitados. Infelizmente, os bens, enquanto satisfazem certas necessidades, estimulam outras. Para distinguir o homem dos demais animais, por acaso a fórmula mais satisfatória seria dizer que o homem nunca está satisfeito. Quanto mais tem, mais quer ter” (CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 13).

⁹²⁴ A correspondência total dos dois conjuntos seria uma situação utópica, e a realidade é a existência de um terceiro conjunto, da escassez, como indicam Paul Samuelson e William Nodhaus: “But no society has reached a utopia of limitless possibilities. Ours is a world of scarcity, full of economic goods. A situation of scarcity is one in which goods are limited relative to desires. An objective observer would have to agree that, even after two centuries of rapid economic growth, production in the United States is simply not high enough to meet everyone’s desires. If you add up all the wants, you quickly find that there are simply not enough goods and services to satisfy even a small fraction of everyone’s consumption desires” (SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics* cit., p. 4).

⁹²⁵ Especialmente no que concerne ao aspecto quantitativo e de abrangência dos chamados direitos fundamentais de 2ª geração. Nas palavras de Paulo Bonavides, “[s]ão os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (*Curso de direito constitucional* cit., p. 578).

recursos estatais, é de que o Estado é um provedor de recursos infinitos, ou melhor, potencialmente infinitos.

A percepção de infinitude dos recursos estatais não se apresenta apenas no aspecto concreto e imediato de atendimento de demandas públicas. Ela assume contorno ainda mais paradoxal em sua concepção abstrata ou mediata. A discussão do constitucionalismo contemporâneo a respeito da finitude ou infinitude do rol de direitos fundamentais⁹²⁶ faz reviver todos os paradoxos que levaram à formulação conceitual da “provocativa palavra infinito”,⁹²⁷ desde o *áperion* de Anaximandro, até a prova matemática da concepção aristotélica de infinito potencial e infinito atual no século XIX, por Georg Cantor, revolucionando, com sua teoria dos conjuntos, todo o fundamento da matemática a partir de então.⁹²⁸

A mesma indignação intelectual que levava os gregos aos paradoxos matemáticos da infinitude dentro da finitude,⁹²⁹ ou seja, como em um conjunto finito, por exemplo, de um específico número natural inteiro,⁹³⁰ existe um universo de números não inteiros que tendem ao infinito, ou como explicar os infinitos pontos de uma reta, também pode ser utilizada para a concepção paradoxal das infinitas necessidades de uma “sociedade desejanter”,⁹³¹ especialmente em um contexto histórico de sublimação irrestrita dos direitos do homem.

O moderno desenvolvimento conceitual dos direitos humanos⁹³² que corresponde à evolução histórica da questão social,⁹³³ com ápice na era das grandes revoluções do século

⁹²⁶ Horácio Corti expõe, em boa dimensão, a questão: “La idea, en ocasiones sostenida como crítica del constitucionalismo contemporáneo, de que los derechos fundamentales son ‘infinitos’ no es sostenible, más allá de que su sentido estratégico sea claro: *si* los derechos son ‘infinitos’ *entonces* no pueden ser protegidos y garantizados en su totalidad; *por lo tanto*, es preciso seleccionar aquellos que sí son susceptibles de ser protegidos” (CORTI, Horácio. *Derecho constitucional presupuestario* cit., p. 708).

⁹²⁷ Cf. FREIRIA, Antônio Acra. A teoria dos conjuntos de Cantor. *Paidéia*, Ribeirão Preto, nº 2, p. 70, 1992.

⁹²⁸ Sobre a importância da formulação conceitual matemática do infinito pela teoria dos conjuntos de Cantor, por todos, ver: DAUBEN, Joseph Warren. *Georg Cantor: his mathematics and philosophy of the infinite*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

⁹²⁹ Cf. APRÓSIO, Alessio Palmero. *Pinóquio no país dos paradoxos: uma viagem pelos grandes problemas da lógica*. Tradução, Thomás A.S. Haddad Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2015.

⁹³⁰ Cf. RUSSEL, Bertrand. *Introdução à filosofia matemática*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 38 e ss.

⁹³¹ Cf. SCAFF, Fernando Facury. Do Estado fiscal ao Estado endividado na sociedade desejanter. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/contas-vista-estado-fiscal-estado-endividado-sociedade-desejanter>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁹³² Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid: Universidad Complutense, nº 4, p. 219-258, 1986.

⁹³³ A questão social, como questão central e mobilizadora das grandes revoluções, nasce a partir da idade moderna, e revela motivações econômicas de cunho social. Cf. ARENDT, Hannah. *On revolution*. London: Faber & Faber, 2016. p. 14-15.

XVIII, e ratificação no pós-Guerra de 1945,⁹³⁴ elevou a expectativa e a abrangência⁹³⁵ da dignidade humana e também a sua “vigência efetiva no meio social”.⁹³⁶ Consagrado à categoria normativa máxima, os direitos humanos foram sendo gradualmente positivados nas constituições contemporâneas, formando assim, um elenco de direitos subjetivos públicos e de suas respectivas garantias, ou, em outras palavras, um conjunto de direitos fundamentais.⁹³⁷

A ascensão dos direitos fundamentais, portanto, tem origem na *realidade política*, atendendo exigências transformadoras da *realidade social*,⁹³⁸ e patrocinando uma nova ordem estrutural na *realidade jurídica*.⁹³⁹ Além disso, estende-se por toda a *realidade econômica*, especialmente na interpretação valorativa da maneira de satisfação das necessidades humanas em função da escassez de recursos. Vale dizer, a forma de valoração objetiva e subjetiva das limitações a serem impostas às necessidades humanas para a sua própria satisfação, passa a ser influenciada, tanto no campo ideológico, quanto no campo estrutural, pelos direitos fundamentais.

É, sem dúvida, um gradual, porém, indiscutível avanço histórico, considerado um dos maiores da história da humanidade. Ultrapassar um período em que à humanidade não era reconhecida a sua dignidade, com todas as consequências bárbaras que a ausência desse reconhecimento cunhou (como a escravidão, o nazismo e o fascismo, ou o *apartheid*), e entrar em uma era em que a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos desafiam os

⁹³⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68-69.

⁹³⁵ Cf. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*, v. 11, nº 30, p. 57, 1997.

⁹³⁶ Expressão utilizada por Fábio Konder Comparato para designar o caráter de obrigatoriedade dos direitos humanos no meio social (*A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 70).

⁹³⁷ Por razões de limitação do objeto do presente estudo, passamos ao largo da interessante controvérsia a respeito da distinção entre as expressões direito humanos e direitos fundamentais e adotamos a posição que pauta a diferença na fonte normativa, de forma que os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos positivados, como na síntese objetiva exposta por Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]” (SARLET, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-36).

⁹³⁸ A importância da realidade social para o Direito Financeiro é realçada por Régis Fernandes de Oliveira: “Não se pode desconhecer a *realidade social*. O Estado pode optar por maior ou menor interferência na sociedade. Pode entender que ela deva ter vida própria e garantir-lhe segurança, transporte e iluminação, por exemplo, deixando que ela resolva, por si própria, os problemas educacionais e de saúde. São dados cuja solução é encaminhada pela situação. Tomada a solução adequada, há que estabelecer os limites de gasto para cada interesse público eleito” (*Gastos públicos* cit., p. 18 – grifos do original).

⁹³⁹ Como afirma Fábio Konder Comparato, “justamente se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 75).

limites da própria soberania do Estado, sinalizando a formação de um “sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos”,⁹⁴⁰ a partir da Declaração Universal de 1948, é evolução inelutável, independente de ideologias⁹⁴¹ políticas, econômicas ou filosóficas.

Não é só o limite do Estado soberano que a denominada “concepção contemporânea dos direitos humanos”⁹⁴² busca ultrapassar. No plano dos limites materiais, até mesmo a escassez dos recursos necessários à sua própria garantia é desconsiderada abstratamente, ignorando inclusive limites físicos em prol de evitar qualquer possibilidade, ainda que meramente retórica, de negação de direitos.

4.2.3 *Teoria geral dos direitos fundamentais e direito constitucional financeiro: entre o paradoxo retórico e a realidade factual da escassez*

No âmbito dos limites do plano de efetivação dos direitos humanos, um grande paradoxo conceitual se forma. A aparente contradição entre a efetivação ampla e ilimitada dos direitos humanos, que parte do *sensu comum*⁹⁴³ de infinitude dos recursos estatais para a satisfação imediata de direitos positivados e, até mesmo, de direitos que ainda não formam reconhecidos pela autoridade estatal, e a realidade financeira limitada do poder público,⁹⁴⁴ inclinou a trajetória dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais em direção ao direito financeiro, ou mais precisamente, ao direito orçamentário.⁹⁴⁵

⁹⁴⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33-35.

⁹⁴¹ Apesar da polissemia inerente ao termo ideologia, neste ponto do texto, a referência tem relação tanto à formulação do materialismo histórica, ou seja, como “expressão ideal das relações materiais dominantes” (ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução Luiz Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48); quanto ao conceito da escola de Cambridge, especificamente de Quentin Skinner, isto é, como ideias que legitimam instituições e práticas políticas, de forma que “se a história da teoria política for escrita essencialmente como uma história de ideologias, um de seus resultados poderá ser uma compreensão mais clara das relações entre a teoria e a prática políticas” (SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno* cit., p. 12).

⁹⁴² Idem, p. 32.

⁹⁴³ O motivo de o *sensu comum*, na maioria das vezes, preferir ignorar o custo dos direitos é explicado por Cass Sunstein e Stephen Holmes, da seguinte forma: “To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture. In: *The Cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 24.

⁹⁴⁴ Como afirma Régis Fernandes de Oliveira, “[e]ntre o que deve o Estado atender, seja por definição jusnaturalista, seja por posição positivista, e aquilo que dentro da realidade pode ele resolver, ficam os imponderáveis econômico, político e social” (*Curso de direito financeiro* cit., p. 151).

⁹⁴⁵ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 70-71.

O liame teórico, por certo, foi buscado diante da constatação de que à satisfação dos direitos fundamentais é imprescindível recursos, e, quase sempre, recursos financeiros, independentemente da natureza do direito público subjetivo a ser atendido ou da prestação estatal necessária à sua realização, seja ela positiva ou negativa.

As *liberdades*, ou direitos individuais clássicos, “exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos”. Os *poderes*, ou direitos sociais, “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”.⁹⁴⁶

Nos *poderes*, a necessidade de recursos é intuitiva. Nas *liberdades*, por sua vez, a identificação do seu custo inerente exige uma sutil abstração. Em ambos os casos, a despeito da necessidade direta ou não de aplicação de recursos públicos, que caracterizaria a diferença conceitual das hipóteses, o exercício do direito, ainda que potencial, pressupõe uma estrutura estatal que garanta a sua efetividade, tanto no plano vertical, ou seja, contra intervenções indevidas do Poder Público, quanto no plano horizontal, ou seja, “na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais”.⁹⁴⁷

Com relação ao custo, portanto, a diferença conceitual não é relevante.⁹⁴⁸ Positivo ou negativo, há sempre custos⁹⁴⁹ – ainda que potenciais – para a garantia dos direitos fundamentais.

Três noções levantadas nesta seção, afinal, se conectam: *infinito*, *escassez* e *direitos fundamentais*. E surge a questão: como compatibilizar a necessária efetividade dos direitos

⁹⁴⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 14-15.

⁹⁴⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 18.

⁹⁴⁸ Susan Rose-Ackerman ressalta que a questão da valoração dos custos independe de ideologias, sendo inexorável tanto para conservadores quanto para progressistas. Aliás, é mais relevante ainda para justificar a credibilidade de uma reforma progressista: “This question is of greater importance for progressives than conservatives. While conservatives can oppose government regulatory and spending programs ‘on principle’, a credible progressive movement must weigh the costs as well as the benefits of reform” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Progressive law and economics: and the new administrative law* cit., p. 341).

⁹⁴⁹ Cass Sunstein e Stephen Holmes chegam a afirmar que, quanto aos custos, os direitos fundamentais são sempre positivos, por conta do custo da sua respectiva garantia: “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory” (SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights* cit., p. 43).

fundamentais, tendo em vista que a sua percepção de infinitude encontra sempre a barreira da realidade, focada na escassez de recursos para a sua satisfação ampla e irrestrita? De uma outra maneira: diante do fato de que os recursos são escassos, como realizar as escolhas de forma a otimizar a satisfação de direitos fundamentais?

Nesse ponto conceitual do direito constitucional contemporâneo, em que os direitos humanos se encontram positivados em Cartas com razoável grau de efetividade e de garantias que promovam sua eficácia, a atividade financeira do estado deve ser vista, ela própria, como *direito-dever fundamental*,⁹⁵⁰ na medida em que seus pilares axiológicos ótimos se situam como os balizadores da passagem da infinitude conceitual para a satisfação finita dos direitos. O seu exercício importa em uma maior ou menor satisfação de direitos.

Em um ambiente de constante escassez econômica e “inchaço”⁹⁵¹ dos direitos fundamentais, portanto, não há relação de meio e fim entre a atividade financeira do estado e os fins do próprio estado,⁹⁵² aqui traduzidos na faceta de efetivação de direitos fundamentais. As normas de direito financeiro irão, em última análise, determinar as escolhas, ou seja, as valorações subjetivas e objetivas sobre as necessidades humanas em um plano de recursos finitos e vontades infinitas.

⁹⁵⁰ Não só a faceta da arrecadação para o contribuinte, como defende José Casalta Nabais (*O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998), mas também a esfera da despesa para a administração. Por isso, utilizamos o binômio *direito-dever*.

⁹⁵¹ Expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva, que, atribui este crescimento, no caso brasileiro, a uma experiência histórica “de desrespeito aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em especial e da crença de que a inserção de determinados direitos nas declarações de direitos fundamentais pode servir de freio a este desrespeito” (*A constitucionalização do direito* cit., p. 50).

⁹⁵² Com ampla propriedade conceitual, diante do contexto de evolução do direito constitucional, Heleno Taveira Torres eleva o significado da teoria da constituição financeira a um papel substantivo e não mais meramente adjetivo ou formal na teoria do direito constitucional: “[p]elo relevo da função, a Constituição Financeira já não pode reconhecer nessas etapas (receita-orçamento-despesa) um mero caráter ‘instrumental’. Estas envolvem direitos e deveres fundamentais, entre quem suporta o ônus e os beneficiários, segundo valores e princípios proclamados pela Constituição, afora servir ao próprio equilíbrio da economia na sua integralidade, logo, como um fim a ser perseguido, de modo contínuo. [...] Daí a secular concepção instrumental já não possa prosperar, ao articular a Constituição Financeira com valores e fins constitucionais do Estado Democrático de Direito” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 61-62).

No centro deste verdadeiro *path dependence*⁹⁵³ axiológico, a experiência histórica da evolução da nossa política fiscal demonstra que a análise da qualidade do gasto público,⁹⁵⁴ independentemente da competição entre afetos e ideologias interinstitucionais, mostra-se como um caminho viável para uma maior efetivação dos direitos fundamentais,⁹⁵⁵ no plano fático da realidade financeiro-orçamentária.

Desequilíbrios econômicos exagerados, seja por descontrole administrativo, seja por atividade legislativa utópica, ou ativismo judicial desmesurado, não têm sequer superado, de forma satisfatória e duradoura, as carências sociais mais básicas, quanto mais os elevados propósitos circunscritos na formulação abstrata das declarações de direitos fundamentais.⁹⁵⁶

A proposta metodológica que passamos a desenvolver parte do pressuposto de que está na hora de retirarmos as amarras que prendem as formulações jurídicas ligadas à teoria dos

⁹⁵³ Em reconhecido e pioneiro ensaio sobre a aplicação da metodologia do *path dependence* no direito, a professora da Universidade de Yale, Ooana Hathaway, demonstra que a adoção do método confere contornos dinâmicos à influência da história no processo de mutação legal: “Path dependence, as I use the term here, is not simply a restatement of the evolutionary model of law or a mere claim that ‘history matters’. Rather, it consists of specific descriptions and explanations of how history influences the process of legal change [...]” (Path dependence in the law: The course and pattern of legal change in a common law system. *Iowa Law Review*, v. 86, p. 104, 2000).

⁹⁵⁴ Utilizamos a expressão *gasto público* como sinônimo de despesa pública, ressaltando, porém, que engloba tanto os gastos orçamentários, quanto os chamados *off-budget expenditures*, que, no Brasil, crescem de importância, como ressalta: GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil* cit., p. 23.

⁹⁵⁵ Não se trata aqui de abordagem utilitarista que utiliza a *crítica da exequibilidade*, ou seja, de que, mesmo com *melhores esforços*, na maioria das vezes não é possível concretizar muitos dos direitos humanos – especialmente os sociais –, para negar a própria existência destes direitos. Concordamos com Amartya Sen, no sentido de que a falta de exequibilidade não pode ser usada para *remover* os direitos humanos, em especial nas *sociedades mais pobres*. Este argumento tem sido utilizado como “pressuposto, em larga medida não fundamentado, de que os direitos humanos, para ser coerentes, têm de ser inteiramente realizáveis para todos. Se se aceitasse esse pressuposto, o efeito imediato seria remover muitos dos direitos sociais e econômicos do campo dos ditos direitos humanos possíveis, sobretudo nas sociedades mais pobres” (SEN, Amartya. *A ideia da justiça* cit., p. 418). Ao contrário do utilitarismo, que chega, portanto, a negar a existência dos direitos humanos, defendemos não só o amplo reconhecimento, mas sobretudo a elevação da sua eficiência máxima, diante de limites impostos pela própria realidade econômica. Sobre esta discussão, acerca da máxima efetivação dos direitos humanos, por todos, ver: KLIKSBURG, Bernardo. *Towards an intelligent state*. Amsterdam: IOS Press, 2001.

⁹⁵⁶ Um grupo de economistas do porte de Marcos Lisboa, Mansueto Almeida e Samuel Pessoa atribuem ao problema fiscal brasileiro o caráter estrutural e consideram como a causa principal a ampla gama de direitos sociais introduzidos pela Constituição de 1988. Cf. ALMEIDA, Mansueto; LISBOA, Marcos de B.; PESSOA, Samuel. O ajuste inevitável ou país que ficou velho antes de se tornar desenvolvido. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 jul. 2015. A posição, no entanto, nos parece mais um sintoma do que um diagnóstico. A competição ínsita ao *arranjo institucional* brasileiro traz resultados piores do que se houvesse a indução do *ambiente institucional* à cooperação como elemento efetivador dos direitos fundamentais positivos, dentro de uma percepção de escassez, gasto público qualitativo e *equilíbrio estável de permanência* do texto constitucional. Em sentido mais em linha com as premissas teóricas do presente estudo, sugerimos o ensaio de Luís Carlos G. de Magalhães e Carla Rodrigues Costa: *Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural*. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. (Texto para Discussão 2403.)

direitos fundamentais ao nível da superestrutura ideológica para testá-las onde o problema se apresenta de forma mais aguda: no campo da infraestrutura econômica.

É, sem dúvida, um problema real, a exigir uma abordagem contextualizada com a realidade econômica restrita de um *jogo financeiro* que, apesar de ilimitado em discursos retóricos, é inexoravelmente limitado em recursos materiais.

4.3 Subsistemas em competição: a busca sistêmica pela unidade constitucional

O direito financeiro experimenta a partir da Constituição de 1988, como visto, um *status* constitucional inédito. A Constituição Financeira, enquanto sistema de normas constitucionais, possui subsistemas (ou Subconstituições), cuja lógica constitucional sugere o equilíbrio com outros subsistemas (ou Subconstituições), principalmente o político, o econômico e o social.

Vivem, no entanto, em indesejável distanciamento. Há demandas *sociais* recorrentes que suplantam a linha mediadora dos gastos e receitas da Constituição Financeira. Há anseios *econômicos* que pressupõem arbitragem entre estas demandas e o parâmetro fiscal vigente. Quando as aspirações *políticas* agem com *indiferença*⁹⁵⁷ em relação aos pressupostos da Constituição Financeira,⁹⁵⁸ a tensão entre os anseios aflora a competição entre o econômico e o social. O resultado ao longo da história tem sido decepcionante: ambos perdem.⁹⁵⁹

⁹⁵⁷ Expressão utilizada por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massoneto, que, ao analisarem esta indiferença, ressaltam a tensão de convivência entre a Constituição Financeira e a Constituição Econômica, a partir da política macroeconômica (A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica cit., p. 3-23). A Constituição Econômica nasceu do feixe de atribuições econômicas específicas, elevadas ao nível de subsistema constitucional. Egon Bockmann Moreira explica este fenômeno a partir do momento em que as classificações ordinárias entre o Direito Civil e o Direito Comercial não mais carregavam os deveres econômicos atribuídos às previsões normativas. Em suas próprias palavras: “As relações que se punham exigiam uma normatividade de hierarquia superior e os textos constitucionais passaram a prever um feixe normativo específico, que a doutrina convencionou denominar de “Constituição Econômica”. A nova ordem jurídica da economia reflete essa característica, tornando o Direito (Público) aquele que à larga disciplina a economia (privada)” (*O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia* cit., p. 72).

⁹⁵⁸ Esta visão integradora da Constituição Financeira no âmbito da Constituição de 1988 é bem difundida entre autores de direito financeiro no Brasil. Nesse sentido, discorre Régis Fernandes de Oliveira: “[t]raçar o regime constitucional do direito financeiro significa identificar as normas que lhe são próprias, não criando um regime jurídico autônomo, mas apartando matéria específica e fazendo incidir sobre ela um plexo de princípios e regras que lhe dão certa identidade” (*Curso de direito financeiro* cit., p. 176-177). No mesmo sentido, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição cit., p. 50-51; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 109-110.

⁹⁵⁹ Cass Sunstein e Stephen Holmes chamam esta cegueira político-institucional dos custos de direito de paradoxo que geram consequências dolorosas: “Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like

A fragmentação constitucional entre subsistemas ou Subconstituições, desenvolvida a partir da divisão tipológica da Constituição Alemã, descrita por juristas como Klaus Stern,⁹⁶⁰ encontrou ampla aceitação na literatura brasileira do direito financeiro, pelas próprias características de codificação e extensão textual da Constituição de 1988.

Do ponto de vista estrutural e substancial, a teoria geral dos direitos fundamentais goza na Carta de 1988 de uma posição de relevo central, como uma espécie de *standard* constitucional das cartas europeias pós segunda-guerra.⁹⁶¹ É comum encontramos construções doutrinária como a de Ricardo Lobo Torres, sustentando que, acima de tudo, há uma Declaração de Direitos que “merece um tratamento específico em virtude de sua natureza declarativa”.⁹⁶²

Mas o que significa a centralidade estrutural ou a prevalência substancial, diante da fragmentação das Subconstituições? Em outras palavras, a adoção no Brasil da sistematização constitucional alemã é, em algum grau, contraditória com a centralidade dogmática da Declaração de Direitos?

A resposta a esta questão depende do estabelecimento de uma premissa e de uma condição de operabilidade. A premissa reside na figuração da *unidade sistêmica* como coerência e harmonia do sistema constitucional. A condição pressupõe uma estrutura sistêmica dinâmica, corolária de um *equilíbrio estável de permanência*, para a sua operacionalização.

a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess tht we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignores costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture.” In. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes* cit., p. 24.

⁹⁶⁰ Cf. *Derecho del Estado de la Republica Federal de la Alemana* cit., p. 723, sobre a Constituição Financeira especificamente.

⁹⁶¹ “[...] las normas constitucionales materiales, em especial los derechos fundamentales, se transforman radicalmente em objetivos a perseguir y proyectos de justicia [...]” (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 40).

⁹⁶² Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 956.

4.3.1 A unidade sistêmica constitucional como premissa hermenêutica

O texto constitucional, considerado como um sistema, necessita de unidade,⁹⁶³ diante do sortimento de tensões de seus subsistemas.⁹⁶⁴ A escassez inerente aos recursos administrados pelo *ciclo orçamentário*⁹⁶⁵ impõe, nos limites da realidade financeira, a unidade referencial. O direito constitucional financeiro precisa ser um elo estratégico de *equilíbrio estável de permanência* entre a estabilidade macroeconômica e a utopia de demandas, em uma sucessão política de concepções plurais e antagônicas.

A consideração dos direitos fundamentais como estímulo civilizatório de uma proposta de DCFE precisa situar o papel da Constituição Financeira no tênue equilíbrio sistêmico constitucional. A harmonia entre os subsistemas, que seria para Vito Velluzzi o cânone ancilar topográfico (*sedes materiae*)⁹⁶⁶ da *mens legislatoris* na interpretação sistemática, passa pela Constituição como instrumento de concretização da unidade política do Estado, na visão da interpretação como processo de concretização de um sistema não concluído de Konrad Hesse.⁹⁶⁷

⁹⁶³ A unidade aqui colocada é a unidade do sistema, ou na visão de Savigny, da elaboração filosófica do Direito, que ficou posteriormente conhecida, como relata Karl Larenz, como interpretação sistemática. Cf. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 7. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 2014. p. 10-19. Na visão de Konrad Hesse, por sua vez, foi elevada à princípio de interpretação constitucional. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 17-19. No Brasil, a partir da obra de Canotilho, houve uma ampla aceitação na teoria da hermenêutica constitucional. Cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1224-1228. Sobre o tema, ver: SILVA, Vírgilio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* cit., especialmente, p. 120-127. A acepção da unidade como atributo de horizontalidade hierárquica entre as normas constitucionais, defendida por Luís Roberto Barroso, neste ponto, como corte metodológico, não será considerada. Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 183-187.

⁹⁶⁴ Como afirma J. J. Gomes Canotilho, cabe ao intérprete, com base no princípio da unidade, “harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (*Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1223).

⁹⁶⁵ Marcus Abraham considera que o orçamento não pode ser considerado como uma programação financeira anual, de forma que o *ciclo orçamentário* seria “o conjunto de etapas que se inicia com a elaboração do projeto de lei, passa pelas análises, debates e votação no Legislativo, envolve a sua execução e controle e se encerra com a avaliação do seu cumprimento” (*Curso de direito financeiro brasileiro* cit., p. 306).

⁹⁶⁶ “Il canone della *sedes materiae*, detto anche topografico, è caratterizzato dal fatto che il significato dell’ enunciato normativo deve essere determinato in ragione della sua collocazione nel discorso legislativo. Per ‘sistema’ si intende in questo caso la disposizione degli enunciati normativi operata dal legislatore, come la suddivisione in articoli, capi, titoli etc. È stato notato che l’uso di questo argomento è stato associato in maniera ricorrente a quello teleologico-soggettivo soprattutto ad opera degli esponenti della Scuola dell’Esegesi, considerando, per l’appunto, la collocazione dell’ enunciato normativo come espressione della volontà del legislatore. [...] mette in luce che la *sedes materiae* è canone ancillare utilizzabile assieme ad altri (spesso argomenti di natura teleologica), ma non in grado di determinare autonomamente il significato delle formulazioni normative” (*Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli Editori, 2002. p. 156; 158).

⁹⁶⁷ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha* cit., p. 29/61-63.

A fusão entre ordem jurídica e unidade política, neste contexto, é um *processo permanente*.⁹⁶⁸ A unidade do sistema, enquanto referencial de individualização estrutural é necessariamente dinâmico. O caráter de *pertenencialidade* e *homogeneidade* de suas partes integrantes,⁹⁶⁹ diante da pluralidade de elementos e significados atribuíveis ao conteúdo normativo e não normativo do direito, é dado por uma estrutura em processo permanente de busca de unidade sistêmica.

Entre o sujeito⁹⁷⁰ e o objeto da ciência jurídica, há um *hiato hermenêutico*, cujo grau de subjetividade⁹⁷¹ denota, ao longo da história do pensamento jurídico, métodos de construções distintos para a unidade estrutural sistêmica. Savigny foi o primeiro grande teórico do direito a conceber a metodologia de interpretação da ciência do direito em seu aspecto sistemático e reverente a uma *unidade interior* ou a uma *unidade imanente*.⁹⁷² Hans Kelsen, com base na doutrina da *stufenbau* de Adolf Julius Merkl, impõe à Constituição o papel de fundamentar “a unidade de uma pluralidade de normas”,⁹⁷³ ao ser o precursor do estudo

⁹⁶⁸ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha* cit., p. 29.

⁹⁶⁹ Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 154.

⁹⁷⁰ O aspecto subjetivo da ciência do direito é farto em interpretações divergentes. O sistema fechado e orgânico de Kelsen, por exemplo, pressupõe há um “órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”. In. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 251). No extremo oposto, a sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle amplia a participação subjetiva no processo de hermenêutica jurídica para “[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social” (*Hermenêutica constitucional* cit., p. 27). Entre um extremo e outro, há um considerável hiato subjetivo a ser explorado.

⁹⁷¹ Nem mesmo o positivismo jurídico do Círculo de Viena defendeu uma abordagem objetiva única da metodologia jurídica, destituída completamente de juízos subjetivos ou valorativos, delineados ao longo do desenvolvimento axiológico do Direito. A corrente que se aproxima mais do objetivismo máximo na interpretação da norma inicia-se com Montesquieu, limitando o papel dos juízes a mero aplicadores do texto legal, em seu célebre *Espírito das Leis*, em 1748. Foi defendida no final do século XIX, por autores como Durantou, Demelombe ou Troplong, que se dedicaram a escrever comentários ao Código Civil napoleônico, dentro do contexto político da época. Deram origem à chamada escola da exegese em França e à escola do neo pandectismo na Alemanha. Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio*. Europa-América: Mem Martins, 1999. p. 376-387). A Teoria Pura do Direito se coloca justamente em oposição à esta visão, ainda que limite a moldura normativa apta a contornos interpretativos. Hans Kelsen, ao contrário da crença generalizada, não se baseou na escola da exegese. Pelo contrário. Baseou-se e desenvolveu a doutrina da *stufenbau* de Adolf Julius Merkl. Para um aprofundamento sobre o a desconstrução de *mitos do positivismo*, sugerimos trabalhos da Escola de Freiburg. Por todos, vide o precursor: RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho*. Concepto, validez y aplicación del derecho. Mexico: Ubijus Editorial, 2009.

⁹⁷² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 10.

⁹⁷³ “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (*Teoria pura do direito* cit., p. 135).

sistemático do direito.⁹⁷⁴ O sistema jurídico de Kelsen é fechado, autorreferente e orgânico, ditado pelo princípio dinâmico como fundamentação de validade das normas.⁹⁷⁵

A dicotomia entre o sistema fechado positivista e o sistema referencialmente aberto axiológico, bem como suas nuances teóricas mistas se consolidaram em duas grandes frentes: a doutrina tradicional da interpretação sistemática e a moderna teoria dos sistemas sociais, aplicada ao direito. A preocupação de Savigny com a coerência sistêmica, bem como com os demais cânones interpretativos por ele propostos no século XIX, ainda se mantém na interpretação jurídica em geral, e na interpretação constitucional dinâmica, em especial.⁹⁷⁶

As reações ao positivismo jurídico no início do século XX não representaram o abandono da concepção do direito enquanto sistema e muito menos a negação do caráter científico do direito.⁹⁷⁷ Rudolf Stammler, por exemplo, ao se contrapor ao empirismo e ao materialismo histórico, concebia dentro do seu *monismo social*,⁹⁷⁸ o direito e a economia com um objeto único de estudo.⁹⁷⁹ O homem e suas interações sociais são o objeto de estudo comum entre a ciência do direito, enquanto *forma da vida social*, e a economia, enquanto *matéria da vida social*.⁹⁸⁰ Dentro de um sistema social puro, haveria, portanto, a reunião de todas as ciências em prol de um objeto único. Nesse sentido, a concepção sistêmica de Stammler, ainda

⁹⁷⁴ “O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autónomo dos primeiros como parte de uma teoria geral do Direito foram obra sobretudo de Hans Kelsen. Entre os méritos de Kelsen, e pelos quais é justo considerá-lo um dos mais autorizados juristas de nossa época, está, certamente, o de ter tido plena consciência da importância de problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico, e de ter dedicado a eles particular atenção” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995. p. 21).

⁹⁷⁵ “Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico. O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (Idem, p. 137).

⁹⁷⁶ “Los cuatro métodos de interpretación que descansan en la teoría de Savigny, y que han sido también aceptados – sin fundamentarlos particularmente – por el Tribunal Constitucional Federal, necesitan ser perfeccionados. [...] Estos métodos de interpretación han de combinados. Ningún método de interpretación debe ser absolutizado” (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal da Alemania* cit., p. 282-284). Ver também: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* cit., p. 142. Ernest Forsthoff destoa deste entendimento. Para ele, os métodos de interpretação tradicionais desenvolvidos por Savigny bastam à interpretação constitucional e conferem à Constituição um caráter estático, enquanto norma de estabilização do sistema jurídico. Sobre o tema, ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 510-512.

⁹⁷⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* cit., p. 113.

⁹⁷⁸ Cf. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história*. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1929. p. 197.

⁹⁷⁹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 340.

⁹⁸⁰ Cf. STAMMLER, Rudolph. *Economia y derecho según la concepción materialista de la história* cit., p. 26-30.

que busque uma forma neokantiana de indagar as razões lógicas que tornam legítima a ciência do direito,⁹⁸¹ difere do sistema fechado positivista, posto que no referencial sistêmico há um feixe de conhecimentos que interagem entre si. A *unidade condicionante* é encontrada no próprio direito, mas em um direito cuja pureza é testemunha de uma miríade de conhecimentos sociais.⁹⁸²

Claus-Wilhelm Canaris difere o sistema aberto do sistema fechado e considera que a depender da concepção, o sistema jurídico pode tomar uma forma ou outra. É um sistema *fechado* enquanto evita a existência de “uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência”.⁹⁸³ Por outro lado, considerando a incompletude do *conhecimento científico*, assim como a abertura do *sistema objetivo* como capacidade de evolução e de modificabilidade, o sistema jurídico é *aberto* e se encontra em mudança permanente. A unidade do sistema jurídico, na visão de Canaris, é “uma unidade de sentido duradouramente modificável”.⁹⁸⁴

Karl Larenz, a partir do conceito de sistema de Canaris, entende o direito, ainda que na sua faceta interna, como um sistema aberto, com a necessidade de receber novos sentidos, de promover inovações em regras e princípios, em suma, de sofrer mutações.⁹⁸⁵ O direito, enquanto sistema normativo, não pode ser construído em círculos estáticos. A sociedade que a ele é inerente não é estática, como estática não são as emoções humanas.⁹⁸⁶ O sistema jurídico não é perfeito o suficiente para alcançar todas as imperfeições sociais.

⁹⁸¹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito* cit., p. 333.

⁹⁸² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 116.

⁹⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 102.

⁹⁸⁴ *Idem*, p. 110-111.

⁹⁸⁵ “O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema ‘aberto’, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. A razão última disso é, utilizando as palavras de CANARIS, ‘que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade’” (*Metodologia da ciência do direito* cit., p. 693).

⁹⁸⁶ Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira que ao discorrer sobre a teoria dos sistemas não concebe um direito como um sistema fechado e estático por “deixar de fora as emoções humanas. [...] O ser humano não está só. Vive em sociedade e, como tal, recebe influxos e tensões diárias, seja do mundo, seja dos outros seres. Incompreensões, sentimentos mesquinhos ou nobre, imprevistos naturais, tudo o atinge, fazendo mudar seus sentimentos, de acordo com o momento e a situação. [...] O que se busca é uma ideia de direito que possa se adaptar aos nossos tempos. Não há inovação, pois diversos autores têm a visão de que o direito, como dimensão cultural, só pode ser analisado à luz dos sentimentos humanos” (*Interpretação, paixões e direito* cit., p. 11/73).

O direito, na visão de Joseph Raz, é o sistema normativo institucionalizado por excelência⁹⁸⁷ e necessariamente *aberto*. Quando se refere à abertura do sistema jurídico, Raz destaca que ao lado da necessidade constante de recepção de influências externas e “normas alienígenas”,⁹⁸⁸ o sistema jurídico é aberto justamente pela capacidade de internalizar normas de outros sistemas, sendo parte integrante do seu funcionamento sustentar e encorajar este ciclo de internalização de outras normas e organizações.⁹⁸⁹

A abertura sistêmica, portanto, decorre de uma limitação referencial do próprio sistema jurídico. Incompleto e móvel, o sistema jurídico não pode se fechar em autorreferências. Especialmente quando se consideram as peculiaridades do sistema constitucional. Enquanto fusão entre ordem jurídica e unidade política, como sustenta Konrad Hesse, o sistema se mostra referencialmente aberto, porquanto tem uma dialógica própria, traduzida na *capacidade de aprendizagem* das normas constitucionais para a captação das mudanças da realidade e de novas concepções de conceitos como *verdade* e *justiça*, na definição de Canotilho.⁹⁹⁰

A moderna teoria dos sistemas sociais também possui diferentes concepções em relação ao direito e, mais especificamente, em relação ao direito constitucional. A ciência jurídica, enquanto metodologia do objeto “direito”, é o próprio direito em reflexão interna, ou seja, com o seu próprio objeto. Autopoiética, portanto, enquanto sistema que busca dentro do seu próprio contexto normativo o referencial metodológico para a resolução de conflitos, para utilizar o arcabouço conceitual de Niklas Luhmann.

A teoria constitucional ganha contornos externos, porém, quando busca referenciais outros para explicar o próprio objeto. São as imperfeições alopoiéticas, que, como sustenta Marcelo Neves, abre o texto constitucional à “sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’”.⁹⁹¹

⁹⁸⁷ Ver seção 1.1, *infra*.

⁹⁸⁸ “A normative system is an open system to the extent that it contains norms the purpose of which is to give binding force within the system to norms which do not belong to it. The more ‘alien’ norms are ‘adopted’ by the system the more open it is. It is characteristic of legal systems that they maintain and support other forms of social grouping” (*Practical reason and norms* cit., p.152-153).

⁹⁸⁹ “If a system recognizes such norms it is an open system and, as I said, all legal systems are open systems. It is part of their function to sustain and encourage various other norms and organizations” (Idem, p. 154).

⁹⁹⁰ Cf. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1159.

⁹⁹¹ Cf. Da autopoiése à alopoiése do direito cit., p. 291.

O Texto Constitucional não seria *per se* um sistema fechado, perfeito, de referencial autopoietico, mas um sistema dinâmico autopoietico,⁹⁹² com imperfeições heterorreferentes alopoieticas.⁹⁹³ Dito de outra forma, o direito e, mais especificamente a Constituição, enquanto sistema normativo, não são perfeitos. A eles, não bastam suas próprias referências binárias entre lícito/ilícito. As heterorreferências econômicas, políticas e sociais não são apenas referências cognitivas do meio ambiente, como no modelo de Niklas Luhmann.⁹⁹⁴ Elas são efetivas referências intersistêmicas para o direito constitucional, e, em particular para a atividade financeira estatal constitucionalizada, enquanto atividade política.⁹⁹⁵ O fechamento referencial autopoietico, embora pressuponha um sistema que tenderia à perfeição, não é a realidade da teoria sociológica da Constituição.⁹⁹⁶

⁹⁹² A perspectiva dinâmica entre o sistema e o ambiente é vista pelo modelo de Teubner como uma forma de sobrevivência do próprio sistema: “Systems theory owed much of its success and dynamic quality to the fact that it viewed systems as open to the environment and adaptive. By ceasing to regard systems as closed, windowless monads, it was possible to focus on the way they interacted with their respective environments, and in particular on how they were dependent upon them. It was the environment which determined the operating conditions of systems. Systems had to adapt to survive -a view shared by both neo-Darwinist evolutionary theory and the contingency theory of sociology of organization” (TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Translated by Anne Bankowska and Ruth Adler Edited by Zenon Bankowski. Oxford: Blackwell, 1993. p. 13.

⁹⁹³ O conceito de sistema autopoietico foi incorporado por Niklas Luhmann através de uma dupla influência. A primeira, foi de Talcott Parsons, sociólogo norte-americano da Universidade de Harvard, que influenciou Luhmann a desenvolver uma teoria dos sistemas sociais. A segunda veio dos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela. A partir da noção de sistemas autopoieticos, ou seja, que sobrevivem e se reproduzem através de componentes próprios, sem qualquer necessidade de interação com o meio ambiente, Luhmann estabeleceu as premissas de uma teoria sistêmica própria. Marcelo Neves resume o conceito da seguinte forma: “A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo encontrado ampla ressonância. [...] Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical de fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistemas e ambiente, exige-se um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica.” In. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 128.

⁹⁹⁴ Cf. NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 5, p. 273-98, 1992.

⁹⁹⁵ “O subsistema (do sistema social) que interliga e controla os demais subsistemas do sistema social global, o sistema do direito positivo, por sua diferenciação, possui uma unidade própria, sendo dotado de autonomia em relação aos demais sistemas sociais. Desse modo, o direito firma-se como um dos sistemas sociais, interiormente compondo-se de relações e exteriormente funcionando como sistema relacionador e de controle do sistema social total, em face dos demais subsistemas (econômico, político etc.). E, nesse, o sistema jurídico, dotado de fechamento operacional, abre-se reflexivamente para aprender conteúdos semânticos, mediante atos de interpretação dos operadores do direito, segundo um sistema de valores específicos” (TORRES, Heleno. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário* cit., 2019, p. 120).

⁹⁹⁶ Nesse sentido, Gunther Teubner: “What makes constitutional sociology so different? It projects the constitutional question not only onto the relationship between politics and law, but also onto all areas of society [...]” (*Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization* cit., p. 3).

A “continuidade normativa da Constituição é condição da alterabilidade juridicamente regulada e reciclagem permanente das normas infraconstitucionais às novas exigências do meio ambiente”,⁹⁹⁷ na sofisticada síntese de Marcelo Neves, com base em releitura crítica de Niklas Luhmann e Gunther Teubner.

O uso do termo *sistema* no direito é plurívoco. Noberto Bobbio chega a afirmar que é um termo de muitos significados, usado da forma que melhor convém ao intérprete.⁹⁹⁸ Aberto ou fechado, autorreferencial ou heterorreferencial, autopoietico ou alopoietico, no entanto, as múltiplas visões do sistema trazem ao menos uma *diretriz primária*:⁹⁹⁹ a *unidade sistêmica como pressuposto hermenêutico*.¹⁰⁰⁰ É a *unidade interior* ou a *unidade imanente* de Savigny, a *unidade lógica* de Kelsen,¹⁰⁰¹ a *unidade condicionante* de Stammler, a *unidade de sentido duradouramente modificável* de Canaris,¹⁰⁰² a *unidade do ordenamento jurídico* de Bobbio,¹⁰⁰³ a *unidade hierárquico-normativa da Constituição* de Canotilho,¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁷ Cf. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 132.

⁹⁹⁸ Cf. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 76.

⁹⁹⁹ Pierluigi Chiassoni insere o contexto sistemático nas diretrizes primárias de interpretação: “[o] modelo das diretrizes interpretativas deve a sua elaboração paradigmática a Jerzy Wróblewski. [...] As diretrizes primárias prescrevem ao juiz “em que modo [ele] deve atribuir significado” a uma disposição jurídica: prescrevendo-lhe, em particular, de levar em consideração os três ‘contextos relevantes’ aos quais a disposição pode ser reconduzida, isto é, o ‘contexto linguístico’, o ‘contexto sistemático’ e o ‘contexto funcional’.”. E dentro do contexto sistemático, temos a unidade como diretriz de interpretação sistemática “que não se atribua a uma disposição um significado tal que esta exprima norma logicamente incompatível com outras normas, ou princípios, do sistema (diretiva de congruência do ordenamento jurídico)” (CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica*. Breviário para juristas. Tradução Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. Revisão de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.122-123).

¹⁰⁰⁰ “CANARIS demonstrou, num escrito especificamente dedicado a este problema (192), que de facto se têm de distinguir diferentes conceitos de sistema. Comum a todos eles é apenas a ideia de unidade (no sentido de um ou vários pontos de referência centrais) e de ordem (no sentido de uma conexão sem hiatos, da compatibilidade lógica de todos os enunciados)” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 234). Contra, Friedrich Müller sustenta que a unidade da Constituição seria uma tentativa “de apagar a linha de fronteira entre argumentos orientados segundo as normas e argumentos de política jurídica desvinculada do Direito” (*O novo paradigma do direito*. Tradução Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 106). Contra também, Gunther Teubner, mas por motivo diverso. Teubner considera que o sistema constitucional é composto por unidades fragmentadas, sendo impossível a restauração da unidade do direito enquanto sistema. Cf. *Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization* cit., p. 13-15.

¹⁰⁰¹ Cf. *Teoria pura do direito* cit., p. 143.

¹⁰⁰² Cf. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., p. 110-111.

¹⁰⁰³ Cf. *Teoria do ordenamento jurídico* cit., Capítulo 2, p. 37-70.

¹⁰⁰⁴ “A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de *unidade hierárquico-normativa*” (*Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1183).

a *unidade funcional* de Niklas Luhmann,¹⁰⁰⁵ e a *unidade simbólica lógica* de Marcelo Neves.¹⁰⁰⁶

A previsão de cláusulas pétreas constitucionais é um indício forte de que o sistema constitucional considera a estabilidade como um requisito de operabilidade fundamental. Afinal, como afirma o cientista político italiano, Giovanni Sartori, “a *estabilidade* é o principal indicador de uma democracia que funciona”.¹⁰⁰⁷

A unidade referencial busca conferir ao sistema constitucional, dinâmico e aberto, o seu *equilíbrio estável de permanência*, como condição de operabilidade sistêmica. A análise deste equilíbrio, portanto, deve considerar estas duas características do sistema jurídico: a *dinâmica* e a *abertura*, que, embora aparentemente incoerentes com a unidade, ressaltam e reverenciam o sistema harmônico e coerente.

A sobrevivência entre os subsistemas constitucionais passa pelo *equilíbrio estável de permanência* do sistema. Não só na Constituição, como no direito. E não só no direito, como na vida. E, singularmente, nas interações sociais.

4.3.2 *O equilíbrio estável de permanência como condicionante de operabilidade sistêmica da Constituição*

A Constituição na qualidade própria de um *sistema normativo*, fragmentada em subsistemas, necessita de *equilíbrio estável de permanência*, dentro do *sistema ordenamento jurídico*. A característica dinâmica e aberta do sistema jurídico, destacada ao longo da pesquisa, leva a busca deste equilíbrio a um tipo de construção sistêmica que lhe seja própria.

¹⁰⁰⁵ “The function of formation of unity – always presupposing differentiation – lies in the autopoiesis of the system, i. e., as in all systems in the both continuing and discontinuing production of ever new elements. This means that the self-reproduction of law takes the form of change of law, of the transference of the quality of normative validity to partially new expectations” (LUHMAN, Niklas. The unity of legal system. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim/Nova York: Walter de Gruyter, 1988. p. 17).

¹⁰⁰⁶ Cf. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 18-19.

¹⁰⁰⁷ “Nel grosso della letteratura *stabilità* è il principale indicatore di una democrazia che funziona” (SARTORI, Giovanni. *Ingegneria costituzionale comparata*. 3. ed. Bologna: Mulino, 1998. p. 110, grifos do original).

O sistema enquanto unidade referencial lógica pressupõe *coerência*, *completude* e *independência*, na visão de Eugenio Bulygin e Daniel Mendonça.¹⁰⁰⁸ A *incoerência*, ou as soluções incompatíveis, a *incompletude*, ou a ausência de solução e a *dependência*, ou soluções redundantes correlacionadas, colocam o sistema, enquanto estrutura lógica, em confronto com a sua própria *composição sintática interior*, na expressão de Lourival Vilanova.¹⁰⁰⁹ O estabelecimento de pressupostos hermenêuticos que traduzem o equilíbrio sistêmico é condição de operabilidade do próprio sistema. No caso do sistema constitucional, o equilíbrio estável mira ainda a perenidade do texto.

No ambiente sistêmico constitucional, portanto, o *equilíbrio estável de permanência* seria as *condicionantes* de operabilidade do sistema, como decomposição da *unidade referencial dinâmica* de normas que tendem à *perenidade*.

Não é tema simples. Thomas Fararo, saudoso professor emérito de sociologia da *Pittsburgh University* e de matemática pura e aplicada da *Stanford University*, destaca a dificuldade de se obter, em um sistema social, a permanência temporal do equilíbrio estável. A busca de um modelo de estabilidade nos sistemas sociais dinâmicos, inclusive, é o centro da pesquisa científica atual da sociologia teórica sistêmica.¹⁰¹⁰

Apesar de a teoria do sistema social ter elevado sua projeção, no Brasil em especial, com Niklas Luhmann, o trabalho do sociólogo norte-americano Talcott Parsons, considerado por muitos como um dos maiores sociólogos teóricos do século XX,¹⁰¹¹ pioneiro e influenciador

¹⁰⁰⁸ “Buena parte del trabajo de la ciencia jurídica (especialmente de la llamada dogmática jurídica) consiste en desplegar la base axiomática elegida, determinando qué soluciones corresponden a los distintos casos, lo que presupone la determinación previa del conjunto de todas las circunstancias fácticas o casos posibles (Universo de Casos) y del conjunto de todas las soluciones admisibles (Universo de Soluciones). De esta manera puede determinarse si el sistema es completo, en el sentido de que en ningún caso 'hay ausencia de solución correlacionada, es decir, lagunas normativas. También puede establecerse si el sistema es coherente, en el sentido de que en ningún caso hay soluciones incompatibles correlacionadas, es decir, antinomias; y también si el sistema es independiente, en el sentido de que en ningún caso contiene soluciones redundantes correlacionadas” (BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 43.

¹⁰⁰⁹ Cf. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo* cit., p. 157.

¹⁰¹⁰ Em suas próprias palavras, nos sistemas sociais dinâmicos, [t]he main problem of general sociology are the problems of emergence, maintenance, comparison, and transformation of social structures” (FARARO, Thomas J. *The meaning of general theoretical sociology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 62.

¹⁰¹¹ Daniel Bell, professor emérito da Universidade de Harvard, em artigo publicado no *New York Times*, por ocasião da morte de Parsons, definiu bem a sua importância inovadora no campo das ciências sociais: “Talcott Parsons, who died last week in Munich at age 76, was the dominant figure in American sociology — if not worldwide — from the mid-1940's to the mid-1970's, when he retired from Harvard, where he had taught throughout his academic career” (Nobody's Theories Were Bigger. *New York Times*, 13 maio 1979, Section

da teoria luhmanniana,¹⁰¹² segue caminho próprio, ao conceber o sistema social como referencialmente *aberto*, enquanto permeável a interpenetrações de fora para dentro e de dentro para fora (*inputs/outputs*).¹⁰¹³ Estruturalmente, porém, a sociedade sistêmica é pendente de um equilíbrio delicado entre a necessária flexibilidade dinâmica da mudança e os limites da desorganização patológica.¹⁰¹⁴

Buscar o equilíbrio sistêmico na obra de Parsons, portanto, guarda maior pertinência com a fundamentação teórica desenvolvida até aqui. A política fiscal foi vista como fator externo de influência da concretização e do protagonismo do direito constitucional financeiro. A atividade financeira do Estado, enquanto atividade política, sustenta-se na *democracia de negociação*, entre a escassez e a necessidade, sendo condicionada e condicionando as escolhas macroeconômicas. Em uma perspectiva de busca de cooperação entre subsistemas constitucionais, entes federativos e Poderes para a diminuição dos custos de transação próprios do ambiente jurídico, a relação sistêmica constitucional não pode ser entendida como uma ordem estática e fechada.

E, p. 9). Jeffrey C. Alexander o coloca entre os clássicos da sociologia: “Among sociological theorists after the classical period, Parsons' theoretical contributions alone rank with those of Marx, Durkheim, and Weber” (*Theoretical logic in sociology* cit., p. 2). Charles Camic expressa a admiração científica da comunidade acadêmica que elevou a sua primeira obra de fôlego à categoria de obra-prima no campo da teoria sociológica: “The historical argument of *Structure* is the most famous interpretation ever offered of the development of the sociological tradition and has long been accepted, in varying degrees, by scholars in and out of the discipline (e.g., Alexander 1982a, 1983b, 1987a; Annan 1959; Atkinson 1972; Burrow 1966; Clarke 1982; Eisenstadt with Curelaru 1976; Gerstein 1979, 1983; Habermas 1981b; Hughes 1958; Seidman 1983; Shils 1961; Turner 1987)” (*Structure after 50 Years: The Anatomy of a Charter. American Journal of Sociology*. v. 95, n° 1, jul. 1989. p. 56).

¹⁰¹² Parsons é o sucessor da tradição da teoria social de Comte. Foi um dos grandes influenciadores da obra de Luhmann. As diferenças entre as concepções em relação à teoria do sistema social, no entanto, são significativas. Nesse sentido, Jürgen Habermas destaca que “[o] empreendimento de Luhmann procura menos um vínculo à tradição especializada da teoria social desenvolvida desde Comte até Parsons do que à história dos problemas da filosofia da consciência desde Kant até Hegel. Esta teoria dos sistemas não conduz a sociologia pela senda segura da ciência, ela apresenta-se antes como sucessora de uma filosofia que se dispensou. [...] Na medida em que a teoria dos sistemas [de Luhmann] não oferece o seu contributo específico de disciplina apenas dentro do sistema da ciência, mas penetra também no mundo da vida, com a sua aspiração à universalidade, ela substitui as convicções metafísicas de fundo por convicções metabiológicas” (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998. p. 336/350).

¹⁰¹³ “[...] we conceive social systems to be ‘open’, engaged in continual interchange of inputs and outputs with their environments. Moreover, we conceive them to be internally differentiated into various orders of subcomponents which are also continually involved in processes of interchange” (PARSONS, Talcott. *The system of modern societies*. New Jersey: Prentice-Hall, 1971. p. 5).

¹⁰¹⁴ “The importance of this for the kind of flexibility which permits change is clear. Traditionalism in the sense which is obstructive even of desirable changes is very generally associated with a kind and degree of integration which mobilizes the full force of control mechanisms against almost any kind of innovation. A society in which there is a good deal of “disorganization” and “pathology” is almost certainly the necessary price of dynamic openness to progressive change. The balance between flexibility and disorganization is delicate” (PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 208-209).

A referência para a concretização das normas, ainda que seja sobremaneira interna, porquanto parte integrante da unidade referencial normativa, recebe informações através dos *inputs* da realidade social móvel externa e devolvem, através dos *outputs*, em forma de normatização. O sistema não pode se fechar, quando se pretende inserir, na concretização do direito constitucional financeiro, estratégias de cooperação entre a representativa e desejável Declaração de Direitos, com as variações intensas da sociedade de risco fiscal, na realidade polissêmica democrática.

A síntese da teoria sociológica na busca da unidade sistêmica, que se estruturou na segunda metade do século passado com Parsons e com Peter Berger e Thomas Luckmann, através da *internalização* e da *institucionalização* dos referenciais sociais, tornou-se o centro de inspiração das teorias sociais contemporâneas. Parsons, de um lado, e Berger e Luckmann, de outro, adotaram o mesmo modelo, só que com premissas diferentes. Enquanto Parsons fixou suas premissas no sentido *normativo*, Berger e Luckmann fixaram os sentidos *cognitivos* como objetivo primário do processo de *internalização* e *institucionalização*.

De qualquer modo, ambas as concepções têm a origem comum do lado *macrossocial* de Durkheim-Weber, com a pretensão de fusão com a perspectiva *microsocial* de Cooley-Mead. Formaram, por exemplo, as bases teóricas do *neofuncionalismo* de Jeffrey C. Alexander e do *neoinstitucionalismo* de Brinton e Nee.¹⁰¹⁵

As teorias do sistema social de Parsons e de Berger e Luckmann, embora diferentes em premissas, representaram um avanço notável no conhecimento científico da estrutura inerente às relações entre a normatização da hierarquia de organização e a consequente capacidade cognitiva e de percepção social. Com este instrumental inovador, a crise da

¹⁰¹⁵ “The two theoretical approaches diverged, however, in that Parsons emphasized normative meanings, while Berger and Ludemann stressed that it is primarily cognitive meanings that are institutionalized and internalized. Each of these two developments sought to merge the Durkheim-Weber macrosocial side of sociological theory with the Cooley-Mead microsocial side of sociological theory, but neither was entirely successful. In more recent social theory, the theoretical perspectives of Parsons and of Berger and Ludemann, as transmuted into neofunctionalism (Alexander 1985) and neoinstitutionalism (Brinton and Nee 1998), respectively, have tended to favor macrosocial analysis” (FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. Introduction. Control systems thinking in sociological theory. In: FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. (ed.). In: *Purpose, meaning and action. Control systems theories in sociology*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 2-3).

sociologia teórica da primeira metade da década passada foi superada e o pensamento contemporâneo se rendeu à visão macrossocial da teoria social de Durkheim-Weber.

Thomas Fararo ressalta a atualidade do trabalho de Parsons, por exemplo na economia. O atual modelo capitalista, diz Fararo, em sentido institucional é justamente uma racionalização externa da condução econômica, isto é, empresas burocraticamente organizadas com o intuito de diminuir o custo do trabalho com o objetivo de gerar lucro. Neste ponto, segundo Fararo, há uma relação de convergência entre a concepção interna de Parsons e a concepção externa do neoinstitucionalismo: justamente o *teorema dinâmico fundamental*. Sem a convergência entre o sistema interno, por exemplo, o atual modelo capitalista, enquanto *nexo de ação social*, não conseguiria se manter.¹⁰¹⁶

O *teorema dinâmico fundamental* de Parsons, portanto, coloca-se como um caminho cheio de possibilidades¹⁰¹⁷ para a visão da Constituição enquanto *variável estruturante* de unidade do ordenamento jurídico. O sistema normativo constitucional, por sua vez, também pressupõe uma unidade sistêmica interna em referencial teórico que equilibre as *funções* de necessidade e escassez dos subsistemas em potencial conflito.

A ideia, portanto, é estudar a teoria da ação social de Parsons, mais especificamente o *ato-unidade* referencial, como elemento estabilizador do sistema social e, por via de consequência, do próprio direito, como sistema social referencialmente aberto. A partir do *ato-unidade* referencial, então, usar o *teorema do equilíbrio fundamental* para justificar e

¹⁰¹⁶ “The fundamental dynamic theorem says that without such a match, modern capitalism – as a form characterizing a social action nexus – cannot endure.” In: “On the foundation of action theory: four imperatives.” In: STAUBMANN, Hmut (ed.). *Studies in the action theory of action. Action Theory, Methodological Studies*. v. I London: Transaction Publishers, 2006. p. 86. No mesmo sentido, Frank J. Lechner, ressalta a atualidade da obra de Parsons, destacando as múltiplas possibilidades interpretativas de uma obra caracterizada pela sua riqueza e complexidade: “From our collective experience in analyzing the classical tradition in sociology we also know that any complex body of work actually invites multiple reconstructions and assessments; openness to such multiplicity now may in fact constitute a mark of classical status. Thus, the fact that Parsons's *oeuvre* can be read in several ways is neither surprising nor disconcerting. Insofar as it comes to serve as an interpretive Rorschach test, enabling scholars to define their position by creatively appropriating certain aspects of Parsons's work, its chances of becoming considered ‘classic’ may well be enhanced” (“Parsons and modernity: an interpretation” (ROBERTSON, Roland. *Talcott Parsons: Theorist of Modernity Theory, Culture & Society*. New York: Sage, 1991. p. 166).

¹⁰¹⁷ “In Parsons’s later work, the theorem seems to function as an ontological and methodological directive for the construction of an analytical sociological theory. Such a theory, as indicated in the prior section, is one that has its focus on the emergent element of common-value integration. We now see that sociological theory has a core problem: to provide a generalized solution to the problem of social order” (FARARO, Thomas J. *Social action systems: Foundation and synthesis in sociological theory*. Connecticut, US: Praeger Publishers, 2001. p. 97).

modelar uma proposta de *equilíbrio estável de permanência no sistema ordenamento jurídico*, em sentido geral, e no *sistema normativo constitucional*, em especial.¹⁰¹⁸

4.3.2.1 A estrutura sistêmica e o ato-unidade como referencial básico

A obra de Parsons é longa e hermética.¹⁰¹⁹ Possui um grau de abstração teórica extremamente sofisticado e surge na época da chamada crise da sociologia clássica. No início do século passado, após a morte de Max Weber, faltaram seguidores imediatos que levassem adiante a *sociologia compreensiva*. Em paralelo, o mundo vivia período conturbado de entreguerras e a sociologia funcional positiva de Émile Durkheim estava refluindo.¹⁰²⁰

O capitalismo passava por profunda crise econômica. A ideologia nazifascista ganhava terreno na sociedade europeia, com uma fórmula de populismo de massa que reverberava o discurso simplório do sectarismo e da xenofobia. Neste leque de eventos históricos, políticos e econômicos, com desdobramentos sociais inquestionáveis, a sociologia norte-americana permanecia inerte, presa ao empirismo da chamada escola sociológica de Chicago.¹⁰²¹

¹⁰¹⁸ Nesse ponto, cabe uma advertência metodológica. A grande contribuição que o trabalho de Parsons tem a oferecer a esta pesquisa não parece ser buscar a natureza do direito na função social, isto é, o direito enquanto função de integração social, ou as variantes próprias das teorias funcionalistas do direito. Parece-nos um reducionismo diante da abstração sofisticada e abrangência de sua obra. O trabalho de Parsons é tão plural que, como afirma Guy Roche, “ultrapassa bastante a sociologia em si”. Abordar a sua obra apenas sob o aspecto sociológico seria “traí-la no que tem de mais original e, por certo, de mais audacioso”. In. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana*. Tradução Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976. p. 36. Buscar uma teoria sociológica do direito, portanto, não é o caminho metodológico escolhido. A intenção é outra. Buscar na própria teoria da ação um referencial hermenêutico para a aparente tensão entre os subsistemas constitucionais, em especial do sistema constitucional financeiro. Sobre o tema, que reconhecidamente desperta paixões fortes entre defensores e opositores, sugerimos, por todos: *a favor*: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; *contra*: BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto. Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 2014. Capítulo V, p. 55-70; TREVES, Renato. Tre concezioni e una proposta. *Sociologia del Diritto*, Torino: Einaudi, v. 1, n° 1, p. 1-9, 1974.

¹⁰¹⁹ Nesse ponto, vale uma advertência metodológica importante. Esta não é uma tese sobre a teoria geral da ação social de Parsons. Muito pelo contrário. Parsons desenvolveu um modelo complexo, cuja representação matemática e teórica plena exigiria um trabalho único. Vontade não falta de fazer uma investigação científica da obra de Parsons, principalmente na sua relação com o direito, analisando a teoria em si, e não como um meio para se chegar à Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, como boa parte da produção acadêmico-jurídica no Brasil. O corte metodológico, entretanto, impede discorrer mais sobre a obra, do que o necessário para entender o teorema dinâmico fundamental com o enfoque na ação social como ato-unidade.

¹⁰²⁰ Para um aprofundamento do tema, por todos: CUIN, Charles-Henry; GRESLE, François. *História da sociologia I: antes de 1918*. Tradução Alexandre Agabiti Fernandez. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

¹⁰²¹ Parsons, inclusive, ignora a produção sociológica americana até então, não havendo diálogo com os principais autores da época, como Ward, Sumner, Ross, Cooley, Thomas, Park, e Burgess. Com o objetivo de trazer novamente a sociologia teórica para a academia norte-americana, Parsons e, antes dele, Sorokin, voltam seus

Esse é o momento histórico em que Parsons e seus diálogos teóricos iniciais da ação social estão inseridos. A busca de uma teoria da ação social, capaz de imprimir caráter científico às ciências sociais através da generalidade, vem ao encontro das angústias teóricas pela qual passava a então jovem ciência sociológica.¹⁰²² A recepção de um conhecimento novo ocorre exatamente em um ambiente de crise. Não sendo uma crise intelectual, portanto, é um ambiente fértil para a recepção e aceitação de paradigmas científicos novos.¹⁰²³

Partindo das interações sociais, a ação social é contextualizada na obra de Parsons, em aspectos multidimensionais,¹⁰²⁴ que permitem a construção de uma teoria geral, destacando os elementos constitutivos da ação. A tensão entre os *elementos* normativo e condicionante da ação social é um estado constante.¹⁰²⁵ O direito, enquanto ordem normativa, é o *elemento de esforço* de integração estrutural entre as ações sociais,¹⁰²⁶ situado num ponto variável entre os polos opostos da completa *institucionalização*, ou seja, do estado de integração estrutural total, e do seu oposto, denominado por Parsons de *anomia*.¹⁰²⁷ O ordenamento jurídico é sistemático, posto que se constitui de padrões estruturais de valores (*normative pattern-structure*).¹⁰²⁸

As interações humanas em sociedade, a partir dos atos dos indivíduos participantes, é a centralidade metodológica da *sociologia compreensiva* de Max Weber. A ação relevante para

olhos para os autores europeus. Cf. LEVINE, Donald. *Visions of the sociological tradition*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995. p. 252.

¹⁰²² A sociologia se organiza como ciência no século XIX, com Émile Durkheim, vinda da *physique sociale* de Condorcet, que Comte chama de *sociologie*. Cf. ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Tradução Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Unesp, 2007. p. 61-62.

¹⁰²³ Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* cit., p. 25, 165 e 197.

¹⁰²⁴ “[...] the multidimensional intention of Parsons’ approach to collective order should be clear. Much like Weber and Durkheim before him, in his earliest essays Parsons started with critiques of instrumentalist theory and, from this base, advanced basically *ad hoc* arguments for the relative autonomy of normative order” (ALEXANDER, Jeffrey C. *Theoretical logic in sociology*. The modern reconstruction of classical thought: Talcott Parsons. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1983. v. 4. p. 26).

¹⁰²⁵ “Action must always be thought of as involving a state of tension between two different orders of elements, the normative and the conditional. As process, action is, in fact, the process of alteration of the conditional elements in the direction of conformity with norms” (PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. A study in social theory with special reference to a group of recent european writers. 2. ed. New York: The Free Press, 1966. p. 732).

¹⁰²⁶ “It is that which has been encountered at various points and called ‘effort’. This is a name for the relating factor between the normative and the conditional elements of action. It is necessitated by the fact that norms do not realize themselves automatically but only through action, so far as they are realized at all. It is an element the analytical status of which in the theory of action is probably closely analogous to that of energy in physics” (PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., p. 719).

¹⁰²⁷ “As we shall see a variety of factors can influence this degree of institutionalization through each of these channels. The polar antithesis of full institutionalization is, however, *anomie*, the absence of structured complementarity of the interaction process or, what is the same thing, the complete breakdown of normative order in both senses” (PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 24).

¹⁰²⁸ *Idem*, p. 26.

a sociedade é aquela praticada por indivíduos que compreendem e interpretam. Eles são, em menor ou maior grau,¹⁰²⁹ aptos à compreensão da intenção dos seus próprios atos pela introspecção, ou aptos a compreender o ato dos outros pela interpretação. A *sociologia compreensiva* de Weber surge focada no conceito de ação social, “uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso”.¹⁰³⁰

O diálogo profundo entre a concepção da ação social de Max Weber¹⁰³¹ e a releitura da *consciência coletiva* de Durkheim,¹⁰³² como pilar da constrição psicológica do controle social,¹⁰³³ são as bases teóricas para Parsons formular uma *teoria geral da ação social*, como uma síntese entre matrizes sociológicas distintas e, até certo ponto, opostas.¹⁰³⁴

Após dialogar com os grandes teóricos da sociologia de então,¹⁰³⁵ Parsons parte do estudo abstrato da ação econômica.¹⁰³⁶ Identifica as suas particularidades e generalidades e procede a extrapolação de conceitos que pudessem caracterizar uma ação humana geral. Contra o utilitarismo e o behaviorismo, que reduzia a ação ao determinismo das condições materiais do meio em que o sujeito se inseria, Parsons buscou diálogo com a teoria econômica,

¹⁰²⁹ Conforme o grau de racionalidade humana, que para Weber poderia ir do ato humano racional, mas próximo do homem econômico, tipo considerado ideal, ou seja, de racionalidade plena, até o afetivo, em razão decrescente de racionalidade. Cf. GERTH, Hans H.; MILLS, Charles Wright. Métodos da ciência social. In: WEBER, Marx *Ensaio sobre sociologia*. Hans H. Gerth; e Charles Wright Mills (org.). Tradução Waltensir Dutra. Ver. téc.: Fernando H. Cardoso. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1979. p. 77-79.

¹⁰³⁰ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Tradução Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2014. v. 1. p. 3.

¹⁰³¹ Talcott Parsons estudou na Universidade de Heidelberg, em 1925-1926, pouco depois da morte de Max Weber, e foi o seu primeiro tradutor e comentador em língua inglesa. Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 13.

¹⁰³² “This distinction, elementary as it may seem, is a most important step for Durkheim. While it enables him to maintain his original critical starting point that the constraining element is independent of the actor's will, he no longer implies that it is independent of all human will as he did at first. On the contrary, it is precisely the fact that it is an expression of human will which distinguishes social from natural constraint” (PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., p. 380).

¹⁰³³ Cf. Idem, p. 376-390.

¹⁰³⁴ De um lado, o funcionalismo positivista de Émile Durkheim e, de outro, a sociologia compreensiva de Max Weber formavam a dicotomia da sociologia clássica no início do final do século XIX e início do século XX.

¹⁰³⁵ Em sua tese de doutorado, Parsons chega a dialogar com a obra de Karl Marx. Mas, em 1937, na sua primeira obra de impacto publicada, *The structure of social action*, este diálogo refluíu significativamente.

¹⁰³⁶ Parsons tinha sólida formação econômica. Estudou na *London School of Economics* e iniciou sua docência na Universidade de Harvard como professor assistente do Instituto de Economia, passando após para o departamento de ciências sociais, que viria a presidir. Toda a sua carreira docente foi dedicada à Universidade de Harvard, onde conviveu com uma geração de economistas de renome, como F. W. Taussig, T. N. Carver, Edwin F. Gay e Joseph Schumpeter. Cf. JANOWITZ, Morris (ed.). *Talcott Parsons. On institutions and social evolution*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1982. p. XI-XII.

principalmente nas concepções antagônicas do teórico inglês da economia clássica, Alfred Marshall, e do italiano Vilfredo Pareto.

A teoria voluntarista da ação surge através da análise do comportamento humano por ações racionais, de matriz fundamentalmente econômica, mas também por ações não racionais. Impulsionada por metas e valores e constrangida por normas da consciência coletiva durkheimiana,¹⁰³⁷ a ação social se desenvolve através de um ator hipotético, em busca de um por vir no qual se canaliza todos os esforços para a realização dos fins pretendidos. As situações da ação que ele não controla são ultrapassadas com a ajuda de elementos sob os quais ele tem controle, enquanto meios para finalidades específicas.¹⁰³⁸

O diálogo com a economia é constante na obra de Parsons. O capitalismo, particularmente o capitalismo norte-americano, passa a ser analisado sob um ângulo original, ou seja, como *instituição econômica*.¹⁰³⁹ Com conceitos econômicos como propriedade e produção, mas dentro de um contexto amplo de interações sociais,¹⁰⁴⁰ Parsons vai além da teoria da ação social weberiana, quando insere as *instituições* como elementos passíveis de ação social.

Weber limitava seu conceito de ação social aos atos humanos pela sua capacidade de compreensão. Relegava a outros campos do conhecimento, como o direito por exemplo, o que ele denominava de “formações sociais”. O Estado, as cooperativas, as sociedades por ações, as fundações não praticam ações sociais como os indivíduos, posto que lhe faltam capacidade de compreensão.¹⁰⁴¹

Parsons, sob perspectiva diversa, considera que a ação social vai além do indivíduo. Denomina o processo pelos quais os valores e as normas são aceitos pelos indivíduos de *internalização* (“*internalization*”). Quando estes valores e normas são aceitos pelo sistema

¹⁰³⁷ Nas palavras de Parsons sobre Durkheim: “Rules of this sort do constrain human action in a sense. This is simply one way of stating the fact that action is subject to conditions. But a sanction is a consequence of an act the occurrence of which is dependent in some sense on human will, though not that of the actor” (*The Structure of Social Action* cit., p. 379).

¹⁰³⁸ Idem, p. 737 e ss.

¹⁰³⁹ Por estes paradigmas usados e pelas conclusões que se aproximam do institucionalismo, entendemos que para Parsons, o funcionalismo era apenas um método estrutural no seu trabalho. A classificação da sua obra como funcionalista, portanto, ainda que por razões didáticas, parece-nos estruturalmente reducionista e por demais limitadora do alcance vasto do seu pensamento. No mesmo sentido, ver: SCHWARTZENBERG, Roger-Gerard. *Sociologia política*. Elementos de ciência política. Tradução Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979. p. 119; e ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 32.

¹⁰⁴⁰ Cf. ROCHER, Guy. Idem, p. 17.

¹⁰⁴¹ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva* cit., p. 9.

social, ou seja, por um grupo, uma organização, ou qualquer unidade coletiva, o processo de internalização alcança maior grau de abrangência subjetiva. Dos padrões *institucionalizados* (“*institutionalized patterns*”)¹⁰⁴² decorrem as *instituições*. Através delas, inclusive, pode-se aferir a medida positiva de interconexão do próprio sistema social, ao qual ele chama de “*integração*”. Por outro lado, e com clara influência de Durkheim, a medida negativa é por ele denominada de “*anomia*”.¹⁰⁴³

As *instituições*, para Parsons, não só possuem capacidade de praticar ações sociais, como são atores da *institucionalização*, enquanto processo de *internalização* de padrões de comportamento. Quanto maior a *integração*, maior é a abertura do sistema e a troca exterior através dos *inputs* e *outputs*. Em sentido oposto, quanto maior a *anomia*, mais fechado é o sistema e mais avesso a permeabilidades externas. O sistema social é um conjunto de indivíduos e instituições em processo de *internalização* e *institucionalização*, em frequências variáveis de *integração* e *anomia*.

Neste ponto, Parsons se afasta de vez da influência de Weber e se aproxima de Durkheim,¹⁰⁴⁴ no que viria a ser chamado de *institucionalismo social*.¹⁰⁴⁵ A teoria da ação social é construída em cima de uma unidade básica de referência. O subsistema dentro do respectivo sistema que dita e internaliza as condicionantes de existência do sistema é, por ele denominada de *ato-unidade*. Como uma partícula na física clássica só pode ser definida por suas propriedades – velocidade, massa, direção de movimento, localização espacial –, o *ato-unidade* também só pode ser definido pelo seu referencial teórico. *Ato-unidade* é, nas palavras de Parsons, “uma entidade existente, não no sentido de espacialidade concreta ou de qualquer outra existência separada, mas como uma unidade em termos de um referencial”.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴² Cf. PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., Preface, p. D; PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 191/195.

¹⁰⁴³ Cf. PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., p. 326.

¹⁰⁴⁴ “Durkheim treated institutions as a key type of social fact and even defined sociology as ‘the science of social institutions, their genesis and functioning’” (FARARO, Thomas J.; SKVORETZ, John. Institutionalized social action. Control at program level. In: FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. (ed.). *Purpose, meaning and action*. Control systems theories in sociology. New York: Palgrave Macmillan 2006. p. 114.

¹⁰⁴⁵ Parsons é tido por alguns, principalmente diante de sua constante preocupação em alinhar as ciências sociais em uma única teoria, ainda que considerasse a economia a mais importante, como um dos grandes teóricos precursores do institucionalismo econômico e da teoria social institucionalista, tal como conhecemos hoje. O saudoso professor emérito de sociologia jurídica da Universidade de Nova York, Wolf Heydebrand chega a denominar Parsons de “obvious progenitor of institutionalism” (HEYDEBRAND, Wolf V. *New organizational forms*. *Work and occupations*, v. 16, nº 3, p. 333, 1989).

¹⁰⁴⁶ “[...] the unit act is here spoken of as an existent entity is not that of concrete spatiality or otherwise separate existence, but of conceivability as a unit in terms of a frame of reference. There must be a minimum number

O *ato-unidade* é a decomposição analítica da síntese sistêmica da ação social¹⁰⁴⁷ e deverá sempre ser valorado em perspectiva referencial. Em outras palavras, o *ato-unidade* tem como referência o seu próprio sistema. De outro lado, o enquadramento do conjunto de atos-unidade nos referenciais sistêmicos confere existência e movimento ao sistema. Cada intervenção dos participantes em um sistema é um *ato-unidade*. Quanto mais as intervenções se aproximam do referencial sistêmico, ou seja, dos valores e normas internalizados e institucionalizados, maior é o grau de integração do sistema e maior é o seu equilíbrio estável.

Não é qualquer ato que pode ser considerado um *ato-unidade* da ação social. Para que seja apto a ser um referencial sistêmico, o ato precisa seguir quatro elementos lógicos: (i) tem de ser praticado por um *sujeito-ator*, que pode ser um indivíduo, a coletividade ou as instituições; (ii) tem de ter um *fim teleológico*, ou seja, um futuro estado de sentidos em relação ao qual o *ato-unidade* é orientado; (iii) tem de ser iniciado em uma *situação* em que o estado inicial do sentidos é diferente daquele que será almejado após o *fim teleológico*; (iv) tem de obedecer certas *orientações normativas* da ação, ou seja, *regras, normas e valores*, que servem como um guia de decisão do *sujeito-ator* em relação à situação e ao *ato-unidade* a ser praticado.¹⁰⁴⁸

A *situação* pode ser analisada através de dois *elementos*: o primeiro, são os elementos em que o *sujeito-ator* não possui nenhum controle. O segundo, são aqueles elementos que o *sujeito-ator* consegue alterar, prevenir, ou impulsionar em direção ao *fim teleológico*. São, respectivamente, as *condições da ação* e os *meios da ação*. Os *símbolos*, através dos quais os *sujeitos-atores* identificam o significado das *situações*, trazem comandos descritivos e normativos, através dos quais os integrantes conhecem o seu próprio meio e reconstróem a realidade.¹⁰⁴⁹

Através do simbolismo, a ação humana se divide entre dois universos: a *ação* e a *não ação*, com a *ordem de coerção física*, ou seja, a impossibilidade dos *meios da ação*, como os recursos escassos, e com a *ordem de coerção normativa*, isto é, os pontos de referência através dos quais os sujeitos-atores interpretam uma *situação* para definir as *condições da ação* e os *meios da ação*.

of descriptive terms applied to it, a minimum number of facts ascertainable about it, before it can be spoken of at all as a unit in a system” (PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., p. 43-44).

¹⁰⁴⁷ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 39.

¹⁰⁴⁸ Cf. PARSONS, Talcott. *The structure of social action* cit., p. 44-45.

¹⁰⁴⁹ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 38.

As ordens positivas e negativas da ação se complementam na estrutura individual e institucional. Quando há a internalização de valores e normas supremos, há o simbolismo normativo máximo de uma sociedade. Na visão do sistema social de Parsons, este conjunto simbólico normativo máximo, cuja função precípua é *mediatizar as regras de comportamento*¹⁰⁵⁰ que guiam os sujeitos-atores nas *condições ou meios de ação*, entre a *ação* e a *não ação*, denomina-se Constituição.

A Constituição, como *variável estruturante* de unidade do ordenamento jurídico sistemático, seria, portanto, o ponto de referência central. Enquanto sistema normativo individual, por sua vez, também pressupõe, em si, uma unidade sistêmica própria, em referencial teórico que equilibre as *funções* de necessidade interna dos subsistemas.

A Constituição Financeira, enquanto subsistema constitucional, por sua vez, necessita de um *ato-unidade* referencial próprio. Necessita, ademais, de um *ato-unidade* referencial com os demais subsistemas. Com isso, chega-se à unidade referencial perante o sistema constitucional como um todo. A escassez, como *ordem de coerção física*, impõe a *não ação* do subsistema financeiro. Os atos-unidades devem partir deste ponto de referência interna.

Não basta, porém. Em última análise, e como *variável estrutural* em grau de abstração máximo, o subsistema financeiro precisa de um *ato-unidade de referência* dentro do ordenamento jurídico como um todo, para mitigar choques inevitáveis. As *funções* de necessidade interna dos subsistemas constitucionais em tensão devem ser aplacadas para que o sistema constitucional se mantenha íntegro. As tensões políticas, econômicas e sociais precisam ser acomodadas em um *ato-unidade referencial* teórico, constante em sua função estruturante, como *ordem de coerção normativa*.

Os Entes e os Poderes, em interação cooperativa, sejam com eles próprios, sejam com o sistema, devem guardar “reciprocidade de perspectivas” (“*reciprocity of expectations*”).¹⁰⁵¹ Em outras palavras, devem guardar complementaridade das pretensões individuais com o referencial teórico da unidade do sistema constitucional.¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 38.

¹⁰⁵¹ “These alters need not be a defined group of individuals, but can involve any alter if and when he comes into a particular complementary interaction relationship with ego which involves a reciprocity of expectations with reference to common standards of value-orientation” (PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 24).

¹⁰⁵² Em comparação com a estrutura da personalidade de Freud, que Parsons leva ao limite institucional, os modelos exteriores, que são interiorizados pelos Poderes – ou indivíduos – para constituírem o seu próprio

O referencial teórico de unidade do sistema como um todo parte logicamente do seu *conjunto simbólico normativo máximo*. Os atos-unidades decompostos representam cada uma das normas e valores *internalizados* e *institucionalizados* no processo constitucional que convivem em *integração* sistêmica, com um referencial próprio na jurisdição constitucional. A busca do referencial sistêmico constitucional do ordenamento jurídico pressupõe a unidade. A unidade, por sua vez, pressupõe o equilíbrio estável de permanência.

A busca teórica pelo *equilíbrio estável de permanência* no presente trabalho inclina-se naturalmente para o aprofundamento do teorema dinâmico fundamental de Parsons, posto que as premissas são a abertura e o dinamismo sistêmico constitucional.

4.3.2.2 O teorema dinâmico fundamental de Talcott Parsons

A primeira parte da teoria de Parsons é focada na ação social como objeto de estudo da sociologia, através da forma sistemática. A publicação em 1937 da notável obra *The structure of social action* foi um marco divisor para a teoria sociológica.¹⁰⁵³ A teoria geral da ação social como sistema estruturado e ordenado em conduta da *consciência coletiva* representou um avanço científico notável. Não só para a sociologia americana, mas para a sociologia como um todo, através de uma teoria com pretensões científicas de unir na sociologia os elos comuns entre a política e a economia, em um momento em que a ciência sociológica passava pela primeira crise teórica da sua jovem existência.

A partir da ideia de *interação*, Parsons passa para o segundo momento da sua construção teórica, com a publicação em 1951 da obra *The social system*. A interação passa a definir o sistema social com um grau de especificidade que o diferencia de outros subsistemas da ação. A *interação social*, ou, como afirma Guy Rocher, a *troca de informações*,¹⁰⁵⁴ no meio ambiente sistemático interdependente de Parsons, goza de dois elementos próprios: a *normatividade* e as *condicionantes adaptativas* do sistema social em equilíbrio, com os demais subsistemas.¹⁰⁵⁵

superego individual, são os mesmos que serão institucionalizados na medida em que são partilhados de forma sistêmica. Em perspectiva complementar, os modelos são institucionalizados se e quando o sistema constitucional permitir. A *consciência moral* de Freud encontra a *consciência coletiva* de Durkheim, de forma que o superego é o inverso individualizado da consciência coletiva que repousa no sistema constitucional. Cf. PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 362-363.

¹⁰⁵³ “Of the many efforts to tell the story of the sociological tradition, *The Structure of Social Action* by Talcott Parsons ([1937] 1968) stands as the most influential and enduringly controversial. Little heeded by the sociological community for a decade or so after it appeared, during the postwar period it came to be viewed as a compellingly authoritative text and subsequently appeared to many as a turning point in the history of the field” (LEVINE, Donald. *Visions of the sociological tradition* cit., p. 35).

¹⁰⁵⁴ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 64.

¹⁰⁵⁵ Cf. LEVINE, Donald. *Visions of the sociological tradition* cit., p. 42.

A ação social sistemática se desenvolve por meio de um processo de *interação* normativa e adaptativa a situações condicionantes das escolhas dos sujeitos-atores. Esta interação decorre da atuação dos indivíduos, grupos ou instituições. São os *sujeitos-atores* e suas respectivas *ações sociais*, interagindo em *situações* que propiciam a captura das normas e dos valores pelas virtudes de *internalização* e de *institucionalização*. Este processo contínuo aumenta o grau de integração do sistema social até o ponto em que ele consegue atingir os mais altos índices de expectativas individuais e interesses coletivos.

O processo de *integração* é dinâmico. Mais do que isso, é um processo central na *estabilidade* de qualquer sistema social. Achar a fórmula que dita esta movimentação em direção à estabilidade é o que Parsons chama de *teorema dinâmico fundamental* da análise do processo social.¹⁰⁵⁶

Influenciado por Pareto,¹⁰⁵⁷ pela biologia organicista,¹⁰⁵⁸ e pela matemática teórica de Alfred Whitehead,¹⁰⁵⁹ a necessidade de um *equilíbrio estável* em processos dinâmicos¹⁰⁶⁰ aparece na obra Parsons como uma forma de valoração objetiva da frequência variante do padrão de interação no processo contínuo de mudança social, entre uma pluralidade de sujeitos-atores. O *teorema dinâmico fundamental* é, portanto, um modelo de busca de um

¹⁰⁵⁶ “It is only by virtue of internalization or institutionalized values that a genuine motivational integration of behavior in the social structure takes place, that the “deeper” layers of motivation become harnessed to the fulfillment of role-expectations. It is only when this has taken place to a high degree that it is possible to say that a social system is highly integrated, and that the interests of the collectivity and the private interests of its constituent members can be said to approach 11 coincidence. This integration of a set of common value patterns with the internalized need disposition structure of the constituent personalities is the core phenomenon of the dynamics of social systems. That the stability of any social system except the most evanescent interaction process is dependent on a degree of such integration may be said to be the fundamental dynamic theorem of sociology. It is the major point of reference for all analysis which may claim to be a dynamic analysis of social process” (PARSONS, Talcott. *The social system* p. 27).

¹⁰⁵⁷ “The title, *The Social System*, goes back, more than to any other source, to the insistence of the late Professor L. J. Henderson on the extreme importance of the concept of system in scientific theory, and his clear realization that the attempt to delineate the social system as a system was the most important contribution of Pareto’s great work. This book therefore is an attempt to carry out Pareto’s intention, using an approach, the “structural-functional” level of analysis, which is quite different from that of Pareto, and, of course, taking advantage of the very considerable advances in our knowledge at many points, which have accumulated in the generation since Pareto wrote” (PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. ix).

¹⁰⁵⁸ Talcott Parsons iniciou sua formação universitária na área biológica. Fez 3 anos de medicina, sendo muito influenciado por Albert Schaffle e, principalmente, pelo filósofo inglês Herbert Spencer, que estudava as ciências sociais através dos conceitos evolutivos dos seres vivos.

¹⁰⁵⁹ Professor da Universidade de Oxford, Alfred North Whitehead desenvolve suas pesquisas de filosofia da ciência a partir da matemática teórica. Como afirma Thomas Fararo, “apart Kant, no philosopher appears to have had a stronger impact upon Parsons than Whitehead did” (On the Foundations of the Theory of Action: four imperatives. *Studies in the theory of action*. Action theory. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2006. p. 80).

¹⁰⁶⁰ Idem, p. 85.

equilíbrio estável, como condição necessária para a existência de uma ordem social com múltiplos *nexos interativos*. É o paradoxo do equilíbrio no desequilíbrio inerente à movimentação contínua.

Processos em constante mutação, porém, possuem dois *padrões de equilíbrio*, ou duas *variáveis constantes*. O *equilíbrio da frequência de movimento* é o padrão cíclico dentro do próprio estímulo de mudança. O processo de mutação também possui o seu *ato-unidade*, ou seja, as *variáveis constantes* do seu movimento cíclico. A mutação é internalizada na existência sistêmica através do *equilíbrio de frequência*, de forma que o sistema traz em si os limites e possibilidades da sua mutação.

Mudanças são endêmicas, inexoráveis e, dentro de certos limites, desejáveis. Parsons chama este equilíbrio de *processo do próprio sistema*, isto é, as modificações sistêmicas que, apesar de inevitáveis ou mesmo desejáveis, devem obedecer a certas regras estruturais sob pena de destruição do próprio sistema.¹⁰⁶¹

O outro *padrão de equilíbrio* ou *variável constante* seria complementar ao primeiro: o *equilíbrio estável de permanência*, como *condicionante de operabilidade* do sistema em movimento contínuo.¹⁰⁶² Em um paralelo com a teoria de Parsons, o equilíbrio de permanência é o ponto de referência estrutural, em relação ao qual o sistema deve se valer, toda vez em que o complexo processo comportamental necessita de um padrão valorativo de orientação estrutural (*value-orientation pattern*).¹⁰⁶³

Enquanto o processo de mutação possui *variáveis constantes* no seu movimento cíclico, o processo de permanência apresenta *variáveis estruturais (pattern variables)*,¹⁰⁶⁴ que impõem certo modelo normativo orgânico às unidades de um sistema e ao próprio sistema em si para a estabilidade do todo.¹⁰⁶⁵

O atingimento deste padrão da estabilidade em um ambiente interativo dinâmico é um processo complexo, dependente de múltiplas *condicionantes adaptativas*. A par de todas,

¹⁰⁶¹ Cf. PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 26-68.

¹⁰⁶² Sobre a aplicação do conceito de *equilíbrio estável* em processos dinâmicos no sistema constitucional, ver seção 4.3.2, *supra*.

¹⁰⁶³ Cf. PARSONS, Talcott. *The social system* cit., p. 27-28.

¹⁰⁶⁴ Parsons agrupa as variáveis estruturais em quatro dilemas dicotômicos precípuos: (i) universalismo e particularismo; (ii) desempenho e qualidade; (iii) neutralidade e afetividade; e (iv) especificidade e difusão. Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana* cit., p. 44.

¹⁰⁶⁵ Nas palavras de Parsons: “[...] pattern variables are focused on the relational aspects of the hole structure of the social system” (*The social system* cit., p. 66).

Parsons conclui que deve haver níveis suficientes de *internalização* dos mesmos valores sociais que foram *institucionalizados*.¹⁰⁶⁶ A integração social, neste aspecto, é o resultado do consenso normativo de seus integrantes.

O processo de integração, porém, não é um mero conjunto de normas a orientar a *ação* e a *não ação* dos *sujeitos-atores* diante das *situações*. Demanda aspectos mais dinâmicos e mais intuitivos, além do alcance de normas de conduta preestabelecidas. A integração social, portanto, exige ainda um conjunto de regulações não normativas da ação social. A orientação da ação social do sujeito-ator, sem dúvida, é constitutiva da integração pela produção normativa da ordem. A integração enquanto manutenção do sistema, no entanto, depende também da regulação não normativa.¹⁰⁶⁷ A coletividade que observa o parâmetro de produção normativa e de integração sistêmica não normativa passa a ser uma *unidade*.¹⁰⁶⁸

A concepção teórica ideal de um sistema social pressupõe a conjunção de *variáveis estruturais* (*pattern variables*), com o *processo do próprio sistema*. Por ser referencialmente aberto e assim importar em interpenetrações internas e exteriores, a dinâmica sistêmica pressupõe ainda as chamadas *funções sistêmicas*. A estas três condições complementares, Parsons chama de *modo estrutural e funcional de análise sistêmica*.¹⁰⁶⁹

Na evolução do teorema dinâmico fundamental, Parsons foi além da abordagem conceitual da obra *The social system*. Através de trabalho conjunto com o psicólogo Robert Bales, a decomposição objetiva das *funções de necessidade* partiu de ensaios empírico de subgrupos ou subsistemas sociais para o estudo dos sistemas em atividade. O ponto fundamental do estudo partiu do seguinte questionamento fundamental: por que as pessoas são motivadas a

¹⁰⁶⁶ “Talcott Parsons argued that the special subject matter of sociology, social structure, is “institutionalized normative culture” (In his famous ‘fundamental dynamic theorem of sociology’, social order depends on the integration of institutionalized values with internalized need dispositions” (FARARO, Thomas J.; SKVORETZ, John. Institutionalized social action. Control at program level cit., p. 114).

¹⁰⁶⁷ “Parsons postulates two kinds of integrative mechanisms. Social integration results from normative consensus among the participants. System integration is based on the non-normative regulation of the action process that serves system maintenance. The orientation of the acting subject to values and norms is constitutive of the social-integrative production of order but not of its system integrative aspect” (HABERMAS, Jürgen. Talcott Parsons: problems of theory construction. *Sociological inquiry*. v. 51, I. 3-4, Jul. 1981. p. 175).

¹⁰⁶⁸ Cf. PARSONS, Talcott. *The structure of social action cit.*, p. 246-247. Nesse ponto, a teoria da ação social se aproxima da *coletividade como unidade* de Pareto.

¹⁰⁶⁹ PARSONS, Talcott. An outline of the social system. In: CALHOUN, Craig; GERTEIS, J.; MOODY, J.; PFAFF, S.; VIRK, I. (ed.). *Classical sociological theory*. 2. ed. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2007. p. 421.

tomar decisões corretas para a sociedade, ainda que não sejam corretas do ponto de vista dos instintos individuais?

O clássico paradigma das quatro funções, também denominado “esquema AGIL”, surge em 1953, com a publicação *Working papers in the theory of action*, e se torna um ponto de convergência central em toda a obra posterior de Parsons. Como uma forma de oferecer limites objetivos às trocas dentro de uma realidade sistêmica aberta e dinâmica, Parsons traça quatro funções fundamentais de um sistema em movimento. Quando fenômenos independentes formam uma padronização com estabilidade temporal, há a identificação de uma estrutura sistêmica.

Os limites, por sua vez, definem e mantêm a estrutura do sistema.¹⁰⁷⁰ As dimensões funcionais do sistema de ação, portanto, consideram o sistema em atividade e são essenciais para a compreensão dos sistemas referencialmente abertos e “vivos”.¹⁰⁷¹ Parsons denomina as interações funcionais de *modo dinâmico de análise sistêmica*.¹⁰⁷²

A relação entre a *estrutura* e a *função* é a relação entre a *variável estrutural constante* e a *variável funcional dinâmica*. Enquanto a primeira designa as características do sistema que se mantém íntegras e independentes, a despeito de amplitudes e flutuações da relação do sistema com o meio exterior, a segunda se coloca como um marco teórico de integração, promovendo a constante mediação entre a constância da estrutura e a dinâmica das interações externas.¹⁰⁷³

Um importante exemplo citado por Parsons para situar a diferença entre a análise estrutural da análise dinâmica é a própria Constituição norte-americana. A estabilidade

¹⁰⁷⁰ “The concept of an open system interchanging with environing systems also implies boundaries and their maintenance. When a set of interdependent phenomena shows sufficiently definite patterning and stability over time, then we can say that it has a ‘structure’ and that it is fruitful to treat it as a ‘system’. A boundary means simply that a theoretically and empirically significant difference between structures and processes internal to the system and those external to it exists and tends to be maintained. In so far as boundaries in this sense do not exist, it is not possible to identify a set of interdependent phenomena as a system; it is merged in some other, more extensive system. It is thus important to distinguish a set of phenomena not meant to constitute a system in the theoretically relevant sense – e.g., a certain type of statistical sample of a population – from a true system” (PARSONS, Talcott. *An outline of the social system cit.*, p. 421).

¹⁰⁷¹ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana cit.*, p. 47/49.

¹⁰⁷² Cf. PARSONS, Talcott. *An outline of the social system cit.*, p. 423.

¹⁰⁷³ “The functional reference, on the other hand, diverges from the structural in the “dynamic” direction. Its primary theoretical significance is integrative; functional considerations relate to the problem of mediation between two fundamental sets of exigencies: those imposed by the relative constancy or “givenness” of a structure, and those imposed by the givenness of the environing situation external to the system. Since only in a theoretically limiting case can these two be assumed to stand in a constant relation to each other, there will necessarily exist a system of dynamic processes and mechanisms” (PARSONS, Talcott. *An outline of the social system cit.*, p. 422).

estrutural de *pontos de referência* como o modelo federativo, a separação de Poderes, o binômio Igreja/Estado, os direitos básicos de liberdade individual, de reunião e de propriedade, contrastam, durante toda a sua vigência, com mutações constantes da sociedade norte-americana, da legislação, da hermenêutica jurídica e da jurisprudência.¹⁰⁷⁴

Dentro do contexto de identificação de limites objetivos, definidores e mantenedores da estrutura sistêmica dinâmica, Parsons decompõe a função estrutural em quatro elementos empiricamente observados, que seriam funções das quatro necessidades elementares de qualquer sistema referencialmente aberto. Os *atos-unidade* precisam se situar dentro de uma destas quatro dimensões e, não raro, se movimentam de uma dimensão para outra, suprimindo as necessidades básicas do sistema vivo.¹⁰⁷⁵

A primeira função, ou seja, o “A” do “esquema AGIL” seria *adaptation*. Por adaptação, Parsons denomina os *atos-unidades* que buscam relações com o meio exterior. É a forma de o sistema buscar recursos para atender as suas necessidades. A função de adaptação está, portanto, intimamente ligada à função “G” (*goal-attainment*), ou seja, de consecução de objetivos. A adaptação e a consecução de objetivos estão diretamente relacionadas com a estrutura, os mecanismos e os processos variáveis de relação do sistema com o seu meio ambiente externo.¹⁰⁷⁶

Quando há apenas um objetivo, o sistema geralmente se mostra estável, tendo em vista que todas as funções estão direcionadas para a obtenção de recursos para o atendimento de uma necessidade. A questão se torna complexa, no entanto, quando há mais de um objetivo. A escassez demanda o estabelecimento de escala de urgência, mas uma de uma escala suficientemente flexível diante das incertezas das possíveis variações que possam ocorrer nas diversas situações de integração entre o sistema e o seu meio externo. A função de adaptação é fundamental na valoração dos “custos dos objetivos”.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁴ “Thus, in a broad sense, the American Constitution has remained a stable reference point over a period of more than a century and a half. During this time, of course, the structure of American society has changed very greatly in certain respects; there have been changes in legal terms, through legislation, through legal interpretations, and through more informal processes. But the federal state, the division between legislative and executive branches of government, the independent judiciary, the separation of church and state, the basic rights of personal liberty, of assembly, and of property, and a variety of other features have for most purposes remained constant” (PARSONS, Talcott. *An outline of the social system cit.*, p. 422).

¹⁰⁷⁵ Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana cit.*, p. 47.

¹⁰⁷⁶ Cf. PARSONS, Talcott. *An outline of the social system cit.*, p. 426-427.

¹⁰⁷⁷ “With a plurality of goals, however, the problem of “cost” arises. That is, the same scarce facilities will have alternative uses within the system of goals, and hence their use for one purpose means sacrificing the gains that would have been derived from their use for another. It is on this basis that an analytical distinction must

A dimensão estabilizadora do sistema, por excelência, é a *integração*. A função “I” (“*integration*”) visa a manter o sistema em *equilíbrio estável*, mesmo diante de uma realidade dinâmica. O conjunto de atos-unidades de coerência e de solidariedade, tendentes a proteger a estrutura do sistema contra mudanças bruscas, formam a função de integração, com o objetivo precípuo de *permanência* ou continuidade do funcionamento sistêmico.

A estrutura do sistema é definida pelos padrões de estabilidade dos valores *institucionalizados*. De um lado, a estrutura traduz a motivação do padrão da manutenção do sistema. De outro lado, traduz a motivação da mudança sistêmica, ínsita no próprio sistema. Esta *função motivacional*, de manutenção e de mudança, recebe de Parsons o nome de *pattern-maintenance* ou *latency*. A latência, enquanto função “L” do esquema se refere ao imperativo de manutenção da estabilidade dos padrões culturais e simbólicos, definidores da estrutura do sistema. Além disso, do ponto de vista individual, reflete o compromisso motivacional da ação social aos padrões de conformidade normativa *internalizados*.¹⁰⁷⁸

Para que o sistema funcione, além das variáveis estruturais e da manutenção em mutação, é necessário que sejam sanadas as *funções de necessidades internas* para evitar conflitos entre os subsistemas e entre o sistema, de um ponto de vista interno, e o sistema e meio ambiente, em uma visão exterior. O *equilíbrio estável de permanência* do sistema constitucional segue esta tendência para superar os desafios constantes da posição de centralidade normativa do ordenamento jurídico.

4.4 Proposta de um modelo de equilíbrio estável dinâmico de permanência

O ponto de partida do DCFE, enquanto meio de estimular a *cooperação constitucional*, analisa cada *ato-unidade* dentro deste arquétipo conceitual do teorema dinâmico fundamental. As quatro *funções sistêmicas* ressaltam o papel de mediação da *função de integração* entre os parâmetros das *variáveis estruturais* (*pattern variables*), com

be made between the function of effective goal-attainment and that of providing disposable facilities independent of their relevance to any particular goal. The adaptive function is defined as the provision of such facilities” (PARSONS, Talcott. An outline of the social system cit., p. 427).

¹⁰⁷⁸ “The function of pattern-maintenance refers to the imperative of maintaining the stability of the patterns of institutionalized culture defining the structure of the system. There are two distinct aspects of this functional imperative. The first concerns the character of the normative pattern itself; the second concerns its state of ‘institutionalization’. From the point of view of the individual participant in a social system, this may be called his motivational commitment to act in accordance with certain normative patterns; this, as we shall see, involves their ‘internalization’ in the structure of his personality” (Idem, p. 425).

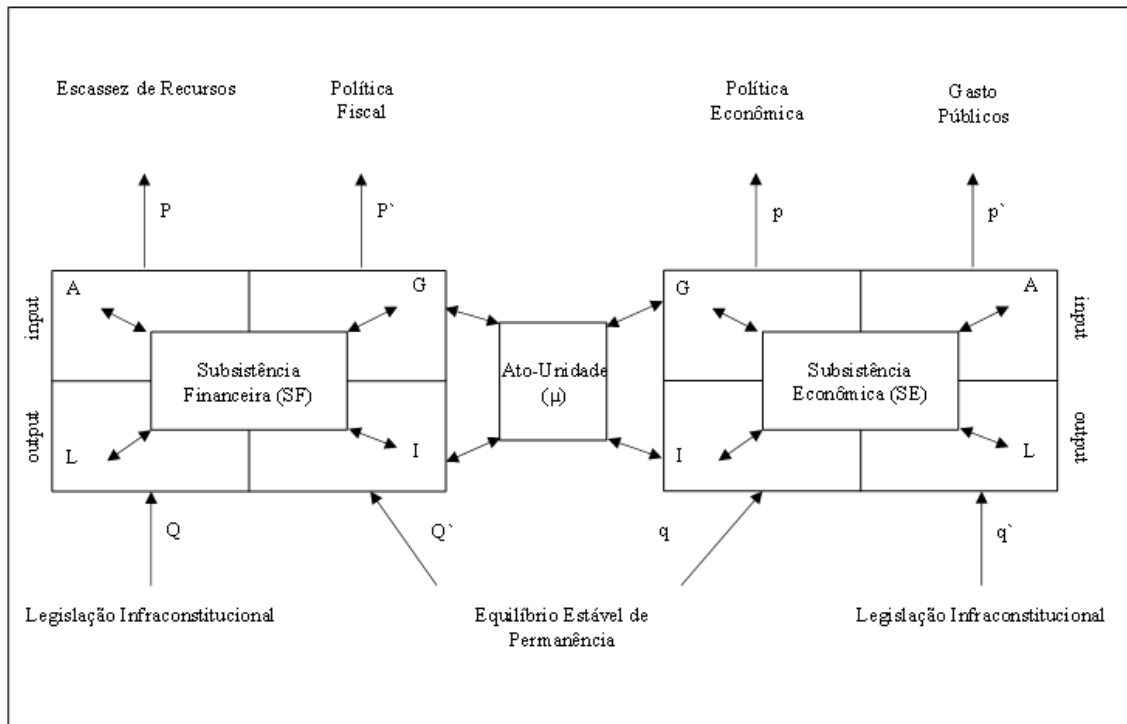
seus limites de estabilidade de permanência e o *equilíbrio da frequência de movimento*, identificando variáveis constantes nas mutações próprias da estrutura aberta.

O movimento do *ato-unicidade* no sistema constitucional o faz transitar pelos quadrantes das *funções de necessidade*, a partir dos impulsos legislativos, políticos e sociais. É um somatório de vetores em direções variadas, com intensidade de força diversas, e ditados por diretrizes externas de viés contraditório. A pluralidade impõe esta contradição. O *equilíbrio estável de permanência*, por outro lado, neutraliza vetores opostos, a partir da identificação de *variáveis constantes* e da atribuição de relevo maior ou menor à função integradora, de acordo com a complexidade das interrelações sistêmicas que o ato-unicidade deflagra.

Um exemplo interessante pode ser construído a partir da tensão histórica entre as políticas contracionistas e expansionistas no campo fiscal. Em breve síntese, enquanto a primeira destaca a importância de metas e resultados fiscais, a segunda impõe gastos constantes do Poder Público no impulso da economia. A questão ideológica se insere no âmbito legítimo das escolhas democráticas cíclicas. Cada troca de condução da política fiscal, no entanto, reflete-se no sistema constitucional, impondo variações de intensidade no conflito entre o subsistema constitucional financeiro e o subsistema constitucional econômico, por exemplo.

A demonstração esquemática ajuda a formular as proposições lógicas, decorrentes dos conceitos aplicados aos estímulos políticos contracionistas e expansionistas nos subsistemas constitucionais financeiro e econômico.

Figura 1 – Esquema AGIL” do Sistema Constitucional



Política Contractionista

$$\mu = ((P > p') \wedge (P' > p)) \rightarrow I = (Q' < q')$$

(Se o ato-unidade corresponder a uma percepção de escassez maior do que os gastos públicos e o impulso de contração for maior do que o impulso expansionista então a função de integração corresponderá ao ponto de referência do subsistema financeiro menor do que o ponto de referência do subsistema econômico)

Política Expansionista

$$\mu = ((P < p') \wedge (P' < p)) \rightarrow I = (Q' > q')$$

(Se o ato-unidade corresponder a uma percepção de escassez menor do que os gastos públicos e o impulso de contração for menor do que o impulso expansionista então a função de integração corresponderá ao ponto de referência do subsistema financeiro maior do que o ponto de referência do subsistema econômico)

A primeira proposição, estimulada pelo impulso contractionista, busca, a *contrario sensu*, proteger os investimentos estatais de um somatório de vetores tendentes a contrair o viés desenvolvimentista do subsistema econômico. Já a segunda proposição, aumenta o valor dos vetores dos pontos de referência da função de integração em direção ao equilíbrio fiscal, contornando gastos exagerados que ameacem a sustentabilidade intrageracional e intergeracional.

A “reciprocidade de perspectivas” é fundamental neste processo. O *equilíbrio estável de permanência* evita que a troca de orientação política seja inútil, porquanto o viés anterior desequilibrou o sistema constitucional de forma tal que a inversão de perspectiva seja inócua, diante da anulação de um ou outro subsistema. A *unidade* constitucional demanda este equilíbrio, dentro do ambiente da democracia de negociação contínua.

A *função integradora*, portanto, busca, nos *pontos de referência*, compensar o somatório de forças pendentes unilateralmente no conflito entre dois subsistemas constitucionais. Dentro do conjunto dos vetores que decorrem das interrelações sistêmicas, a partir do impulso do direcionamento político, a força resultante de estímulos democráticos opostos, contracionistas ou expansionistas, desequilibra o sistema e causa, inclusive, mutações. Cabe ao sistema se autorregular através da *função de integração* para que a frequente mudança de viés não seja definitiva e, por via de consequência, antidemocrática.

O *ato-unidade*, enquanto impulso político, econômico, legislativo ou social de um sistema referencialmente aberto e dinâmico, percorre os quatro quadrantes do esquema “AGIL”, como potencial elemento desestabilizador do equilíbrio constitucional. Na *integração* sistêmica, no entanto, encontra as barreiras impostas pelos limites de variação estrutural da unidade constitucional.

Nesse ponto, a *função integradora* seria a decomposição da estrutura filosófica (ou interpretação sistemática) de Savigny. Seria a teoria escalonada do direito (Stufenbaulehre), de Adolf Julius Merkl e Hans Kelsen, na imagem da estrutura piramidal hierárquica.¹⁰⁷⁹ Seria a vedação do retrocesso.¹⁰⁸⁰ Seriam considerações contemporâneas mais abertas, como

¹⁰⁷⁹ “O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” In. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 136.

¹⁰⁸⁰ “[...] como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições latino-americanas em vigor no momento – a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade.” In. SARLET, Ingo Wolfgang. “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano.” *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 75, nº 3, p.125-126, jul./set. 2009.

a omissão inconstitucional¹⁰⁸¹ e o estado de coisas inconstitucional,¹⁰⁸² assim como o positivismo metódico-axiológico, de Heleno Torres, tendente para a segurança jurídica, como princípio-garantia.¹⁰⁸³

A *função integradora* seria, ao lado de todos estes padrões hermenêuticos que partem da unidade em sistema dinâmico, a *estratégia* aplicada ao direito constitucional financeiro.

4.4.1 *Centralidade dos direitos fundamentais na fragmentação constitucional sistêmica e os desafios prospectivos*

A centralidade da Declaração de Direitos é celebrada pela literatura constitucional e política como uma conquista civilizatória da Constituição de 1988. O movimento do constitucionalismo mundial em busca de efetividade para os direitos fundamentais foi tratado ao longo deste trabalho como uma conquista da humanidade e como um problema institucional. Uma conquista maiúscula, em um momento em que a história superou tristes capítulos de vazio humanitário. Um problema, na medida em que parte significativa das teorias de efetivação promoveram uma hipertrofia do subsistema social constitucional.

¹⁰⁸¹ “A inconstitucionalidade pode ser definida como a relação de incompatibilidade entre condutas ativas ou omissivas dos entes estatais, ou dos particulares, com a Constituição. A inconstitucionalidade sistêmica, por seu turno, é a violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões, envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas. A inconstitucionalidade sistêmica, em certos cenários, pode ser entendida como o reconhecimento da existência de espaços vazios de constitucionalismo, aproximando-se as figuras do costume inconstitucional e da anomia⁷⁶, porquanto não raro se estabelece com o apoio tácito das maiorias sociais.” In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. “Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição.” *Revista Juris Poiesis*. Ano 18, nº 18, jan-dez., 2015. p. 155 (130-159)

¹⁰⁸² Carlos Alexandre de Azevedo Campos, identifica na superação da omissão constitucional uma forma de concretização da Constituição como um todo e não de preceitos isolados, realçando o papel da unidade constitucional: “[...] o reducionismo em identificar a omissão como o descumprimento de enunciados normativos específicos, portadores de ordens expressas de legislar. O campo de incidência da omissão inconstitucional fica assim bastante reduzido, condicionado à existência de dispositivo constitucionais particulares. [...] A execução desse projeto é confiada, primariamente, ao legislador democrático. O sucesso, por sua vez, depende *da efetividade da Constituição no que ela é mais importante* – a concretização dos direitos fundamentais – e não da pura e simples eficácia de dispositivos constitucionais particulares” (*Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019. p. 75-77, grifos do original.

¹⁰⁸³ “À inovação deste modelo concorre o emprego do nosso método do positivismo metódico-axiológico, pelo qual o direito financeiro deve ser estudado e aplicado como ‘sistema’ de normas jurídicas, a partir da Constituição, para assegurar unidade e conexão entre as competências e valores da atividade financeira do Estado, a afastar as miscelâneas metodológicas entre Economia (Finanças Públicas) e Direito” (TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 26).

As externalidades negativas são evidentes. Ao ultrapassar os limites institucionais e a barreira entre o desejável e o possível, a *exclusão social efetiva* foi maior do que a *inclusão social conceitual*. Neste cenário, há de se ter precaução *estratégica* com o texto extenso, largo, e por vezes de alta utopia social da Constituição de 1988.

O reconhecimento teórico de que a Declaração de Direitos não é *absoluta* é o primeiro passo para evitar decepções de efetividade prática. Não há uma *categorização* entre normas próprias de um subsistema constitucional que predefina o âmbito de atuação de uma Subconstituição, nem mesmo no ciclo referencial das normas definidoras de direitos fundamentais.¹⁰⁸⁴ As Subconstituições não buscam a referência de suas normas no seu próprio subsistema. Não são subsistemas isolados, fechados pela sua própria perfeição autorreferencial. Em síntese conceitual, não são subsistemas exclusivamente *internos*.

A chamada *teoria interna* dos direitos fundamentais, ao não admitir restrições a direitos fundamentais, aponta a centralidade da Declaração de Direitos na direção de um subsistema absoluto, restrito por seus próprios *limites iminentes*, ou visto como uma *instituição* autorreferente.¹⁰⁸⁵ Neste caso, haveria contradição referencial entre a fragmentação sistêmica e a Declaração de Direitos, enquanto um subsistema operacionalmente fechado, *autopoietico*, dentro de um sistema constitucional cognitivo, com imperfeições abertas *alopoieticas*,¹⁰⁸⁶ e substancialmente político.¹⁰⁸⁷

Já a *teoria externa* relativiza a Declaração de Direitos, enquanto subsistema com dois objetos distintos: o direito em si e suas restrições. Ao separar estes atributos, admite que há imperfeições autorreferenciais, colisões entre normas a demandar ou a permitir limitações, sopesamentos, ponderações e, como iremos propor, *escolhas estratégicas*. A extensão *prima*

¹⁰⁸⁴ “Uma das posições que nega os conflitos é chamada de *categorização*. Na categorização, busca-se definir o campo de incidência de cada norma constitucional à luz de todas as demais, de forma a evitar a eclosão de colisões. [...] A categorização, por isso, conduz a posições absolutistas em matéria de aplicação de normas constitucionais e, em especial, de tutela de direitos fundamentais [...]” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 498).

¹⁰⁸⁵ Sobre a diferença entre a *teoria interna* e *externa* dos direitos fundamentais, há boa doutrina nacional. Por todos, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 128-162; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 140-152; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 498-500.

¹⁰⁸⁶ “Só quando há uma assimetria externa ao nível da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da auto-referência operacional do Direito. Derivado etimologicamente do grego alo (“um outro”, diferente) + poiesis (‘produção’, ‘criação’), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. [...] O modelo luhmanniano do *direito moderno* (positivo) *como sistema autopoietico* é, numa perspectiva empírica, *suscetível de restrições*. A determinação alopoietica do direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial). [...] Ao contrapor-se à alopoiese a alopoiese, não se trata de uma discussão sobre a superação lógica do paradoxo da auto-referência. [...]” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 124/140).

¹⁰⁸⁷ Cf. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana* cit., p. 259.

facie, como sustenta Virgílio Afonso da Silva, protege o conteúdo do direito da restrição do seu exercício.¹⁰⁸⁸ Dito de outra forma, restringir episodicamente não importa necessariamente em aniquilar o conteúdo do direito fundamental.

A *teoria externa* é amplamente aceita pela literatura e jurisprudência brasileiras, de forma que a adoção da sistematização constitucional alemã não gera, em princípio, contradição referencial. O subsistema da Declaração de Direitos não é uma Constituição dentro da Constituição. Não é um subsistema fechado e estático, dentro de um sistema referencialmente aberto e dinâmico.

Estabelecida esta importante premissa, a centralidade da Declaração de Direito importa dizer que o seu subsistema normativo é uma *variação estrutural* da Constituição, de forma que qualquer movimento do *ato-unicidade* pelos quadrantes do sistema constitucional precisa atribuir valor específico para os *pontos de referências* que advém do processo hermenêutico dos direitos fundamentais.

A fragmentação em subsistemas,¹⁰⁸⁹ com visto, demanda estabilidade e um desafio hermenêutico. A condução das relações sistêmicas tem de encontrar *pontos de referências* metodológicos, capazes de conferir *equilíbrio de permanência estável* ao texto constitucional. A evolução em mutação contínua denota um sistema naturalmente inconstante. Sem referencial algum, os interesses em conflito tendem à anomia e à destruição do próprio sistema. A autorreferência não é um atributo de um subsistema jurídico ou de uma Subconstituição. A autorreferência, como afirma Gunther Teubner, é um atributo do *direito enquanto direito*.¹⁰⁹⁰

Nos termos da concepção sistêmica da Constituição, a autorreferência autopoietica não é um problema capaz de isolar um subsistema, não importando o seu grau de centralidade. Pelo contrário, autorreferencial é o sistema constitucional, enquanto sistema jurídico dotado de

¹⁰⁸⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia cit., p. 138.

¹⁰⁸⁹ Não confundir com a fragmentação constitucional de Gunther Teubner. O conceito aqui utilizado olha para dentro da Constituição e na sua subdivisão interna em subsistemas diante do grau de especialização e de diferenciação luhmanniana dos respectivos subsistemas sociais. A política é central neste processo. Teubner, por sua vez, extrapola esta problematização para além dos limites do Estado Nacional, em linha com a transnacionalidade constitucional. A política não mais capaz de centralizar os problemas sociais. A despolíticação da sociedade gera subconstituições autônomas privadas que regulam setores próprios, diferenciados por sua grande diferenciação. Este é o futuro da sociedade democrática e a solução para o problema do atual modelo constitucional do Estado nacional para o Estado Global. Cf. *Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization*. Translated by Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 30-33; 51-57; 88-89; 114-117. Sobre a crise atual do constitucionalismo no processo de “Des-nacionalização” e a questão do “constitucionalismo civil”, ver: GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future* cit., p. 315-345).

¹⁰⁹⁰ “Another way of interpreting this story would be to emphasize the fact that law is essentially self-referential and unpredictable. The ideal of legal certainty, essentially based on the predictability of law in its application to actual cases, founders on the law's selfreferentiality. So does the notion that predictability can be obtained by causal analyses of the sociology of law.” In. *Law as an Autopoietic System* cit., p. 2.

unidade operacional e estrutural.¹⁰⁹¹ A variação negativa da entropia constitucional, isto é, a diminuição da desordem intersistêmica, não depende apenas do próprio subsistema fechado, quando muito do ambiente ou da observação passiva entre subsistemas fechados, como no modelo jurídico-sistêmico de Niklas Luhmann.¹⁰⁹²

Aproximando-se mais do modelo de Gunther Teubner, as subconstituições promovem *interferências intersistêmicas* entre si e na constitucionalização social.¹⁰⁹³ As autorreferências externas operam no sistema constitucional como uma terceira via, entre a impenetrabilidade e a impossibilidade de determinação de fora para dentro, em um processo por ele denominado de “circularidade essencial” (“*essential circularity*”).¹⁰⁹⁴

A Constituição apresenta-se, e então voltamos a Marcelo Neves, como o meio estrutural externo de interpenetração entre dois sistemas sociais, o direito e a política.¹⁰⁹⁵ Internamente, seus subsistemas se relacionam ativamente. Inclusive, e não raro, relacionam-se com orientações de condução política diferentes entre eles.

A Constituição Financeira pode estar em orientação política de contração fiscal, enquanto o mesmo contexto impulsiona a Constituição Econômica em via diversa, para uma marcha desenvolvimentista ampla, tudo isso em meio à Constituição Política, envolta em ciclo eleitoral oportunista. Os conflitos subsistêmicos ocorrem porque as normas se relacionam e as normas se relacionam porque buscam referencial sistêmico recíprocos. Esta é a *unidade operacional e estrutural* do sistema constitucional, enquanto referencial dinâmico, ainda que os subsistemas estejam em *conflito real* ou *potencial*.

Dieter Grimm descreve os subsistemas em conflito através da diferença entre o *sucesso interno* e o *sucesso externo* da Constituição. Por vezes, o *sucesso externo* esconde a erosão

¹⁰⁹¹ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 141.

¹⁰⁹² “Everything that happens belongs to a *system* (or to many systems) and *always at the same time to the environment of other systems*. Every determinacy presupposes carrying out a reduction, and every observation, description, and conceptualization of determinacy requires giving a system reference in which something is determined as an aspect of either the system or its environment of other system; every increase in complexity in one place increases the complexity of the environment for all other systems” (LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Translated by John Bedmarz, Jr. with Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 177, grifos do original).

¹⁰⁹³ Comparando o modelo de Teubner ao de Luhmann, na relação entre sistemas, Marcelo Neves destaca que: “[d]ivergindo do modelo de Luhmann, essa construção pressupõe que os subsistemas sociais não se encontram apenas em relações de observação recíproca, admitindo também *interferências intersistêmicas*” (*A constitucionalização simbólica* cit., p. 144, grifos do original).

¹⁰⁹⁴ “These are two rather obvious ways of interpreting self-reference in law. They only say something about the fact that law cannot be determined from the outside, that it is impenetrable and uncontrollable. We can get at a far deeper issue by interpreting the story in a third way which reveals its essential circularity” (*Law as an Autopoietic System* cit., p. 3).

¹⁰⁹⁵ Cf. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 148.

interna do referencial sistêmico dos seus próprios subsistemas. É uma situação que configura o *conflito real*, normalmente a demandar uma ruptura do constitucionalismo enquanto regra de monopólio do poder estatal nacional e, até mesmo, internacional.¹⁰⁹⁶

O *conflito potencial* entre subsistemas é uma realidade inerente à própria dinâmica constitucional. A unidade constitucional, através do *compromisso total de sentidos* entre a estabilidade e a dinâmica, na concepção de Klaus Stern,¹⁰⁹⁷ norteia a mutação constitucional até o limite da ruptura.

O equilíbrio entre os extremos é delicado. Pressupõe uma atribuição de valor que, em linha conceitual, aproxima-se do equilíbrio econômico-político do bem-estar social de Vilfredo Pareto.¹⁰⁹⁸ Pareto afirmava que a situação de equilíbrio “resulta da oposição que existe entre os gostos dos homens e os obstáculos para satisfazê-los”.¹⁰⁹⁹ A partir do estudo dos gostos, dos obstáculos e, principalmente, da relação entre eles, Pareto desenvolve um critério de equilíbrio, que, segundo Hal R. Varian, a despeito de ser um objetivo importante, deve ser adotado pela política econômica, ao lado de critérios como a distribuição de renda e a justiça econômica.¹¹⁰⁰ Musgrave endossa, alertando para a preocupação com os múltiplos aspectos das dimensões da coexistência social.¹¹⁰¹

A grande propriedade do equilíbrio para Pareto é a *ofelimidade*, ou seja, a relação entre deslocamento de determinada posição coletiva e a sua influência direta na posição

¹⁰⁹⁶ “This external success of constitutionalism, however, should not mislead the observer. It is accompanied by an internal erosion that started almost unnoticed in the wake of a transformation of statehood, domestically as well as internationally, and eventually cost the state the monopoly of public power over its territory” (*Constitutionalism. Past, present and future* cit., p. 358).

¹⁰⁹⁷ Cf. *Derecho del Estado de la Republica Federal alemana* cit., p. 230.

¹⁰⁹⁸ Como não se trata de referencial teórico único, parece-nos que a situação de equilíbrio em Pareto é bastante oportuna para situar os limites convergência mínimos entre o ato-unidade, os pontos de referência e os atendimentos prioritários do sistema jurídico. A utilização do equilíbrio de Pareto, inclusive, é corente com a obra de Parsons. Cabe, no entanto, na linha de Hal Varian, a advertência de Régis Fernandes de Oliveira “que, em relação ao gasto público o princípio da eficiência é um dos apanágios da defesa da cidadania e da república”, tendo de ser considerado, no direito financeiro, em seu contexto amplo, ou seja, tendo por pressuposto a finitude dos recursos e a multiplicidade de necessidades, de forma que a eficiência “aproxima-se da boa gestão da coisa pública, como princípio da ciência administrativa”, garantindo a a execução efetiva do mandamento constitucional” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 200-201). Heleno Torres ressalta que “o que importa é a qualidade da ação administrativa, em qualquer circunstância, o que se revela pelo respeito ao jurisdicidiconado [...]” (*Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário* cit., p. 247).

¹⁰⁹⁹ Cf. *Manual de economia política*. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 126.

¹¹⁰⁰ Cf. *Microeconomia*. 8. ed. Tradução Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Smille de Macedo. São Paulo: Elsevier, 2012. p. 328.

¹¹⁰¹ “That order, I hasten to add, includes not only the Pareto efficient use of resources, important though that is, but also other and no less vital dimensions of social coexistence, distributive justice and the balance of individual rights and obligations upon which a meaningful concept of liberty has to be built” (MUSGRAVE, Richard. *The Nature of the Fiscal State* cit., p. 31-32. Sobre o tema, ver ainda seção 2.1).

individual.¹¹⁰² Um equilíbrio *ótimo de Pareto* de bem-estar social, portanto, ocorre quando o bem-estar associado da sociedade se identifica com *máximo de ofelividade*, de forma que não há outra situação que possa superá-lo, sem diminuir o bem-estar dos demais. Já a *superioridade de Pareto ou o grau Pareto-superior* representa uma situação que descreve um bem-estar maior, quando nela há pelo menos um indivíduo em situação melhor. O deslocamento da *ofelividade* se situa, no mínimo possível para que o *gosto* da coletividade supere o *gosto* individual.

Trazendo a máxima teórica do campo conceitual para a realidade do direito constitucional financeiro, e principalmente considerando as dimensões da coexistência social às quais se refere Musgrave,¹¹⁰³ tomemos como exemplo o crescimento econômico ocorrido durante a década de 1970, como descrito no Capítulo 1. O crescimento denotava o *sucesso externo* de uma política econômica, baseada na *erosão* dos mecanismos fiscais obsoletos e totalitários da Constituição de 1967. O “Projeto Brasil Grande Potência” mascarou o endividamento público desmedido. Do milagre econômico à década perdida, bastaram um par de anos. O contexto macroeconômico em que foi recebida a Constituição de 1988 exigiu a presença de regra específica sobre o endividamento público – a chamada “regra de ouro”.¹¹⁰⁴

Entre o *sucesso externo* e a *erosão interna*, ocorreu o conflito real e a ruptura de premissas constitucionais financeiras, em impulso unívoco e isolado em busca de um crescimento econômico que, desde o início, carecia de *sustentabilidade*. Por este motivo, refluíu e levou junto a possibilidade de eficácia social plena do complexo e vasto subsistema de direitos que a nova Carta viria a positivar. O descompromisso com a unidade sistêmica não trouxe vantagem alguma. Pelo contrário, afetou a *sustentabilidade intrageracional* do sistema constitucional da geração futura, democrática e a procura de novos valores, direitos e necessidades.

Este descompasso permanece, em maior ou menor grau, na luta permanente de mais de três décadas de sobrevivência da Declaração de Direitos, na miríade de impulsos econômicos, sociais e, sobretudo políticos, da Nova República. Incluindo a centralidade da

¹¹⁰² “Diremos que os membros de uma coletividade gozam, em determinada posição, do *máximo de ofelividade*, quando se torna impossível encontrar um meio de afastar-se muito pouco dessa posição, de tal maneira que a ofelividade de que goza cada indivíduo dessa coletividade aumente ou diminua” (*Manual de economia política* cit., p. 274-275).

¹¹⁰³ “That order, I hasten to add, includes not only the Pareto efficient use of resources, important though that is, but also other and no less vital dimensions of social coexistence, distributive justice and the balance of individual rights and obligations upon which a meaningful concept of liberty has to be built” (MUSGRAVE, Richard. *The Nature of the Fiscal State* cit., p. 31-32. Sobre o tema, ver ainda seção 2.1, *supra*).

¹¹⁰⁴ Ver seção 5.2.2.4, *infra*.

Declaração de Direitos na tensão cíclica entre as políticas fiscais contracionistas e expansionistas, por exemplo, a força vetorial do subsistema normativo dos direitos fundamentais como *variação estrutural* se insere no esquema “AGIL”, como um conjunto de referências comparativo de alto teor axiológico.

Uma hipótese concreta e atual pode ser desenvolvida, a partir do exemplo teórico da seção anterior, incluindo um dos pilares da declaração de direitos sociais. O direito à saúde exige do Estado uma prestação positiva. Por esse motivo e tentando estimular limites objetivos de gastos mínimos, a Constituição de 1988 instituiu um regime constitucional próprio ao seu custeio, assim como ao custeio da educação.

As vinculações constitucionais se desenvolveram carregadas de controvérsias ideológicas e práticas, ao longo de toda a sua existência constitucional.¹¹⁰⁵ O objetivo claro de assegurar eficácia a pilares importantes dos direitos fundamentais de prestações positivas, como a saúde e a educação, tornaram-se o foco de debates acalorados que se intensificaram com o advento da regulamentação infralegal dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 29, 13 de setembro de 2000.

A dificuldade de se assegurar gastos qualitativos para a saúde, sem o devido planejamento prévio, aliou-se ao aumento dos limites e das punições à irresponsabilidade do gestor público. A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, acirrou o debate, diante de ciclos políticos oportunistas que priorizam o impacto eleitoral da inauguração ao marasmo midiático do custeio. O controle e a obrigatoriedade dos gastos públicos sociais é, sem dúvida, um instrumento de limite da discricionariedade eleitoral do mau gestor. De outro lado, porém, impõem ao bom gestor uma obrigatoriedade de gastar, por vezes, sem políticas públicas definidas ou eficientes.¹¹⁰⁶

Nesta estrutura normativa de forte conotação política, a desvinculação de receitas públicas emerge como um debate técnico constante na seara do direito constitucional financeiro dominado por necessidades alocativas fortemente competitivas. Este é o contexto fático em que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, conhecida como a

¹¹⁰⁵ Como afirma Élidea Graziane Pinto, em obra maiúscula dedicada ao tema, é “o ponto em que entra o segredo da esfinge orçamentária: como decifrar a capacidade de os operadores do Direito controlarem os orçamentos públicos em bases jurídico-constitucionais?” (*Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21).

¹¹⁰⁶ Sobre o tema, ver: SCAFF, Fernando Facury. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orçamentarias-gastos-obrigatorios>. Acesso em: 16 abr. 2021.

“emenda do orçamento impositivo”, mas que trouxe uma profunda modificação na forma de cálculo do piso anual de custeio da saúde.

Diante da possibilidade de redução dos limites de financiamento para a saúde, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5595/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, questionou a constitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/15. Sob o argumento de que a redução do financiamento federal para Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), mediante a fixação de piso anual progressivo para custeio pela União, violaria cláusula pétreia (art. 60, § 4º da Constituição), por impor restrição aos direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, *caput*; 6º e arts. 196 a 198, *caput* e § 1º) e não observar os princípios da vedação de retrocesso social (art. 1º, *caput* e inciso III) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV).

O deferimento da medida cautelar pelo Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, em decisão de 31 de agosto de 2017, marcou o aprofundamento de uma discussão importante no campo do financiamento dos direitos fundamentais sociais.¹¹⁰⁷ Ao não admitir retrocesso e acatar os argumentos do MPF, o Ministro Lewandowski sustentou que a rota normativa deve referênciar à progressividade do direito à saúde, em especial aos instrumentos de garantia do seu custeio.¹¹⁰⁸

O início do julgamento pelo Plenário, realizado em abril de 2020, em plena crise pandêmica, tornou a discussão mais acirrada sobre a possibilidade ou não de retrocesso em investimentos feitos em direitos fundamentais sociais, diante de modificações na condução da política fiscal intergeracionais.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ Para um aprofundamento da questão da vedação ao retrocesso no financiamento da saúde, ver o recente estudo de Élide Graziane Pinto: Desvendamento do “estado de coisas inconstitucional” no custeio do SUS em meio à pandemia da Covid-19. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 351- 406.

¹¹⁰⁸ “A rota normativa verificada é de progressividade em prol do direito à saúde e da sua garantia de custeio suficiente em face dos ditames constitucionais de atendimento universal, igualitário e integral no âmbito do SUS, bem como em face da garantia de irredutibilidade no volume de benefícios da seguridade de que trata o art. 194, parágrafo único, IV, também da Constituição” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar na ADI 5595-DF, 30 ago. 2017. p. 14-15).

¹¹⁰⁹ Os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio Mello acompanharam o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, e julgaram procedente a ADI. Os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, conheceram em parte da ação direta, para, no mérito, julgá-la improcedente. O Ministro Alexandre de Moraes julgou improcedente a ação direta. A Ministra Carmen Lúcia acompanhou o voto do Relator, porém, com ressalvas. O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos e, até a data de depósito desta tese, o julgamento ainda não havia sido retomado.

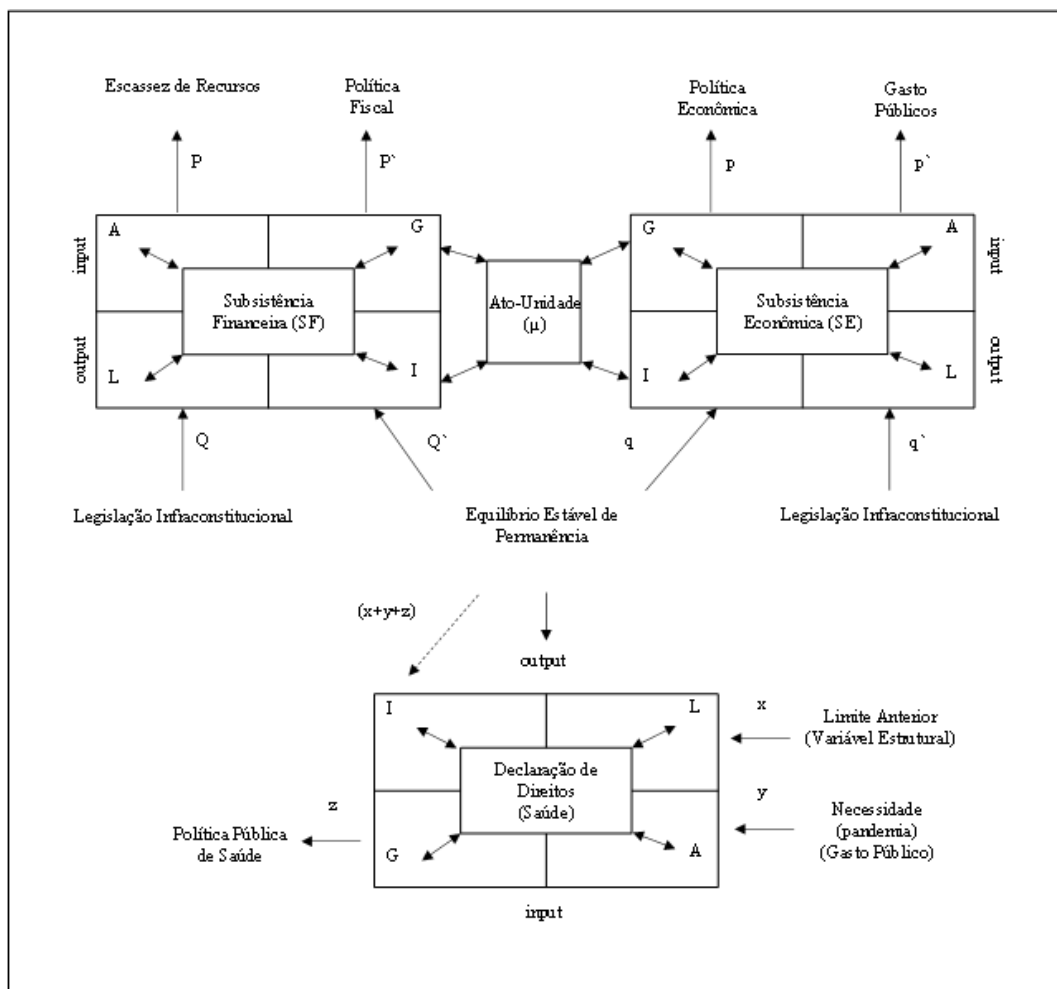
Em outras palavras, o equilíbrio fiscal futuro, intergeracional, pode ser um argumento para diminuir o atendimento de direitos fundamentais sociais no tempo presente? Como compatibilizar necessidades imediatas, com necessidades mediatas da *sustentabilidade constitucional*, que, ao fim e ao cabo, como vimos no capítulo anterior, é instrumento de garantia dos próprios direitos fundamentais?

A pandemia de Sars-CoV-2 (Covid-19), além de uma necessidade evidente de aumento de recursos em saúde e assistência social, também gerou uma crise econômica diversa das crises capitalistas cíclicas, ora de oferta, ora de demanda. A crise pandêmica suscitou, ao mesmo tempo, uma queda de demanda e uma queda de oferta, exigindo do Estado um esforço fiscal triplo: estímulo da economia através de empréstimos para empresas geradoras de emprego, ajuda direta aos hipossuficientes e aos desempregados, e aumento da verba destinada à saúde e à assistência social.¹¹¹⁰

Neste cenário de intensas demandas assistenciais e de saúde pública, os diversos aspectos da ADI 5595 podem ser demonstrados no esquema vetorial, com a inclusão do subsistema próprio dos direitos fundamentais.

¹¹¹⁰ Cf. LEVY, Joaquim Vieira Ferreira. Enfrentando o impacto econômico do coronavírus. *Valor Econômico*. 19 mar. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/enfrentando-o-impacto-economico-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Figura 2 – “Esquema AGIL” dos Direitos Fundamentais



Política Contracionista

$$\mu = ((P > p') \wedge (P' > p)) \rightarrow I = ((Q' < q) \wedge (q \leq (x+y+z)))$$

(Se o ato-idade corresponde a uma percepção de escassez maior do que os gastos públicos e o impulso de contração for maior do que o impulso expansionista então a função de integração corresponde ao ponto de referência do subsistema financeiro menor do que o ponto de referência do subsistema econômico e o ponto de referência do subsistema econômico deve ser menor ou igual ao limite anterior mais a necessidade pandêmica mais política de saúde)

Política Expansionista

$$\mu = ((P < p') \wedge (P' < p)) \rightarrow I = ((Q' > q) \wedge (Q' \leq (x+y+z)))$$

(Se o ato-idade corresponde a uma percepção de escassez menor do que os gastos públicos e o impulso de contração for menor do que o impulso expansionista então a função de integração corresponde ao ponto de referência do subsistema financeiro maior do que o ponto de referência do subsistema econômico e o ponto de referência do subsistema financeiro deve ser menor ou igual ao limite anterior mais a necessidade pandêmica mais a política pública de saúde).

A demonstração *supra* da ADI 5595, inserida no “esquema AGIL”, gera algumas conclusões lógicas, importantes para o equilíbrio do sistema constitucional. Ao conferir maior força ao vetor oposto, quando a política fiscal tende para um caminho contracionista ou expansionista, procura-se dar efetividade às decisões político-democráticas, sem comprometer a integridade sistêmica. Ao vetor político conjuntural, soma-se a necessidade estrutural de se atingir um grau Pareto-ótimo ou, ao menos Parte-superior, para evitar o comprometimento ou o retrocesso no conjunto direitos fundamentais.

A interpretação, que busca o *equilíbrio estável de permanência* do sistema constitucional com foco na Declaração de Direitos, é suficiente para o para o tempo intrageracional. Até este ponto, a construção hermenêutica do teorema dinâmico fundamental de Parsons proporcionou uma visão lógico-linear de espaço-tempo, para a atuação do DCFE.

Esta primeira parte é fundamental. A Constituição é uma unidade também no tempo presente, que exerce influência na questão imediata de saber qual a alocação ótima ou superior para os recursos públicos escassos, ou seja, na forma de obter a maior eficácia social dos direitos fundamentais para a geração presente. O hoje, o agora, o problema levado para juiz decidir, diante de parâmetros constitucionais sistêmicos, precisa de uma base hermenêutica que considere a condução da política fiscal por representantes democraticamente eleitos, embora preocupe-se sempre com a integridade do sistema em equilíbrio dinâmico.

A extrapolação para o futuro, ou seja, para a *sustentabilidade constitucional financeira*, em dimensão intergeracional, exige, porém, uma sofisticação metodológica maior, dentro da própria base construída pelo teorema dinâmico fundamental de Parsons.

As consequências indefinidas da modernidade geram riscos. O sistema constitucional deve estar em unidade no presente para se manter estável quanto aos riscos futuros. Esta é uma premissa. A partir desta base, que deve ser sólida, o DCFE inaugura a segunda etapa do modelo, considerando o olhar prospectivo da matriz decisória alocativa presente.

O olhar para o futuro traduz as preocupações sociais, no ambiente do direito constitucional financeiro, que impõe aos intérpretes a consciência de que conquistas precisam ser preservadas, mas pressupostos precisam ser revistos e desenvolvidos.¹¹¹¹ Em um mundo

¹¹¹¹ Na visão de Dieter Grimm, o mundo globalizado, supranacional e preocupado com gerações futuras exige pressupostos novo do constitucionalismo contemporâneo: “Regarding the supranational level, it seems preferable to leave the constitutional path and drop the notions of constitutionalism and constitutionalization

cada vez menos ofuscado pela opulência do “lado da oportunidade” da modernidade e cada vez mais preocupado com os riscos do seu “lado sombrio”,¹¹¹² o DCFE precisa olhar para o agora, pensando no porvir.

4.5 Conclusões parciais. Sustentabilidade constitucional: a integração sistêmica entre o distanciamento tempo-espço

Ao final deste capítulo, podemos chegar a duas conclusões importantes. As relações lineares *intrageneracionais* do sistema constitucional, tanto com elementos exteriores, quanto com subsistemas internos, podem buscar com sucesso o equilíbrio de permanência do sistema constitucional no teorema dinâmico fundamental de Parsons.

As relações bidimensionais de tempo-espço que caracterizam a busca prospectiva pela *sustentabilidade constitucional intergeracional*, por outro lado, encontram no teorema dinâmico fundamental um ferramental conceitual útil na dimensão intrageneracional, mas insuficiente para atingir objetivos prospectivos.

O tempo presente é fundamental para o equilíbrio constitucional. Decisões tomadas diariamente buscam soluções na integridade da unidade do sistema constitucional. A *sustentabilidade constitucional*, porém, exige mais do intérprete. O olhar prospectivo intergeracional se coaduna com a visão de uma sociedade cada vez mais preocupada com as consequências futuras da modernidade. O risco advém do fenômeno denominado por Anthony Giddens de *desencaixe dos sistemas sociais*, ou seja, do “*deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espço*”.¹¹¹³

altogether. They are misleading insofar as they nourish the hope that the loss national constitutions suffer from internationalization and globalization could be compensated for on the supranational level. This would, however, be an illusion. The submission of internationally exercised public power to law will always lag behind the achievement of constitutionalism on the national level. The conditions that would allow a reconstruction of the achievement beyond the nation state are not given. The internationalization of public power is a new phenomenon that poses new challenges. The illusion that these challenges could be met by using a model that was invented for a different object tends to obstruct the search for solutions that are oriented towards the new situation and will suit it better” (*Constitutionalism. Past, present and future* cit., p. 376).

¹¹¹² O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidade bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 17).

¹¹¹³ Idem, p. 31.

Nesse embate bidimensional entre o presente e o futuro, entre o deslocamento tempo-espço, causado em larga medida pela centralidade e pela dependência humana dos direitos fundamentais, a *estratégia* e a *probabilidade*, como medidas auxiliares à tomada de decisões alocativas com efeitos prospectivos, podem ser de grande valia para o sistema jurídico financeiro, enquanto sistema referencialmente aberto em processo de evolução dinâmica.¹¹¹⁴

O *jogo estratégico* seria, portanto, um pêndulo de equilíbrio entre entes, Poderes, e instituições desejanças, com suas necessidades imediatas, e os riscos mediatos de consequências indefinidas.

As políticas imediatistas, principalmente no campo fiscal, via de regra, tendem ao fracasso. A interpretação constitucional sem o olhar prospectivo, de encontro à preocupação do estado supranacional de mitigar a miríade de riscos sociais, políticos, econômicos, ambientais e tecnológicos da modernidade, tende, da mesma forma, a ser ineficaz. A legitimação do constitucionalismo contemporâneo não está só no tempo presente.

A *sustentabilidade constitucional* é um compromisso de confiança entre gerações que legitima o constitucionalismo cooperativo e solidário. Buscar caminhos possíveis de *reencaixe da confiabilidade*¹¹¹⁵ do subsistema financeiro é um desafio de entes, Poderes, e instituições, a partir das exigências de um mundo que enxerga além dos benefícios imediatos das conquistas da modernidade.

Gáston Jèze, em plena da Terceira República francesa, e diante da Constituição de 1875, afirmava que a única forma de vincular uma determinada geração a uma política financeira intergeracional, por vezes contrária a seus interesses próprios de justiça, é através das regras constitucionais financeiras rígidas.¹¹¹⁶

¹¹¹⁴ “O processo de positivação do direito, lastreado pela finalidade sistêmica de segurança jurídica, consiste no contínuo de inovação normativa, cuja consequência é o aumento progressivo da complexidade interna, o que requer ainda mais regulação e produção normativa, especialmente em função das inúmeras fontes internas de aplicação do direito, o contribui tanto mais para a complexidade sistêmica, em particular, quanto aos testes de validade das normas” (TORRES, Heleno. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário* cit., p. 119.

¹¹¹⁵ “[...] a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos. Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos de contingência comum das coisas, mas em termo sem termos da reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas”. Idem, p. 96.

¹¹¹⁶ “*Au point de vue juridique*, un Parlement, qui n'est lié par aucune constitution rigide, a toute indépendance, en ce qui concerne la détermination des sources de recettes. C'est l'indépendance qui appartient nécessairement à une génération de régler ses sources de recettes de manière la plus conforme à ses intérêts et à tout moment; la notion de justice est également une idée changeante. Comment une génération pourrait-elle être son intérêt

O direito financeiro não pode ficar alheio a esta tendência. Nas finanças públicas atuais, não há espaço para doutrinas e opiniões políticas que limitam os efeitos da dívida pública às gerações presentes. Seguidores de David Ricardo, como De Viti de Marco e Cosciani, por exemplo, negam a distribuição da carga da dívida pública às gerações futuras. Com base em Griziotti, Buchanan, Musgrave, John G. Head, Dino Jarach classifica esta posição como ingênua ou superficial.¹¹¹⁷

As necessidades públicas, segundo Jarach, transcendem às necessidades individuais e sociais da geração presente. Projetam-se sobre as gerações vindouras, de forma que os gastos presentes ultrapassam barreiras intergeracionais, naturalmente, sem maiores imposições de caráter ideológico.¹¹¹⁸

A construção do DCFE, diante destas conclusões, parte do *equilíbrio estável de permanência* do tempo presente, como uma base para a extrapolação das melhores consequências futuras das alocações de recursos. O olhar presente é a primeira parte do modelo. A segunda parte exigirá a tomada de decisões em olhar prospectivo.

et à son idéal de justice?" (*Cours de Science des finances et législation financière française* cit., p. 104, grifos do original).

¹¹¹⁷ Cf. *Finanzas públicas e derecho tributario* cit., p. 899-900.

¹¹¹⁸ "Sin ánimo de aceptar la ideología o el *mito* del Estado que trasciende en el tiempo a los individuos. grupos y aun a toda la sociedad representada por la generación presente, hay que reconocer que la q decisiones de gastos para beneficio de futuras generaciones son, a sabiendas, fenómenos comunes en todos los niveles de gobierno" (Idem, p. 50).

5 DESAFIO COOPERATIVO ENTRE ENTES E PODERES DESEJANTES ETERNOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO ESTRATÉGICO

5.1 O direito como jogo cooperativo

A polissemia do termo *lúdico* encantou filósofos, poetas, antropólogos, sociólogos e diversos intelectuais ao longo da história do conhecimento humano. O lúdico como fenômeno cultural se expressa de diversas formas, como brincadeira, prazer, arte, mas também luta, vitória, derrota, humilhação. Em suma, perpassa etapas distintas da condição humana.

O estudo do jogo na *transcendência* do ser, ou seja, na busca do ser pela sua própria verdade, foi estimulado por Martin Heidegger, no final da década de 1920, em uma série de palestras proferidas na Universidade de Freiburg. A fluidez do conceito de *transcendência* encontra na dinâmica do jogo a materialização do ser antes da existência da compreensão do humano: “jogar é um estar-em-uma-tonalidade-afetiva”.¹¹¹⁹

Em 1938, *Homo ludens*, de Johan Huizinga, surge como um dos mais completos e influentes estudos sobre o jogo como fenômeno cultural. Assim como Heidegger, Huizinga entende o jogo como um fenômeno anterior à própria cultura, ou seja, precedente à compreensão do humano. Uma condição que é inata ao homem enquanto animal, sendo que a “civilização humana não acrescentou característica essencial alguma à ideia geral de jogo”.¹¹²⁰ O jogo, para Huizinga, é uma *atividade significativa*, que se apresenta sob duas funções: a *representação* e a *competição*.¹¹²¹

Hans-Georg Gadamer, aluno de Heidegger e citando expressamente Huizinga, atribui à *representação* do lúdico o caráter hermenêutico objetivo da filosofia estética, contrastando com as concepções subjetivas de Kant e Schiller. “O sujeito do jogo não são os jogadores,

¹¹¹⁹ Cf. *Introdução à filosofia*. Tradução Marco Antônio Casanova. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 329.

¹¹²⁰ Cf. *Homo ludens* cit., p. 3.

¹¹²¹ “A função do jogo, nas formas mais elevadas que aqui nos interessam, pode de maneira geral ser definida pelos dois aspectos fundamentais que nele encontramos: uma luta por alguma coisa ou a representação de alguma coisa. Estas duas funções podem também por vezes confundir-se, de tal modo que o jogo passe a ‘representar’ uma luta, ou, então, se torne uma luta para melhor representação de alguma coisa” (HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura* cit., p. 14).

porém o jogo, através dos que jogam, simplesmente ganha representação”.¹¹²² A arte e o belo, na visão da Gadamer, formam uma consciência estética que se desenvolve objetivamente ligada à representação da dinâmica do jogo.¹¹²³

A função de *competição* do lúdico, por outro lado, guiou Roger Caillois em profundo ensaio sociológico sobre as relações entre os jogos e os homens. A partir da influência direta de Huizinga, Caillois atribui ao termo *jogo* uma sucessão de díades: limites e liberdades, conformação e inovação, sorte e habilidade, mas, acima de tudo, riscos e estratégias. A avaliação dos riscos e a utilização de cálculos de probabilidade para antever consequências são partes inerentes de uma “sábia estratégia”.¹¹²⁴ O jogo enquanto *competição* materializa-se, na visão de Caillois, como um sistema de regras, que engloba naturalmente o direito.¹¹²⁵

Huizinga destaca que, no mundo real, as relações entre o jogo e a jurisdição revelam que a prática jurídica se assemelha à *competição*. O caráter lúdico do direito se expressa no desejo primitivo de ganhar que, por vezes, é tão forte que pressupõe um embate de argumentos. O jogador retorna à versão congênita primitiva, antitética e agonística. Ao largo das noções do bem e do mal da filosofia ética, “[o] julgamento pode ser considerado como um jogo de azar, como uma competição ou como uma batalha verbal”.¹¹²⁶ Na prática jurídica grega, romana e atual, na visão antropológica de Huizinga, o objetivo é a *decisão favorável*, alcançada através de uma competição desenvolvida através da dinâmica própria do jogo.¹¹²⁷

¹¹²² Cf. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 176.

¹¹²³ A *representação* do lúdico, por exemplo, é vista no notável *Jogo da Amarelinha*, de Julio Cortázar, em forma de múltiplas combinações, desconstruindo a estrutura formal do romance clássico, com as possibilidades aleatórias que conferem movimento à leitura, como casas puladas em um jogo infantil.

¹¹²⁴ “O termo jogo combina então as ideias de limites, de liberdade e de invenção. Em um registro próximo, expressa uma notável mistura em que se leem conjuntamente as ideias complementares de sorte e de habilidade, de recursos recebidos do acaso ou do destino e da inteligência mais ou menos viva que os põe em ação e que trata de tirar deles um benefício máximo. Uma expressão como ter bom jogo corresponde ao primeiro sentido, outras como jogar com cautela, jogar para ganhar remetem ao segundo; outras, enfim, como mostrar seu jogo ou, ao contrário, dissimular seu jogo, referem-se inextricavelmente aos dois: vantagens no início e hábil emprego de uma sábia estratégia. A ideia de risco vem logo complicar alguns dados por si sós entrelaçados, pois a avaliação dos recursos disponíveis e o cálculo das eventualidades previsíveis são rapidamente acompanhados de uma outra especulação, uma espécie de aposta que supõe uma comparação entre o risco aceito e o resultado esperado” (*Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Tradução Maria Ferreira. Petrópolis, 2017: Vozes, p. 15).

¹¹²⁵ “O Direito entra incontestavelmente nessa categoria: o código enuncia a regra do jogo social, a jurisprudência a estende aos casos litigiosos, o processo define a sucessão e a regularidade dos lances. São tomadas algumas precauções para que tudo ocorra com a transparência, a precisão, a pureza, a imparcialidade de um jogo” (Idem, p. 17).

¹¹²⁶ Cf. *Homo ludens* cit., p. 60.

¹¹²⁷ “O elemento primordial é a decisão através da competição enquanto tal, ou seja, no jogo e através dele. [...] Era possível aprender com os sofistas a transformar uma causa má numa boa causa, e até conseguir fazê-la

A tese central de *Homo ludens* circula, portanto, na ideia de que o jogo é uma realidade inerente à vida. Acompanha o homem desde os primórdios do desenvolvimento da sua consciência racional. Originário, intuitivo, primitivo e profundamente enraizado na existência humana, o lúdico pressupõe o prazer que transcende a finalidade biológica. Joga-se por satisfação lúdica e, acima de tudo, joga-se para fazer valer a opinião individual, como um instinto primário.

O jogo se faz presente na guerra, na política, mas também no direito. É o *desejo humano*, o instinto primário de *competição* e de vitória, em estado de natureza, no qual o poder do homem se aproxima dos sentimentos e das paixões.¹¹²⁸ O *desejo humano*, na visão da ética materialista de Spinoza, caracteriza-se justamente pelo instinto primário do esforço competitivo pela manutenção da vida, que é chamado *conatus*.¹¹²⁹ O *conatus*, por sua vez, baliza a singularidade do indivíduo por uma *potência de agir* interna de mudança constante que pode aumentar ou diminuir de acordo com a realização ou não dos seus próprios desejos.

Os *afetos*,¹¹³⁰ em Spinoza, ditam o *conatus*¹¹³¹ e condicionam os sentimentos humanos perante as relações dos homens com o mundo e com eles próprios. A *potência de agir*, ou em última análise, e considerando o jogo como prazer e competição primitivos, a *potência de jogar* – e ganhar – é transformada pelos *afetos*. O *afeto* primário seria o prazer de ganhar sempre,¹¹³² satisfazendo um *conatus* intuitivo e hedonístico, ou seja, *desejante eterno*.

prevaler. [...] Também em Roma durante muito tempo foi considerado legítimo todo e qualquer meio de prejudicar o adversário num julgamento. [...] Em resumo, faziam tudo aquilo que nós hoje fazemos” (HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura* cit., p. 99).

¹¹²⁸ Régis Fernandes de Oliveira conecta o caráter pulsional do homem, ou seja, carregado de sentimentos que perpassam os opostos do amor e do ódio ao conceito de direito. “O que se busca é uma ideia de direito que possa de adaptar aos nossos tempos. Não há inovação, pois diversos autores têm a visão de que o direito, como dimensão cultural, só pode ser analisado à luz dos sentimentos humanos” (Interpretação, paixões e direito cit., p. 73).

¹¹²⁹ Ver nota 2, da Introdução.

¹¹³⁰ Na definição de afetos, Spinoza elege como o afeto primeiro o *desejo* e assim o define: “O desejo é a própria essência do homem, enquanto esta é concebida como determinada, em virtude de uma dada afecção qualquer de si próprio, a agir de alguma maneira” (*Ética* cit., 2016, p. 140).

¹¹³¹ Gilles Deleuze, comentando a *Ética* de Spinoza, traz interessante interpretação da relação entre o *conatus* e os afetos: “A cada instante, pois, as afecções determinam o *conatus*; mas a cada instante o *conatus* é a procura daquilo que é útil em função das afecções que o determinam. É por isso que um corpo vai sempre o mais longe que pode, tanto na paixão quanto na ação; e aquilo que ele pode é seu por direito” (DELEUZE, Gilles. *Spinoza et le problème de l'expression*. Paris: Les éditions de Minuit, 1968. p. 177. Tradução livre).

¹¹³² Nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira, “as emoções (os afetos) são a mola de todo o comportamento humano, tendo o *desejo* como propulsor do ser humano” (Interpretação, paixões e direito cit., p. 88, grifo do original).

O direito financeiro, em sua essência, e o gasto público, em particular, como *jogo* político-jurídico, é diretamente *afetado* por este estado primitivo *desejante* do ser humano que busca competir e tirar prazer máximo de situações postas, por vezes, traduzindo um desequilíbrio individual que desconhece limites ou barreiras, e que responde somente ao *conatus* impulsivo.

O desequilíbrio comportamental individual pode ser transplantado para a atuação institucional dos entes federativos e dos Poderes no Estado Democrático de Direito. O *jogo competitivo* entre Municípios, Estados e Distrito Federal por recursos da União levam todos a resultados piores do que se houvesse *cooperação* e racionalidade comunicativa. Os Poderes, por sua vez, isoladamente realizam menos do que em *diálogo interinstitucional cooperativo*.

O DCFE é uma tentativa de estimular a cooperação na matriz de interações institucionais do Estado Democrático de Direito. A decisão de gastar encontra perspectivas multidisciplinares, que ultrapassam o formalismo do direito financeiro adjetivo e instrumental. A atividade financeira do Estado, em si, é uma estrutura sistêmica com objetivos próprios substantivos.

A sustentabilidade financeira intrageracional e intergeracional confere ao direito financeiro um lugar próprio no sistema constitucional. O sistema normativo financeiro deixa de ser um mero veículo para objetivos de outros sistemas para se tornar um indutor comportamental importante no jogo cooperativo institucional do Estado contemporâneo.

5.2 Três pressupostos teóricos do direito constitucional financeiro estratégico: cooperação, sustentabilidade e diálogos interinstitucionais

A relação entre política fiscal e Constituição Financeira é a base do DCFE. A fixação inicial de três pressupostos que perpassam esta relação, portanto, é o ponto de partida metodológico: (i) a superação da democracia de competição pela cooperação democrática; (ii) o direcionamento estratégico à *sustentabilidade constitucional*; e (iii) os diálogos interinstitucionais estratégicos em prol qualidade do gasto público.

Com foco nestes três pressupostos e sob as duas premissas vistas no Capítulo 4, ou seja, a qualidade do gasto público com o vetor de indução dos direitos fundamentais na sociedade do risco fiscal e o equilíbrio estável de permanência em sistemas dinâmicos, passamos então a construir o DCFE, sob as técnicas próprias da *teoria da decisão interativa*.

5.2.1 Primeiro pressuposto. O desafio cooperativo interinstitucional: da democracia competitiva à busca da cooperação na democracia de negociação

As decisões político-fiscais, como visto ao longo da pesquisa, moldaram-se através dos avanços que se sucederam na arquitetura das escolhas do Estado Moderno. Do absolutismo ao constitucionalismo, o Estado Fiscal, ganha uma nova perspectiva com a Constituição. Através da hierarquia de um texto jurídico fundamental, as escolhas políticas, econômicas e sociais foram ordenadas por um sistema normativo com alguma vocação de perenidade.

Na superestrutura política-constitucional da competição, a interferência de grupos minoritários dominantes, tanto no momento dos conflitos constituintes da norma fundamental, como na sua dinâmica institucional evolutiva, notadamente no aspecto fiscal, deve ser considerada como um possível fator de *captura constitucional*.

O constitucionalismo real¹¹³³ nasceu pelas mãos da “minoridade numerosa”. Ao longo do Capítulo 3, vimos que a Constituição norte-americana de 1787 inaugurou o constitucionalismo liberal, legitimando as conquistas libertárias, políticas, sociais e econômicas, do período revolucionário, através da *autoridade constitucional*.¹¹³⁴ Em seu bojo, há os contornos explícitos do liberalismo econômico. E já nasce com um debate intenso sobre a sua própria natureza democrática, diante da *captura* de grupos econômicos dominantes na sua elaboração.

Charles A. Beard, um dos mais influentes teóricos norte-americanos, publicou, em 1913, o clássico *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Em sua

¹¹³³ Klaus Stern usa a expressão para diferenciar do constitucionalismo monárquico. Cf. *Jurisdicción Constitucional y legislador*. Traducción de Alberto Oehling de los Reyes. Ed. Dykinsin, 2017. p. 149. Há forte doutrina a respeito da existência de um constitucionalismo antigo, fazendo referência à antiguidade clássica e à idade média, e um constitucionalismo moderno, ou constitucionalismo de revolução, na visão de Maurizio Fioravanti. Nesse sentido, ver: McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University press, 1997; MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. 2. ed. Brasília: UnB, 1986. p. 284; FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali cit., p. 9-20; VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución. La constitución como norma y como integración política cit., p. 9-28; e SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho cit., p. 70-72.

¹¹³⁴ “It was an extraordinary invention, the most distinctive institutional contribution, it has been said, the American Revolutionaries made to Western politics. It not only enabled the constitution to rest on an authority different from the legislature’s, but it actually seemed to have legitimized revolution” (WOOD, Gordon S. *The creation of the American Republic. 1776-1787* cit., p. 342).

obra mais notável, Beard, com base em Alexander Hamilton, destaca quatro grandes grupos de interesses econômicos à época da Convenção da Filadélfia de 1787.¹¹³⁵

A *uma*, os credores, banqueiros e financistas, que lutavam pelo interesse financeiro concreto à frente do interesse público abstrato, e queriam uma continuidade do governo que lhes proporcionassem as condições para os lucros que haviam acumulado até então; *a duas*, os comerciantes e produtores de manufaturas, que careciam de proteção tarifária e ansiavam por um governo central forte; *a três*, o grupo dos especuladores rurais que juntavam todos os líderes de então, Washington, Franklin, Robert Morris, James Wilson, William Blount, entre outros, que precisavam manter influência na política rural do novo governo; por fim, *a quatro*, milhares de pequenos produtores rurais, devedores e operários que se opunham à política do novo governo, mas sem muita organização ou massa crítica.¹¹³⁶

Os três primeiros grupos formariam os *Federalistas*. Defendiam um governo central forte, que protegesse o capital, o comércio e a propriedade rural. O último grupo de interesse ficaria conhecido como os *Antifederalistas*, que pretendiam um governo descentralizado com interesses econômicos voltados para a produção e a propriedade rurais. Para Beard, portanto, a Constituição norte-americana careceu de representatividade democrática desde a sua elaboração, sendo um documento eminentemente econômico, posto que o interesse que prevaleceu na Convenção da Filadélfia de 1787 foi o interesse econômico de um grupo minoritário.¹¹³⁷

A tese da formação econômica foi aceita como um “*standard* da interpretação histórica da Constituição por várias décadas”.¹¹³⁸ Só viria a ser contestada com grau acadêmico-científico a partir da década de 1950, através dos trabalhos de Robert E. Brown e Forrest McDonald. As críticas, porém, eram formais e se limitavam à falta de método empírico. Aliás, através de

¹¹³⁵ Cf. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Dover Publication, Inc, 2004. p. 76. No mesmo sentido de Beard, ver: MAIN, Jackson Turner. *The Anti-Federalists: critics of the Constitution 1781-1788*, New York: The Norton Library, 1974.

¹¹³⁶ Cf cit., p. 76-77. Isaac Kramnick, por exemplo, aponta falhas na composição destes grupos, chamando a análise de Beard de simplista: “There are, indeed, some fundamental flaws in Beard’s simplistic analysis. Many of the leading Anti-Federalists, for example, were among the wealthiest men in the country” (KRAMNICK, Isaac. Editor’s Introduction. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987. p. 61).

¹¹³⁷ Idem, p. 111-114.

¹¹³⁸ Cf. McGUIRE, Robert A.; OHSFELDT, Robert L. “Economic interests and the American Constitution: a quantitative rehabilitation of Charles A. Beard”. *The journal of economic history*. v. 44, No. 2, Jun. 1984. p. 511, tradução livre.

cálculos econométricos, os autores consideraram a interpretação final de Beard coerente, a partir de dados levantados por um de seus mais ferrenhos opositores, Forrest McDonald.¹¹³⁹

A nova interpretação econômica da Constituição norte-americana de Robert Mcguire e Robert Ohsfeldt, de 1984, impulsionou ainda mais o debate. Através de uma análise econométrica dos padrões de votação, relacionados a alguns interesses econômicos, Mcguire e Ohsfeldt verificaram que os únicos interesses econômicos que influenciaram o comportamento da votação foram interesses que seriam afetados significativamente por mudanças no governo.¹¹⁴⁰

É, sem dúvida, uma discussão aberta. Extrapolar um único fator econômico entre os inúmeros elementos de uma arquitetura colonial complexa do ponto de vista político, social, jurídico e, inclusive, econômico, como as Treze Colônia Inglesas da América do Norte apresentavam às vésperas da Revolução, talvez não reflita todo o espírito que impulsionou o movimento constitucionalista norte-americano. Para Gordon Wood, a visão de Beard, econômica e reducionista, da conjuntura crítica que antecedeu o movimento constitucional seria menos uma teoria científica e mais “uma conspiração histórica”.¹¹⁴¹

Mas é fato que esta visão econômica fundante entre grupos minoritários de interesses dominantes influenciou sobremaneira a política fiscal e a forma como a dívida pública seria tratada no federalismo constitucional. Gordon Woods, inclusive, destaca que os Estados estavam começando a ter noção do seu poder em uma possível esfera federal. A dívida pública, inclusive, foi um dos fatores mais influentes para estimular a pressão política dos entes

¹¹³⁹ Cf. WOOD, Gordon S. *The creation of the American Republic. 1776-1787* cit., p. 626.

¹¹⁴⁰ “We have shown voting patterns related to some economic interests were present at the Philadelphia Constitutional Convention of 1787. These preliminary findings support the narrow Beardian interpretation because the only economic interests that affected voting behavior at Philadelphia were those interests that, at least potentially, were affected in a significant way by the change in government. With respect to the state ratifying conventions, our preliminary findings offer strong support for a broad Beardian interpretation.” In. “Economic interests and the American Constitution: a quantitative rehabilitation of Charles A. Beard” cit., p. 514.

¹¹⁴¹ Cf. *The creation of the American Republic. 1776-1787* cit., p. 394, nota 2. Apesar de criticar a posição de Beard, Wood admite, que ao lado da confiança que os Federalistas depositavam no constitucionalismo, havia um medo de a ampla participação popular acabasse com a dominância política da chamada “aristocracia natural”: “The result was an amazing display of confidence in constitutionalism, in the efficacy of institutional devices for solving social and political problems. Through the proper arrangement of new institutional structures the Federalists aimed to turn the political and social developments that were weakening the place of “the better sort of people” in government back upon themselves and to make these developments the very source of the perpetuation of the natural aristocracy’s dominance of politics”. Cf cit., p. 517.

subnacionais sobre os grupos dominantes da época, em prol de uma maior soberania estatal, em face de uma ideia de governo central forte.¹¹⁴²

Por influência liberal, e diante de uma miríade de atores políticos dominantes do ponto de vista econômico, o texto constitucional trouxe, nas palavras de Fernando Facury Scaff, como grande novidade financeira, “estabelecer norma referente à despesa pública e à prestação de contas de receitas e despesas, o que, até aquele momento, não havia sido objeto de nenhuma deliberação normativa ou declaratória anterior”.¹¹⁴³

Esta discussão demonstra que a tensão entre os grupos políticos minoritários dominantes e seus interesses econômicos pautam a política fiscal desde o início do constitucionalismo real.

Cass R. Sunstein utiliza a expressão de James Madison e chama os grupos de interesse de *facções*. O poder de influência tendenciosa sobre o processo político é identificado nas discussões prévias à Constituição norte-americana, sendo um problema central do direito constitucional desde a Revolução Americana.¹¹⁴⁴ Segundo o professor da Universidade de Harvard, estas *facções* são grupos de interesse poderosos que atuam no processo político de duas formas, ora bloqueando ações importantes do executivo, ora transformando o processo legislativo em uma série sucessiva de barganhas entre elites em *competição*.¹¹⁴⁵ E conclui que o debate entre os *Federalistas* e os *Antifederalistas* continua atual, mesmo no bicentenário da Constituição norte-americana. Apesar de a concepção da democracia deliberativa de James

¹¹⁴² Cf. *The creation of the American Republic. 1776-1787* cit., p. 361.

¹¹⁴³ Cf. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 63. O autor se refere à Section 9, nº 7, Article 1 da Constituição norte-americana: “No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time.” In. UNITED STATES. Constitution (1787). *Constitution of the United States*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#:~:text=The%20Senate%20of%20the%20United,Senator%20shall%20have%20one%20Vote.&text=The%20Senate%20shall%20have%20the,be%20on%20Oath%20or%20Affirmation. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹¹⁴⁴ “The problem of faction has been a central concern of constitutional law and theory since the time of the American Revolution. Madison made control of factions the centerpiece of his defense of the proposed Constitution.” (SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American public law. *Stanford Law Review*, v. 38, p. 29, 1985). No mesmo sentido, ver: BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, nº 3, p. 371-400, 1983.

¹¹⁴⁵ “The scheme is challenged on the grounds that it allows powerful private organizations to block necessary government action; that the lawmaking process has been transformed into a series of accommodations among competing elites; and that the rise of a large bureaucracy exercising broad discretionary power has undermined original constitutional goals by circumventing the safeguards of separation of powers and electoral accountability” (SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American public law cit., p. 29).

Madison estar próxima de uma realidade ideal do processo político, na prática, segundo Sunstein, a democracia norte-americana está longe deste ideal teórico.¹¹⁴⁶

No Brasil, a evolução da democracia real também está longe do ideal constitucional. Do projeto singular de *monarquia federativa* da Constituição de 1824¹¹⁴⁷ à *revolução sem armas*¹¹⁴⁸ da Constituição Republicana de 1891, o constitucionalismo brasileiro foi patrocinado pelas oligarquias e seus interesses econômicos. Através de uma sofisticada engenharia política, com regras de competição ordenadas em âmbito nacional e conflitos livres pelo voto em nível local, a República brasileira se manteve oligárquica até 1930.¹¹⁴⁹

A revolução constitucionalista finalmente veio em 1932, deu à luz a Constituição de 1934, inaugurou a presença do Brasil no chamado “constitucionalismo social”,¹¹⁵⁰ mas logo foi suplantada pelo controle autoritário do Estado Novo e pela Carta de 1937.

A estabilidade política da oligarquia da Primeira República e do autoritarismo do Estado Novo somente foi ameaçada, sob a égide da Constituição de 1946. O multipartidarismo

¹¹⁴⁶ “We are far from Madison's deliberative democracy. Indeed, the evidence suggests that the factional struggle that Madison sought to escape more closely captures politics as it is generally practiced” (SUNSTEIN, Cass R. *Interest groups in American public law* cit., p. 49). Sobre as críticas de Sunstein acerca da representatividade da democracia deliberativa a partir do modelo ideal proposto por James Madison, ver: *The partial Constitution*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993; e *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 150-156.

¹¹⁴⁷ Assim se pronunciou Joaquim Nabuco, em discurso proferido em 21 de setembro de 1885, sob o título: “Projeto de monarquia federativa”: “A federação é uma revolução contra as velhas tradições monárquicas e contra as modernas tradições latinas; mas seria impossível dizer no espírito de que homem essa ideia despontou em nossa história. O que sabemos é que ela a ilumina toda, e que pode apontar não só para os cadafalsos dos seus mártires, mas também para o campo da batalha de seus heróis, para mostrar que ela foi irmã gêmea da Independência; e que, se a Independência ao triunfar procurou esmagá-la no berço, é porque foi feita sob uma forma de governo, que, por educação errônea e preconceitos antigos, repele instintivamente a autonomia local” (NABUCO, Joaquim. *Essencial Joaquim Nabuco*. Organização e introdução de Evaldo Cabral de Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 153).

¹¹⁴⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. A democracia, o federalismo e a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15. Daniel Sarmiento ressalta a passividade popular na Proclamação da República: “Décadas depois, quando a República foi finalmente instituída, ela não resultou de revolução popular, ou de movimento insurgente respaldado pela população. Na verdade, o povo não passou de espectador passivo dos acontecimentos de novembro de 1889” (*República, inclusão e constitucionalismo. Escritos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 5).

¹¹⁴⁹ Como afirma o professor titular de Teoria Política da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Wanderley Guilherme dos Santos, “[a] verdade é que os primeiros quarenta anos da república oligárquica brasileira transcorreram sem qualquer transtorno sério e eficaz na obediência às normas políticas. [...] Ao contrário, todas as eleições presidenciais, seguidas da posse dos eleitos, foram pacíficas. As regras de competição intraoligárquicas foram eficazes a nível nacional, enquanto a nível local prevalecia a disputa com base no voto, na violência e na corrupção, esta última ausente, por desnecessária, das eleições presidenciais” (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. O sistema oligárquico representativo da Primeira República. *Dados*, v. 56, nº 1, p. 14, 2013).

¹¹⁵⁰ Cf. BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, v. 10, nº 3, p. 1773, 2019.

inaugurou duas décadas de aproximação com uma sociedade democrática. A fragmentação e a falta de representação das organizações partidárias¹¹⁵¹ deram o tom do início da democracia brasileira. Considerando o axioma clássico do cientista político belga Daniel-Louis Seiler, de que *os partidos políticos traduzem conflitos sociais que, de outra maneira, seriam institucionalizados*,¹¹⁵² a superação da colusão oligárquica e do regime varguista descortinou a diversidade de interesses sociais, culturais e, sobretudo, econômicos, da sociedade brasileira que se revelou heterogênea, plural e, acima de tudo, desigual.

A competição eleitoral se intensificou. Não havia mais espaço para direcionamentos intraoligárquicos. A Carta de 1946 consolidou a estrutura do federalismo cooperativo¹¹⁵³ e referendou a divisão entre poderes independente e harmônicos entre si.¹¹⁵⁴ A arquitetura das escolhas constitucionais reservou ao Chefe do Poder Executivo capacidade decisória limitada quanto ao conteúdo e a agenda legislativa, especialmente em matéria orçamentária.

No *arranjo constitucional* de relacionamentos interinstitucionais organizados, o Executivo via seu poder diminuir e o exercício do mandato inserido em uma conjuntura política heterogênea e instável. Neste cenário complexo e naturalmente competitivo, a Constituição apontava um caminho claro para a governabilidade. A cooperação entre os Entes e Poderes eram a saída dada pelo modelo federativo adotado e pelos adjetivos *independentes* e *harmônicos* que acompanhavam a previsão abstrata da separação dos poderes.

A “minoria numerosa”, no entanto, optou por caminho diverso. Nascia, assim, o presidencialismo de coalizção, dentro da competição ínsita à democracia de barganha que refluiu das escolhas das *facções* de interesse do Brasil da Segunda República. A dominação

¹¹⁵¹ Cf. LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Os partidos políticos brasileiros*. A experiência federal e regional: 1945-1964. Tradução Gustavo F. G. Aronowick. Rio de Janeiro: Graal, 1983. p. 21-22.

¹¹⁵² “Les parties politiques traduisent les conflits et clivages sociétaires, désormais institutionnalisés” (SEILER, Daniel L. Clivages, régions et science politique: application d'un schéma d'analyse aux cas de la Suisse et de la Belgique. *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne de Science Politique*, p. 450, 1977).

¹¹⁵³ Cf. BERCOVICI, Gilberto. Percalços da formação do federalismo no Brasil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, São Paulo, nº 32, p. 52, 2001.

¹¹⁵⁴ Assim dispunha o art. 36. “São poderes da União o legislativo, o executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si”. A Constituição de 1946, portanto, mantinha a expressão “independentes”, mas trocava por “harmônicos”, o adjetivo “coordenados” da Carta de 1934. A Constituição do Estado Novo, de 1937, foi a única a não prever a separação de poderes em texto expreso. Até mesmo a Constituição do Império, de 1824, em seu Art. 9º, assim dispunha: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.”

deixava de ser oligárquica ou autoritária e passava a ser populista. O Brasil retornava à democracia, sendo o único caso mundial de presidencialismo de coalizão.¹¹⁵⁵

No plano federativo, o interesse nacional superava os interesses locais, que por sua vez se organizavam em *novos grupos de pressão*.¹¹⁵⁶ O multipartidarismo, enquanto exagero do sistema pluripartidarista democrático,¹¹⁵⁷ mostrou-se pouco representativo, na medida em que os entraves à governabilidade se resolviam pelo dualismo conflito-coalizão. O espaço ideológico era ignorado pelos interesses econômicos que ditavam a estratégia de um jogo político desigual, com a degeneração das regras da competição partidária.¹¹⁵⁸ A cooperação foi substituída por um processo antirrepublicano e pouco democrático de competição e barganha. A estratégia dos partidos na coalizão é o enfrentamento a partir de “manobras calculadas para obter cargos e influência decisória”.¹¹⁵⁹

Após 25 anos de ditadura militar, o processo constituinte de 1987 representou a esperança do ideal de democracia participativa, em país cada vez mais marcado por desigualdades. Naquela época, Paulo Bonavides já alertava que “a futura Constituição não deve ser o artefato de elites privilegiadas nem de uma classe política desmembrada da vontade popular”.¹¹⁶⁰ Enquanto isso, Geraldo Ataliba saudava a chegada de uma nova Carta, afirmando que “[m]esmo uma Constituição defeituosa é seguramente melhor do que nada, na medida em que reduz o arbítrio e assegura os direitos individuais”.¹¹⁶¹ Atualmente, porém, Virgílio Afonso da Silva vocaliza críticas pelo *déficit de legitimidade* do seu processo de elaboração, de modo que, embora a legitimação pela aceitação popular não torne o procedimento irrelevante, o *pacto social* estabelecido deve ser saudado, haja vista que “constituições raramente são elaboradas

¹¹⁵⁵ Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro* cit., p. 22.

¹¹⁵⁶ Na visão de Celso Furtado: “Se por um lado a descentralização republicana deu maior flexibilidade político-administrativa ao governo no campo econômico, em benefício dos grandes interesses agrícolas-exportadores, por outro lado a ascensão política de novos grupos sociais – facilitada pelo regime republicano –, cujas rendas não derivavam da propriedade, veio reduzir substancialmente o controle que antes exerciam aqueles grupos agrícola-exportadores sobre o governo central. Tem início assim um período de tensões entre os dois níveis de governo – estadual e federal [...]” (*Formação econômica do Brasil* cit., p. 248).

¹¹⁵⁷ Cf. KLEIN, Antônio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 2002. p. 69.

¹¹⁵⁸ Idem, *ibidem*.

¹¹⁵⁹ Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro* cit., p. 28.

¹¹⁶⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. A democracia, o federalismo e a crise contemporânea cit., p. 15.

¹¹⁶¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 16.

em momentos de tranquilidade política e institucional e isso deve ser sempre levado em consideração”.¹¹⁶²

Três décadas depois, com a Constituição de 1988 já em vigência madura, as mudanças ficaram aquém do desejado. Sérgio Abranches, revisitando o tema, reconhece, com alguma mágoa, que o presidencialismo de coalizão evoluiu e se tornou ainda mais resiliente a crises no Brasil da República Nova.¹¹⁶³ Daniel Sarmiento ressalta que a confusão entre o público e o privado na República brasileira contemporânea não difere muito da República Velha, com os *feudos* estatais de contrapartida políticas na lógica vetusta do presidencialismo de coalizão.¹¹⁶⁴

O federalismo cooperativo ainda busca o seu espaço no país, às voltas com a degeneração centralizadora e assimétrica do pacto federativo, e longe do modelo descrito por Heleno Torres, por meio do qual a *solidariedade* atua como legitimadora do *federalismo cooperativo equilibrado* e como indutora da redução de desigualdades e do estímulo de desenvolvimento simétrico.¹¹⁶⁵

A república e a federação, os institutos indissociáveis que melhor asseguram “a proximidade entre governantes e governados”,¹¹⁶⁶ na visão otimista de Geraldo Ataliba de 1985, converteu-se na indagação de Fernando Facury Scaff de 2018: por que o orçamento no Brasil não é usado de forma republicana, em busca da redução das desigualdades sociais?¹¹⁶⁷

A aceitação do pacto social traduzido pela Constituição de 1988, embora amplo e pacífico pelo arranjo institucional brasileiro, ainda apresenta uma lacuna teórico-prática relevante entre “aquilo que o texto constitucional pretende garantir e realizar e aquilo que é de fato protegido e realizado”, na visão de Virgílio Afonso da Silva de 2021.¹¹⁶⁸ Em suma, o vaticínio de Paulo Bonavides de 1985, em boa medida, materializou-se “[e]m sessenta anos de

¹¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro* cit., p. 49-50.

¹¹⁶³ Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson *et al.* *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 11-34. Sobre o tem, ver, ainda: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. Valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional cit., p. 70-75.

¹¹⁶⁴ Cf. *República, inclusão e constitucionalismo*. Escritos constitucionais cit., p. 5.

¹¹⁶⁵ Cf. TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo cooperativo brasileiro. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (coord.). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 320/332.

¹¹⁶⁶ Cf. *República e Constituição* cit., p. 44.

¹¹⁶⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* cit., p. 557.

¹¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro* cit., p. 99.

trajetória republicana, adensam-se os fatores de toda natureza que nos capacitam a rever o ambiente de ideias no qual se move presentemente a realidade federativa de nossa Pátria”.¹¹⁶⁹

Além da influência do contorno teórico que permeou a Revolução Americana nas origens do nosso federalismo,¹¹⁷⁰ a formação e a evolução políticas do constitucionalismo brasileiro têm pontos convergentes com o norte-americano. Em ambos os casos, o texto provém dos desejos de facções interesses. Há um descasamento contínuo, em maior ou menor grau, entre os ideais democráticos abstratos do texto e a realidade conjuntural política e econômica no seu processo de efetivação. O bipartidarismo e o multipartidarismo, na prática democrática, oferecem menos representatividade popular e refletem mais os interesses de facções expressivas da *minoría numerosa*.

São questões, inclusive, que podem ser identificados em âmbito mundial. O paradoxo atual do Estado de direito, descrito por Luigi Farrajoli como “demasiado grande para coisas pequenas e demasiado pequeno para coisas grandes”,¹¹⁷¹ intensifica-se com a globalização.¹¹⁷² A crise do constitucionalismo enquanto regra de monopólio do poder, nas palavras de Dieter Grimm relaciona-se com a crise da representação democrática,¹¹⁷³ cuja arquitetura constitucional se mostra incapaz de prevenir a captura da política por facções de interesse.

A interpretação econômica de Beard, no contexto do cosmopolitismo constitucional,¹¹⁷⁴ parece longe de representar um reducionismo teórico. Aliás, a constatação histórica beardiana foi o ponto de partida para o desenvolvimento da teoria da democracia contemporânea, com enormes

¹¹⁶⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado* cit., p. 216.

¹¹⁷⁰ Sobre o tema, por todos, ver: HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 713-714, jan./jul. 2003.

¹¹⁷¹ “Lo Stato è ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi. È troppo grande per la maggior parte delle sue attuali funzioni amministrative, le quali richiedono, anche dove non sono in atto spinte disgregatrici o separatiste, forme di autonomia o di organizzazione federale in contrasto con i vecchi modelli centralistici. Ma soprattutto è troppo piccolo rispetto alle funzioni di governo e di tutela rese necessarie dai processi di internazionalizzazione dell'economia e dalle sempre più fitte interdipendenze che ormai condizionano irreversibilmente la vita di tutti i popoli del mondo” (FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Nascita e crisi dello Stato nazionale. Milano: Anabasi, 1995. p. 49).

¹¹⁷² André Ramos Tavares constata, com base em Frank van Dun, que a “relação poder econômico e soberania do Estado ganha contornos dramáticos, na prática, em face da chamada ‘globalização econômica’ e sua intensa mobilidade”, e conclui que no epicentro tanto deste fenômeno externo, quanto do interno, ou seja, decisões estatais influenciadas por fatores outros que não sejam seus próprios órgãos técnicos e burocráticos decisórios, está o poder econômico. In “Significado da permeabilidade às facções privadas na política econômica não-democrática da ditadura brasileira” (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CARMO, Valter Moura do; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. *Progresso e regresso político*. A democracia em risco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44).

¹¹⁷³ Cf. *Constitutionalism. Present, past and future* cit., p. 130.

¹¹⁷⁴ Sobre o tema, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos, democracia e República*. Escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 67.

reflexos na atual teoria constitucional, em boa medida, na visão de Ferrajoli, pela instrumentalidade da política em face da influência econômica sobre a Constituição.¹¹⁷⁵

A prática democrática contemporânea, capturada pelos grupos de interesse, sejam eles políticos ou econômicos, e seus ciclos políticos oportunistas, como detalhado ao longo da seção 1.2, estimula, acima de tudo, uma *competição*. Mas uma competição limitada que usa a estratégia para selecionar seus jogadores. Uma competição entre elites para atrair o voto da população. Nas palavras de Schumpeter: “o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma *luta competitiva* pelos votos do eleitor.”¹¹⁷⁶

As consequências econômicas e fiscais deste conflito selecionado são sentidas por uma população pouco representada no jogo político competitivo. Alguns jogadores estão no tabuleiro da política porque gostam de jogar pelo poder. Não necessariamente porque gostam de pessoas. Há falhas evidentes, tanto subjetivas, quanto sistêmicas, no processo representativo democrático.

A solução, porém, não é simplista. Ignorar a política dentro do sistema social traz problemas piores. A reabilitação do princípio aristocrático, na atual e melancólica constatação de Cláudio Pereira de Souza Neto¹¹⁷⁷ ou o “esquecimento de que na democracia a oposição também integra o governo”, na advertência de Miguel Reale,¹¹⁷⁸ são decorrências de um mundo sem a dialética política. A história mostra que, em pouco tempo, transmuta-se em um mundo sem democracia.

5.2.1.1 A cooperação como situação estratégica da democracia de negociação

A *democracia de competição* limita o conflito, selecionando *facções* de interesse aptas a alcançar o poder, através de estratégias de manipulação da representatividade, como o

¹¹⁷⁵ “È precisamente la crisi economica in atto in tutti i paesi dell’Occidente capitalistico, generata dalla deregolazione della finanza, il principale fattore odierno di crisi della democrazia. Per le sue cause e per le risposte con le quali viene fronteggiata – le une e le altre accomunate da un’aperta subalternità della politica all’economia – essa sta infatti provocando, e insieme rivelando, una crisi profonda di entrambe le dimensioni del paradigma costituzionale [...]” (FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma: Laterza & Figli, 2018. p. 136).

¹¹⁷⁶ Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democrazia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 321, grifos nossos.

¹¹⁷⁷ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 145.

¹¹⁷⁸ Cf. *Política e direito*. Ensaios. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

populismo.¹¹⁷⁹ Na conquista competitiva do poder, os interesses privados prevalecem amiúde sobre a vontade democraticamente manifestada. O uso da força econômica na dinâmica competitiva democrática é um importante instrumento de inversão dos valores republicanos e de indução à limitação de atuação de grupos opostos, contra a pluralidade ínsita às sociedades heterogêneas democráticas.

Há dois exemplos atuais e esclarecedores da captura privada da representatividade democrática e da eliminação da oposição, na democracia brasileira e na democracia norte-americana, respectivamente. Ambos dão a exata noção da crise de representatividade democrática mundial.

O financiamento de empresas privadas nas campanhas eleitorais brasileiras é um exemplo característico de força econômica ditando os rumos eleitorais. O compadrio financeiro na política representativa ficou evidente em escândalos de corrupção e uso privado da máquina pública. Susan Rose-Ackerman destaca que o poderio econômico faz a corrupção ganhar escala através da participação de organizações privadas no processo eleitoral.¹¹⁸⁰ Heleno Torres observa que as vantagens de o contribuinte pagar pelas campanhas políticas superam e muito o seu custo.¹¹⁸¹ Daniel Sarmiento e Aline Osório chamam a relação entre o dinheiro a política e o financiamento das eleições de *mistura tóxica*, ressaltando a falta de representatividade do sistema político brasileiro e a suscetibilidade de captura pelo poder econômico.¹¹⁸²

Por meio da ADI 4.650, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema e, por maioria, fixou o entendimento da inconstitucionalidade de dispositivos legais que autorizam a contribuição de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Ao longo do seu extenso voto, o Ministro Relator, Luiz Fux, fez diversas referências à competição eleitoral limitada pelo poder econômico. Chegou a afirmar, com base em estudos empíricos, que “[t]rata-se de um arranjo eleitoral que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos”.¹¹⁸³

¹¹⁷⁹ Sobre a evolução do populismo como manipulação da representação democrática no Brasil, ver: FERREIRA, Jorge Luiz. *O populismo e sua história: debate e crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

¹¹⁸⁰ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 2013. p. 11.

¹¹⁸¹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. É urgente acabar com doações de empresas a campanhas. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-09/consultor-tributario-urgente-acabar-doacoes-empresas-campanhas>. Acesso em: 3 jan. 2021.

¹¹⁸² Cf. *Direitos, democracia e república*. Escritos de direito constitucional cit., p. 113.

¹¹⁸³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650/DF, Set. 2015. p. 30. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=41368> 19. Acesso em: 3 jan. 2021.

O aristocrata francês Alexis de Tocqueville escreveu um dos maiores clássicos da teoria política, analisando a então recente democracia americana. Dizia ele em 1835 que “[é] da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto, pois, fora da maioria, nada há que resista nas democracias”.¹¹⁸⁴ Quase dois séculos depois, em pleno ano de 2021, a imprensa americana alerta para a intenção do então governo republicano de Donald Trump de utilizar forças militares com o objetivo de impedir a posse do então candidato democrata eleito Joe Biden.¹¹⁸⁵

A maior democracia do mundo experimenta hoje a realidade de uma competição desigual, vaticinada por Tocqueville no início de sua existência: “[...] os Estados Unidos, tendo sido povoados por homens iguais entre si, ainda não encontraram dissidência natural e permanente entre os interesses de seus diversos habitantes. [...] As consequências desse estado de coisas são funestas e perigosas para o futuro”.¹¹⁸⁶

No campo da teoria política, Joseph Schumpeter foi o responsável por introduzir a *competição* no conceito de democracia e inaugurar uma importante virada na teoria democrática.¹¹⁸⁷ Superando adeptos do elitismo democrático extremo, como Friedrich Nietzsche e José Ortega y Gasset, e a chamada trindade da teoria elitista democrática clássica, Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca e Robert Michels,¹¹⁸⁸ a *democracia competitiva* schumpeteriana parte da visão de que o governo da maioria é uma fantasia, para lançar as bases de uma teoria democrática que influenciou, por exemplo, Anthony Downs e Robert Dahl.

Dahl, por sua vez, conduz boa parte do seu trabalho teórico ao desenvolvimento da noção de *competição* ínsita ao conceito de democracia de Schumpeter. Considera que “o

¹¹⁸⁴ Cf. *Da democracia na América* cit., p. 315.

¹¹⁸⁵ “[...] some Republicans plan to take the controversial step of contesting the electoral college vote certification on Wednesday, even after the president’s repeated attempts to challenge election results in court have failed. It also comes as concerns persist that Trump might seek to use the military to keep himself in office, despite his electoral loss” (LAMOTHE, Dan. *Democracy dies in darkness*. The time to question election results has passed, all living former defense secretaries say. The Washington Post. 03 jan. 2021. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/national-security/former-defense-secretaries-rebuke-trump-election/2021/01/03/1c708f64-4de5-11eb-b2e8-3339e73d9da2_story.html. Acesso em: 3 jan. 2021).

¹¹⁸⁶ Cf. *Da democracia na América* cit., p. 315.

¹¹⁸⁷ Cf. O’DONNELL, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, n° 4, p. 582-588, 1999.

¹¹⁸⁸ Cf. MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n° 3, p. 488-492, 2002.

desenvolvimento de um sistema político que permite rivalidade ou competição entre o governo e seus oponentes é um aspecto importante da democratização”.¹¹⁸⁹

A construção teórica da democracia em Dahl aumenta o foco na tensão competitiva através do conceito de *poliarquia*. Construído como uma alternativa ao desgaste do termo democracia e como uma aproximação imperfeita, porém, real do ideal democrático, as *poliarquias* seriam “regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública”.¹¹⁹⁰

Os centros de poder em competição permanente, segundo Dahl, chegam à Constituição e contestam a sua validade democrática. Em *How democratic is the American Constitution?*, publicado em 2002, o professor emérito da Universidade de Yale, lista uma série de motivos para considerar que o texto constitucional norte-americano não é democrático.

Dahl não só considera, como amplia a interpretação econômica de Charles Beard. Desde a sua origem, assim como Beard, Dahl aponta falhas no processo democrático de elaboração do texto pelos *Framers*,¹¹⁹¹ por permitir a escravidão, por falhar na garantia do sufrágio, por criar um Colégio Eleitoral que isolou o Presidente eleito de uma maioria popular, pela falta de limites do Poder Judiciário no exercício do *judicial review*, e pelos exageros na limitação dos poderes do Legislativo sobre a regulação da economia.¹¹⁹²

Todos estes aspectos, segundo Dahl, representam o interesse dos centros de poder dos *Framers*, em torno de uma inclinação maior para uma república aristocrática do que para uma república democrática.¹¹⁹³ A isso se soma o sistema eleitoral chamado de *winner-take-it-all*, cuja consequência mais evidente é acirrar a *competição* e a desproporção eleitorais, paradoxalmente ao maior poder do governo de afetar os cidadãos em temas como tributação,

¹¹⁸⁹ Cf. *Poliarquia. Participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005. p. 25.

¹¹⁹⁰ Idem, p. 31.

¹¹⁹¹ Dahl criou esta expressão para indicar todos aqueles que estiveram presentes na Convenção de 1787. Para ele a expressão substitui a conhecida *Founding Fathers*, haja vista que muitos dos que são listados como tais não estiveram presentes na Convenção de 1787, como John Adams, Samuel Adams, Tom Paine e Thomas Jefferson. Cf. *How democratic is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003. p. 4. No mesmo sentido, mostrando o individualismo do *Framers* no processo constitucional norte-americano e suas consequências futuras, ver: RIMMERMAN, Craig A. *The New Citizenship: unconventional politics, activism, and service*. 2. ed. Ed. Colorado: Westview Press, p. 16.

¹¹⁹² Cf. *How democratic is the American Constitution?* cit., p. 15-20.

¹¹⁹³ Idem, p. 5.

educação, meio ambiente, seguridade social, política externa, segurança, saúde, emprego, direitos humanos, e muitos outros que dependem sobremaneira de gastos públicos.¹¹⁹⁴

Diversos teóricos atuais expõem o problema da *competição* política na democracia constitucional. Frank I. Michelman, em linha com as concepções críticas anteriores, afirma que a relação política democrática deveria ser deliberativa, ou seja, um intercâmbio argumentativo entre pessoas que se reconhecem em parâmetros iguais de autoridade e são dignos de respeito. O objetivo é buscar soluções que, mesmo sendo antagônicas entre os grupos políticos, procurem uma conciliação na razão.¹¹⁹⁵

Neste contexto, a proposta é usar a *interação estratégica* como meio de buscar a cooperação.¹¹⁹⁶ Ultimamente, entretanto, a competição entre grupos de interesse coloca a *interação estratégica* com um objetivo diverso. Para Michelman, a busca pela *coordenação* substitui com prejuízos democráticos sensíveis o consenso pela *cooperação*. A barganha recai sobre ofertas e tolerâncias. Não há argumentos e não há persuasão racional.¹¹⁹⁷

Jon Elster, em estudo primoroso sobre o comportamento *cooperativo* na ordem social, aponta que a barganha ocorre quando as partes assumem que há vários arranjos cooperativos e preferências conflitantes sobre eles.

O problema central da barganha, para Elster, no entanto, reside exatamente na pluralidade de arranjos cooperativos. As diversas formas simultâneas podem impedir que uma delas seja aceita demais pelas partes em conflito.¹¹⁹⁸ Aplicando este raciocínio às eleições, Elster defende que em uma sociedade democrática complexa os governantes dificilmente cooperam. Os diversos arranjos cooperativos que levariam à estabilização social, nem sempre são aceitos. Eles impõem geralmente um período de desestabilização, como por exemplo, o aumento do desemprego e o acerto macroeconômico, para se chegar à estabilização. Os

¹¹⁹⁴ *How democratic is the American Constitution?* cit., p. 169-170.

¹¹⁹⁵ Cf. MICHELMAN, Frank I. Conceptions of democracy in American constitutional argument: voting rights. *Florida Law Review*, v. 41, p. 447-448, 1989.

¹¹⁹⁶ Cf. MICHELMAN, Frank I. Law's republic. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1510-1513, 1988.

¹¹⁹⁷ Cf. MICHELMAN, Frank I. Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights cit., p. 447. No mesmo sentido, ver: ALEXANDER, Larry. Lost in the Political Thicket. *Florida Law Review*, v. 41, p. 563-580, 1989; ALEXANDER, Larry. Still lost in the political thicket (or why I don't understand the concept of vote dilution). *Vanderbilt Law Review*, v. 50, p. 327-337, 1997.

¹¹⁹⁸ Cf. ELSTER, Jon. *The cement of society: A survey of social order*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 50.

governantes se preocupam mais com a reeleição do que com a estabilização, mesmo que, paradoxalmente, a reeleição sirva para que eles promovam a estabilização a longo prazo.¹¹⁹⁹

Jürgen Habermas também expõe os problemas de representação do constitucionalismo norte-americano com base na *estratégia*. A *competição*, segundo o filósofo alemão, seria função da compreensão republicana da política. A fusão entre direito e política dá origem ao Estado de Direito. A partir de então, “[u]ma *competição* pelo poder, representado segundo o modelo da concorrência do mercado, é determinada pela escolha racional das melhores estratégias”.¹²⁰⁰ E, citando Michelman, conclui que “[c]omo participantes de um tal processo de formação discursiva da opinião e da vontade, os cidadãos se conscientizam de seu direito de autodeterminação”.¹²⁰¹

Dieter Grimm chama este fenômeno de *Estado de barganha*, que se desenvolve em torno da *democracia de negociação*. Grimm considera que o fenômeno é tão natural e inevitável que por um longo tempo sequer foi notado. As causas da *democracia de negociação*, segundo Grimm, são estruturais e possuem legitimação constitucional questionável, embora inevitável para o futuro do constitucionalismo, enquanto fato social inexorável, quando se trata do binômio público-privado, principalmente em relação aos *lobbies* ou grupos de interesses influenciando no processo legislativo.¹²⁰²

Para Grimm, no entanto, quando se trata de entes públicos, é fato notório que os atores estatais entram em negociações não importando o grau hierárquico.¹²⁰³ Tal realidade inclusive faz parte do passado, do presente e do futuro do constitucionalismo, como decorrência da própria arquitetura constitucional.¹²⁰⁴

Robert D. Cooter vai além e legitima a barganha enquanto técnica de negociação política. Considera que, em uma democracia, o processo de governo é composto de três momentos: o voto, a barganha e a administração.¹²⁰⁵ Como afirma o professor da Universidade

¹¹⁹⁹ ELSTER, Jon. *The cement of society: A survey of social order* cit., p. 184-185.

¹²⁰⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre a facticidade e a validade cit., p. 339.

¹²⁰¹ Idem, *ibidem*.

¹²⁰² Cf. GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future* cit., p. 255.

¹²⁰³ Idem, p. 258-263.

¹²⁰⁴ Idem, p. 255.

¹²⁰⁵ Cf. COOTER, Robert D. *The strategic constitution* cit., p. 15.

de Berkeley, “[n]as legislaturas, como nos mercados, todos podem se beneficiar de uma boa barganha”.¹²⁰⁶

O Estado Democrático de Direito, na conclusão da teoria procedimental de Habermas, legitima-se através de processos de negociação que buscam neutralizar relações de poder e na busca do entendimento comunicativo entre os conceitos discursivos da sociedade complexa.¹²⁰⁷ E, mais do que isso, institucionaliza os “procedimentos que determinam as regras segundo as quais a cooperação deve transcorrer, a fim de dominar certas tarefas”.¹²⁰⁸ O poder comunicativo democrático de Habermas, resultante da formação política da opinião e da vontade,¹²⁰⁹ é o meio através do qual a cooperação irá buscar *neutralizar as relações de poder*, enquanto pressuposto da democracia.¹²¹⁰

Na visão de grandes autores da ciência política, a *cooperação* constitui, portanto, uma das formas aptas a superar a constatação minimalista democrática, elitista e competitiva de Schumpeter, no âmago do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, cabe ao direito, na visão de Eberhard Schimidt-Assmann, promover e legitimar a estruturação jurídica adequada à cooperação.¹²¹¹ Na visão do professor emérito da universidade de Heidelberg, superar a mera *coordenação* do modelo negociação política é o papel do Estado Democrático de Direito. Com a finalidade de aglutinar na hermenêutica da ordem jurídica constitucional os componentes ou elementos de cooperação das relações do Estado com a sociedade,¹²¹² o direito deve assumir uma atitude proativa de legitimar os contornos de um *Estado Cooperativo*, como uma técnica de negociação ou processo de tomada de decisão.¹²¹³

¹²⁰⁶ COOTER, Robert D. *The strategic constitution* p. 51, tradução livre.

¹²⁰⁷ Cf. *Direito e democracia* cit., p. 207.

¹²⁰⁸ Idem, p. 221.

¹²⁰⁹ Idem, p. 333.

¹²¹⁰ Sobre a cooperação como pressuposto da democracia, ver: DEWEY, John. Democracia cooperativa. Escritos políticos de John Dewey (1927-1939). Augusto de Franco e Thamy Pogreninshi (org.). Porto Alegre: EdipucRs, 2008; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* cit.; SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. *Reconhecimento e democracia cooperativa: investigações filosóficas a partir do pensamento de Axel Honneth*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2011.

¹²¹¹ Cf. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2003. p. 39.

¹²¹² Idem, *ibidem*.

¹²¹³ *Ibidem*, nota do tradutor, p. 36.

Esta atitude se torna ainda mais importante no cenário de aumento de pressão dos problemas políticos e de elevado potencial de estímulo da opinião pública não organizada que se intensificam no Estado Democrático de Direito.¹²¹⁴ Ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, que tinham vetores fiscais opostos entre si, mas, em certa medida, unívocos na sua semântica própria, o novo conceito de Estado é mais do que uma mera aglutinação dos vocabulários próprios do Estado Liberal e do Estado Social.¹²¹⁵ Sugere, ao revés, a pretensão democrática de desenvolver uma nova leitura da sociedade complexa,¹²¹⁶ de preencher lacuna múltipla de sentidos e múltipla de atores de inclinações políticas diversas.¹²¹⁷

A democracia de Schumpeter, como elites em *competição*, encontra no Estado Democrático de Direito um terreno fértil para encontrar sentido nos grupos minoritários de dominação econômica, não importando a ideologia que sustentem.

Há, porém, uma barreira teórica ativa na tentativa de *captura constitucional* no campo do direito financeiro brasileiro: a *cooperação institucional* como perspectiva de superação das *falhas democráticas* da teoria constitucional financeira. Os ciclos políticos oportunistas no Brasil-democrático, como visto no Capítulo 1, foram em certa medida mitigados pelo direito financeiro constitucionalizado e protagonista a partir da regulamentação infraconstitucional. Mas é preciso avançar mais.

No campo constitucional, a união entre procedimento e substância promove as condições para a *dinâmica constitucional natural ou legítima*. E não é só. Possibilita ainda as condições para a *cooperação* no procedimento democrático.¹²¹⁸ A ultrapassagem da concepção minimalista elitista da *democracia de competição* de Schumpeter, dentro da complexidade estrutural da *democracia de negociação* de Dieter Grimm, pressupõe a cooperação entre os atores para a redução dos custos de transação próprios da barganha política constitucional.

¹²¹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade cit., p. 228.

¹²¹⁵ “O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 173. p. 15-16, 1988).

¹²¹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade cit., p. 14.

¹²¹⁷ Como afirma Habermas, “[n]o Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam” (Idem, p. 243).

¹²¹⁸ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* cit., p. 156.

Como afirma Robert Cooter, “as constituições devem ser julgadas pelas suas habilidades de reduzir os custos de transação nas barganhas políticas”.¹²¹⁹

A cooperação estratégica se coloca, então, como elemento integrador do discurso democrático constitucional entre processo e substância. A norma constitucional ao ser modificada, integrada ou interpretada necessita que sua essência reflita escolhas legítimas, tanto quanto o seu procedimento. A *teoria cooperativa da democracia*, como ressalta Cláudio Pereira de Souza Neto, em estudo profundo sobre o tema, surge como síntese de equilíbrio na democracia deliberativa, entre concepções democráticas predominantemente substantivas como de John Rawls com sua visão material dos *princípios de justiça*, e vertentes primordialmente focadas em processos legitimadores de ações políticas, como de Ely e Habermas, que destacam as *condições procedimentais da democracia*.¹²²⁰

O momento comunicativo, como ressalta Souza Neto, com base em Habermas, é fundamental para a democracia deliberativa. A “interação comunicativa” surge no cerne da comunicação deliberativa como forma de os participantes “coordenarem seus planos com o objetivo de se entenderem sobre algo no mundo”.¹²²¹

A *estratégia* se aplica a este modelo de “interação comunicativa”, modelando possibilidades cooperativas entre atores políticos reais. Através de um conjunto de racionalidades, induções psicológicas e comportamentos sociológicos, a *teoria comportamental do jogo*, que alia elementos de economia comportamental à teoria pura,¹²²² proporciona análises ainda mais precisas, diante da complexidade das interações humanas, pontuadas pelos “desvios sistemáticos e acentuados do comportamento racional”.¹²²³

¹²¹⁹ Cf. *The strategic Constitution* cit., p. 53. Tradução livre.

¹²²⁰ Cf. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática cit., p. 156.

¹²²¹ Idem, p. 159.

¹²²² A economia comportamental (*behavioral economics*) é, em apertada síntese, uma tendência de analisar as decisões humanas além do comportamento racional esperado dos modelos econômicos clássicos e neoclássicos. O estudo das forças e emoções externas à racionalidade comportamental é o objeto precípua da economia comportamental, que tem uma forte ligação com a psicologia e a neurociência, por exemplo. Para um aprofundamento maior, com uma visão mais ampla, ver: *Advances in behavioral economics*. Camerer, Colin F., Loewenstein, George e Rabin, Matthew. New Jersey: Princeton University Press, 2004. Para um texto clássico, ver: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”. *Science*. v. 185, 1974. p. 1124-1131, 1974 e, mais recentemente, através de um texto mais acessível, ver: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin, 2009.

¹²²³ Cf. VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. Uma abordagem moderna. Tradução Elfin Ricardo Doninelli. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 607. Na palavras de Steven N. Durlauf, sobre a teoria comportamental do

A consiliência entre as múltiplas dimensões das interações sociais, especialmente a psicologia, fez bem à economia e expôs uma nova dimensão para explicar fenômenos antes limitados por concepções artificiais da racionalidade interativa do *homo economicus*. A economia comportamental representou uma virada de perspectiva no estudo das interações econômicas. A partir da teoria comportamental do jogo, a interação comunicativa central para a democracia deliberativa ganha uma nova dimensão científica para estimular a cooperação entre agentes no jogo democrático.

A *teoria da decisão interativa* transforma as hipóteses improváveis de cooperação entre governantes na sociedade democrática complexa de Elster, em resultados (*payoffs*) prováveis. Neste contexto eminentemente estratégico, a racionalidade da cooperação pode superar em muito a irracionalidade comportamental competitiva.

A concepção atual da teoria da interação estratégica une a extensão da racionalidade a suas nuances subjetivas comportamentais. Kaushik Basu, em obra recente e inovadora, pressupõe o jogo completo da vida real, em que são incluídos não só os cidadãos como também os governantes, através de uma concepção que ultrapassa os resultados individuais. O comportamento social é o objetivo final.¹²²⁴

A análise do impacto social das modificações sociais entra na consideração dos resultados a serem obtidos pela cooperação. A visão tradicional limitava a manter os comportamentos individuais dentro de uma ordem impositiva legal. O novo ferramental transforma a teoria dos jogos clássica, de modo que a superação das escolhas perversas, através da manipulação da democracia das massas, é um objetivo social de indução factível.¹²²⁵

Os resultados partem, portanto, da racionalidade individual para atingir a racionalidade coletiva do comportamento social. Neste contexto, a teoria da interação estratégica serve como

jogo: “Behavioral game theory incorporates bounds on rationality, equilibrating forces, and theories of social preference, while retaining the mathematical formalism and generality across different games that has made analytical game theory so useful. While behavioral game theory is influenced by laboratory regularities, it is ultimately aimed at a board range of applied questions such as worker reactions to employment terms, evolution of markets institutions, design of auctions and contracts, animal behavior, and differences in game-playing skill” (DURLAUF, Steven; BLUME, Lawrence E. Behavioral game theory. *In*: DURLAUF, Steven. *Game theory*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 29).

¹²²⁴ Cf. BASU, Kaushik. *The republic of beliefs*. A new approach to law and economics. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2018. p. 38-39.

¹²²⁵ Idem, p. 192.

elemento integrador entre a teoria da Constituição Financeira e a dimensão política fiscal do Estado Democrático de Direito, com suas aguçadas e exigentes vertentes sociais.

É assim um método que serve tanto à guerra, quanto à política e, como veremos mais adiante, à construção do DCFE.

5.2.1.2 O jogo político estratégico

A fim de exemplificar a *teoria da decisão interativa*, iniciemos com a política, para, depois de fixadas as três premissas teóricas básica, avançarmos em direção ao direito constitucional financeiro.

Como visto anteriormente, os modelos democráticos negociais de Schumpeter, Michelman, Dahl, Elster e Grimm traduzem o *desequilíbrio da competição* política na democracia constitucional, mediante uma situação de interdependência mútua de decisões em interação estratégica. Nada mais é, portanto, do que a linguagem própria do ramo específico da matemática aplicada, tradicionalmente denominado *teoria dos jogos*.¹²²⁶

A sintaxe matemática da teoria dos jogos tem ampla recepção no campo das ciências sociais,¹²²⁷ especialmente, como destaca Elster, na ciência política.¹²²⁸ Aplicando a linguagem técnica da teoria dos jogos ao *desequilíbrio* entre intenções no jogo político democrático, nota-se que se trata de situação que configura um *jogo simultâneo não cooperativo*, de informação *completa e imperfeita*.

Isso significa que, apesar de os agentes (ou jogadores) serem racionais, no sentido de buscar sempre o melhor resultado para cada um individualmente,¹²²⁹ conhecerem todas as

¹²²⁶ Como afirma Ronaldo Fiani, “sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciem-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um ‘jogo’” (FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 2).

¹²²⁷ Poucas décadas depois da obra clássica de John von Neumann e Oskar Morgenstern, *Theory of games and economic behavior* (Princeton, 1944), dando início a formulação teórico-matemática dos jogos, a teoria dos jogos se consolida como método matemático perfeitamente adaptado às ciências sociais. Sobre o tema, ver: SHUBIK, Martin. *Game Theory in the Social Sciences: concepts and solutions*. vol. 1. The MIT Press, 1985. Sobre as tendências atuais da teoria comportamental dos jogos, ver: CARMERER, Colin F. *Behavioral Game Theory. Experiments in strategic interaction*.

¹²²⁸ Cf. Marxism, functionalism and game theory. *Debates in contemporary political philosophy. An Anthology*. Dereck Matravers; Jon Pike (ed.). London/ New York: Routledge, 2003. p. 22-41; MORROW, James D. *Game theory for political scientists*. Princeton University Press, 1995.

¹²²⁹ Cf. NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. 4. ed. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 9.

estratégias e todos os resultados possíveis e saberem qual seria o conjunto de ganhos ao mesmo tempo melhor para ambos (informação completa), ao desconhecerem a forma de atuar do outro jogador, ou seja, a *estratégia* que será adotada pelo outro agente, justamente porque não cooperam entre si (informação imperfeita), nem sempre atingem este resultado ótimo para ambos. E o pior: atingem um resultado insuficiente para a *racionalidade coletiva social*.

Ficam limitados à busca de um equilíbrio que represente a sua melhor escolha de estratégia, dada a escolha de estratégia do outro.¹²³⁰ A este equilíbrio dá-se o nome de equilíbrio do melhor resultado, ou, em homenagem ao seu formulador, o matemático norte-americano John Forbes Nash Jr., *equilíbrio de Nash*.

Imaginemos uma demonstração matricial de interação estratégica, tomando como exemplo a hipótese levantada por Michelman, aplicada à esfera fiscal, representada por uma votação de determinada medida impopular. Por exemplo, a retirada de verba populista que atenderia à determinada categoria profissional específica. Esta categoria, por sua vez, representa a base eleitoral de dois integrantes do Poder Legislativo, doravante denominados, “Legislador A” e “Legislador B”.

As escolhas possíveis (*trade off*) então seriam *não aprovar a lei*, manter a verba e, portanto, os interesses específicos da base eleitoral de ambos; ou *aprovar a lei* e atingir a estabilidade macroeconômica a longo prazo. Esta opção causaria profundo descontentamento na referida categoria profissional, mas tenderia a aumentar a base eleitoral de eleitores satisfeitos com o trabalho do Parlamento.

Aprovar a lei, a longo prazo, representa instabilidade econômica, com prejuízos maiores para um grupo mais abrangente. *Não aprovar a lei*, por outro lado, representa risco para a reeleição de ambos, caso a medida não seja aprovada e a situação dos respectivos eleitores piore.

Para sistematizar o raciocínio, consideremos as seguintes informações hipotéticas:

- a medida, no curto prazo, leva à insatisfação social, visto que retira uma determinada verba orçamentária destinada para a distribuição sem critérios para um grupo profissional restrito, mas composto por importantes eleitores do Legislador A e do Legislador B;

¹²³⁰ Cf. NASH, John. Non-cooperative games. *Annals of Mathematics*, v. 54, n° 2, p. 286-295, set. 1951.

- a longo prazo, porém, melhora a estrutura macroeconômica, de forma que a *reputação fiscal* gerada irá propiciar uma maior confiança dos investidores. Por via de consequência, haverá maior investimento na economia real, com a elevação da oferta de empregos e salários mais atrativos para um grupo social mais abrangente;
- considerando que não há *cooperação* entre o Legislador A e o Legislador B e eles podem, na hora da votação, ou seja, de forma simultânea, *considerar* adotar a medida impopular, porém tecnicamente correta, ou *ignorar* esta medida e garantir as melhores condições para uma possível reeleição;
- temos a seguinte matriz de *payoff*, em que os resultados estão representando percentualmente a possibilidade de reeleição:

Quadro 1 – Jogo Simultâneo Não Cooperativo em Matriz de Resultado

		Legislador B	
		Considerar	Ignorar
Legislador A	Considerar	0,40 / 0,40	0,30 / 0,50
	Ignorar	0,50 / 0,30	0,70 / 0,70

A matriz de resultados da Tabela 1 demonstra as seguintes proposições analíticas:

- 1) {Ignorar} {Ignorar} é o *equilíbrio com estratégias dominantes*¹²³¹ Para cada um dos Legisladores, ignorar é uma estratégia estritamente dominante, tendo em vista que, na linha {Legislador “A” – ignorar}: $70\% > 30\%$, assim como, na coluna {Legislador “B” – ignorar}: $70\% > 30\%$. Assim, ambos os legisladores não poderiam aumentar o seu *payoff* ao mudar a estratégia. Desta forma caberia a exclusão da segunda linha e da segunda coluna;¹²³²
- 2) Ignorar a lei nova que traria benefícios para a maior parte da população é o equilíbrio de Nash puro para cada um dos Legisladores, o qual se atinge ao escolher a estratégia {Ignorar} {Ignorar}. Neste contexto, apesar de a decisão representar um claro prejuízo social, os interesses individuais estarão atendidos;

¹²³¹ Cf. BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law* cit., p. 11.

¹²³² Aplicamos, neste jogo, o método da eliminação iterada da estratégia dominada. Como há duas estratégias dominadas, ou seja, a coluna {Ignorar} para o Legislador A, e a linha {Ignorar} para o Legislador B, é intuitivo perceber que o equilíbrio de Nash é formado pelo par de estratégias da célula {ignorar} {Ignorar}.

3) caso houvesse uma *cooperação* entre os jogadores, ou seja, entre o Legislador A e o Legislador B, poderia se chegar a uma situação Pareto-ótima ou, ao menos, Pareto-superior,¹²³³ representada pela célula {Considerar} {Considerar} em que, apesar da adoção de uma medida impopular a curto prazo, os ganhos sociais aumentariam a longo prazo, e também a possibilidade de reeleição de ambos, na proporção de 40%, haja vista que a lei aprovada atenderia a um maior número de pessoas e aumentaria assim, a base eleitoral de cada um.¹²³⁴

A interpretação do jogo descrito¹²³⁵ mostra que jogadas coordenadas podem, quando muito, resultar em um equilíbrio de Nash,¹²³⁶ ao passo que a *interação cooperativa* na complexidade comunicativa da democracia deliberativa é uma solução capaz de atingir resultados mais próximos do ótimo de Pareto, mesmo em uma realidade de *competição* política.

Uma das grandes contribuições que Nash trouxe para a economia foi romper com o paradigma clássico de Adam Smith da *competitividade* como regra natural, em que o interesse individual funciona como vetor de crescimento econômico.¹²³⁷ A teoria de Nash, por outro lado, demonstra que a *cooperação* não é incompatível com ganhos individuais, sendo possível, inclusive, maximizar o proveito individual, partindo de uma *cooperação* com o oponente.¹²³⁸ Ao plano individual, deve-se somar o plano coletivo na elaboração de uma estratégia, como forma de justamente maximizar os resultados do indivíduo.

A forma como a sociedade se comporta é diretamente ligada à dimensão social das normas que a regem. Como afirma Basu, a teoria dos jogos teve importante papel na demonstração desta tradicional proposição.¹²³⁹ A forma como a norma fiscal é concebida,

¹²³³ Ver seção 4.4, *supra*.

¹²³⁴ Nesse jogo, foi utilizado apenas dois legisladores para uma demonstração mais simplificada do raciocínio matemático. Porém, a extrapolação para os grupos de interesses diversos dentro do Poder Legislativo é perfeitamente possível, com o uso de ferramentas matemáticas mais sofisticadas.

¹²³⁵ Utilizamos um dos mais notórios exemplos da teoria dos jogos: o dilema do prisioneiro. Sua forma mais popular foi concebida por Albert Tucker, professor da Universidade de Princeton, nas décadas de 1940 e 1950, embora sua formulação original seja atribuída a Flood e Dresher. O dilema demonstra um dos problemas cruciais estudados pela teoria dos jogos: em um jogo não cooperativo, nem sempre o equilíbrio de Nash é o melhor resultado.

¹²³⁶ Como afirma Hal R. Varian, “[o] outro problema com o equilíbrio de Nash de um jogo é que ele não conduz necessariamente a resultados eficientes no sentido de Pareto”. In: VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução Elfin Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 557.

¹²³⁷ Cf. HUNT, Emery Kay; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico* cit., p. 50-51.

¹²³⁸ Cf. NASH, John. Two-person cooperative games. *Econometrica*. v. 21, nº 1, p. 131, jan. 1953. Disponível em: www.jstor.org/stable/1906951. Acesso em: 18 out. 2018.

¹²³⁹ Cf. BASU, Kaushik. *The republic of beliefs*. A new approach to law and economics cit., p. 89.

portanto, deve reverência aos impactos sociais amplos que suas consequências econômicas irão causar.

Quanto menor o custo de transação para a cooperação entres os agentes políticos, maior será o sucesso da política fiscal ditada pelos comandos constitucionais de uma sociedade. E maior será o sucesso da relação entre política fiscal e Constituição Financeira. Nesta linha, a releitura política representativa do teorema de Coase, denominado por Robert Cooter de *teorema democrático de Coase*,¹²⁴⁰ demonstra que o sucesso de uma Constituição recai sobre a diminuição do custo de transação, como vimos na seção 3.4. Além disso, o sucesso de uma Constituição, ou o seu poder de reduzir os custos de transação é diretamente proporcional à sua habilidade de promover relações duradouras entre facções políticas que sejam aceitas por um longo período. As relações estáveis entre grupos representativos diversos, na conclusão de Cooter, transforma a democracia representativa no modelo constitucional mais apto a minimizar o custo de transação na barganha política.¹²⁴¹

Estabelecida a premissa de que a cooperação traz vantagens democráticas inequívocas, a questão que emerge recai sobre as formas de indução das situações estratégicas cooperativas na arquitetura das escolhas fiscais constitucionais.

Cass Sunstein destaca que uma das mais importantes funções do sistema legal é estabelecer *regras-padrão*, que se confundem com os *pontos de referência* de Parsons. O ato-unidade, enquanto produto da regra-padrão sistêmica precisa buscar o equilíbrio de permanência do sistema constitucional. Na sociedade de risco fiscal, no entanto, esta visão linear não basta. É preciso ir além e pensar na incerteza da escolha no distanciamento tempo-espaco de Giddens.

A *sustentabilidade constitucional financeira* está no centro desta preocupação sistêmica intergeracional. Por esta razão, é o segundo pressuposto de construção do DCFE.

¹²⁴⁰ Ver seção 3.4, *supra*.

¹²⁴¹ “[...] most legislatures are too large for all of the members to bargain directly with each other. The formation of parties, the creation of legislative committees, and the control of the legislative agenda reduce the transaction costs of bargaining. A theme in this book is that representative democracy can be justified as the constitutional form that minimizes the transaction costs of political bargaining among factions of citizens. In contrast, dictatorship precludes bargaining among citizens by excluding them from government” (*The strategic Constitution* cit., p. 54).

5.2.2 Segundo pressuposto. A cooperação como elemento de sustentabilidade financeira intergeracional

A dimensão social da norma financeira possui íntima relação com o sucesso da política fiscal adotada por determinada geração. A eliminação dos custos de transação da cooperação na negociação política é fundamental para que se atinja o objetivo de estabilização das falhas de mercado e das falhas de governo.¹²⁴² O papel da Constituição Política, portanto, está intimamente ligado ao da Constituição Financeira.

Esta é a descrição do sistema em harmonia perfeita. O exemplo ideal do teorema democrático de Coase, na releitura contemporânea de Robert Cooter, corresponde a um custo de transação que tende a zero na barganha política. Porém, vimos que há falhas democráticas inerentes à democracia representativa que aumentam os custos de transação, dificultando ou, até mesmo, impossibilitando a cooperação.

Uma das consequências *trágicas*¹²⁴³ no plano fiscal é a predeterminação social de uma geração sobre a outra, através de escolhas erradas que acarretem o “esvaziamento do tempo-espaço”.¹²⁴⁴ A discussão teórica, inclusive, é contemporânea ao próprio constitucionalismo.

A dívida pública em perspectiva intergeracional é um desafio interinstitucional que permeia a ciência das finanças e o direito constitucional financeiro desde os primórdios das revoluções burguesas e da sua maior consequência: o constitucionalismo normativo.

No âmbito da Constituição como norma, os conflitos entre o *direito constitucional* e a *realidade constitucional*, ao qual se refere Dieter Grimm, representam as desavenças entre o normativo e o político.¹²⁴⁵ No campo intergeracional, considerar a Constituição como uma ferramenta para judicialização total da política, pode afetar diretamente os aspectos financeiros geracionais, haja vista que a jurisdição constitucional tende a atender necessidades presentes, como visto no Capítulo 3.

¹²⁴² Ver seção 3.4, *supra*.

¹²⁴³ As escolhas trágicas do presente são, em certa medida, resultado das escolhas trágicas do passado. Na visão de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, em obra clássica sobre o tema: “A historical perspective presents a mapping of society’s confrontation with tragic choice – by showing how a society has dealt with the dilemma previously, we are made aware of the perimeters of future choices, most especially those adaptations which are necessary just because other attempts have preceded. [...] How tragic choices are made, how they can be made, is necessarily governed, in some measure, by earlier attempts at resolution” (*Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources* cit., p. 157-158).

¹²⁴⁴ Cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade* cit., p. 28.

¹²⁴⁵ Ver seção 1.1.

A *realidade constitucional*, enquanto política financeira intergeracional, precisa se sobrepor ao imediatismo da judicialização da política. O DCFE traz como pressuposto a *sustentabilidade*, como um contraponto entre o *direito constitucional* e a *realidade constitucional*, ou seja, entre o *ambiente institucional* e o *arranjo institucional*. Política e direito alinhados a objetivos imediatos, mas com um olhar mediato são formas de reconhecer ao direito constitucional financeiro o seu caráter subjetivo material próprio.

5.2.2.1 A dívida pública intergeracional na evolução do constitucionalismo financeiro

Os debates entre Thomas Jefferson e James Madison são elementos constitutivos do constitucionalismo norte-americano.¹²⁴⁶ Em relação à dívida pública, havia uma discussão intergeracional específica entre os dois influentes *Framers* que envolvia todos os conceitos fundamentais da formação política, filosófica, econômica e jurídica do Estado norte-americano. A própria existência de uma Constituição, enquanto norma fundamental, não era consenso. De um lado, a norma constitucional era considerada um importante elemento estabilizador das relações sociais. De outro, porém, havia a percepção de que as características inerentes à Constituição seriam uma âncora perpétua antidemocrática, imposta por uma geração às vindouras.

Thomas Jefferson, com base em John Locke, afirmava que uma geração não tem o direito de obrigar às sucessoras a pagar dívidas públicas tomadas em favor da primeira.¹²⁴⁷ James Madison, que também era *lockiano* contrariou esta afirmação com questões de ordem prática: se os benefícios são distribuídos entre muitas gerações, seu custo também poderia.¹²⁴⁸

Os anos posteriores à criação da República Norte-Americana foram, inclusive, de déficits sucessivos, apesar de a recente Constituição induzir a regra do equilíbrio orçamentário

¹²⁴⁶ Cf. WOOD, Gordon. *The creation of the American Republic. 1776-1787* cit., p. 275-276.

¹²⁴⁷ Joerg Chet Tremmel ressalta que Thomas Jefferson chamava o débito público nacional de um problema ético intergeracional. E, em carta para John Taylor de 28 de maio de 1816, assim descreveu a dimensão intergeracional do débito público: “Funding I consider as limited, rightfully, to a redemption of the debt within the lives of a majority of the generation contracting it; every generation coming equally, by the laws of the creator of the world, to the free possession of the earth he made for their subsistence, unincumbered by their predecessors, who, like them, were but tenants for life... And I sincerely believe ... that the principle of spending money to be paid by posterity, under the name of funding, is but swindling futurity on a large scale” (TREMMELE, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London/Sterling: Earthscan, 2009. p. 207 (nota 6).

¹²⁴⁸ Cf. HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. *Constitucionalismo y democracia*. Jon Elster and Rune Slagstad (ed.). Traducción de Mónica Urtilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 234.

(*budge-balanced rule*) como uma constrição aos Poderes Executivo e Legislativo.¹²⁴⁹ Na recente experiência federativa norte-americana, William Breit destaca três episódios como marco do início do poder central fiscal: (i) a edição pelo Congresso Nacional do *Sinking Fund Act* de 1795, com a criação de um fundo de amortização; (ii) a implantação de um comitê de finanças públicas; e (iii) a nomeação de Alexander Hamilton como o primeiro Secretário do Tesouro.¹²⁵⁰ As três medidas foram marcantes na mudança da estrutura fiscal norte-americana. O foco na responsabilidade fiscal passou a gerar sucessivos orçamentos superavitários, com alguns percalços durante o pânico de 1837 até a guerra civil americana.¹²⁵¹

A partir deste corte inicial, James M. Buchanan e Richard E. Wagner dividem o padrão fiscal norte-americano em dois períodos. Entre a guerra civil americana e a primeira guerra mundial, os *superávits* orçamentários tornaram-se naturais. Eles eram usados para amortizar os débitos públicos federais, criados em épocas de recessão ou de guerras. A recuperação econômica do primeiro pós-guerra até a grande depressão dos anos de 1930 foi, em boa medida, creditada ao controle fiscal superavitário.

Um novo padrão orçamentário, então, surgiu. Os *déficits* sucessivos e a acumulação da dívida pública continuavam, mesmo em períodos de paz e de prosperidade, sem que houvesse um esforço sério ou concentrado para a diminuição do débito público.¹²⁵² A partir dos anos de 1960, Buchanan e Wagner identificam este novo padrão orçamentário em substituição ao padrão clássico adotado após a era dos fundos de amortizações.

O então chamado padrão keynesiano fez adeptos mundo afora, inclusive no Brasil, com economistas da envergadura de Celso Furtado. Na visão de Aliomar Baleeiro, “a teoria

¹²⁴⁹ Cf. BREIT, William. Starting the Leviathan: balanced budget prescriptions before Keynes. In: BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. (coord.). *Fiscal responsibility in constitutional democracy*. Leiden/Boston: Martinus Nihoff Social Sciences Division, 1978. p. 10.

¹²⁵⁰ O estilo de Alexander Hamilton foi fundamental para a mudança do padrão fiscal norte-americano. Nas palavras de Willian Breit, “Alexander Hamilton, the First Secretary of the Treasury, was not an enthusiastic supporter of public debt” (Idem, p. 11).

¹²⁵¹ Idem, p. 12.

¹²⁵² Cf. BUCHANAN, James M. Buchanan; WAGNER, Richard E. Contemporary democracy and the prospect for fiscal control: initial thoughts about, and final reactions to the conference. In: BUCHANAN, James M. Buchanan; WAGNER, Richard E. (coords.) *Fiscal responsibility in constitutional democracy*. Leiden/Boston: Martinus Nihoff Social Sciences Division, 1978. p. 1-5.

geral keynesiana conduziu a uma política fiscal de despesas intensivas como terapêutica das crises”,¹²⁵³ intensificada historicamente pelos gastos induzidos pelas duas guerras mundiais.

A história orçamentária americana desde então foi uma sequência quase contínua de déficits. Aplicando os princípios da teoria da escolha pública¹²⁵⁴ ao contexto de déficit fiscal permanente, Buchanan e Wagner, influenciados pela obra clássica de Antonio de Viti de Marco, *Principi di economia finanziaria*, na união entre o elemento político e econômico nas finanças públicas, cunham o termo *democracia do déficit*. As escolhas públicas devem ser levadas em consideração na formulação de políticas macroeconômicas. Inclusive e principalmente, as escolhas públicas com consequências intergeracionais na seara democrática constitucional.¹²⁵⁵

Recentemente, inclusive, para fazer frente à crise econômica e à tragédia humanitária decorrentes da pandemia de Covid-19, foi anunciado pelo Presidente Joe Biden e pela Secretária do Tesouro norte-americano, Janet Yellen, o *American Rescue Plan Act*, um plano econômico, de bases keynesianas, que prevê a injeção de US\$ 1,9 trilhões para auxílios emergenciais, educação, capacitação para recolocação no mercado de trabalho e investimentos em infraestrutura, que vão de estímulos a novas tecnologias de pesquisa e desenvolvimento, à sustentabilidade ambiental, com moradias verdes, veículos elétricos e fontes renováveis de energia.

A ideia do chamado *American Jobs Plan* (H.R. 1319), em trâmite no Congresso Americano é buscar recursos com base no endividamento público e algumas mudanças tributárias pontuais, como aumento do imposto de renda da pessoa física, fim de isenções para combustíveis fósseis e mudanças para evitar a fuga de capitais para paraísos fiscais. de estímulos à geração de empregos, através de aumentos do endividamento público.¹²⁵⁶

¹²⁵³ Cf. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 400. No mesmo sentido, denominado a doutrina keynesiana do orçamento como doutrina do déficit sistemático, ver: FOUNROUGE, Giuliani cit., p. 148-150. Para um estudo profundo do impacto da doutrina keynesiana nas finanças públicas, especificamente na quantificação dos efeitos dos gastos públicos, através dos multiplicadores de gasto, ver: JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario* cit., p. 201-218.

¹²⁵⁴ A teoria da escolha pública, originalmente formulada por James Buchanan e Gordon Tullock utiliza elementos da microeconomia neoclássica e da teoria dos jogos para analisar o processo político democrático constitucional. A tensão entre a burocracia democrática e a eficiência econômica e resolvida através de um processo de escolhas públicas. O modelo político decisório constitucional criado por Buchanan e Tullock se propõe a ultrapassar “a falha na separação entre a análise positiva e normatividade ética que se constituiu na principal barreira ao progresso científico da teoria política” (BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Logical foundations of constitutional democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 265).

¹²⁵⁵ Cf. *Public debt in a democratic society*. Washington: American enterprise institute for public policy research, 196. p. 9. No mesmo sentido, ver: BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon cit., p. 63-85; FERGUSON, James M. *Public debt and future generations*. North Carolina: Chapter Hill, 1964.

¹²⁵⁶ Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1319/text>. Acesso em: 5 abr. 2021.

Mesmo com o cenário extraordinário imposto pela Covid-19, a discussão sobre a intensificação das políticas expansionistas desperta paixões que perpassam muitas vezes à seara técnica macroeconômica. No campo normativo, por exemplo, está presente na história do constitucionalismo real desde o seu nascimento. Intimamente ligada à legitimação democrática, ou, como diz o sociólogo alemão Wolfgang Streeck, à crise de legitimação democrática, o expansionismo econômico faz gerações introduzirem recursos não existentes ou ainda não existentes na sua economia. No início, em passos tímidos e ainda respeitosos, através do inflacionamento de sua moeda, na então denominada *era inflacionária*. A partir do início dos anos 80, entretanto, as políticas ortodoxas de Reagan e Thatcher inauguraram a chamada *era do endividamento público*. Por meio do endividamento público, assim como da política inflacionária, o governo conseguia pacificar conflitos sociais presentes com recursos futuros, resultando no fenômeno por ele denominado de *tempo comprado*.¹²⁵⁷

A discussão, portanto, é plural e fortemente ideológica. No âmbito econômico, o debate é intenso, criando uma miríade de soluções variadas. A concepção ideológica de Willian Breit, James Buchanan e Richard Wagner, por exemplo, é diametralmente oposta à de Wolfgang Streeck. Apesar de tendências, o problema fiscal intergeracional persiste como algo a ser enfrentado pelas sociedades modernas em seu processo evolutivo.

Neste ponto, cabe a advertência de Cláudio Pereira de Souza Neto, com base em John Rawls. A teoria da deliberação democrática impõe *neutralidade política* ao Poder Judiciário, enquanto intérprete de “um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas”.¹²⁵⁸ A *neutralidade estatal política* dos poderes escolhidos pela vontade da maioria se propõe justamente a representar politicamente a pluralidade de tendências e soluções.

A constatação demonstra como as falhas democráticas de atuação do Poder Judiciário podem ser nocivas na seara fiscal, no curto e no longo prazo. A dinâmica constitucional

¹²⁵⁷ Cf. *Tempo comprado*. A crise adiada do capitalismo democrático. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual, 2013. p. 66-70.

¹²⁵⁸ Cf. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* cit., p. 277-278. Para um estudo empírico-analítico da atuação política dos juízes, ver: SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David. ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington, DC: The Brookings Institution, 2006. Sobre a politização do Judiciário no Brasil, ver: LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2020; BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

artificial do ativismo desmesurado¹²⁵⁹ pode engessar o plano social, tanto o atual e quanto o futuro. A máxima de que a falta de harmonia entre os poderes leva a resultados piores do que a cooperação institucional pode ser extrapolada temporalmente e atingir planos e concepções de sociedade que, com alguma dose de esperança, irão trazer soluções melhores do que as que compreendemos hoje.

A Constituição é superior justamente porque é uma lei de toda a sociedade. É dotada deste atributo por ser autorizada pelo povo e não por juízes ou qualquer outra autoridade, na concepção estruturalista de Jack Balkin.¹²⁶⁰ A interferência indevida do Judiciário é um dos lados agudos do *dilema da modéstia* de Shapiro, e promove uma ruptura do *arranjo institucional*.¹²⁶¹

A invasão da legitimidade futura, na seara da democracia constitucional, também impulsiona diversas reflexões teóricas. As divergências entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da democracia deliberativa, assim como vimos na teoria do precompromisso constitucional, têm como pano de fundo a legitimidade intertemporal do texto constitucional.

Gilberto Bercovici identificou este problema na relação entre política e Constituição dirigente. Para Bercovici, ao elaborar a formulação original da teoria da Constituição dirigente, José Joaquim Gomes Canotilho “procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição”.¹²⁶²

A teoria da Constituição como uma teoria material da Constituição tem dois pontos precípuos destacados por Canotilho. Primeiro, diminui a margem de discricionariedade do legislador diante das imposições constitucionais. Por via de consequência, a concretização das referidas imposições constitucionais se torna, nas palavras de Bercovici, um problema do Judiciário, “contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição”. A teoria material da Constituição, portanto, seria a consagração da política dirigida pela Constituição que emerge

¹²⁵⁹ Ver seção 3.3, *supra*.

¹²⁶⁰ “The notion that the Constitution is higher law, in fact, is strongly connected with its role as ‘our’ law. Because the Constitution is higher law, it stands above positive law and critiques it. In particular, it stands above the pronouncements of judges and other legal professionals claiming to speak in the name of the Constitution. The text of the Constitution symbolizes something that people can always call upon when they believe that judges and officials have gone astray. The text of the Constitution offers itself as something authored by citizens, not by judges, and superior to judicial pronouncements” (BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 240).

¹²⁶¹ Ver seção 3.3.3, *supra*.

¹²⁶² Cf. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil cit., p. 11.

com forma na doutrina constitucional brasileira e pretende, sob o termo Constituição Dirigente afirmar “a força de direção do direito constitucional.”¹²⁶³

O próprio Canotilho volta atrás em relação a esta posição de conferir à Constituição um papel material dirigente na legitimação da política.¹²⁶⁴ Dentro da dimensão política reestabelecida em linhas constitucionais, Canotilho retoma o tema da sustentabilidade “como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere”.¹²⁶⁵

A Constituição não pode ser pensada sem a dimensão política. E muito menos sem a dinâmica constitucional própria ligada a concepções políticas prospectivas que garantam a sucessiva e constante busca pela legitimidade democrática intergeracional. Predeterminações legítimas valem somente para o procedimento de mudança.¹²⁶⁶ Não podem pretender determinar a substância das normas futuras. A deliberação democrática, através dos procedimentos constitucionais preestabelecidos, busca a legitimação material do texto de geração em geração.

Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto, partindo da divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da democracia deliberativa, aponta, assim como Bercovici, que a diferença reside na predefinição do resultado.¹²⁶⁷ Souza Neto conclui que a *teoria cooperativa da democracia deliberativa* não admite a imposição a gerações futuras de um projeto social predeterminado,¹²⁶⁸ em concepção fortemente influenciada pelo modelo de Habermas.¹²⁶⁹

¹²⁶³ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil cit., p. 11.

¹²⁶⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, especialmente o Prefácio.

¹²⁶⁵ Cf. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*. v. VIII, nº 13, p. 8, 2010.

¹²⁶⁶ Ver seção 3.2.2.

¹²⁶⁷ Cf. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática cit., p. 268.

¹²⁶⁸ Idem, ibidem.

¹²⁶⁹ Apesar da adoção do modelo de Habermas que, como vimos foi influenciado por Ely, Souza Neto classifica o procedimentalismo de Ely como reducionista, como o fez Gilberto Bercovici. Na visão de Bercovici, “nenhuma fundamentação de valores pode ignorar o texto constitucional, buscando elementos sem qualquer ligação com a Constituição. Por outro lado, a abertura dos valores constitucionais não significa que não tenham significado jurídico, passíveis de ser ignorados pelo legislador ou pelo intérprete” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição* cit., p. 278). Como visto na seção 3.3.2, concordamos com as críticas.

A predeterminação das gerações futuras pode ocorrer de duas formas. Chamamos de *predeterminação direta* a previsão de um modelo intergeracional pelo próprio texto constitucional. Basicamente o que pretendia a formulação original da Teoria Material da Constituição dirigente. A moldura estática constitucional perde a sua legitimidade democrática quando a realidade social se impõe sobre a realidade normativa. Na feliz provocação de Jack Balkin, será que em 2080 as pessoas irão ver o sistema constitucional de 2010 da mesma forma que hoje é visto o sistema constitucional de 1940, em que as mulheres não tinham direitos?¹²⁷⁰

A *predeterminação indireta* ocorre justamente quando o comprometimento fiscal retira os meios financeiros que possibilitem às gerações vindouras mudarem os rumos do determinismo social pretérito. O *tempo comprado* pela geração presente pode ser determinante para as *escolhas trágicas* do futuro. E assim, sucessivamente, em frequência tal que o comprometimento da capacidade financeira intergeracional pode impedir o projeto político das próximas gerações. O fenômeno deixa de ser somente adstrito à Constituição Política, para ser pensado na *bidimensionalismo tempo-espço* da Constituição Financeira.

A teoria da justiça intergeracional, cujo discurso se reflete de forma intensa nos amplos aspectos constitucionais, notadamente em nível ambiental e ainda de forma incipiente no contexto jurídico-fiscal brasileiro, pressupõe a difícil tarefa de se estabelecer algum grau de diálogo solidário entre gerações.¹²⁷¹ Considerando, no entanto, a baixa densidade da solidariedade *intrageneracional*, a sua projeção *intergeracional* forma na teoria da justiça o que se convencionou chamar de tese da não identidade. As ações presentes não só afetam a qualidade de vida das pessoas no futuro, mas afetam diretamente a própria existência das pessoas no futuro.¹²⁷²

¹²⁷⁰ “We cannot be sure that in 2080 people will not look at the constitutional system of 2010 just as we now view the Constitution in 1940 – when Jim Crow was still powerful, and women were without rights. We may comfort ourselves with the belief that our era, happily, has finally overcome the greatest injustices of society, but that is what people in the past also thought” (BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world cit., p. 130).

¹²⁷¹ Como afirma Rawls: “Alguns consideraram que a diferença entre os destinos reservados a cada geração era injusta. Herzen observa que o desenvolvimento humano é um tipo de injustiça cronológica, pois aqueles que vivem mais tarde lucram com o trabalho se seus predecessores, sem que para isso paguem o mesmo preço. E Kant achava desconcertante o fato de que as gerações anteriores devessem carregar os seus fardos apenas para o bem das gerações posteriores, e que apenas estas últimas devessem ter a boa sorte de residir no prédio já terminado” (*Uma teoria da Justiça* cit., p. 317).

¹²⁷² O problema da não identidade foi identificado na década de 1970 e tem sido central no estudo da justiça intergeracional. Sobre o tema, ver: BOONIN, David. *The non-identity problem and the ethics of future people*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Entre gerações passadas, atuais e futuras não há uma relação direta de *justiça como reciprocidade*, no sentido híbrido que o conceito alcança na concepção do saudoso professor emérito de filosofia política da Universidade de Colúmbia, Brian Barry, ou seja, de troca mútua de vantagens como critério motivador da teoria do *fair play* entre não contemporâneos.¹²⁷³ Como pontua Barry, a geração presente não consegue exercer influência sobre a geração passada, mas tem um poder enorme sobre as gerações futuras. Entre não contemporâneos, portanto, não há cooperação mútua ou qualquer espécie de troca.¹²⁷⁴ Não há, portanto, identidade.

O problema da não identidade situa-se na assimetria de poder intergeracional. Enquanto a geração presente é plenipotenciária em relação à geração futura, em relação à geração passada é expectadora passiva da história. A justiça intergeracional, nesta concepção, apresentaria problemas de normatividade, haja vista que a falta de identidade demanda a falta de exigibilidade coercitiva entre gerações cronologicamente separadas.

5.2.2.2 A justiça intergeracional no contratualismo de John Rawls

A teoria da justiça de John Rawls, justamente em busca da superação do problema da falta de normatividade da não identidade, eleva a questão ao nível de princípio intergeracional.¹²⁷⁵ Sem a discussão da justiça intergeracional, apesar de toda a dificuldade que o problema suscita, observa Rawls que qualquer teoria da justiça enquanto *equidade* estaria comprometida.¹²⁷⁶ Calcado no *princípio da diferença*, Rawls defende que o *mínimo social* a ser passado de geração em geração, além dos ganhos culturais, de civilização e de manutenção de instituições justas,¹²⁷⁷ deve corresponder à poupança de valores que “levando-se em conta os

¹²⁷³ Nesse ponto, Brian Barry junta influências de Thomas Hobbes, da busca de uma vantagem mútua em trocas humanas, com o *behave fairly*, ou seja, o comportamento justo da teoria do *fair play* de Hebert Lionel Hart, para conceber uma ideia de justiça híbrida intergeracional. Cf. BARRY, Brian. *Justice as impartiality. A treatise on social justice*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. v. 1, p. 31-34; 44-48.

¹²⁷⁴ Idem, p. 189.

¹²⁷⁵ John Rawls publica a primeira edição da sua célebre teoria da Justiça em 1971, enquanto os primeiros escritos de Brian Barry surgem em 1977: *Justice between Generations*. In: HACKER, P.M.S.; RAZ, Joseph (ed.). *Law, Morality and Society*. Essays in Honor of H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 268-284.

¹²⁷⁶ Cf. *Uma teoria da Justiça* cit., p. 315.

¹²⁷⁷ O conceito de *instituição* de Rawls é mais amplo do que o do institucionalismo clássico ou da nova economia institucional. Corresponde ao sistema político, econômico e social. “Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplos de instituições, ou,

salários, maximize as expectativas de grupos menos favorecidos”. Este ganho, entretanto, não é somente representado por investimentos líquidos. Corresponde a investimentos em infraestrutura e educação, por exemplo. A este conjunto material e imaterial, corresponderia o *princípio justo de poupança*. A correlação dos dois princípios, ainda que seja um exercício materialmente complexo, como reconhece Rawls, é um indicativo moral pelo qual as políticas devem ser avaliadas.¹²⁷⁸

Com este arcabouço teórico, Rawls critica a corrente utilitarista no que concerne à justiça entre gerações. Ao apontar para o futuro, o princípio clássico da utilidade gera desproporções entre o sacrifício presente, principalmente das gerações mais pobres, e a maximização do bem-estar futuro. Para Rawls, é impossível unir *diferenciação* e *poupança justa* nesta concepção, tendo em vista a constatação lógica de que as gerações posteriores não podem ajudar as gerações anteriores.¹²⁷⁹

Na reconstrução contratualista de Rawls, os princípios normativos são centrais à noção de justiça equitativa.¹²⁸⁰ Quando a normatividade substantiva é elevada ao campo da teoria constitucional, paradoxalmente, na visão de Souza Neto, tende a vincular gerações futuras a concepções materiais intergeracionais, fixadas por princípios programáticos de justiça social, tal qual a visão de Bercovici sobre a teoria da constituição dirigente. A concepção substantiva de legitimidade de Rawls, neste contexto normativo complexo, vincula o legislador a “princípios previamente estabelecidos”,¹²⁸¹ entre os quais aqueles referentes à própria gestão intertemporal da *poupança justa* e da *diferenciação*.

Os mesmos problemas de legitimidade democrática, então, são transpostos para a justiça intertemporal. De um lado, os mecanismos intergeracionais podem desequilibrar para o presente, de forma a prejudicar o futuro. De outro lado, podem tender para o futuro, de forma a prejudicar o presente. Podem enfrentar, ainda, situações atípicas, características do estado de

falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade” (*Uma teoria da Justiça* cit., p. 58).

¹²⁷⁸ Idem, p. 316.

¹²⁷⁹ Idem, p. 316-317.

¹²⁸⁰ “Fica evidente, a partir dessas observações, que tanto os fatos genéricos quanto as condições morais são necessários mesmo no argumento a favor dos princípios básicos da justiça. Naturalmente sempre foi óbvio que as regras morais secundárias e os juízos éticos específicos dependem tanto de premissas verdadeiras como de princípios normativos. Numa teoria contratualista essas condições morais assumem a forma de uma descrição da situação contratual inicial”. Idem p. 171-172.

¹²⁸¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa* cit., p. 270.

necessidade, cuja sobrevivência futura dependa dos gastos presentes.¹²⁸² Como afirma Konrad Hesse, o importante para a força normativa da constituição “não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas”.¹²⁸³

Há de se ter a possibilidade dinâmica de equilibrar as pretensões presentes com a realidade futura. Rawls, inclusive, admite que “[n]ão há nada sacrossanto na decisão pública com respeito ao nível de poupança”.¹²⁸⁴ Mas, de outro modo, também sustenta que a justiça procedimental imperfeita, ou seja, a elaboração de uma Constituição justa, em condições favoráveis, ainda que legitimamente democrática, pode produzir danos irreversíveis a gerações futuras. Nestes casos, ressalta Rawls, não haveria motivos para que um democrata não possa se opor à vontade comum. A concepção de justiça, como princípio normativo intergeracional, “inclui uma provisão para as reivindicações justas das gerações futuras”,¹²⁸⁵ ainda que contra a própria vontade comum.

5.2.2.3 *Uma visão crítica da justiça intergeracional de John Rawls: a sustentabilidade intergeracional em Joerg Chet Tremmel*

A visão contratualista de Rawls tende a ser confusa do ponto de vista de legitimação democrática. Concepções substantivas que podem ser contestadas em nome de um princípio intergeracional agravam o problema da legitimidade democrática entre as instituições, principalmente, em relação ao ativismo contramajoritário das Cortes Constitucionais. Diante das falhas democráticas, a teoria da justiça intergeracional precisa de uma concisão argumentativa que se mostre suficientemente apta a sensibilizar as gerações atuais, quanto aos paradigmas passados e à solidariedade futura.

¹²⁸² Um exemplo interessante ocorre com a decretação por alguns Estados-membros do *estado de calamidade financeira*. Usada pela primeira vez pelo Estado do Rio de Janeiro, em 2016, como decorrência da crise fiscal pós-2014, com base na previsão abstrata de calamidade pública do Art.65 da LRF, a calamidade financeira foi seguida por outros Estados em dificuldade fiscal. A inovação motivou a edição da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, que, no § 1º do art. 1º, prevê a *sustentabilidade econômico-financeira* e a *equidade intergeracional* como princípios orientadores do novo Regime de Recuperação Fiscal, implementado para ajudar os Estados em crise fiscal.

¹²⁸³ Cf. *A força normativa da Constituição* cit., p. 10.

¹²⁸⁴ Cf. *Uma teoria da Justiça* cit., p. 327.

¹²⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

O cientista político alemão, Joerg Chet Tremmel, que desenvolveu uma aclamada produção acadêmica sobre o tema, destaca uma mudança social gradual em relação à preocupação intergeracional.¹²⁸⁶ A partir de uma visão kantiana de que a vida de uma geração é um período curto, cabendo à espécie como um todo transmitir a razão e a cultura adquiridas entre as gerações vindoura,¹²⁸⁷ Tremmel destaca que o futuro se torna uma preocupação da filosofia par e passo ao aumento do domínio e do poder da humanidade sobre os recursos naturais e sobre a tecnologia.¹²⁸⁸ A filosofia passa então a ser demandada a refletir sobre a justiça em uma dimensão intergeracional, que estabeleça uma nova ética sobre a responsabilidade futura.¹²⁸⁹

A partir de então, há a constatação da abrangência temática dos potenciais riscos futuros. Ao lado do meio ambiente, que havia sido o principal foco até meados da década de 1990, surgem novos temas que dirigem a atenção da sociedade para a dinâmica temporal. A descrição da sociedade de risco de Ulrich Beck se expande. As pessoas começam a se importar com um leque de incertezas, inclusive e especialmente no campo econômico e financeiro. O aumento do alcance temático intergeracional é reflexo de uma sociedade verdadeiramente inquieta, com acesso à informação através dos mais diversos meios, esclarecida e demasiadamente exigente, dentro de um mundo que conhece cada vez menos fronteiras e exige cada vez mais a consciência entre gerações, como um pacto de sobrevivência qualitativa em âmbito supranacional.

Na realidade da sociedade de risco, a reflexão de Thomas Jefferson sobre a dívida pública intergeracional, no nascimento do constitucionalismo real, transforma-se, na visão de Tremmel, em um conceito sem polarização temporal.¹²⁹⁰ O foco não é mais unidirecional, ignorando o passado, e com peso ora no presente, ora no futuro. A *preocupação* intergeracional

¹²⁸⁶ Tremmel se tornou um dos grandes especialistas contemporâneos sobre o tema. Com forte formação sociológica, política e econômica, ele hoje é professor da Universidade de Tübingen e da London School of Economics. A partir de sua tese de doutorado em filosofia, *A Theory of Intergenerational Justice*, de 2009, Tremmel desenvolveu uma obra vasta sobre o tema, de caráter multidisciplinar, unindo ciência política, filosofia, economia e direito, em torno do problema intergeracional.

¹²⁸⁷ Cf. KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tradução Rodrigo Naves e Ricardo Terra. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 10-12.

¹²⁸⁸ “The enormous increase in mankind’s powers that has taken place in the 20th century explains why even the most important moral philosophers of the past hardly paid any attention to our responsibility towards posterity” (TREMMELE, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London/Sterling: Earthscan, 2009. p. 4).

¹²⁸⁹ “The concept of generational justice is likely to play a greater role in future philosophy. Ever more social actors are demanding new ethics of future responsibility” (Idem, *ibidem*).

¹²⁹⁰ Idem, p. 3-5.

se transforma em *justiça* intergeracional, como um conjunto maior que abrange a *sustentabilidade* ecológica e a *sustentabilidade* financeira.

O desenvolvimento sustentável é multidirecional. Considera o passado, o presente e o futuro, ao mesmo tempo, ou seja, recai respectivamente sobre o conjunto temático da justiça *intrageneracional* e sobre o conjunto temático da justiça *intergeracional*. Tremmel estuda o aspecto temporal de uma sociedade preocupada com risco. A sustentabilidade, então, “pode ser definida como um conceito que confere à justiça intergeracional o mesmo peso que à justiça intrageneracional no plano normativo.”¹²⁹¹

A sustentabilidade foi o ontem, é o hoje, e será o amanhã. Não pode haver preferências geracionais na cadeia de desenvolvimento dinâmico sustentável. Cada elo temporal tem o mesmo peso na formação de uma realidade sustentável, seja no conjunto temático intrageneracional, seja no conjunto temático intergeracional. Na concepção de Tremmel, portanto, a sustentabilidade é uma atividade única. O tempo é que divide as inquietações sociais a cargo da justiça intrageneracional, que ele chama de sustentabilidade social, abrangendo a justiça internacional, a justiça social e a justiça de gênero, e a cargo da justiça intergeracional, ou seja, a sustentabilidade ecológica e financeira.

A teoria de Rawls, por outro lado, é formulada em contraposição à visão utilitarista. Mesmo assim, Rawls menciona conceitos utilitaristas ligados ao bem-estar humano em diversas passagens. Noções de “bem-estar”, de “prevenção de sofrimento”, de “soma de satisfação”, por exemplo, pontuam a obra de Rawls, sem que haja uma desconstrução valorativa de sua acepção clássica utilitarista na teoria dos bens públicos.¹²⁹² Neste ponto, segundo Tremmel, há uma falha de coesão metodológica de Rawls na construção da justiça intergeracional como teoria. A falta de uma linha coerente de identificação das escolhas valorativas fica evidente com o uso de conceitos utilitaristas, dentro de uma concepção teórica declaradamente não utilitarista.¹²⁹³

¹²⁹¹ “[...] sustainability can be defined as a concept that gives intergenerational justice the same weight as intragenerational justice on a normative level. The demand for intergenerational justice leads to two fields of activity: ecology and finances (‘ecological’ and ‘financial’ sustainability)” (TREMMELE, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice* cit., p. 7).

¹²⁹² Conceito usado na acepção econômica, que difere da definição jurídica. Bem público em sentido econômico, na visão didática de Richard A. Ippolito, possui três características precípua: “sua produção é caracterizada por muitos custos fixos; seu consumo por uma pessoa não afeta a possibilidade de outros consumirem; e é difícil estabelecer uma tarifa pelo seu uso” (*Economics for lawyers*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2005. p. 195, tradução livre).

¹²⁹³ TREMMELE, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*, p. 107-144.

Uma visão apenas utilitarista, no entanto, também é rasa. Não permite a profundidade axiológica necessária para se ultrapassar o egoísmo geracional, ou seja, as preferências naturais intrageracionais de uma geração sobre a outra. Os conceitos utilitaristas naturalmente fomentam o bem-estar presente. Sem uma metodologia de valoração convincente da importância da cadeia temporal de sustentabilidade, equilibrar pretensões presentes com aspirações futuras se torna apenas uma declaração de boas intenções, sem apresentar, porém, conteúdo com características verdadeiramente científicas.

A *teoria da justiça intergeracional* de Tremmel mensura o bem-estar a ser gerado agora e no futuro, através de parâmetros objetivos de indicadores econômicos e sociais, mas também fazendo uso de indicadores subjetivos individuais, como o uso de critérios de neurociência. Através de uma fórmula que eleva os objetivos axiológicos intergeracionais, Tremmel considera discutíveis os critérios do que ele denomina utilitarismo total. Perseguir estes objetivos não significa necessariamente viver em parâmetros de *sustentabilidade intergeracional*.¹²⁹⁴

A justiça intergeracional de Tremmel pressupõe cooperação entre gerações,¹²⁹⁵ e padrões móveis comparativos de bem-estar intergeracional. Padrões estáticos de igualdade intergeracional não são realistas e, por via de consequência, não estimulam a cooperação. Neste contexto, para Tremmel, a justiça intergeracional é atingida quando as oportunidades para o membro médio da próxima geração atender as suas necessidades são melhores do que àquelas oferecidas ao membro médio da geração anterior.¹²⁹⁶

Não importa dizer que deve haver sacrifícios individuais em prol de gerações futuras. Pelo contrário, a sociedade, enquanto sistema social dinâmico, deve internalizar e institucionalizar padrões que propiciem uma melhor condição de vida para a evolução média dos seus integrantes no presente e, conseqüentemente, no futuro, no que Tremmel convencionou chamar de princípio da reciprocidade indireta.¹²⁹⁷

¹²⁹⁴ TREMMEL, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice* cit., p. 108-109.

¹²⁹⁵ “That brings us to the second aspect: single vs. repeated games. As indicated, cooperative behaviour has a greater effect if agents meet repeatedly.” Idem, p. 191.

¹²⁹⁶ “Intergenerational justice has been achieved if the opportunities of the average member of the next generation to fulfill his needs are better than those of the average member of the preceding generation. This concept of intergenerational justice does not imply that today’s generation must sacrifice itself for the next one. [...] I think a definition of generational justice should be person-affecting (in the sense of average utilitarianism) and thus refer to the members of future generations, to ‘average future individuals’” (Idem, p. 199-200).

¹²⁹⁷ “A variation of ‘justice as reciprocity’, namely the ‘principle of indirect reciprocity’, can even be applied to the intergenerational context and sensibly justify our actions affecting posterity” (Idem, p. 203).

O direcionamento unidirecional do tempo comete algumas injustiças. Nós nos beneficiamos e sofremos com as evoluções e com os erros dos nossos antepassados. Não há reciprocidade. Não podemos devolver benefícios, mas também não podemos cobrar responsabilidades. Neste caso, a justiça intergeracional não é uma opção. É um dever ético da geração presente de evitar riscos para gerações futuras pelos benefícios deixados pela geração passada.

5.2.2.4 *O conceito de sustentabilidade constitucional financeira e seu reflexo no direito positivo brasileiro*

A matriz de institucionalização da justiça intergeracional na Constituição, segundo Tremmel, considera que um dos problemas estruturais da democracia é o fato de que indivíduos futuros não têm voz, isto é, não têm votos, apesar de terem o direito de serem protegidos pelas gerações passadas.¹²⁹⁸ A necessidade de se ultrapassar os interesses político-eleitorais passa por um comando constitucional substantivo, nem sempre legítimo, ou pelo estabelecimento de instituições que busquem parâmetros de *sustentabilidade intergeracional*.¹²⁹⁹

Nesse ponto, o institucionalismo sustentável de Tremmel se aproxima da dinâmica sistêmica aberta de Parsons e vai ao encontro da síntese estrutural de Balkin e Amar.

Com base neste referencial teórico, podemos, então, conceituar o processo de construção intergeracional como um desenvolvimento do sistema social, contínuo e dinâmico, que se molda em um *framework* constitucional solidário intertemporal, e internaliza e institucionaliza padrões normativos compatíveis com a justiça intergeracional. A este processo solidário dinâmico de busca do sentido intergeracional da Constituição, denominamos *sustentabilidade constitucional*.

As instituições do Estado Democrático de Direito precisam estar alinhadas para que o texto de hoje não carregue as mágoas passadas e não seja fruto de arrependimento futuro. A

¹²⁹⁸ “If only these future individuals could vote on financial policy, public debt would be significantly lower than today. This fundamental dilemma of democracy leads to a preference for the present and to oblivion with regard to the future” (TREMMELE, Joerg Chet. Establishing intergenerational justice in national constitutions. In: TREMMELE, Joerg Chet (ed.). *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar, p. 189).

¹²⁹⁹ “The term ‘institutionalization’ of intergenerational justice describes measures to safeguard the interests of future generations through institutions or written law. It is naive to hope that politicians will act in the interests of future generations in the same way that they do for those citizens who are alive today” (Idem, *ibidem*).

democracia cria uma disputa eleitoral da qual naturalmente as futuras gerações não fazem parte. A sustentabilidade de uma norma que se pretenda perene, porém, precisa inevitavelmente passar pelo escrutínio intergeracional. Pensar o futuro no presente nada mais é do que pensar a Constituição em sua perenidade. É papel de quem a elabora, de quem a executa e de quem a interpreta. A *sustentabilidade constitucional*, portanto, deve ser uma variável importante no processo dinâmico da vida institucional da Constituição.¹³⁰⁰

Neste aspecto, a Constituição de 1988, deu especial atenção à questão ambiental, com proteção expressa.¹³⁰¹ Já a *sustentabilidade financeira*, pelo momento político e econômico pelo qual o país passava, foi aquém da proteção intergeracional necessária. Como visto, a geração constituinte viveu o caos macroeconômico, com o alto endividamento central e subnacional, no meio da *lógica fiscal invertida* da chamada “década perdida”.¹³⁰² Neste contexto, a Constituição Financeira foi, em perspectiva, mais precisa do que a Constituição de 1967, e, apesar de não ser literal em relação à sustentabilidade financeira, lançou as bases para que a justiça intergeracional fosse pensada também na seara do sistema constitucional financeiro.

O regime anterior dispunha pela primeira vez em um texto constitucional sobre o princípio do equilíbrio orçamentário, constitucionalizando regra contábil prevista na Lei nº 4.320/1964.¹³⁰³ A previsão linear e formal de despesas equilibradas com receitas não refletiu a realidade fiscal,¹³⁰⁴ principalmente do intenso crescimento econômico estimulado pelo

¹³⁰⁰ Fernando Facury Scaff, inclusive, coloca a sustentabilidade como uma forma de garantia dos direitos fundamentais. Esta posição nos parece mais próxima de uma *justiça intergeracional* e, até mesmo da sustentabilidade social da *justiça intrageracional*. Em um ambiente de escassez, não considerar a finitude dos recursos é negar amplitude aos próprios direitos fundamentais, como iremos aprofundar no próximo capítulo. Nas palavras de Scaff: “É esta nova dimensão dos direitos fundamentais que deve estar presente em nossa mente ao interpretar qualquer norma *como um instrumento de sustentabilidade, e não como uma norma isolada em um ordenamento jurídico*” (Crédito público e sustentabilidade financeira. *Revista Direito à Sustentabilidade*, Unioeste, v. 1, nº 1, p. 3, 2014).

¹³⁰¹ A Constituição de 1988, seguindo uma tendência mundial, previu o princípio da solidariedade intergeracional na seara ambiental. Assim dispõe o art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para *as presentes e futuras gerações*” (grifos nossos).

¹³⁰² Ver seção 1.3 do Capítulo 1, *supra*.

¹³⁰³ “Art. 66. O montante da despesa autorizada em cada exercício financeiro não poderá ser superior ao total de receitas estimadas para o mesmo período”. A própria Lei nº 4.320/64 havia sido menos rigorosa e mais realista do que o texto constitucional de 1967, ao inserir a expressão *na medida do possível*: “Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos: [...] b) manter, durante o exercício, *na medida do possível* o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria” (grifos nossos).

¹³⁰⁴ O equilíbrio orçamentário nada mais é do que a aplicação do método contábil da partida dobrada no exercício financeiro. É formal, portanto, e não substantivo. E nem poderia ser. Não confundir com a discussão substancial do equilíbrio financeiro.

endividamento público do período. Na prática, o desequilíbrio se camuflava nas operações de crédito, com as rolagens entre dívidas de longo prazo e dívidas de curto prazo. Ocorria no Brasil, sob permissão constitucional, exatamente o *tempo comprado* de Wolfgang Streeck da *era do endividamento*. O crescimento econômico da década de 1970 importou na crise econômica da década de 1980.

O princípio do equilíbrio orçamentário foi suprimido do texto constitucional já pela Emenda Constitucional nº 1/69. Até porque se mostrou pouco útil na prática. O sistema constitucional financeiro de 1988 também não o repetiu. A *sustentabilidade financeira*, de fato, ganhou contornos mais precisos. A chamada *regra de ouro* do art. 167, inciso III, vedou a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital. Foi uma tentativa de equilíbrio financeiro intergeracional entre despesas e receitas, através das operações de crédito. Endividamentos posteriores dependem de abatimento de dívidas anteriores e não podem ser tomados senão para novos investimentos, ou seja, despesas de capital.

O sistema constitucional financeiro representou avanço em relação à trajetória da sustentabilidade. O problema foi o limite temporal. O regime constitucional contentou-se com o intervalo de um exercício financeiro como regra. Como sistema, no entanto, inspirou legislações infraconstitucionais que, paulatinamente e paralelamente à evolução fiscal, foi caminhando em direção à positivação da *sustentabilidade financeira*.

Há quem extraia do Estado Democrático Fiscal, o princípio da responsabilidade enquanto Estado da Responsabilidade Fiscal. A despeito da autoridade dos seus defensores, como Ricardo Lobo Torres,¹³⁰⁵ não achamos possível diante da necessidade de legitimação democrática do modelo deliberativo. A responsabilidade fiscal, na seara do Estado Democrático de Direito, é fundamental para, inclusive, a efetivação máxima dos direitos fundamentais. Mas não pode ser considerada como um princípio que automaticamente decorra da escolha de um formato de financiamento estatal. Entendemos, como visto no Capítulo 2, que a atividade financeira do Estado é política. Como tal, a necessidade de legitimação democrática é decorrência do consenso democrático em torno da sua importância.

Como visto ao longo do Capítulo 1, com o consenso democrático em torno da sustentabilidade financeira, os *bailouts* sucessivos dos entes subnacionais foram substituídos por programas que primavam pela instituição de contrapartidas. O equilíbrio financeiro e a

¹³⁰⁵ Sobre a formulação de Ricardo Lobo Torres, ver: *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal cit.*, v. I, p. 554-555.

transparência eram critérios importantes. As contrapartidas instituídas pela Lei nº 9.496/1997 e a proibição de autofinanciamento de *déficits* por bancos públicos estaduais nasceram sob a égide do texto constitucional de 1988. A Lei de Responsabilidade Fiscal, sobretudo, surgiu como regulamentação do próprio texto constitucional, extrapolou o prazo do exercício financeiro e aprofundou a trajetória em direção à sustentabilidade. Planejamento, transparência, responsabilidade e controle passaram a orientar a atividade financeira do Estado. Noções como a compensação de renúncia de receita e despesas de caráter continuado, estabelecimento de metas e consequências para o descumprimento, limites de despesa com pessoal, vedação de endividamento entre entes da união, regras rigorosas para operações de crédito, e limitações financeiras de final de mandato entraram no vocabulário do gestor público e mitigaram a *miopia fiscal*,¹³⁰⁶ diante dos ciclos políticos oportunistas.

A sustentabilidade financeira passou a ser tangenciada entre o sistema constitucional financeiro, o equilíbrio fiscal da LRF, e a percepção social do problema intrageracional e intergeracional.¹³⁰⁷ A conjuntura constitucional, legal e social mudou o paradigma dos programas de auxílio aos entes subnacionais, instituídos após a edição da LRF.

Basicamente, foram duas grandes renegociações, que alteraram as regras originais da LRF: (i) a Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, que, em linhas gerais, tentou melhorar o perfil da dívida para os entes subnacionais, entre taxas de juros menos rigorosas e sistemática mais atraente para o pagamento do estoque; e, logo depois, (ii) a Lei Complementar nº 156, de 25 de novembro de 2016, que estabeleceu o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de reequilíbrio fiscal, alterando a própria LC 148, então recém-editada, e promovendo novas mudanças na metodologia de cálculo da dívida subnacional, mas com

¹³⁰⁶ Expressão do economista inglês, sir Alan Budd, professor da Universidade de Oxford e primeiro *chairman* do *Office for Budget Responsibility* (OBR), da Secretaria do Tesouro Nacional do Reino Unido. Em suas palavras: “Myopia is an understandable response to the fear of electoral failure, even if it is not always rational. Nor is it necessarily discreditable. Politicians can believe, or persuade themselves, that loss of power is a national disaster, to be avoid at all costs. In such an environment, governments will take unpopular decisions, but one can understand why they are reluctant to do so, particularly as an election approach” (Preface. In: KOPITS, George (ed.). *Restoring public debt sustainability. The role of independent fiscal institutions*. New York: Oxford University Press, 2013. p. xii).

¹³⁰⁷ Um caso interessante é o do Estado do Rio Grande do Sul. Desde a redemocratização, o Estado ainda não assistiu à reeleição de um governador. Uma das causas, por certo, é o desequilíbrio fiscal que um gestor passa para o outro. Os investimentos são limitados e, por via de consequência, retrai a percepção de boa gestão do eleitor. O Estado, inclusive, apresenta uma crise fiscal aguda, com o maior desequilíbrio previdenciário do país. Segundo a Portaria MF nº 501/2017, que usa os indicadores *endividamento*, *poupança corrente* e *índice de liquidez*, a capacidade de pagamento (CAPAG) do Estado em 2020 ostenta, junto com o Estado do Rio de Janeiro e o Estado de Minas Gerais, o grau “D”, ou seja, a pior saúde fiscal da federação. Cf. BRASIL. Tesouro Nacional Transparente. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/>. Acesso em: 27 out. 2020.

medidas de reforço à responsabilidade fiscal, como a instituição de um teto de gastos para os entes subnacionais.¹³⁰⁸

Mas não foi o bastante. No intuito de promover o crescimento sustentável e reduzir a pressão fiscal, a edição da Emenda Constitucional nº 95, de 16 de dezembro de 2016, voltada para a União Federal, foi cercada de polêmicas e imprecisões. A imposição de um novo teto de despesa constitucional buscou o crescimento sustentável, mas conduziu o país ao *paradoxo do crescimento*. A partir do momento em que o foco se direcionou quase exclusivamente sobre as despesas primárias (ou não financeiras), ou seja, despesas correntes e despesas de investimentos, desconsiderando juros e demais encargos financeiros, a capacidade de investimento do Estado se tornou refém do crescimento das despesas correntes do próprio Estado. Quanto mais há investimento, mais há despesa de custeio. O aumento de despesa de custeio, por sua vez, reduz o espaço para novos investimentos. Quanto mais se investe, portanto, menos se pode investir.

A efetividade de um teto constitucional de despesas sem as reformas estruturais necessárias,¹³⁰⁹ tanto em relação à discussão democrática ampla sobre a real vocação do Estado Administrativo brasileiro e sobre um projeto de reforma tributária que simplifique o sistema, por certo, mas que respeite o já combalido federalismo fiscal, converteu-se de um *paradoxo retórico* em uma *armadilha fiscal*.

E não foi só. Ao não excluir os serviços essenciais, notadamente despesas com saúde e educação do teto de gastos, o vaticínio de Régis Fernandes de Oliveira, na oitava edição do

¹³⁰⁸ “Art. 4º Para celebração, lastreada no Acordo Federativo celebrado entre a União e os entes federados em 20 de junho de 2016, dos termos aditivos de que tratam os arts. 1º e 3º desta Lei Complementar, tendo em vista o que dispõe o art. 169 da Constituição Federal, respeitadas a autonomia e a competência dos entes federados, fica estabelecida a limitação, aplicável nos dois exercícios subsequentes à assinatura do termo aditivo, do crescimento anual das despesas primárias correntes, exceto transferências constitucionais a Municípios e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, à variação da inflação, aferida anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA ou por outro que venha a substituí-lo, a ser observada pelos Estados e pelo Distrito Federal, cabendo-lhes adotar as necessárias providências para implementar as contrapartidas de curto prazo constantes do Acordo acima referido.”

¹³⁰⁹ A reforma do sistema de previdência social foi aprovada pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Os efeitos, porém, não são imediatos, de forma que o teto é diretamente impactado. Por exemplo, a Lei nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020 (Lei Orçamentária Anual), previa, em seu artigo Art. 2º, inciso II, uma estimativa de receita para o orçamento da seguridade social na ordem de R\$ 905.014.734.432,00 (novecentos e cinco bilhões, quatorze milhões, setecentos e trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais). A estimativa de despesa, prevista no artigo Art. 3º, inciso II, por sua vez, girava em torno de R\$ 1.189.674.499.357,00 (um trilhão, cento e oitenta e nove bilhões, seiscentos e setenta e quatro milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, trezentos e cinquenta e sete reais). Em suma, um *déficit* na ordem de R\$ 284.659.765,00 (duzentos e oitenta e quatro bilhões, seiscentos e cinquenta e nove milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, setecentos e sessenta e cinco reais).

seu festejado *Curso de direito financeiro*, de 2019, lamentavelmente se tornou realidade. A pandemia de Covid-19 lamentavelmente tornou real a preocupação do ilustre jurista, com a possibilidade de haver “um surto de doença transmissível”.¹³¹⁰

A Emenda Constitucional nº 95, de 16 de dezembro de 2016, com todas as polêmicas que a cercam, como a efetividade de um teto constitucional de despesas sem as reformas estruturais necessárias, bem como o foco quase que exclusivo nas despesas primárias, sem uma contrapartida de receitas ou de renúncias de receitas,¹³¹¹ teve ao menos o mérito de pensar um regime fiscal – denominado de *Novo Regime Fiscal* – em um universo de 20 exercícios financeiros. Em termos de concepção, a ideia temporal denota uma preocupação com a sustentabilidade financeira. Em termos estruturais, porém, o desenho inicial partiu de uma premissa equivocada e sua aplicação prática

O resultado pretendido, porém, não foi alcançado. A situação dos entes subnacionais em 2019, antes mesmo da pandemia, era caótica. Mesmo com a imposição do teto estadual, nove Estados aderentes ao novo PAF, instituído pela LC 156, estavam desenquadrados, ao final do exercício financeiro de 2019.¹³¹² A União, por sua vez, não conseguia fôlego necessário para investimento, presa na armadilha fiscal de um teto, com o aumento das despesas obrigatórias, notadamente gastos remuneratórios e previdenciários.¹³¹³

¹³¹⁰ “Em verdade, nenhum serviço público, inclusive o de saúde, foi excluído da incidência do teto, o que pode levar a situações complicadas. Imaginemos um surto de uma doença transmissível em que haja necessidade de ação rápida e eficiente. Se o governo já estiver no teto de suas despesas, não terá condições de atender à demanda emergencial. Isso ferirá, com certeza, a preservação dos direitos inalienáveis da pessoa humana. Será causa humanitária que deverá ser desprezada, pela inoperância e ineficiência. Será causa humanitária que deverá ser desprezada, pela inoperância e ineficiência do governo” (*Curso de direito financeiro* cit., p. 646).

¹³¹¹ Além disso, e ainda que em redação confusa, instituiu o art. 113 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em que reconhece, no âmbito constitucional, o conceito de *despesa obrigatória* e reforça a necessidade de compensação para a renúncia de receitas. A medida, de certa forma, já existia no art. 14 da LRF, em relação à receita tributária. De forma que, em relação à renúncia de receita, a EC 95, ao se limitar a alargar as medidas compensatórias para quaisquer receitas, foi por demais tímida, em uma época em que, por exemplo, estava ocorrendo reformas no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária do ICMS, especificamente em relação à guerra fiscal.

¹³¹² Às vésperas da edição da Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2021, que, no seu art. 10, dispensou a aplicação de encargos moratórios contratuais por descumprimento do teto previsto pela LC 156/16, segundos dados do Tesouro Nacional Transparente. Disponível em: <https://www.tesouro.transparencia.gov.br/temas/estados-e-municipios/estatisticas-fiscais-de-programas-de-ajuste-fiscal-paf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹³¹³ Dados do Tesouro Nacional Transparente demonstram que houve uma queda acentuada na série histórica de investimentos da União, a partir do exercício financeiro de 2019, antes, portanto, da constrição pandêmica, caindo de um patamar de R\$ 35,8 bilhões, para R\$ 185 bilhões negativos. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/execucao-orcamentaria-e-financeira/financiamento-e-investimento-publico>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Neste lastro, a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, que instituiu o *Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal (RRF)*, trouxe a previsão abstrata dos princípios da sustentabilidade econômico-financeira e da equidade intergeracional, como orientadores do novo regime fiscal.¹³¹⁴ Na prática, porém, foi uma volta ao passado. A LC 159 se mostrou na prática como mais um programa de *bailout*, nos termos daqueles instituídos antes da Lei nº 9.496/1997 e antes da LRF.¹³¹⁵

Não resolveu. A LC nº 159 se mostrou incapaz de fazer frente ao desequilíbrio estadual, causado pós-crise de 2014. Como havia a exigência da “privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros” com o objetivo de “utilização dos recursos para quitação de passivos”, a rigor somente o Estado do Rio de Janeiro aderiu ao programa, embora outros entes da federação, notadamente os Estados de Goiás, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, estarem em situação fiscal caótica.

Ao fim e ao cabo, todos os Estados envolvidos judicializaram a questão,¹³¹⁶ inclusive o Estado do Rio de Janeiro que voluntariamente havia aderido ao RRF.¹³¹⁷ A política de *bailout*

¹³¹⁴ “Art. 1º É instituído o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do Capítulo II do Título VI da Constituição Federal. § 1º O Regime de Recuperação Fiscal será orientado pelos princípios da *sustentabilidade econômico-financeira*, da *equidade intergeracional*, da transparência das contas públicas, da confiança nas demonstrações financeiras, da celeridade das decisões e da solidariedade entre os Poderes e os órgãos da administração pública” (grifos nossos).

¹³¹⁵ A metáfora literária de Fernando Facury Scaff, Maria Stela Campos da Silva e Luma Scaff é perfeita para descrever o momento atual da responsabilidade fiscal no país: “A celebração dos 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal nos remete à Lewis Carroll, escritor inglês e pai da personagem Alice, nas obras *o País das Maravilhas* e *Através do Espelho*, que criou a expressão *desaniversário* para festejar todos aqueles dias que não seja o seu aniversário. Logo, este livro reúne estudos que celebram também os 364 dias de desaniversário da LRF. [...] Diante de várias possibilidades, qual o caminho a ser trilhado pela LRF, em seu desaniversário? Que seja para garantir direitos fundamentais; que seja o equilíbrio e a estabilização das finanças públicas; que seja para reduzir as abissais desigualdades socioeconômicas” (SCAFF, Fernando Facury. *O desaniversário da LRF e os caminhos da austeridade e da desigualdade*. p. 11. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/contas-vista-desaniversario-lrf-caminhos-austeridade-desigualdade>. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹³¹⁶ Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que se encontravam em situação fiscal complicada, aderiram ao programa por meio de Medidas Cautelares deferidas nas ACO 3.270 e ACO 2755, respectivamente. Havia, em ambas as Constituições Estaduais, travas quanto a processos de desestatização, e o momento político não permitia a revisão dos dispositivos. Enquanto a Constituição mineira, através do art. 14, § 17º, exigia referendo popular para autorizar processos de desestatização, a Constituição gaúcha, em seu art. 163, § 2º, § 3º, estabelecia que os serviços públicos essenciais não poderiam ser objeto de monopólio privado e a distribuição e canalização de gás era monopólio do Estado (ambas os parágrafos foram revogadas pela Emenda Constitucional nº 77, de 8 de maio de 2019). O Estado de Goiás também aderiu ao regime por meio de decisão judicial (ACO 3262).

¹³¹⁷ Os termos, no entanto, foram, de certa maneira, leoninos que o Estado do Rio de Janeiro, apesar da adesão formal, teve de propor uma ação judicial para permanecer no regime, em pleno período de pandemia, por duas razões principais: (i) o Plano de Recuperação Fiscal apresentado pelo Estado e aceito pela União previa implicitamente um período de anos para o acerto das finanças públicas, embora ao fim da primeira metade a União ter dado sinais claros de que não renovaria o regime; (ii) a exigência de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro (CEDAE) ocorreu em pleno pico pandêmico, sendo inviável a

conduzida pelo *federalismo político*, ou seja, o processo de negociação político assimétrico no âmbito federativo produziu, uma vez mais, os resultados previstos pelo modelo de Jonathan Rodden, criando incentivos à indisciplina financeira em nível local.¹³¹⁸ No caso brasileiro, a falta de cooperação federativa estimulou ainda mais a judicialização da política fiscal.

Nesse confuso *ambiente institucional* federativo, de inflação de normas, alta judicialização e pouca eficiência fiscal, recentemente foi publicada a Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2021, que estabeleceu o *Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal*.

Com a pretensão de equilibrar as finanças públicas dos entes subnacionais em dificuldades financeiras, e consertar falhas da LC nº 159, a nova modificação na LRF se baseia em alterações de alguns pontos da LC nº 159, especialmente na concessão de um prazo maior para se atingir a sustentabilidade fiscal subnacional. Além do imediato perdão das penalidades pelo descumprimento do teto estadual previsto pela LC nº 156, entre outras medidas de alívio fiscal, na prática segue a sistemática da lei anterior: trata-se de um novo refinanciamento, com algumas exigências de contrapartidas fiscais.

A trajetória de esperanças e desencantos em relação à condução macroeconômica brasileira afluiu formalmente no consenso democrático em relação ao aspecto intergeracional da legislação fiscal. As sucessivas legislações que sucederam e modificaram, tanto a Constituição Financeira, quanto a Lei de Responsabilidade Fiscal, porém, apesar da previsão abstrata aqui e acolá de princípios referentes à sustentabilidade e a boa intenção de instituir normas que buscam um período temporal de estabilidade razoável, na prática, concretizaram normas que vão de encontro ao objetivo pretendido.

O federalismo fiscal brasileiro não pode viver de favores legislativos episódicos e cíclicos. A elevação constitucional da sustentabilidade intergeracional e uma proposta de revisão crítica do pacto federativo se tornaram críticas, tanto quanto o fora nas vésperas do

realização de leilão naquele momento. Em primeiro lugar, o Tribunal de Contas da União, provocado pelo Ministério Público de Contas, através da Representação nº 029.151/2020-1, em decisão da lavra do Ministro Bruno Dantas, concedeu liminar para que o Estado permanecesse no regime, até manifestação formal da União. Logo após, o Estado do Rio de Janeiro propôs a ACO nº 3.457/RJ para garantir a sua manutenção no RRF. Em decisão proferida em 24.12.2020, o Ministro Luiz Fux concedeu tutela provisória de urgência “para determinar à União que mantenha o Estado do Rio de Janeiro no Regime de Recuperação Fiscal, nos termos do que inicialmente já determinado pelo Tribunal de Contas da União, assegurados todos os direitos e obrigações a ele inerentes.”

¹³¹⁸ Cf. *Hamilton's paradox*. The promise and peril of fiscal federalism cit., p. 97. Iremos aprofundar este tema na seção 5.4.1, *infra*.

advento da LRF. A previsão conjuntural pontual só conseguia afastar o federalismo fiscal da promoção dos direitos fundamentais e da sustentabilidade fiscal intergeracional, através da continuação da política de *bailout*. O cenário se mostrava novamente propício para uma evolução estrutural.

5.2.2.5 *Sustentabilidade e direito financeiro da crise como conceitos complementares*

A tragédia que a atualidade pandêmica trouxe para o mundo é irreparável do ponto de vista humanitário. A situação é típica do estado de necessidade, em que a sobrevivência das gerações futuras depende de ações presentes extremas.

No campo econômico, a falta da previsão constitucional do *direito financeiro da crise*¹³¹⁹ tornou a resposta à pandemia lenta e pouco eficiente. O *arranjo institucional*, sem um caminho próprio traçado pelo *ambiente constitucional*, além do papel de executor de medidas urgentes, assumiu o processo de elaboração de estratégias.¹³²⁰ Houve, por óbvio, uma sobreposição de poder entre entes, Poderes e instituições. A descoordenação e, por via de consequência, a competição institucional agravaram ainda mais as consequências dramáticas da crise.¹³²¹

¹³¹⁹ Sobre o estado de emergência fiscal, inaugurado pós-pandemia, Fernando Facury Scaff e Luma Scaff concluem, com razão, que o “ideário republicano do Estado Democrático de Direito encontra na excepcionalidade a regra diante da crise pandêmica que ora enfrenta” (O estado de emergência e a Emenda Constitucional 106/2020. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas* cit., p. 228). Para um aprofundamento da visão do direito financeiro no estado econômico de emergência, ver: SILVEIRA, Francisco Alves Secaf. *O estado de emergência e as transformações do direito financeiro brasileiro*. São Paulo: D’Plácido, 2019.

¹³²⁰ Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau descrevem como “situações nas quais os poderes constituídos sejam incapazes de agir, seja porque eles são materialmente impedidos por essas circunstâncias, seja simplesmente porque a lentidão dos processos, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais ou a divisão de competência os impedem.” In. *Direito Constitucional* cit., p. 149.

¹³²¹ Na pandemia de COVID-19, a alocação dos recursos e os problemas de descoordenação federativa entre os entes geraram uma reação aquém do desejável na realidade social. Este problema chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 6341. Proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, a referida ação direta de inconstitucionalidade atacou dispositivos da Medida Provisória nº 96/2020, por meio da qual a União estabeleceu procedimentos de combate à pandemia. A medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, e posteriormente confirmada pelo Plenário, reafirmou o entendimento do STF no sentido de que a medida não afasta a competência concorrente e a autonomia dos Entes subnacionais (DJe de 17/07/2020). Da mesma forma, no julgamento do ADPF 672/DF, proposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministro Relator Alexandre de Moraes reafirmou a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Município para estabelecer medidas normativas e administrativas de combate à pandemia (DJe 29/10/2020). Nas reclamações Rcl 39.790/ES, Rcl 39.884/MT Rcl 39.887 e Rcl 40.035/SP e na Suspensão de

No campo fiscal, todas as esferas de Poder tiveram de ser acionadas para excepcionalizar regras fiscais: mudança constitucional, mudança legal, jurisprudência da crise e atos executivos regulamentares. Regras fiscais rígidas foram flexibilizadas às pressas, por decisões judiciais, por legislação complementar e ordinária e, até mesmo, por Emenda Constitucional. Os gestores estavam temerários diante do dilema entre cumprir o *compliance* da sobrecarga de *accountability (accountability overload)*,¹³²² ou atender às demandas sociais.

As medidas próprias que o *ambiente institucional* previa para caso extremos foram tomadas. Em linha com as proporções da conjuntura pandêmica, o Congresso Nacional, aprovou a Lei nº 13.979, de 6 de dezembro de 2020, que, por iniciativa do Poder Executivo (Projeto de Lei nº 23/20), reconheceu a situação de emergência de saúde pública internacional, decorrente do Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), e estabeleceu as primeiras medidas de enfrentamento, em linha com os parâmetros mundiais estabelecidos pelo Regulamento Sanitário Internacional da Organização Mundial de Saúde.¹³²³

Ato contínuo, o Congresso Nacional reconheceu o *estado de calamidade pública*, através do Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, para fins de implantação do regime extraordinário fiscal, nos termos do art. 65 da LRF. Desta forma, foram encaminhadas a dispensa dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019 (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e a reversão da limitação de empenho de que trata o art. 9º da LRF.

segurança SS 5.369, porém, houve tendência diversa da Corte, prestigiando a compatibilidade das normas municipais com as consequentes normas estaduais.

¹³²² Marianna Montebello Willeman, com base em Thomas Shillemans, aponta que os efeitos adversos da sobrecarga de *accountability* “ocorre quando os arranjos institucionais visando ao exercício das atividades de controle e supervisão tornam-se disfuncionais e acabam desencorajando inovações. Trata-se de perspectiva analítica que se encontra na pauta dos debates travados pela literatura especializada, que tem se dedicado a investigar estratégias que reduzam os atributos defensivos e a linha adversarial da *accountability* para privilegiar rumos colaborativos e dialógicos” (*Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil* cit., p. 33-34). Sobre os excessos da atuação de controle no Brasil, em especial, sobre os excessos da atuação dos Tribunais de Contas, ver o nosso: “Regulação não cooperativa: o modelo regulatório administrativo em ambiente de crise federativa”. In: *Federalismo (s)em juízo*. Fernando Facury Scaff; Heleno Taveira Torres; Misabel de Abreu Machado Derzi; Onofre Alves Batista Júnior (Coords.) cit., p. 69-79

¹³²³ Na Exposição de Motivos, encaminhada pelo então Ministro de Estado de Saúde, Luiz Henrique Mandetta, havia referência expressa ao fato de o Brasil ser país signatário das novas diretrizes elaboradas pela Assembleia Geral da OMS, por meio do Decreto Legislativo nº 395/2009, regulamentado pelo Decreto 10.210, de 30 de janeiro de 2020. In: BRASIL. Exposição de Motivos nº 9, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01otr0yysvu8v81dtujmrlodia09003824.node0?codteor=1853941&filename=PL+23/2020. Acesso em: 10 dez. 2020.

Não havia mais instrumentos fiscais que o *ambiente institucional* pudesse oferecer, diante inclusive da recente EC nº 95/16. O quadro pandêmico, no entanto, só piorava.

Sem solução possível para legitimar gastos extraordinários, o Chefe do Poder Executivo Federal teve de ajuizar ação direta de constitucionalidade, ressaltando o caráter excepcional do cenário fiscal. A ACO nº 6357-DF, através da técnica da interpretação conforme a Constituição, provocou o Supremo Tribunal Federal a afastar *episodicamente e temporariamente* exigências da LRF e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, notadamente os arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF e os arts. 114, *caput* e § 14 da LDO de 2020, que impediam a realização de gastos extraordinários para enfrentamento da pandemia, destacando que nenhum do regimes constitucionais emergência “tratam especificamente sobre a possibilidade de alteração das regras fiscais, visando conferir maior flexibilidade à execução orçamentária.”¹³²⁴ O Ministro Relator, Alexandre de Moraes, deferiu medida cautelar, reconhecendo a excepcionalidade da conjuntura fiscal pandêmica.¹³²⁵

Os Estados e Municípios, por sua vez, diante do agravamento da crise e do iminente colapso do sistema de saúde, tanto público, quanto privado, viram-se obrigados a tomar medidas duras, como protocolos de isolamento de pessoas (*lockdown*). O governo federal então editou a Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020, alterando dispositivos da Lei nº 13.898/19, notadamente o art. 3º, que conferia ao Poder Executivo federal a competência para adotar medidas extremas, como o isolamento, a quarente e a restrição excepcional e temporária de locomoção interestadual e intermunicipal.

Começava, assim, um jogo federativo de característica competitiva e singularmente cruel. Através da ADI 6341, o Ministro Marco Aurélio deferiu em parte a medida cautelar para reconhecer, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo”, que a MP 926 não retirava a competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de forma que a

¹³²⁴ Trecho da petição inicial apresentada pelo Presidente da República nos autos da ADI 6357-DF, p. 2, Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/03/AGU-STF.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹³²⁵ “O excepcional afastamento da incidência dos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, *caput*, *in fine*, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconseqüência, desaviso ou improviso nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção.” In. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Ministro Relator Alexandre de Moraes). Medida Cautelar na ADI 6357-DF, 30 de mar. 2020, pp.10-11.

nova redação do art. 3º da Lei nº 13.898/19 “não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.”¹³²⁶

Naquele momento, era mais do que uma decisão judicial. Era um verdadeiro clamor pela cooperação no federalismo brasileiro, diante de uma tragédia humanitária que só se agravava e de uma descoordenação desconcertante entre os entes do federalismo brasileiro.

Lamentavelmente, não foi suficiente. O grave cenário sanitário, humanitário e fiscal impunha medidas mais drásticas do que aquelas usualmente previstas pelo *ambiente institucional* constitucional e infraconstitucional e o *ambiente institucional* não encontrava a racionalidade cooperativa necessária para enfrentar momentos de crise. Foi necessário, portanto, nas palavras do Ministro Bruno Dantas e de Frederico Dias, adotar uma “solução de adaptação do arcabouço institucional para o combate à pandemia.”¹³²⁷

Ao lado de cerca de 40 medidas provisórias em período inferior a um ano,¹³²⁸ a Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020, instituiu o “regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”. A chamada “PEC da guerra” dispensou o Poder Executivo da observância das restrições legais quanto à criação, à expansão de despesa e regras compensatórias de renúncia de receita. Entretanto, tomou o cuidado de ressaltar o caráter temporário da medida, de forma que a permissão condicionava ao fato de que não gerem despesas de caráter permanente e sejam direcionadas exclusivamente para o combate das consequências econômicas e sociais decorrentes da calamidade.¹³²⁹ Excepcionalizou, ainda, a chamada “regra de ouro” do art. 167,

¹³²⁶ Cf. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Ministro Relator, Marco Aurélio Mello). Medida Cautelar na ADI 6341-DF, 24 mar. 2020. p. 5.

¹³²⁷ Cf. DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico Carvalho. Orçamento de guerra como solução de adaptação do arcabouço institucional para o combate à pandemia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas* p. 163.

¹³²⁸ Cf. SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro Macêdo. O estado de emergência e a Emenda Constitucional 106/2020 cit., p. 217-218).

¹³²⁹ “Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020).

inciso III, porém, mais uma vez, com a previsão de controle rigoroso e mensal e somente no período da calamidade público nacional.¹³³⁰

Já a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, na esteira do federalismo fiscal cooperativo, mas mais uma vez na realidade do *bailout*, estabeleceu o “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”, com alterações pontuais na LRF. Em linha gerais, adotou mecanismos de *standstill* (suspensão de dívida) para Estados e Municípios em relação às dívidas perante a União Federal ou garantidas por ela. Por outro lado, estabeleceu repasses financeiros vultosos (em torno de 2,83% do PIB¹³³¹) para os entes, desconsiderando regras e limites para operações de crédito, em face obviamente da gravidade da situação.

Na falta de um *direito financeiro da crise*, que impusesse racionalidade cooperativa e garantisse o atendimento de demandas emergenciais do *estado de exceção*,¹³³² mas com a certeza da excepcionalidade das medidas de olho no *equilíbrio estável de permanência* do sistema e na sustentabilidade futura, o *arranjo institucional* teve de buscar soluções, quase sempre competitivas, diante das exigências pandêmicas.

O *ambiente constitucional* não oferecia instrumentos para uma atuação coordenada e cooperativa, própria do “federalismo de equilíbrio” que se acentua em momentos de exceção,¹³³³ como garantia do *equilíbrio estável de permanência* do sistema constitucional.

Em 16 de março de 2021, no auge da pandemia, quando os números diários de óbitos por Covid-19 atingiram patamares alarmantes,¹³³⁴ a promulgação da Emenda Constitucional nº

¹³³⁰ Nesse sentido, dispõe o art. 4º e o seu parágrafo único, nos seguintes termos: “Será dispensada, durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, a observância do inciso III do *caput* do art. 167 da Constituição Federal. Parágrafo único. O Ministério da Economia publicará, a cada 30 (trinta) dias, relatório com os valores e o custo das operações de crédito realizadas no período de vigência do estado de calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 106 cit.).

¹³³¹ Considerando valores até o segundo trimestre de 2020. Fonte: IBGE.

¹³³² Para o aprofundamento do estado de exceção na crise pandêmica atual no Brasil, ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil. Valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional* cit., p. 201-204.

¹³³³ Cf. HORTA, Raul Machado. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico*. Belo Horizonte, ano 3, nº 5, p. 33, mar./ago. 2014. Na mesma linha, afirma Gilberto Bercovici que “o real problema da descentralização ocorrida pós-1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, a falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo nela previsto” (BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 72).

¹³³⁴ Segundo dados do Boletim do Observatório Covid-19 Fiocruz, no mês de março de 2021 “são 24 estados e o Distrito Federal, entre as 27 unidades federativas, com taxas iguais ou superiores a 80%, sendo 15 com taxas iguais ou superiores a 90%. Em relação às capitais, 25 das 27 estão com taxas de ocupação de leitos de UTI Covid-19 para adultos iguais ou superiores a 80%, sendo 19 delas superiores a 90%. A situação é

109 foi além de uma mera extensão da validade da EC nº 106/2020.¹³³⁵ O Texto Constitucional, e o subsistema financeiro em especial, sofreram alterações estruturais, como contrapartida fiscal à extensão do auxílio emergencial que havia sido deferido ao longo do ano de 2020.

A constitucionalização da obrigatoriedade de avaliação qualitativa de políticas públicas, por exemplo, foi uma inclusão de cunho estrutural introduzida no § 16 do art. 37 da Constituição, de certa forma, como uma explicitação da própria eficiência prevista no *caput*, e, em especial, da eficiência alocativa, da eficiência operacional e da economicidade. O próprio ciclo financeiro orçamentário, especialmente o Plano Plurianual, já traz elementos objetivos para monitoramento das políticas públicas temáticas, através da obrigatoriedade da entrega do Relatório Anual de Avaliação do PPA, que deve ser encaminhado ao Congresso Nacional até o dia 31 de maio de cada ano.

Além disso, ao lado do controle externo, notadamente os Tribunais de Conta, a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público, o controle interno atualmente está dividido entre órgãos e comitês temáticos da administração pública direta.¹³³⁶ Apesar de a iniciativa de constitucionalizar a matéria ter alguma relevância, não parece que haja grande novidade ou efetividade imediata da medida.

As mudanças no art. 163 e a inclusão do art. 164-A, por outro lado, são significativas. Finalmente, houve a consagração *expressa* da *sustentabilidade fiscal*, como ponto central do sistema constitucional financeiro intrageracional e intergeracional. A medida, de clara

absolutamente crítica” (PORTAL FIOCRUZ. *Boletim Extraordinário do Observatório Covid-19 Fiocruz*. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021).

¹³³⁵ A EC nº 109 foi resultado de três Propostas de Emenda Constitucional, elaboradas pelo Ministério da Economia em 2019, com o intuito de realizar uma ampla reforma fiscal. Com o tripé dos três “D”, ou seja, desobrigar, desvincular e desindexar, foram elaboradas a PEC nº 186 (“PEC do Pacto Federativo”), a PEC nº 187 (“PEC Emergencial”) e a PEC nº 188 (“PEC dos Fundos”). Com a piora no quadro pandêmico em 2021 e a conseqüente necessidade de reestabelecer o auxílio emergencial, a PEC nº 186, bastante modificada, acabou se tornando a base da EC nº 109, fruto de um acordo político entre Poder Executivo e Poder Legislativo, em meio à tragédia pandêmica.

¹³³⁶ O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, com as alterações do Decreto nº 9.901, de 8 de julho de 2019, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, instituiu o Comitê Interministerial de Governança (CIG), com a finalidade de assessorar o Chefe do Poder Executivo na condução da política de governança da administração pública federal. Além da liderança e da influência estratégica do CIG, outros comitês específicos foram criados, com destaque para o Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais (CMAP) instituído pela Portaria Interministerial nº 102, de 7 de abril de 2016, com a finalidade de aperfeiçoar, aprimorar, analisar a eficiência e a eficácia e mapear os riscos das políticas públicas e sua adequação ao PPA e o Comitê de Monitoramento e Avaliação dos Subsídios da União (CMAS), instituído pelo Decreto nº 9.588, de 27 de dezembro de 2018, com as alterações do Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019, com a finalidade específica de avaliar e monitorar as políticas públicas financiadas direta ou indiretamente pela União Federal.

pretensão estrutural, no entanto, falhou ao delegar totalmente para a regulamentação complementar todos os contornos conceituais do que vem a ser o dever de condução da política fiscal “de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis”.¹³³⁷

O inciso VIII do art. 163 procurou fixar alguns parâmetros objetivos para a sustentabilidade da dívida pública. Ao delegar os parâmetros objetivos para controle da sua trajetória, e eventuais medidas e de ajuste, suspensões e vedações, além de planejamento de alienação de ativos para controle do seu estoque, para a lei complementar, porém, perdeu uma boa oportunidade de fixar balizas mais perenes em sede constitucional. A regulamentação conceitual por lei complementar para a sustentabilidade da dívida pública, por exemplo, já encontra parâmetros nos limites impostos pelo art. 48, inciso XIV e pelo art. 52, inciso VI, da Constituição, sem que até hoje tenham sido fixados pela legislação infraconstitucional.¹³³⁸

A alínea “e”, por exemplo, tentou detalhar em sede constitucional a alienação de ativos como imposição constitucional de governança pública. Justamente no ponto de maior sistematização do conceito, no entanto, mostra-se fadada ao insucesso, por duas razões. A ideologia eleita pelo ciclo democrático, ora apresenta tendências de um estado mínimo, ora apresenta vocação para a concentração de atividades no Estado. Neste ponto, portanto, a norma constitucional ultrapassou a barreira da convivência civilizada entre política e Constituição, constitucionalizando matéria que deveria ser dedicada à política fiscal.

Em outras palavras, o ponto que deveria ter tido uma regulamentação constitucional que gerasse maior segurança, ficou dependente da legislação infraconstitucional. Não é improvável que ela, ou nunca seja editada, ou seja editada de forma fluida o suficiente para permitir ingerências políticas.¹³³⁹ A racionalização primária do sistema político sobre a

¹³³⁷ “Art. 164-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis, na forma da lei complementar referida no inciso VIII do *caput* do art. 163 desta Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2021).

¹³³⁸ No mesmo sentido, ver: PINTO, Élica Graziane. Museu de grandes novidades da PEC Emergencial. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/contas-vista-museu-grandes-novidades-pec-emergencial#:~:text=A%20expectativa%20do%20presidente%20da,feira%20\(10%20F3\)](https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/contas-vista-museu-grandes-novidades-pec-emergencial#:~:text=A%20expectativa%20do%20presidente%20da,feira%20(10%20F3)). Acesso em: 17 abr. 2021.

¹³³⁹ Marcos Mendes segue a mesma opinião, comparando a evolução fiscal pós-crise de 2014: “O modelo é interessante e pode vir a constituir importante evolução institucional. Contudo, é preciso ter em mente que todos os seus parâmetros estarão fixados em lei complementar. A experiência recente, que mostrou a gradual erosão da LRF (uma lei complementar) por meio de alterações legislativas, indica que uma regra fiscal forte precisa ter seus parâmetros quantitativos fixados na própria constituição” (MENDES, Marcos José. *Emenda Constitucional 109 (PEC Emergencial): a fragilidade e a incerteza fiscal permanecem*. p. 17. Disponível em:

metodologia jurídica, ou seja, o paradoxo mencionado por José Maria Arruda de Andrade, de que a ciência jurídica precisa lidar com o fato de a norma, seu principal objeto de estudo, é criada pela política, nesse caso, apresenta-se de maneira explícita no texto da alteração constitucional.¹³⁴⁰

Ainda que sem a profundidade conceitual necessária, há ao menos uma clara mensagem de que a *sustentabilidade* passa a ser um objetivo estrutural da Constituição Financeira. Considerando que o teto de gastos – apesar de todas as contradições que acarreta – é provisório, e que a LRF foi desidratada principalmente após a crise de 2014, é uma forma de se estabelecer uma nova mudança estrutural fiscal com bases em parâmetros de sustentabilidade. Isso, pelo menos, é positivo.

Nada disso, porém, é relevante para os efeitos imediatos da pandemia. Nesse campo, um contrassenso e duas grandes alterações se destacam. O contrassenso diz respeito à ausência de redução imediata de despesas não essenciais para lidar com o agravamento da pandemia e os novos custos sociais inerentes, comprometendo a sustentabilidade fiscal prevista na própria emenda.¹³⁴¹

Em tempos extremos, os esforços sociais, humanitários e, por via de consequência, financeiros, devem ser imediatos. Manter gastos não essenciais, no entanto, prejudica o próprio atendimento das necessidades prementes, sem contar com os prejuízos que serão impostos a gerações futuras. Tremmel chama esse tipo de situação de *justiça social*, considerada por ele como uma contraparte normativa do pilar social, em sentido amplo temporal, ou seja, tanto entre gerações presentes quanto em relação a gerações futuras.¹³⁴² Nesse ponto, a Emenda Constitucional falha duplamente.

https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial_Marcos-Mende_mar2021.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021).

¹³⁴⁰ Cf. *Interpretação da norma tributária* cit., p. 161-166.

¹³⁴¹ Como afirma Marcos Mendes, houve a previsão de uma *sustentabilidade fiscal pela metade*: “Se há mesmo sensibilidade social na definição das políticas públicas, essa sensibilidade deve ser suficientemente grande para superar resistências corporativas, suspender gastos não prioritários em momento de crise humanitária e, sobretudo, forjar uma ação cooperativa dos três níveis de governo e entre os três poderes. Sensibilidade social pela metade, que aumenta o gasto criando o auxílio, mas não evita os seus efeitos colaterais negativos sobre os mais pobres, no curto, médio e longo prazo, não é sensibilidade social, é simplesmente populismo. Trata-se de fazer o bem de forma bastante visível, para angariar votos, e esconder os custos, que serão repassados para toda a sociedade de forma difusa” (O financiamento do auxílio emergencial: medidas excepcionais para tempos excepcionais. p. 3-4. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/02/Financiamento-aux%C3%ADlio-emergencial_Marcos-Mendes_fevereiro-de-2021.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021).

¹³⁴² Cf. *A theory of intergenerational justice* cit., p. 8. Ver seção 5.2.2.4, *infra*.

Por outro lado, a grande alteração da EC nº 109 reside nas modificações feitas no art. 167 da Constituição, com a introdução, em âmbito constitucional, de um esboço de *direito financeiro da crise*. A este respeito, a nova previsão constitucional se subdivide em duas grandes vertentes.

Em primeiro lugar, o art. 167-A previu o acionamento do *direito financeiro da crise* para a solução de dois subitens do conjunto denominado de *estado econômico de emergência*,¹³⁴³ isto é, a emergência fiscal e a sustentabilidade da dívida. O dispositivo modificou os critérios da Emenda Constitucional nº 95 para o acionamento do mecanismo automático de limitação das despesas obrigatórias e criou um novo gatilho de medição de capacidade de poupança, faticamente muito rigoroso:¹³⁴⁴ em um período de 12 meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes precisa ultrapassar o limite de 95%. Quando isso ocorrer um elenco de medidas bem mais vastas e bem mais drásticas, porém mais efetivas que a LRF, serão obrigatórias no âmbito federal e estarão à disposição, como uma faculdade,¹³⁴⁵ para os entes subnacionais, para os Poderes, para o Ministério Público, para o Tribunal de Contas e para a Defensoria Pública dos respectivos entes.

O segundo critério de acionamento do *direito financeiro da crise* seria o *estado de calamidade pública de âmbito nacional*, a ser decretado pelo Congresso Nacional,¹³⁴⁶ a partir de proposta do Poder Executivo. Com efeitos financeiros amplos, a EC nº 109 tornou permanentes alguns dispositivos da EC nº 106 e introduziu outros mecanismos, tentando criar uma situação de excepcionalidade fiscal conjuntural que procure respeitar os padrões estruturais do sistema constitucional financeiro.

¹³⁴³ Francisco Secaf Alves Silveira define o estado econômico de emergência como “uma situação de ameaça ao *telos* do sistema jurídico-constitucional, relacionada com três aspectos [...]: uma emergência econômica, em processo de consolidação, e com efeito sobre a separação e a divisão de poderes e sobre as garantias e direitos individuais e coletivos (inclusive sociais)” (*O estado econômico de emergência* cit., p. 72).

¹³⁴⁴ Para se ter uma ideia, o Estado do Rio de Janeiro que atravessa uma situação fiscal crítica, no mês de março de 2021 apresentava uma relação receita/despesa de 94%. Cf. *Relatório Resumido de Execução Orçamentária*. Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/contabilidade/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afLoop=56217265849813908&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC188584&_adf.ctrl-state=ifyf3q1vp_9. Acesso em: 8 abr. 2021. Marcos Mendes fazendo o mesmo exercício em relação à União Federal, chega à conclusão de que “o percentual de 95% torna o acionamento dos gatilhos tardio ou inócuo” (MENDES, Marcos José. *Emenda Constitucional 109 (PEC Emergencial): a fragilidade e a incerteza fiscal* permanecem cit., p. 11).

¹³⁴⁵ Apesar de ser abstratamente uma faculdade, na prática é uma imposição. Sem a adoção das medidas, o ente estará impedido de obter garantia da União e realizar financiamentos, de forma que a volta à condição de normalidade será muito improvável.

¹³⁴⁶ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XVIII – decretar o estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G desta Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.).

O *regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratação* passa a valer “somente naquilo em que a urgência for necessária” e durante o seu período de duração.¹³⁴⁷ Em termos conceituais, a ideia, ainda que tardia, é extremamente bem-vinda, principalmente no contexto de agravamento da pandemia de Covid-19.

Em termos práticos, as alterações introduzidas no art. 167 da Constituição precisam provar a sua efetividade, diante de uma conjuntura econômica extrema, principalmente pela falta de previsão da mesma excepcionalidade para os entes subnacionais, onde reside as maiores necessidades materiais da população.

E mais do que isso: precisam provar que a sua adoção como ponto de referência sistêmico dos atos-unidades contracionistas não anula por completo os direitos fundamentais sociais do tempo presente e do tempo futuro. Em outras palavras, precisam provar que a utilização do *direito financeiro da crise* previsto no *ambiente institucional* é o meio hábil para garantir a sustentabilidade financeira, com ordens impositivas que sejam capazes de influenciar o *arranjo institucional* a buscar o restabelecimento da capacidade financeira do Estado, com o mínimo de retração à eficácia social de direitos presentes e direitos futuros.

A *relação cruzada*, na feliz expressão de Roberto Gargarella, entre o *direito financeiro da crise do ambiente institucional* e a manutenção do *equilíbrio estável de permanência* do rol de direitos fundamentais pelo *arranjo institucional* deve visar a sustentabilidade sistêmica. Caso contrário, pender para um lado ou para o outro importará na mudança do sentido original da “casa de máquinas” da Constituição.¹³⁴⁸ O desequilíbrio leva à tensão interna entre normas direcionadas para modais intrageracionais e intergeracionais. O sistema constitucional entra em

¹³⁴⁷ “Art. 167-B. Durante a vigência de estado de calamidade pública de âmbito nacional, decretado pelo Congresso Nacional por iniciativa privativa do Presidente da República, a União deve adotar regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nos arts. 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G desta Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.).

¹³⁴⁸ Roberto Gargarella faz uma correlação entre o design institucional do constitucionalismo e os direitos fundamentais, comparando Constituições produzidas especialmente na América Latina. Enquanto a primeira parte, ou seja o desenho institucional, a organização do poder, ou, em sua feliz metáfora, a “casa de máquinas” da Constituição era imposta por grupos conservadores, os radicais controlavam as declarações de direitos, desequilibrando os textos constitucionais ao longo da sua existência. Nas suas palavras: To state it briefly: legal reformers left the ‘engine room’ of the Constitution under the custody of the old liberal-conservative alliance, while they delegated the section of rights to the control of some of the existing radical groups. As a result of that distribution of tasks, the region began to produce constitutions that radicalized their internal tensions (typically, one part of the document seemed to be designed so as to work against the other)” (GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution* cit., p. 199).

conflito real e a concentração de poderes se sobressai,¹³⁴⁹ desconsiderando os pontos de referência sistêmicos de equilíbrio dinâmico.¹³⁵⁰ A dinâmica interna constitucional, portanto, caminha para uma trajetória artificial, afetando o binômio fiscal-social.¹³⁵¹

Em relação à pandemia de Covid-19, a EC nº 109 previu dois efeitos financeiros imediatos. No lado do gasto público, as despesas correntes no exercício de 2021, até o limite de R\$ 44 bilhões de reais, com o propósito exclusivo de conceder auxílio emergencial residual, ficam fora da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa (teto fiscal), da meta de resultado primário, e da observância da “regra ouro” do art. 167, inciso III.¹³⁵²

No lado do financiamento, uma das principais medidas de curto prazo recai sobre a possibilidade de desvinculação até 2023 do superávit financeiro dos fundos públicos do Poder Executivo, que poderá ser destinado para amortizar a dívida do respectivo ente, ou caso o ente não tenha dívida para amortizar, fica totalmente desvinculado.¹³⁵³ Na prática, a previsão para a União Federal, é de aporte de recursos na ordem de R\$ 260 bilhões de reais.¹³⁵⁴

A outra medida prevista para a União fazer frente aos gastos da pandemia depende de forte articulação política. O Presidente da República deverá encaminhar ao Congresso Nacional, em até 6 meses, um ousado plano de redução gradual de incentivos e benefícios de natureza tributária. A medida, prevista no art. 4º da EC nº 109,¹³⁵⁵ embora importante no universo brasileiro de gastos tributários sem controle qualitativo e em grandes proporções, vai

¹³⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution* cit., p. 172.

¹³⁵⁰ Ver seção 4.3.2.2, *supra*.

¹³⁵¹ Ver seção 3.3.4, *supra*.

¹³⁵² “Art. 167. São vedados: [...] III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.).

¹³⁵³ “Art. 5º Até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação desta Emenda Constitucional, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício, poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente. § 1º Se o ente não tiver dívida pública a amortizar, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo será de livre aplicação” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021).

¹³⁵⁴ Cf. OLIVEIRA, Ribamar. Com PEC, fundos têm R\$ 260 bi para abater dívida. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/17/com-pec-fundos-tem-r-260-bi-para-abater-divida.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹³⁵⁵ “Art. 4º O Presidente da República deve encaminhar ao Congresso Nacional, em até 6 (seis) meses após a promulgação desta Emenda Constitucional, plano de redução gradual de incentivos e benefícios federais de natureza tributária, acompanhado das correspondentes proposições legislativas e das estimativas dos respectivos impactos orçamentários e financeiros” (BRASIL. Emenda Constitucional nº 109 cit.).

de encontro às medidas internacionais de geração de empregos e combate aos efeitos econômicos da pandemia.¹³⁵⁶ A estratégia correta nesta linha seria cortar o que não gera resultado para poder focar recursos em pontos que irão trazer resultados macroeconômicos importantes.

Outro ponto importante, foi a alteração introduzida pelo art. 2º no art. 101 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017. Com estas alterações, a União Federal se desobriga a emprestar recursos para a quitação de precatórios judiciais por Estados e Município, cujo valor estimado girava em torno de R\$ 138 bilhões,¹³⁵⁷ em empréstimos com alta possibilidade de *default*. Em contrapartida, os entes subnacionais ganharam cinco anos para quitar os referidos débitos. O relevante alívio fiscal para a União e para os demais entes ocorreu às custas dos credores de precatórios judiciais, modificando uma estrutura que havia sido introduzida por Emenda Constitucional e aumentando a insegurança jurídica e o custo de transação institucional brasileiro.¹³⁵⁸

Estes aspectos conjunturais da crise, embora de suma importância para o combate à pandemia, não são propriamente questões constitucionais. Há uma clara inversão de papéis. A Constituição Financeira que deveria ser uma diretriz estrutural do Estado transformou-se em um código conjuntural, abarcando, de um lado, regulamentações estranhas ao sistema constitucional e, de outro, conceitos indeterminados, cuja regulamentação deveria estar em sede normativa máxima.

O consenso democrático acerca da responsabilidade fiscal precisa prever mecanismos de exceção, como afirmação da sua própria força normativa. A envergadura sistemática que a

¹³⁵⁶ Nesse sentido, discorre o Secretário-Geral da OCDE: “The coronavirus pandemic is causing large-scale loss of life and severe human suffering. It is a public health crisis without precedent in living memory, which is testing our collective capacity to respond. The pandemic brings with it the third and greatest economic, financial and social shock of the 21st Century, after 9/11 and the Global Financial Crisis of 2008. [...] Stringent measures being applied, albeit essential to contain the virus, are thrusting our economies into an unprecedented “deep freeze” state, from which emergence will not be straightforward or automatic” (GURRÍA, Angel. *Secretary General Angel Gurría’s statement for the G20 Videoconference Summit on Covid-19, 2020*. Paris: OECD, 2020. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=126_126445-5ofyod1xpv&title=SecretaryGeneralAngelGurríaStatementforthe20_VideoconferenceSummitonCOVID19. Acesso em: 20 mar. 2021).

¹³⁵⁷ Segundo dados do CNJ. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=24bb0aae-4341-48e7-b3b5-3606607894c4&sheet=60a7540d-d58d-43af-a15e-fa179c7a5233&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 5 abr. 2021.

¹³⁵⁸ Outro exemplo, na mesma EC nº 109, encontra-se em relação à compensação do ICMS dos Estados exportadores. Revogou-se a possibilidade de transferência prevista no art. 2º da EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003, e endossou-se o acordo firmado na ADO 25. A questão já havia sido objeto da Lei nº 14.114/20. A previsão em Emenda Constitucional de assunto que remete à histórica questão de recomposição de perdas da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, como forma de ressaltar acordo formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta em face de EC de 2003, e objeto de lei em 2020, expõe os graves defeitos de confiança entre os entes da federação.

Constituição Financeira ganhou no início deste século, com uma sequência de regulamentações infraconstitucionais que ressaltaram as nuances de um direito financeiro substantivo e protagonista, precisa ter instrumentos que garanta o equilíbrio estável de permanência em momentos em que as circunstâncias econômicas sejam adversas, como forma de evitar rupturas sistêmicas. Esperava-se, porém, um caráter eminentemente estrutural na previsão do *direito financeiro da crise*, e não uma mera conjunção de normas de baixa densidade e conceitos conjunturais episódicos.

Por outro lado, o sistema constitucional de 1988, gradualmente, vem promovendo a substituição do *equilíbrio orçamentário*, formal e linear, pelo *equilíbrio financeiro*, responsável, planejado e transparente. Possibilitou, ainda, que o *equilíbrio financeiro*, limitado a um exercício, fosse suplementado pela *estabilidade fiscal*, com uma dilação temporal maior. Nesta sequência evolutiva, a envergadura da Constituição Financeira reivindica a *sustentabilidade financeira* como pressuposto de justiça *intergeracional*.

O caminho para a eficácia social da *sustentabilidade*, porém, ainda é longo. A justiça intergeracional é um processo que começa pela justiça intrageracional. As finanças públicas no Brasil precisam superar os limites cronológicos legislativos, os ciclos político-eleitorais, as falhas democráticas na atuação do Poder Judiciário¹³⁵⁹ e, até mesmo, a sobrecarga de *accountability* para atingir o desenvolvimento sustentável, enquanto processo estrutural e promovido por instituições em equilíbrio cooperativo.

A este propósito, se alinha o DCFE, ao elevar a *sustentabilidade* como pressuposto teórico fundamental.

5.2.3 Terceiro pressuposto. Diálogos interinstitucionais: contornos de uma revisão neoinstitucionalista, contextualista e responsável do lock-in em path dependence da separação de poderes

O momento atual da doutrina da separação dos poderes, como visto ao longo do Capítulo 3, entra na discussão da organização política, ao lado dos grandes fracassos estruturais da democracia de negociação: o modelo globalizado do presidencialismo norte-americano, com

¹³⁵⁹ Nesse ponto, vale a observação de Francisco Secaf Alves Silveira: “Os processos de renegociação da dívida entre Estados/Municípios e União ganharam um novo ator, menos proeminente nas rodadas ocorridas durante os anos 90: o Supremo Tribunal Federal (STF)” (SECAF, Francisco. As renegociações da dívida entre União e Estados e a crise do federalismo fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (coord.). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 500-501).

o desequilíbrio do *judicial review*; o parlamentarismo de Westminster, com a tentativa de conter a “supremacia do Legislativo” por uma recente Corte Constitucional; e, especificamente, o presidencialismo de coalização brasileiro, com a Constituição dependendo cada vez mais da força das instituições do Estado Democrático de Direito, entre as competições de captura promovidas pela “minoría numerosa”, e as nuances cada vez mais explícitas do fisiologismo partidário.

O constitucionalismo contemporâneo, portanto, enfrenta uma complexa rede de relações intersistêmicas, protagonizadas por um novo *arranjo institucional*, cujas bases ainda não foram suficientemente traduzidas pelo sistema político, quanto mais pelo sistema normativo constitucional. Há um conflito real ao regime democrático, em um uma época em que o modelo constitucional tem pretensões globais.

Os desafios prementes atribuídos à separação dos poderes, em verdade são desafios que vão além da própria doutrina. São desafios teóricos e práticos do constitucionalismo democrático, frente à polarização extremista de um mundo cada vez mais dependente de instituições que precisam se manter independentes, porém em grau de harmonia máxima.

O pessimismo que parte considerável da literatura hoje reserva ao futuro da doutrina da separação de poderes pode ser bem resumido na constatação de Eric A. Posner e Adrian Vermeule de que a separação dos poderes atravessa uma fase de “velhice debilitada, mas a democracia eleitoral está viva e goza de boa de saúde”.¹³⁶⁰ A releitura de Posner e Vermeule do *Momento Montesquieu*¹³⁶¹ demanda, porém, duas observações críticas.

A primeira é a constatação de que a doutrina se encontra em típica situação de *lock-in* em *path dependence*. A indagação de Jeremy Waldron, escrevendo sobre a base presidencialista norte-americana, demonstra a profunda contradição teórica atual: “[h]á também questões mais amplas na teoria política e jurídica, como a relação entre o bicameralismo e o *judicial review* (podem ser, de fato, substitutos uns dos outros?).¹³⁶² Da mesma forma, a dúvida de Lawrence

¹³⁶⁰ “Separation of powers may be suffering through an enfeebled old age, but electoral democracy is alive and well” (*The executive unbound. After the Madisonian republic*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2010. p. 208).

¹³⁶¹ Ver seção 3.4.1, *supra*.

¹³⁶² “There are also broader issues in political and legal theory such as the relation between bicameralism and judicial review (can they be, in effect, substitutes for one another?)” (*Political political theory: essays on institutions cit.*, p. 73).

P. Claus sobre a possibilidade de limitação da “supremacia do legislativo” no parlamentarismo britânico demonstra a insegurança típica do *lock-in* em *path dependence*.¹³⁶³

Essa conclusão é fundamental para delinear o *path dependence* do direito financeiro rumo à eficácia social plena.¹³⁶⁴ A interação entre as instituições de poder do Estado Democrático de Direito é premissa para a construção do DCFE.

A *segunda* denota que o problema da separação de poderes não reside na sua “doutrina pura”, como faz crer, por exemplo, a nova separação de poderes de Bruce Ackerman. O fato de que Poderes independentes e harmônicos devam promover o controle mútuo do exercício do poder estatal, no *framework* das funções constitucionais, ao qual se refere Jack Balkin,¹³⁶⁵ não vai de encontro ao ideal democrático. Pelo contrário, ainda é um dos fundamentos do pensamento político ocidental.¹³⁶⁶

No momento em que as diversas formas de tirania podem emergir da polarização global,¹³⁶⁷ com o nível crescente de partidarismos extremos, a preocupação de Platão, Aristóteles, Cícero, Marsílio de Paula, Harrington, Locke, Bolingbroke, Montesquieu, e Madison, em suma, de todos aqueles que formaram o *Momento Montesquieu*, faz-se presente e exige *responsabilidade* na revisão de um *benchmark* teórico canônico, em cujas instituições clássicas se desenvolve a *igualdade de condição*, ínsita ao Estado Democrático de Direito, que tanto encantara Tocqueville no início do século XIX.

O problema maior do modelo é o imobilismo teórico. A defesa de uma separação inercial entre instituições clássicas de poder, mesmo diante de diferentes arranjos institucionais, acaba por anular as aspirações naturais da própria doutrina pura. Ignorar as mutações próprias da realidade leva ao que Sanford Levinson identifica como uma traição da capacidade de reflexão e de escolha social sobre a interpretação evolutiva do *maxim* clássico.¹³⁶⁸

¹³⁶³ “As British courts and executive departments now receive their powers from Parliament, British constitutional law presents a puzzle: Is there anything that Parliament cannot lawfully do?” (Separation of powers and parliamentary government. In: AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark (ed.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 49.

¹³⁶⁴ Ver seção 1.1, *supra*.

¹³⁶⁵ Ver seção 3.3.3, *supra*.

¹³⁶⁶ Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and separation of powers* cit., p. 2-3. No mesmo sentido, ver: WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions* cit., p. 57.

¹³⁶⁷ O próprio Bruce Ackerman reconhece que qualquer mudança exige *responsabilidade teórica* e estudos mais profundos: “Much more comparative study, and analytic work, is required before my scheme can become the basis for serious practical proposals” (*The new separation of powers* cit., p. 641).

¹³⁶⁸ Cf. LEVINSON, Sanford. *An argument open to all: reading the Federalist in the twenty-first century*. Yale University Press, 2015. p. 177.

As novas instituições de poder demandam novas interações e impõem novas formas de captura, diante de instituições clássicas de poder passivas, segregadas e imobilizadas, presas a uma estrutura de governo ultrapassada. A governança articulada, a qual se refere Jeremy Waldron, traz a doutrina pura para as exigências atuais. O exercício isolado e indiferente do poder entre as instituições clássicas se mostra ineficiente, diante dos inúmeros centros decisórios do Estado Administrativo. O controle se perde entre o que as funções de poder são e o que as funções de poder podem fazer para o controle recíproco. A teoria do governo articulado, mantendo a integridade de cada Poder, estimula a integração coordenada como forma de diminuir os impactos do exercício do poder decisório na população e nas instituições.¹³⁶⁹

Os desafios da formulação estrutural da doutrina pura, diante do desequilíbrio das variantes práticas, impõem uma releitura do *benchmark* teórico na conjuntura político-institucional contemporânea. O atual estágio do constitucionalismo, globalizado e reverente ao modelo do *judicial review* norte-americano, exige, por certo, um esforço conceitual maior do que a análise de um sistema de governo específico, dentro de uma realidade política episódica.

Nesse sentido, há de fato a necessidade de se estabelecer formas de articulação entre as instituições clássicas de poder, para que sirvam de parâmetro e controle para a nova realidade político-institucional. Há uma competição efetiva entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário entre si e entre e os novos centros de poder, acerca do protagonismo no novo arranjo institucional. Através de estratégias de captura e aumento da eficiência, as instituições de poder clássicas estão perdendo espaço político-institucional. As soluções que gravitam entre presidencialismo e parlamentarismo, como a de Bruce Ackerman, focam apenas nas competições entre os próprios Poderes.

M.J.C. Ville considera os problemas atuais da doutrina da separação de poderes mais graves do que aqueles enfrentados pelos constitucionalistas na época das revoluções liberais. O poder arbitrário hoje não vem na figura de um tirano. Vem através de construções institucionais sofisticadas que causam a degradação da doutrina da separação de poderes em um fenômeno dinâmico por ele denominado de *processo de erosão*.¹³⁷⁰

¹³⁶⁹ Cf. WLADRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? cit., p. 52.

¹³⁷⁰ “In some ways the modern problems of limiting government power are much more subtle and difficult than those of earlier centuries, when liberal constitutionalists took up the cause of freedom from the exercise of arbitrary power. Today, in the West at least, there are no absolute monarchs wielding an oppressive personal

A noção dinâmica de *processo* em vez da noção estática da *doutrina pura* da separação de poderes é a tônica da diferenciação entre a abordagem moderna da doutrina e a abordagem tradicional, segundo Martin Shapiro. As *funções de poder*, exercidas indistintamente por legisladores, burocratas e juízes como verdadeiras *agências políticas*, transformam o estudo do processo político decisório. A partir da constatação de que as relações entre as esferas de governo não são somente desejáveis, mas sobretudo necessárias, na complexa organização política moderna, Shapiro eleva o papel dos diálogos institucionais na nova configuração da doutrina da separação dos poderes.¹³⁷¹

Os diálogos entre o *arranjo institucional*, no sistema constitucional brasileiro, estão além das “articulações constitucionais” previstas pelo *ambiente institucional* constitucional. Importam em “relações constitucionais” que se caracterizam pela dinâmica própria das interações políticas, na distinção de Pablo Lucas Verdú.¹³⁷² Embora nos diálogos institucionais constitucionais sempre vai existir um conjunto de *articulações*, previstas e estáticas, e *relações*, dinâmicas e eminentemente políticas, o *arranjo institucional* deve encontrar no *ambiente constitucional* um ambiente propício para que o resultado de interações, sejam previstas no texto ou decorrentes do dinamismo político, encontrem sempre uma indução cooperativa.¹³⁷³

A *organização constitucional* que na visão de Roberto Gargarella transcende o texto constitucional escrito alcança as discussões políticas referentes à *estrutura básica* da sociedade e destaca o papel “as instituições mais importantes da sociedade, encarregadas tanto da distribuição de direitos e deveres fundamentais como de dividir as vantagens provenientes da cooperação social”.¹³⁷⁴ Em outras palavras, *articulações* estáticas e *relações* dinâmicas formam

power for their own aggrandizement. If there is a danger, it is rather from a process of erosion than from a direct assault upon liberty. [...] A protagonist of ‘constitutional government’ cannot simply adopt the attitude that such problems must remain unsolved in the cause of “liberty”; indeed the modern liberal constitutionalist is likely to be much embarrassed by the support of many who wish to use the banner of ‘constitutional liberty’ to restrain government action that conflicts with their own programmes, yet who are only too ready to use such governmental power, when they themselves control it, for their own ends. Yet the problem of the control of government remains” (*Constitutionalism and separation of powers* cit., p. 12).

¹³⁷¹ “As we have become aware that legislators, bureaucrats, and judges all perform functions traditionally assigned to one another, the notion of separation of powers has been replaced or modified by the notion of process [...]” (SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*. New York: Free Press of Glencoe, 1964. (e-book), p. 10-11).

¹³⁷² Cf. *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 55-58; p. 67-69.

¹³⁷³ Musgrave, em seus escritos mais recentes, vê o Estado como uma instituição essencialmente cooperativa: “The state as a cooperative undertaking derives its authority from its individual members, who are the ultimate agents. Nevertheless, the state in expediting that cooperation needs an institutional form, and it is in this qualified sense that the state “as such” may be said to exist” (The nature of the fiscal state: the roots of my thinking cit., p. 33).

¹³⁷⁴ Cf. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860) cit., p. 2.

diálogos entre os atores do novo *arranjo institucional da organização constitucional*, com vistas a promover as *vantagens da cooperação*.

Os diálogos interinstitucionais na teoria política da decisão interativa se propõem justamente a traduzir estas *vantagens cooperativas sociais*, às quais se refere Gargarella, como reforço necessário às instituições do Estado Democrático de Direito, em estímulo à cooperação e à redução dos conflitos competitivos. No atual *mal-estar constitucional*,¹³⁷⁵ se a independência entre os poderes carece de solidez, a harmonia carece de interação dialógica.

O tema, porém, demanda uma série de cuidados teóricos. As possíveis soluções permeiam um debate sobre a relação entre democracia, política e instituições, em época de profunda polarização na geopolítica global. Mais de 150 países estruturaram o seu sistema constitucional democrático sob as bases do *judicial review* norte-americano,¹³⁷⁶ no movimento denominado por Mark Tushnet de globalização descendente (*top down*) e ascendente (*bottom-up*) do direito constitucional.¹³⁷⁷ O modelo parlamentarista inglês desliza sobre o modelo do *judicial review*. O Estado Administrativo evoluiu e se tornou *Pluriclasse*¹³⁷⁸ e ainda mais forte como o Estado Regulador.¹³⁷⁹ A pulverização dos centros de poder deu origem ao fenômeno denominado por Martin Shapiro de *jurisprudência política*. Em busca da descrição do papel do *arranjo institucional* jurídico, Shapiro ultrapassa a descrição clássica da organização política e considera a distribuição de poder entre as diversas instituições decisórias e seus impactos concretos na sociedade.¹³⁸⁰

¹³⁷⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. *Lusíada Revista de Ciência e Cultura*, Lisboa, série I, nº 1, p. 57-65, 1991. A expressão ganhou ampla aceitação na academia brasileira, como visto, por exemplo, em: VILHENA, Oscar. *A batalhados poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 4; SARMENTO, Daniel. *Direitos, democracia e república* cit., p. 57.

¹³⁷⁶ “[...] the world has witnessed the rapid spread of constitutionalism and judicial review. Constitutional supremacy, a concept that has long been a major pillar of the American political order, is now shared, in one form or another, by over 150 countries and several supranational entities across the globe. Most of these countries can boast the recent adoption of a constitution or a constitutional revision that contains a bill of rights and enshrines some form of active judicial review” (HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2010. p. 2.

¹³⁷⁷ “[...] my argument is that the globalization of constitutional law is impelled by ‘top down’ and ‘bottom up’ forces that have reasonably deep roots in the political and economic system in which every nation within the scope of my argument is today located” (TUSHNET, Mark. *The inevitable globalization of Constitutional Law* cit., p. 3).

¹³⁷⁸ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *I Pubblici poteri negli stato pluriclasse* cit., p. 389-404. Ver seção 3.4.1.2, *supra*.

¹³⁷⁹ Expressão de Giandomenico Majone que se tornou uma descrição do Estado Administrativo e seus múltiplos centros decisórios. Cf. *The rise of the regulatory state in Europe. West European Politics*. v. 17, I. 3, 1994. p. 77-101.

¹³⁸⁰ “Political jurisprudence is in one sense an attempt to advance sociological jurisprudence by greater specialization. It seeks to overcome the rather nebulous and over general propositions of the earlier movement by concentrating on the specifically political aspects of law’s interaction with society and describing the

A construção teórica de Shapiro é extremamente pertinente nos tempos atuais. Os Estados Unidos enfrentaram um turbulento processo de sucessão presidencial, pautado por posições extremistas, antidemocráticas e violentas. Os riscos profundos à continuidade democrática vêm sendo combatidos justamente pela histórica tradição de solidez institucional. O apogeu simbólico da luta das instituições pela sobrevivência democrática norte-americana ocorreu no dia 06 de janeiro de 2021. A invasão do Capitólio materializou a lamentável estética do fundamentalismo extremo de um país polarizado, que não admite ceder espaço para a sucessão de poder típica da democracia e flerta com a lógica totalitária.

O cenário brasileiro, lamentavelmente, não é diferente. O país vive em constante aflição democrática, com ataques frequentes aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹³⁸¹ O hiperpresidencialismo, identificado por Roberto Gargarella e Carlos Nino Santiago no movimento constitucionalista brasileiro do final da década de 1980,¹³⁸² em resposta aos retrocessos do constitucionalismo da ditadura mudou de feição. A conjuntura frágil do presidencialismo de coalizão brasileiro demanda das instituições um papel de relevo na mediação social e na garantia do constitucionalismo como um *projeto político democrático*.¹³⁸³

O extremismo polarizado que se reflete na geopolítica contemporânea foi antevisto por Habermas na década de 1980. Na *arquitetura moderna neoconservadora* descrita em um conjunto de ensaios publicados originalmente em 1985, o intelectual alemão já antecipava as características do movimento atual, notadamente a “inflação de reivindicações e a falta de uma disposição para a anuência e a obediência”.¹³⁸⁴

concrete impact of legal arrangements on the distribution of power and rewards among the various elements in a given society” (SHAPIRO, Martin. Political jurisprudence. *Kentucky Law Journal*, v. 52, p. 294-295, 1963. Disponível em: https://uknowledge.uky.edu/klj/vol52/iss2/2?utm_source=uknowledge.uky.edu%2Fklj%2Fvol52%2Fiss2%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 13 dez. 2020.

¹³⁸¹ “Nos últimos cinco anos, mergulhamos numa forte turbulência, marcada por uma escalada de jogadas constitucionais cada vez mais duras, pelas quais atores políticos e institucionais passaram a se utilizar de seus mandatos e prerrogativas para alterar as relações entre os poderes estabelecidos. [...] O fato de a Constituição ter sobrevivido a esse período de forte turbulência não significa que sairá ilesa do novo ciclo da política brasileira” (VILHENA, Oscar. *A batalha entre os poderes*. Da transição constitucional ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das letras, 2018. p. 67).

¹³⁸² Ver seção 1.2, *infra*.

¹³⁸³ “L’espansione del costituzionalismo e delle connesse garanzie, in ottemperanza alle sue prescrizioni normative e all’altezza dei nuovi poteri economici globali, sarà quindi proposta, nell’ultimo capitolo, come il compito principale della politica e come la sola alternativa razionale a un futuro di disordini, di violenze, di oppressioni e disuguaglianze, oltre che di involuzioni autoritarie e antidemocratiche” (FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico cit., p. Vii).

¹³⁸⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. A crítica neoconservadora da cultura nos Estados Unidos e na Alemanha. In: *A nova obscuridade*. Pequenos escritos políticos V. São Paulo: Unesp, 2015. p. 68.

Nesse cenário desafiador para a democracia representativa, os Poderes devem agir com independência, sempre, mas buscando sempre a *harmonia*, no compasso do próprio sistema constitucional. A tarefa de trazer a realidade da escassez às expectativas da *inflação de reivindicações*, através do fortalecimento do papel harmônico dos Entes e Poderes do Estado Democrático de Direito, pressupõe o fenômeno financeiro em todas as suas dimensões.

Régis Fernandes de Oliveira mostra que o fenômeno financeiro não se limita à descrição ôntica, empírica, meramente jurídica ou contábil.¹³⁸⁵ Os poderes são exercidos por pessoas, os Entes são governados por representantes eleitos. Seres humanos que sentem, reagem e possuem interesses pessoais, como todos. Ao fim e ao cabo, decidem sob uma miríade de sentimentos internos e externos.

No centro desta discussão, emerge, no aspecto subjetivo, o Poder Judiciário, com as reações singulares de cada um de seus membros, como atores da judicialização da política. No aspecto objetivo, diversos teóricos promoveram releituras críticas do *Momento Montesquieu* como forma de mitigar o fenômeno denominado por Ran Hirschl de *juristocracia*.¹³⁸⁶

Basicamente, o que as diversas releituras propõem é um espaço ótimo entre os extremos do ativismo judicial (*judicial activism*) e a autorrestrrição judicial (*judicial self-restraint*). Ou seja, mais de um século depois de *Lochner vs. New York*, que inaugurou a chamada *era Lochner* de extremo ativismo, a advertência de Oliver Wendell Holmes não foi ainda totalmente assimilada: no campo do *judicial review*, “toda opinião tende a se tornar lei”.¹³⁸⁷

A interação entre Poderes como premissa do DCFE não se limita, porém, ao papel do Poder Judiciário.¹³⁸⁸ A governança articulada é ampla e demanda, inclusive, um modelo de

¹³⁸⁵ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Interpretação, paixões e direito cit., p. 98; p. 117.

¹³⁸⁶ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2004.

¹³⁸⁷ “General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise. But I think that the proposition just stated, if it is accepted, will carry us far toward the end. *Every opinion tends to become a law*” (PECKHAM, R. W. & Supreme Court of The United States. (1904) U.S. Reports: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45. [Periodical] Retrieved from the Library of Congress. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep198045/>. Acesso em: 13 jan. 2021. Grifos nossos).

¹³⁸⁸ A teoria dos diálogos constitucionais, como forma de revisitar o papel do Judiciário no monopólio da interpretação constitucional, não é o objetivo deste trabalho. A ideia é estudar as interações entre Poderes e instituições que detenham poder decisório dentro do corte metodológico da relação entre política fiscal e Constituição Financeira. Ainda que o Judiciário faça parte da investigação, o contexto é mais amplo e tendem a aproximar o direito do viés neoinstitucionalista da ciência política, da economia, da sociologia e da história.

interação que se adequa às novas instituições decisórias. Neste ponto, a situação de interação estratégica entra como balizadora das decisões de Poderes harmônicos, isto é, preocupados com o comportamento institucional dos outros atores sistêmicos e comprometidos com os melhores resultados sociais possíveis.

Na perspectiva constitucional, a defesa da Constituição, enquanto expressão normativa máxima do Estado Democrático de Direito, emerge como o melhor resultado. Já, sob a ótica do direito constitucional financeiro, o engajamento com o atendimento dos direitos fundamentais é o desafio institucional, posto como matriz de *pay off* para as situações de interação estratégica. O empenho das instituições de poder para no mínimo ultrapassar o equilíbrio em estratégia dominante (equilíbrio de Nash) e chegar próximo de um resultado ótimo de Pareto, ou, ao menos Pareto-superior,¹³⁸⁹ é o que M.J.C. Vile chama de função de controle comportamental das instituições.¹³⁹⁰

O *pay off* ótimo, enquanto expressão do gasto público qualitativo e eficiente, é estimulado pela realidade de escassez e exigido pela *accountability* constitucional. As instituições de poder do Estado Democrático de Direito, especialmente a mídia e a opinião pública, estão cada vez mais atentas aos resultados das situações de interação estratégicas, cujo *maxim* só consegue ser atingido quando a predisposição à cooperação é objetivamente institucionalizada e internalizada pelo sistema constitucional, ainda que subjetivamente não haja qualquer empatia entre os Poderes, no sistema político.¹³⁹¹

Para um aprofundamento da relação específica da teoria dos diálogos com os diversos aspectos do *judicial review*, há farta e boa literatura. Por todos, sob diferentes perspectivas, teses e conclusões, ver: BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.” *Brooklyn Law Review*. n° 71, 2006. p. 1109-1180; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais* cit.; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and judicial review”. *Michigan law review*. v. 91, n° 4, 1993. p. 577-682; SUNSTEIN, Cass. *One case at a time. Judicial minimalism in the supreme court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. *Michigan law review*. v. 101, n° 4, 2003. p. 885-951; KENNEDY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspectives*. New York: Palgrave Macmillan, 1999.

¹³⁸⁹ Ver seção 4.4, *supra*.

¹³⁹⁰ Ver seção 3.4.1.2, *supra*.

¹³⁹¹ “There are many situations in economic life where cooperation increases the total payoff to a potential group over what they could do individually. [...] One such rule is to always begin with cooperation and then follow what others do (tit-for-tat). This behavior might be the result of calculation, but is probably learned, internalized, and habitual. In that case the context and frame where this rule is seen to fit is critical. It is not necessary that the parties care for each other’s welfare being enhanced (altruism), but it is certainly helpful. Malevolence is certainly a hindrance” (SCHMID, Alfred Allan. *Conflict and cooperation. Institutional and behavioral economics*. Massachusetts/Oxford: Blackwell Publishing 2004. p. 65-66.

As funções precisam estar equilibradas e os Poderes precisam se relacionar através de um *framework* constitucional¹³⁹² que induza a harmonia dentro da independência própria de cada um. Este modelo de ambiente seguro (*safe environment*) internalizado e institucionalizado pelo sistema normativo constitucional é um terreno fértil para que os “arquitetos da escolha” de Thaler e Sunstein¹³⁹³ induzam regras de comportamento para que o complexo institucional do Estado Democrático de Direito desenvolva interações intrassistêmicas e intersistêmicas, sem exigências formalistas de excesso de *accountability*.¹³⁹⁴

O DCFE, tendo em consideração as múltiplas faces do fenômeno financeiro, surge exatamente como uma reflexão para propiciar as condições de existência deste *ambiente seguro* de compatibilidade estímulo-resposta. A cooperação como *regra-padrão* do sistema constitucional depende mais das condições de indução sistêmicas, internalizadas e institucionalizadas como *variável estrutural*,¹³⁹⁵ do que do livre comportamento das instituições em busca do melhor resultado possível. Esta é a proposta que passamos a expor com bases nas três premissas estabelecidas.

5.3 O direito constitucional financeiro estratégico

Planejar a satisfação das necessidades humanas através de escolhas presentes, baseadas em experiências passadas, e com consequências futuras. Nesta equação temporal, a sintaxe demonstra que a sustentabilidade é o objetivo pretendido, mas a sua realização depende de um conjunto de ações de grande abertura semântica. É um desafio *cooperativo* de sujeitos e métodos, unidos a objetivos intrageracionais e intergeracionais.

O DCFE é essencialmente *cooperativo* e sobretudo *sustentável*. Quando o conjunto de decisões estratégicas, simultâneas ou sequenciais, dos “arquitetos das escolhas” políticas em situação de interação estratégica, buscam a sustentabilidade financeira como pressuposto da justiça intergeracional, há uma cooperação implícita entre gerações. O *equilíbrio estável de permanência* do sistema jurídico constitucional sobressai no embate entre os anseios e a escassez, e anula as entropias próprias das variações da política fiscal.

¹³⁹² Expressão de Jack Balkin. Ver seção 3.3.3, *supra*.

¹³⁹³ Ver seção 5.4, *infra*.

¹³⁹⁴ Ver seções 3.4.1.2, *supra* e 5.4.2, *infra*.

¹³⁹⁵ Ver seção 4.3.2.1, *supra*.

O DCFE, portanto, busca a estabilidade do sistema jurídico e a sustentabilidade das finanças públicas. É uma perspectiva interpretativa que se aproxima do *ambiente seguro* da compatibilidade estímulo-resposta cooperativa como *variável referencial* sistêmica e se afasta de imposições decisórias oriundas de uma autoridade central. O DCFE, portanto, busca ressaltar elementos indutores da cooperação no *ambiente institucional* sobre o *arranjo institucional* que suporte um número indeterminado de iterações estratégicas e de interações sociais.

O sistema constitucional, como visto, é composto por um complexo *arranjo institucional*, em que às instituições clássicas, somam-se núcleos descentralizados de poder. A organização deste encadeamento de *funções de necessidade* sem uma autoridade central demanda uma metodologia de decisão que limite as pretensões institucionais individuais e que as conduza ao *equilíbrio estável de permanência*, determinado dinamicamente pelo “esquema AGIL” de Parsons.¹³⁹⁶

No exercício da atividade financeira do Estado, decidir ou não decidir, ou ainda, decidir por não decidir, na feliz expressão de Cass Sunstein,¹³⁹⁷ são situações de iteração estratégicas. O agir ou o não agir dos entes na lógica invertida do federalismo fiscal brasileiro, o atuar ou não atuar dos Poderes em um *ambiente institucional* em que a doutrina pura da separação dos poderes tem previsão constitucional expressa,¹³⁹⁸ o gastar ou não dos gestores públicos no *arranjo institucional* de desejanter eternos, por exemplo, possuem consequência intrassistêmicas e intersistêmicas e relevam a importância da *função integradora* do “esquema AGIL” na neutralização de vetores opostos no somatório de forças.

O objetivo é a sustentabilidade financeira como reflexo do *equilíbrio estável de permanência*. O método é duplo: (i) a fixação do objetivo da *estabilidade de permanência* constitucional, através do teorema dinâmico fundamental de Parsons e seu “esquema AGIL”; e (ii) a indução da cooperação, como estratégia dominante, para a busca do melhor resultado possível, nas reiteradas decisões do novo arranjo institucional, através de instrumentos da *teoria da decisão interativa* e da *teoria comportamental do jogo*.

¹³⁹⁶ Ver seção 4.4, *supra*.

¹³⁹⁷ “Sometimes we exercise our freedom, and we improve our welfare, by choosing not to choose. That choice opens up time and space for us, enabling us to focus on our real concerns” (*Choosing not to choose. Understanding the value of a choice*. New York: Oxford University Press, 2015).

¹³⁹⁸ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.).

A teoria da decisão interativa como expressão matemática da estratégia racional é limitada diante das dimensões subjetivas do fenômeno financeiro. Além disso, a atividade financeira do Estado é essencialmente política, ou seja, está sujeita a capturas das “minorias numerosas” e aos ciclos políticos oportunistas.

Ainda que praticada pela burocracia técnica do Estado Administrativo, interpretada por juízes escolhidos por meritocracia, e elaborada por representantes eleitos de forma representativa, executar, legislar e julgar, no ambiente da democracia de negociação, envolve algum grau de entropia sistêmica política. Negar este fato é esconder-se atrás de utopias teóricas e acordar com o “nojo da realidade”, de Anatole France,¹³⁹⁹ ou com o “esgotamento das energias utópicas”, de Habermas.¹⁴⁰⁰

A pura confiança no comportamento sistêmico altruísta de pessoas e instituições, sob influências individuais e em constante pressão política, aumenta o *risco moral* das relações intergovernamentais financeiras e torna o *custo de agência* muito alto.¹⁴⁰¹ O sistema normativo constitucional precisa diminuir as entropias subjetivas a partir das suas próprias *variáveis estruturais*.

Imaginar que não haverá nunca ativismo judicial em decisões sobre o endividamento público de um Ente subnacional, ou pretender que a barganha fisiológica entre o Parlamento e o Executivo no processo orçamentário será totalmente esquecida, diante de uma nova lei complementar que substitua a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 e discipline, sob bases

¹³⁹⁹ “Toute idée fautive est dangereuse. On croit que les rêveurs ne font point de mal, on se trompe: ils en font beaucoup. Les utopies les plus inoffensives en apparence exercent réellement une action nuisible. Elles tendent à inspirer le dégoût de la de la réalité” (*Le lys rouge*. 14. ed. p. 48).

¹⁴⁰⁰ “[...] há boas razões para o esgotamento das energias utópicas. As utopias clássicas *esfaltaram* as condições de uma vida humanamente digna, de uma felicidade socialmente organizada; as utopias sociais amalgamadas com o pensamento histórico, que desde o século XIX interveem nas confrontações políticas, despertam expectativas mais realistas. Elas representam a ciência, a técnica e o planejamento como instrumentos promissores e inexoráveis de um controle racional da natureza e da sociedade. É exatamente essa expectativa que foi abalada entrementes por evidências massivas” (“A crise do Estado de bem-estar-social e o esgotamento das energias utópicas” (A crise do Estado de bem-estar-social e o esgotamento das energias utópicas. In: HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*. Pequenos escritos políticos V cit., p. 213).

¹⁴⁰¹ Para a microeconomia, o *risco moral* (*moral hazard*) é considerado uma das externalidades negativas do custo de agência (*agency cost*). Quando não há previsibilidade do comportamento do agente em situações diferentes, não como prever qual o nível de custo moral de uma estrutura, de uma organização ou de uma instituição. Dessa forma, o custo de agência, ou seja, os gastos de monitoramento do comportamento das partes se tornam muito elevado para o sistema. Para um aprofundamento sobre o tema, ver: IPPOLITO, Richard A. *Economics for lawyers* cit., p. 348-369.

democráticas, o § 9º do art. 165 da Constituição,¹⁴⁰² ou ainda, que a mera criação de uma força-tarefa repressiva irá livrar de corrupção as contratações públicas não são sequer expectativas utópicas. Habermas chama de *romances políticos*, descrições fictícias da realidade ou ranço do utopismo.¹⁴⁰³ Os modelos idealizados são reducionismos teóricos que beiram à ingenuidade e elevam o risco sistêmico da sociedade moderna.¹⁴⁰⁴

O foco nas *variáveis estruturais* é uma revisão sistêmica de Parsons da análise de David Hume sobre a virtude e a corrupção.¹⁴⁰⁵ O fortalecimento das instituições de Hume se torna a *variável estrutural* internalizada e institucionalizada de Parsons. Assim como Hume, Parsons entendia que a corrupção é endêmica à tirania, quando a opressão sobre a população cria ditaduras que concentram o poder e o controle.¹⁴⁰⁶ Em sociedades democráticas, o plexo institucional alia ao foco do combate, ou seja, da função de *latência* do “Esquema AGIL” das agências repressoras, a função de *integração* sistêmica, como forma de redução das entropias desviantes.¹⁴⁰⁷

O grande problema da *cooperação*, como afirma um de seus maiores teóricos, Robert Axelrod, surge a partir de uma indagação “em que condições a cooperação surgirá num mundo de egoístas sem uma autoridade central?”¹⁴⁰⁸ A resposta mais famosa, porém pessimista, segundo Axelrod, foi dada por Thomas Hobbes: no estado de natureza os indivíduos competiam

¹⁴⁰² A visão de Robert Cooter é mais do que pertinente neste aspecto: “Everyone can benefit from a good legislative bargain. Political bargains, however, pass seamlessly from compromise to corruption without crossing a clear boundary. Many citizens, who recognize the necessity of political deals, still feel uneasy about politicians trading votes. Perhaps elected officials should resemble trustees rather than traders” (*The strategic Constitution* cit., p. 93).

¹⁴⁰³ “A crise do Estado de bem-estar-social e o esgotamento das energias utópicas” (HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*. Pequenos escritos políticos V cit., p. 211-212).

¹⁴⁰⁴ “The idealized model of the risk system, reflected in the scientists’ exclusive focus on the laboratory knowledge, contained not only questionable physical assumptions but a naive model of that part of society” (BECK, Ulrich. *Risk Society. Towards a new modernity* cit., p. 5).

¹⁴⁰⁵ Ver seção 3.4.1.1, *supra*.

¹⁴⁰⁶ “If crime is important enough to necessitate elaborate enforcement organization it is unlikely that the interaction will be entirely one sided. It is likely that “concessions” to the criminal element will be made which from the point of view of the “function” of the enforcement agency must be defined as “corruption.” The enforcement agent is in a position similar in some respects to the foreman in industry. Such corruption is likely to appear wherever enforcement on a recalcitrant population is necessary, e.g., in dictatorships” (*The social system* cit., p. 210).

¹⁴⁰⁷ Susan Rose-Ackerman defende que o estudo da corrupção é o estudo do custo de agência nas interações públicas e privadas, dentro do arranjo organizacional moderno: “The ‘agency’ relationship is the basic unit of analysis. The relationship links at least two actors. On the one hand, the superior expresses a set of preferences which specify desired outcomes. On the other hand, there is the agent, whom the superior has directed to achieve these outcomes. Thus democratic legislators are the agents of voters; agency heads, of legislators; and bureaucrats, of agency heads. A similar pattern of delegation is characteristic of the private firm as well” (*Corruption: a study in political economy* cit., p. 6).

¹⁴⁰⁸ Cf. *A evolução da cooperação*. Tradução Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Ed., 2010. p. 3.

em situações tão cruéis que tornavam a vida miserável. Sem uma autoridade central, portanto, a cooperação não poderia se desenvolver.¹⁴⁰⁹

A resposta que deu origem aos estudos da cooperação entre governados e governantes, porém, aparece na obra de David Hume, no século XVIII. Como aponta Kaushik Basu, Hume desconstruiu a ideia do tirano que governa através do medo, demonstrando que o temor ao governante é apenas uma reputação que passa de indivíduo para o outro, até dominar a sociedade por inteiro. Se você isolar o tirano enquanto ser humano, irá ver que a comunidade, enquanto cooperação de indivíduos, é mais forte do que o medo reputacional de apenas um indivíduo.¹⁴¹⁰ James W. Friechman, por sua vez, ratifica que a origem para o reconhecimento da estratégia de cooperação como ideal para situações em que as interações futuras entre duas partes são prováveis remontam à obra de Hume.¹⁴¹¹

O direito constitucional financeiro, assim, invoca a estratégia quando: (i) torna-se cômico de seu papel substantivo na promoção da sustentabilidade financeira; (ii) quando, além do presente, preocupa-se com o equilíbrio estável de permanência do sistema e sobretudo com o futuro, no conjunto de decisões alocativas do *arranjo institucional*; e (iii) quando busca no *ambiente institucional* dos “arquitetos das escolhas” estatais o menor custo de transação para o estímulo seguro das interações institucionais cooperativas.

Como ilustração da aplicação da metodologia do DCFE, propomos dois jogos de interação no *ambiente institucional* constitucional: o primeiro em conjuntura estável e o segundo em momento de crise conjuntural.

5.3.1 O jogo constitucional financeiro estratégico na estrutura institucional

O DCFE parte, como visto, de uma técnica, dois pressupostos e três premissas: a técnica da teoria da decisão interativa, sob as premissas do equilíbrio estável de permanência em sistemas dinâmicos e da qualidade dos gastos públicos como vetor de indução dos direitos fundamentais, pressupõe cooperação, sustentabilidade e diálogos.

¹⁴⁰⁹ Cf. *A evolução da cooperação* cit., p. 4.

¹⁴¹⁰ “The above idea, in embryonic form, goes far back into history, certainly to the mid-eighteenth century and, in particular, to David Hume. As Hume pointed out in his essay on government (Hume, 1742 [1987], essay 4, para. 6): ‘No man would have any reason to fear the fury of a tyrant, if he had no authority over any but from fear; since, as a single man, his bodily force can reach but a small way, and all the further power he possesses must be founded either on our opinion, or on the presumed opinion of others.’ What is being suggested here is that what matters are my beliefs and my beliefs about others’ beliefs, and others’ beliefs about my beliefs” (BASU, Kaushik. *The republic of beliefs. A new approach to law and economics* cit., p. 40).

¹⁴¹¹ Cf. *Game theory with applications to economics*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1990. p. 110.

Neste ponto da pesquisa, iremos desenvolver duas hipóteses de aplicação prática da teoria, pressupondo o subsistema constitucional financeiro em situação estrutural institucional e a partir de estímulos de exceção, em crise sistêmica conjuntural.

Em situações de normalidade estrutural, as possibilidades estratégicas do arranjo institucional estão contidas nas regras institucionalizadas e internalizadas pelo ambiente institucional. A manutenção da unidade da Constituição através de referenciais sistêmicos que induzam o equilíbrio estável de permanência nestes casos é uma premissa referencial teórica essencial, inclusive por força de cláusula pétrea.¹⁴¹² A representação lógica do “esquema AGIL”, portanto, deve ser prévia à utilização da técnica da teoria da decisão interativa.

Imaginemos uma demonstração matricial de interação estratégica entre instituições, representadas pelo Executivo (Jogador 1) e pelo Judiciário (Jogador 2). O centro da interação ocorrerá em torno de recursos de um único conjunto de previsão orçamentária, destinado ao atendimento do direito fundamental à saúde. Através de um aparente conflito financeiro entre a execução de políticas públicas específicas e o cumprimento de decisões judiciais, a interação entre o *Jogador 1* e o *Jogador 2* irá se suceder.¹⁴¹³ Para tal, consideremos as seguintes informações:

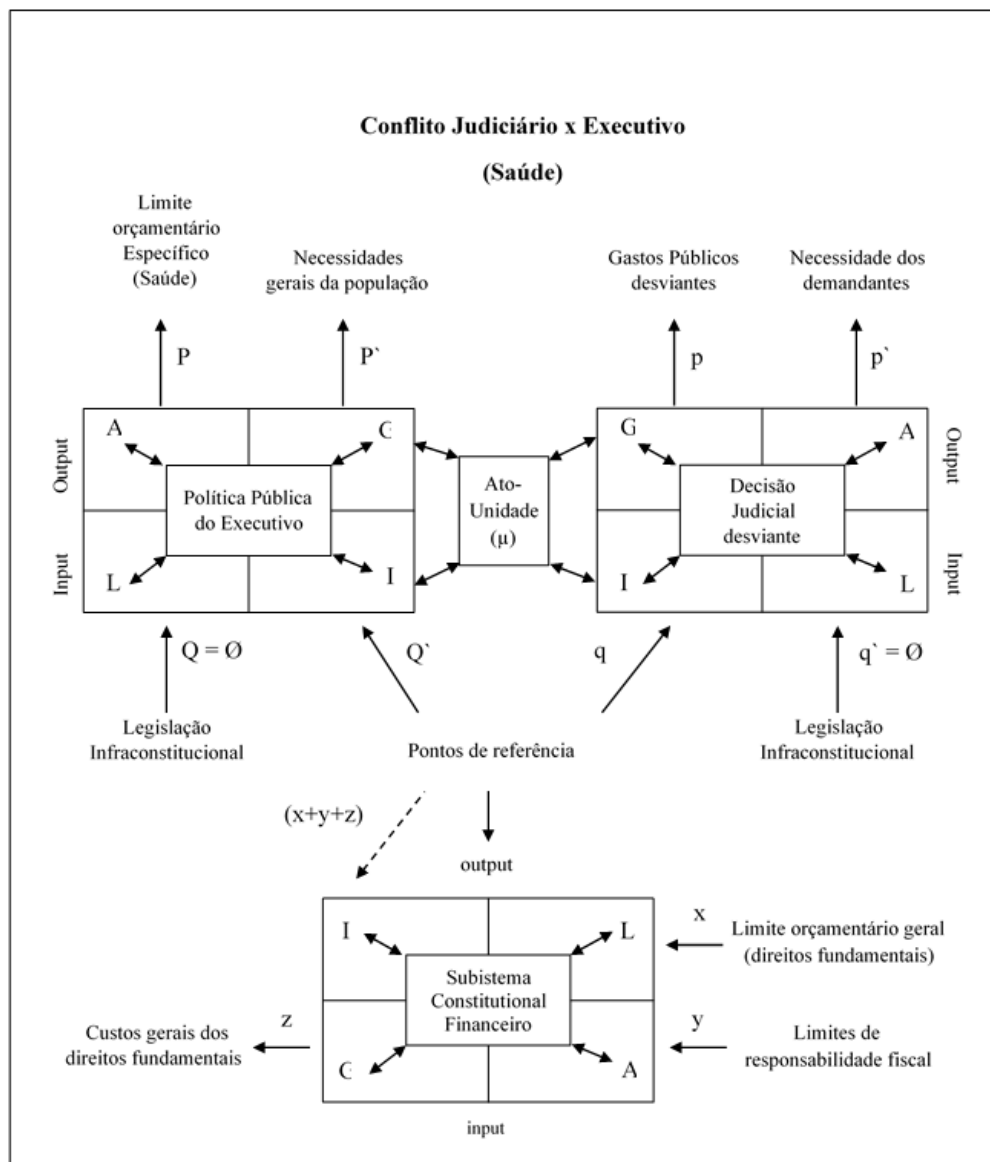
- os recursos para o atendimento das demandas supradescritas são limitados ao referido conjunto único de previsão orçamentária;
- não há cooperação entre o *Jogador 1* (Executivo) e o *Jogador 2* (Judiciário) e eles podem considerar o limite de recursos disponíveis no conjunto único de previsão orçamentária descrito, ou ignorar este limite e adentrar conjuntos orçamentários diversos, desequilibrando o sistema, mas aumentando o índice imediato de satisfação das demandas sob sua responsabilidade, em determinado momento;

¹⁴¹² “Com a Constituição Financeira, tem-se que a garantia de continuidade, protegida por *cláusula de eternidade* (cláusula pétrea), da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I), cujo financiamento se perfaz por discriminação de rendas, observado o dever de concretizar os valores e fins constitucionais do Estado, mediante intervencionismo ou dirigismo, como assegurar o desenvolvimento, erradicar a pobreza, promover a redução de desigualdades regionais, numa síntese, alcançar os fins e valores constitucionais do Estado Democrático de Direito” (TORRES, Helene Taveira. *Constituição financeira e o federalismo cooperativo brasileiro* cit., p. 330).

¹⁴¹³ Este exemplo foi inspirado na iniciativa da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro que, em conjunto com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública da União, as Secretarias de Estado de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde e mediadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, criaram um sistema cooperativo de solução de conflitos na saúde, cuja judicialização atrapalhava a previsão orçamentária e tornava moroso e custoso o atendimento dos demandantes judiciais. A Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS), criada pelo Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, realizou mais de 80 mil atendimentos entre os anos de 2013 e 2020, atingido um percentual de mediação superior a 60%, recebendo homenagem da XI Edição do Prêmio Innovare de 2014. Cf. Sítio eletrônico da PGE-RJ. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 14 jan. 2021.

Aplicando o “Esquema AGIL”, vejamos como seria um sistema sustentável, diante destas demandas e do aparente conflito entre Judiciário e Executivo:

Figura 3 – “Esquema AGIL” do sistema constitucional financeiro sustentável



(Se o ato-unidade corresponde a um limite orçamentário específico para a saúde maior ou igual do que os gastos públicos para o atendimento das necessidades da população pela política pública do Executivo e for maior do que os gastos públicos desviantes para atendimento das decisões judiciais e as necessidades gerais da população contiverem as necessidades dos demandantes então a função de integração corresponde a um ponto de referência maior do que o ponto de referência da decisão judicial desviante que deve ser menor ou igual a soma dos valores do limite orçamentário geral dos direitos fundamentais, dos limites de responsabilidade fiscais e dos custos gerais dos direitos fundamentais)

Traçado esse parâmetro a partir do pressuposto de sustentabilidade do sistema constitucional, através das premissas de equilíbrio estável de permanência em sistemas dinâmicos e da qualidade dos gastos públicos como vetor de indução dos direitos fundamentais, passamos então para a técnica da teoria da decisão interativa, evidenciando os demais pressupostos, ou seja, diálogos e cooperação.

Agora imaginemos que esta descoordenação ocorreu no primeiro mês do exercício financeiro em que a política pública foi posta em prática. No mês seguinte, a tendência dos *Jogadores*, Executivo e Judiciário, em suas posturas racionais e egoístas, buscando sempre atender as demandas que estão a seu próprio alcance, seria a de buscar o melhor resultado para si possível, repetidas vezes, até o fim do exercício financeiro.

Este jogo possui características específicas marcantes, sendo, portanto, um jogo repetitivo finito, que leva à interação do *dilema do prisioneiro* através de uma sequência previamente conhecida em seu limite temporal. Em 1981, a partir de pesquisas do economista norte-americano Robert W. Rosenthal sobre os efeitos da fixação de preços predatórios por monopolistas, o modelo de jogo sequencial não cooperativo, de informação perfeita e completa, em que jogadores sempre buscam o melhor *pay off* para si, até um limite de jogadas finito, foi denominado de *modelo da centopeia*, em função da sua representação gráfica peculiar.¹⁴¹⁴

O jogo, cuja solução passa pelo método conhecido como indução reversa (*backward induction*), de John von Neumann e Oskar Morgenstern,¹⁴¹⁵ promove uma visão clara do conflito que se estabelece entre o comportamento egoísta individual e o comportamento social ótimo cooperativo.¹⁴¹⁶

No caso de recursos finitos, destinados a atender um conjunto de demandas que tendem ao infinito, como são as necessidades próprias da saúde pública, a realização estratégica dos gastos públicos é um elemento importante da sustentabilidade financeira e da própria ampliação da eficácia social do direito fundamental. E não é só. Como vimos na interpretação lógica do esquema AGIL, a sustentabilidade constitucional pressupõe uma gama de direitos fundamentais, cuja seara não pode ser completamente invadida pelas necessidades de saúde pública. Por maior que seja a sua importância absoluta, o conceito tem de ser verificado de forma relativa no subsistema constitucional dos direitos fundamentais.

¹⁴¹⁴ Cf. ROSENTHAL, Robert W. Games of perfect information, predatory pricing and the chain-store paradox. *Journal of Economic theory*, v. 25, nº 1, p. 92-101, 1981.

¹⁴¹⁵ Cf. *Theory of games and economic behavior* cit., p. 126.

¹⁴¹⁶ Cf. SMEAD, Rory. The Evolution of Cooperation in the Centipede Game with Finite Populations. *Philosophy of Science*, v. 75, nº 2, p. 157, 2008.

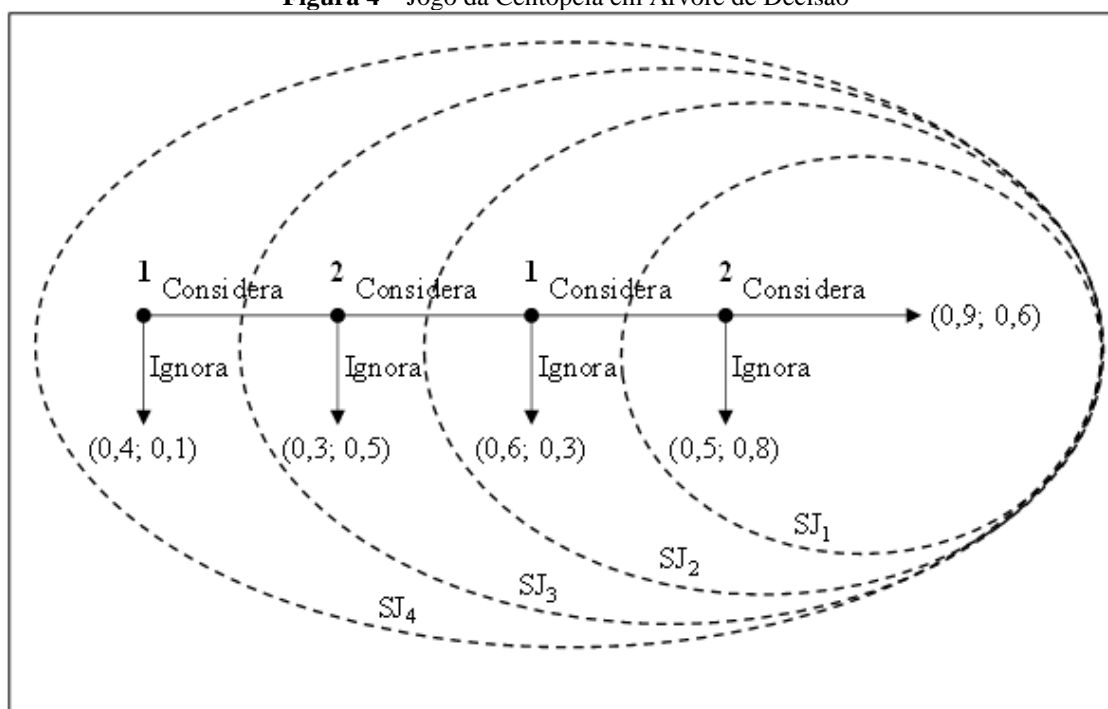
Feitas estas considerações teóricas, voltamos à sequência do jogo. A partir do momento em que o *Jogador 1*, ou seja, o Poder Judiciário, percebe o comportamento egoísta do *Jogador 2*, o Poder Executivo, seu comportamento tende a ser egoísta, preservando os resultados que lhe tragam maior proveito individualmente, e assim sucessivamente.

Desta forma, dada a seguinte matriz de *payoffs*, em que os resultados estão representando percentualmente o atendimento de direitos fundamentais, considerando que 100% representa o número total de atendimento de demandas sociais sob responsabilidade de cada um dos Poderes, individualmente, em determinado momento:

Quadro 2 – Jogo da Centopeia em Matriz de *Payoff*

<i>Jogador 1</i> (Executivo)	<i>Jogador 2</i> (Judiciário)			
	Considerar, Considerar	Considerar, Ignorar	Ignorar, Considerar	Ignorar, Ignorar
Considerar, Considerar	0,9 / 0,6	0,5 / 0,8	0,3 / 0,5	0,3 / 0,5
Considerar, Ignorar	0,6 / 0,3	0,3 / 0,5	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1
Ignorar, Considerar	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1
Ignorar, Ignorar	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1	0,4 / 0,1

Figura 4 – Jogo da Centopeia em Árvore de Decisão



Temos que:

- o jogo apresenta 4 subjogos (SJ₁; SJ₂; SJ₃; SJ₄) e 4 *equilíbrios de Nash* representados pelas estratégias: S₁ = {(ignora, considera), (ignora, considera)}; S₂ = {(ignora, ignora), (ignora, considera)}; S₃ = (ignora, considera), (ignora, ignora)}; e S₄ = {(ignora, ignora); (ignora, ignora)};
- Através do método de indução reversa, verifica-se que *o único equilíbrio perfeito em subjogo* corresponde ao conjunto de estratégias S₄ {(ignora, ignora), (ignora, ignora)}. Dessa forma, o percentual atendido pelo Executivo será de 40%, enquanto o percentual atendido pelo Judiciário será de 10%;
- Este resultado está longe do resultado ótimo de Pareto, representado pela estratégia {(considerar, considerar); (considerar, considerar)}, que no caso apresentaria um índice de atendimento de 90% para o Poder Executivo e um percentual de 60% para o Poder Judiciário.

O modelo do *jogo da centopeia* descrito demonstra a premissa da *qualidade dos gastos públicos como vetor de indução dos direitos fundamentais*. A *sustentabilidade* do subsistema financeiro retrata a realidade da escassez. Quando os Poderes ignoram os seus limites, ainda que movidos pelas mais elevadas intenções de eficiência dos direitos fundamentais, conduzem a situações que mascaram a verdade dos fatos. O uso do racionalismo individual institucional, portanto, pode impor maiores restrições ao atendimento coletivo dos direitos fundamentais do que a própria realidade econômica factual da escassez, ou seja, alocar errado pode ser pior do que alocar a menor.

Em outras palavras, o aumento do gasto público, por si só, não importa em maior eficiência econômica no atendimento de direitos fundamentais quando a sua função alocativa estiver a cargo de jogadores descoordenados, atuando em um jogo não cooperativo. O binômio conflito e coordenação, quando se busca o mesmo interesse, é um dos problemas da coordenação. Ambos os jogadores buscam a satisfação do direito fundamental à saúde, mas ignoram a máxima de David K. Lewis que “o melhor plano para todos é aquele que é melhor para cada um”.¹⁴¹⁷

¹⁴¹⁷ “An equilibrium, we recall, is a combination in which no one would have been better off had he alone acted otherwise. Let me define a coordination equilibrium as a combination in which no one would have been better off had any one agent alone acted otherwise, either himself or someone else. Coordination equilibria are

O manejo qualitativo de recursos públicos pressupõe coordenação. Os jogos de coordenação, como afirma Robert D. Cooter, são jogos que multiplicam recursos, sem gerar conflitos na sua distribuição.¹⁴¹⁸ A cooperação no *ambiente institucional* afigura-se, portanto, como ideal para a satisfação dos objetivos financeiros do Estado Democrático de Direito.

Demonstra também que jogadores em *cooperação*, ou seja, Poderes em interação dialógica cooperativa é uma solução capaz de atingir resultados mais próximos do ótimo de Pareto, ou, ao menos, Pareto-superior,¹⁴¹⁹ mesmo em uma realidade econômica de escassez de recursos e necessidades humanas infinitas. Soluções, por sinal, que vão além da eficiência econômica. Soluções que atendem as fronteiras da utilidade econômica, mas que, como afirma Sainz de Bujanda, não se limitam a questões de ordem puramente técnico-formal, invadindo a seara da atividade econômica do Estado como processo político, e levando a Política Fiscal à parâmetros específicos de bem-estar social.¹⁴²⁰

5.3.2 O jogo constitucional financeiro estratégico na crise conjuntural pandêmica

A partir do ano de 2020, o mundo relembrou, no alto da *crença*¹⁴²¹ pretenciosa no seu poder tecnológico, a fragilidade humana diante dos arbítrios da natureza. Uma guerra silenciosa e sutil tomou forma e causou uma tragédia humanitária com poucos precedentes na história. A característica da pandemia causada pelo vírus SARS-Cov-2, conhecido como Covid-19, igualou pela catástrofe países desenvolvidos e subdesenvolvidos, etnias, raças, classes sociais, governantes e governados, todos expostos a uma infecção silenciosa e potencialmente mortal.

O sistema econômico global sofreu e aflorou a desigualdade da parcela mais carente da população mundial. A máxima de Ulrich Beck de que a sociedade *tecno-econômica* contemporânea produz riqueza social na mesma proporção em que produz riscos sociais¹⁴²² chamou a atenção de um mundo competitivo e globalizado.

equilibria, by the definitions. Equilibria in games of pure coordination are always coordination *equilibria*, since the agents' interests coincide perfectly" (*Convention: a philosophical study*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2008. p. 20).

¹⁴¹⁸ Cf. *The Strategic constitution* cit., p. 60.

¹⁴¹⁹ Ver seção 4.4.

¹⁴²⁰ Cf. *Sistema de derecho financeiro*. v. I cit., p. 88.

¹⁴²¹ "A confiança pressupõe consciência das circunstâncias de risco, o que não ocorre com a crença" (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade* cit., p. 41).

¹⁴²² Cf. BECK, Ulrich; LASH, Scott; WYNNE, Brian. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage, 1992. p. 20.

O sistema jurídico brasileiro, sobretudo o subsistema constitucional financeiro, foi testado ao seu extremo e obrigado a dar respostas imediatas a necessidades presentes. A pandemia de Covid-19, sem pretender fazê-lo, descortinou a ineficiência do federalismo cooperativo brasileiro.

O *arranjo institucional* sucumbiu na presença de uma ameaça global e persistente, muito por conta de não estimular, em épocas de estabilidade, os mecanismos que induzem a cooperação entre entes e Poderes e entre as *novas instituições de poder*, na concepção e Martin Shapiro e M.C.J. Vile, ou seja, os outros elementos de influência da separação de poderes, uma doutrina em *lock-in de path dependence*.¹⁴²³ Diante de uma sociedade perplexa, União, Estados e Municípios competiam por recursos, pelo protagonismo da crise e por dominar o discurso político. Os Poderes entraram em conflito e os partidos políticos, a burocracia técnica do Estado Administrativo, a mídia convencional e as redes sociais, em suma, as instituições de influência da estrutura de poder estimularam ainda mais a competição e não conseguiram coordenar as diversas iniciativas isoladas e inócuas, em face do escalonamento da proporção pandêmica.

O *ambiente institucional* também se mostrou impotente. A Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, além da inoperância de concepção ressaltada na Seção 5.2.2.4, olhou o futuro e esqueceu o presente. Inverteu, portanto, a lógica da preocupação com o futuro como forma de situação estratégica de estabilização da cooperação, ao qual se refere Robert Axelrod,¹⁴²⁴ e o próprio conceito de sustentabilidade, que valoriza as necessidades presentes, na concepção de Joerg Tremmel.¹⁴²⁵

Além disso, não havia uma previsão específica de regras constitucionais financeiras excepcionais. O chamado *direito financeiro da crise*,¹⁴²⁶ em situações extremas como a conjuntura pandêmica, seria um padrão de reação social que estaria contido no próprio processo de funcionamento normal do sistema, na concepção de Parsons. A exceção, justamente por não ser comportamento de tendência desviante, deve estar contida no conjunto de fatores que levam à formulação do padrão de estabilização do processo de equilíbrio das interações sociais

¹⁴²³ Ver seção 3.4, *supra*.

¹⁴²⁴ “A cooperação mútua pode ser estável quando o futuro é muito importante em relação ao presente porque os jogadores podem utilizar uma ameaça implícita de retaliação contra a deserção do outro, caso a interação tenha duração suficiente para tornar a ameaça eficaz” (*A evolução da cooperação* cit., p. 119).

¹⁴²⁵ “A generationally just society is a society that satisfies its present needs without risking that future generations will not be able to satisfy theirs” (*A theory of intergenerational justice* cit., p. 10).

¹⁴²⁶ Ver seção 5.2.2.4, *supra*.

sistêmicas.¹⁴²⁷ Se houvesse a internalização e a institucionalização de padrões normativos financeiros excepcionais, diante de conjunturas específicas e anormais, o sistema constitucional poderia buscar o *equilíbrio estável de permanência*, mesmo em situações de crise, sem que houvesse risco de ruptura sistêmica do *ambiente institucional* pelas reações imprevisíveis e desviantes do *arranjo institucional*.

A ineficiência do *arranjo institucional* e do *ambiente institucional* brasileiro, em face da crise excepcional pandêmica, resultou exatamente em um comportamento desviante das instituições da estrutura de poder. O cenário descoordenado instou o Poder Judiciário a reagir. Através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o Ministro Alexandre de Moraes deferiu medida liminar que, apesar de seu alto propósito e da sua correção, traduziu a incapacidade do *ambiente institucional* brasileiro de promover a cooperação espontaneamente, ainda que para enfrentar um inimigo comum. Foi necessária uma ordem judicial, ou seja, uma determinação de autoridade central para que os entes federativos fossem instados a reconhecer que:

[e]m momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de Covid-19.¹⁴²⁸

A imposição da cooperação por um ato de autoridade central, seja ela qual for, como destacado por Robert Axelrod, é efêmera. A medida cautelar deferida na ADPF 672 não teve outro destino, ainda que referendada pelo plenário da Corte. Em primeiro lugar, foi seguida de diversas outras medidas, formando um conjunto de decisões de autoridade, diante de uma crise comum e que exigia a cooperação.¹⁴²⁹ Por outro lado, e em nível de perplexidade máxima no

¹⁴²⁷ Cf. *The social system* cit., p. 141.

¹⁴²⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Decisão da Medida Cautelar na ADPF 672-DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes, p. 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867936&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

¹⁴²⁹ Por exemplo, a ADPF 663, proposta pelo Presidente da República, com pedido de concessão de medida cautelar para que sejam prorrogados os prazos de validade das Medidas Provisórias, em tramitação no Congresso Nacional, em razão do estado de calamidade pública em que o país se encontra decorrente da pandemia de Covid-19, e a ADPF 664, ajuizada pelo Governador do Estado do Espírito Santo, requerendo a suspensão da eficácia de decisões da Justiça do Trabalho em que foram determinados o bloqueio de verbas

ambiente institucional do Estado Democrático de Direito, foi objeto de contestação por entes em competição. Através de interpretações tendenciosas, o conflito entre o ente central e os entes subnacionais pelo fracasso da gestão da crise pandêmica passou a circular a decisão judicial, que apenas assegurava a competência concorrente de Estados e suplementar de Municípios, dentro da esfera constitucional respectiva, e sem excluir a competência geral da União para efetivar medidas restritivas e de isolamento social.¹⁴³⁰

Na estrutura de poder federal, o Poder Executivo estava premido por uma política fiscal contracionista – e equivocada, inclusive para os fins que ela própria pretendia – imposta pela Emenda Constitucional nº 95/16. Precisava, portanto, da cooperação do Poder Legislativo, que, por sua vez, havia editado o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, com base na Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, reconhecendo, para fins do art. 65 da LRF, o estado de calamidade pública, nos termos da Mensagem Presidencial nº 93, de 18 de março de 2020. A execução das medidas sanitárias previstas pela referida legislação, porém, foi ignorada pelo Poder Executivo que apenas se preocupava com a sobrevivência fiscal. O Poder Judiciário, então, atuou como autoridade central, impondo a cooperação e efetivando medidas que superavam a inércia do Executivo e do Legislativo.¹⁴³¹

públicas oriundas do Fundo Estadual de Saúde (FES), em contas vinculadas a contratos de gestão ou termos de parceria para ações de saúde pública no Espírito Santo. Há de ressaltar a recente divergência entre a decisão na ADPF 701, ajuizada pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), em que o Ministro Nunes Marques determinou que os estados, o Distrito Federal e os municípios se abstenham de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais por motivos ligados à prevenção da Covid-19, e a ADPF 811, proposta pelo Partido Social Democrático (PSD), em que o Ministro Gilmar Mendes se posicionou de forma diversa, em relação ao Decreto estadual 65.563/2021, de São Paulo, que vedou integralmente a realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas como medida de enfrentamento da pandemia de Covid-19.

¹⁴³⁰ A parte dispositiva da decisão do Ministro Alexandre de Moraes é clara nesse sentido: “[...] CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente. Intimem-se e publique-se.” Idem, p. 10, grifos do original.

¹⁴³¹ Através de Medida Cautelar deferida na ADI 6625, o Ministro Ricardo Lewandowski estendeu a vigência dos dispositivos da Lei nº 13.979/2020, referentes às medidas sanitárias, até que haja a apreciação da Medida Provisória nº 1.003/2020.

Por outro lado, no cenário federativo, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vivenciavam o problema na ponta, ou seja, na incapacidade do sistema de saúde, público e privado, de fazer frente às demandas extraordinárias de tratamento, decorrentes da pandemia. Na visão dos entes subnacionais, eram necessárias medidas restritivas. A União, por sua vez, preocupada apenas com o contexto econômico nacional, recusava-se a cooperar e entendia que a continuidade das atividades era mais relevante que o isolamento ou as restrições.

Formou-se, portanto, um cenário decisório assimétrico, típico de um *jogo sequencial de informação incompleta*, que se caracteriza pelo desconhecimento e pela falta de informação entre os jogadores.¹⁴³² A cooperação neste caso, é muito difícil de ser induzida e o equilíbrio de Nash puro é ineficiente, diante das incertezas que os jogadores têm em relação a estratégia dos outros. São, portanto, *jogos de estratégias mistas*.

No jogo federativo sequencial de equívocos do *arranjo institucional*, a representação matricial das decisões financeiras mostra uma estratégia equivocada desde a origem. Como o *ambiente institucional* não prevê regras específicas, muito pelo contrário, exige medidas constitucionais e legais para viabilizar a ajuda financeira em situação extrema, não faz sentido utilizar o “esquema AGIL” nesta hipótese. Vamos então às premissas para a formação da representação matricial:

- a desarticulação no plano federal entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo levou à incerteza (incompletude e imperfeição de informação) no plano subnacional, acerca da capacidade financeira dos Estados, Distrito Federal e Municípios no enfrentamento da crise sanitária e pandêmica;
- se houvesse informação completa e perfeita de que haveria auxílio federal e do volume destes recursos, os entes subnacionais poderiam ter dimensionado a reação à crise de maneira estratégica, ou seja, poderiam ter adiantado, adiado ou dimensionado a necessidade de medidas restritivas, diante da necessidade de leitos para tratamento dos infectados;

¹⁴³² “The distinction between games with complete and incomplete information (between *C*-games and *I*-games) must not be confused with that between games with perfect and imperfect information. By common terminological convention, the first distinction always refers to the amount of information the players have about the rules of the game, while the second refers to the amount of information they have about the other players' and their own previous moves (and about previous chance moves). Unlike games with incomplete information, those with imperfect information have been extensively discussed in the literature” (HARSANYI, John C. *Papers in Game Theory*. Dordrecht: Springer, 1982. p. 119).

- a falta de cooperação levou a uma situação assistencial e humanitária pior e certamente tornou a ajuda federal financeira, permitida ao fim pela EC nº 106/20 e pela LC 173/20, superdimensionada e com eficácia reduzida, diante da falta de planejamento prévio entre todas as esferas federativas;¹⁴³³
- a partir da superação da incerteza quanto à viabilidade, a incerteza quanto aos valores da ajuda federal, estimulou a competição de entes subnacionais por recursos federais, em um processo de barganha política incompatível com a situação emergencial que a pandemia impôs.

Diante desse cenário, temos que:

- *Jogador 1*: “PC” = *poder central*, que seria o Poder Executivo e Legislativo da esfera federal e
- *Jogador 2*: “ES” = *entes subnacionais*, que seriam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- *Conjunto de Estratégias do Jogador 1* (“ S_1 ”) será binário: “gastar” (g) ou “não gastar” (ng), que no caso da interação de PC, ou seja, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, seria a incerteza sobre a flexibilização da Emenda Constitucional nº 95/16 e de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, por parte do Legislativo, e a ameaça crível, dada a reputação prévia, de que o Executivo, uma vez que as medidas legislativas sejam tomadas, irá de fato cumprir com a sua obrigação de “gastar”; logo $S_1\{g, ng\}$;
- *Conjunto de Estratégias do Jogador 2* (“ S_2 ”) também será binário: “fechar” (f) ou “não fechar” (nf) os estabelecimentos, a depender do comportamento do *poder central*; logo $S_2\{f, nf\}$;
- *Funções pay off* (“ U ”): considerando que as funções *pay off* são os resultados possíveis das interações estratégicas entre o *Jogador 1* (PC) e o *Jogador 2* (ES), as atividades econômicas poderão sofrer restrições que vão ficar no intervalo percentual entre os

¹⁴³³ A falta de planejamento prévio e estratégico levou à falta de projetos na ponta. Muitos entes subnacionais então mantiveram os recursos federais no caixa, visto que a ajuda a tinha o “propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas”, nos termos do art. 3º da EC nº 106/20. Este fato foi amplamente noticiado pela imprensa. Por todos, ver: LIMA, Juliana; LIMA, Bianca. *Estados e municípios fecham 2020 com o dobro de dinheiro em caixa, apontam dados de Tesouro e BC*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/10/estados-e-municipios-fecham-2020-com-o-dobro-de-dinheiro-em-caixa-apontam-dados-de-tesouro-e-bc.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2021.

limites da “abertura total” (a) e da “não abertura” (na), a depender do comportamento do gasto com o tratamento dos doentes; logo $u \{a; na\}$;

- *Interpretação da matriz de pay off*: quanto maior a desarticulação, menor é a cooperação e maior é a restrição. Com o *pay off* tendendo para a “não abertura”, perdem todos os jogadores, tanto o *poder central*, interessado em manter a atividade econômica, quanto os *entes subnacionais*, interessados em diminuir o impacto no sistema de saúde público e privado de seus territórios, visto que a tendência para o *pay off* “fechar” representa uma situação próxima à ocupação máxima dos leitos;

Veamos a representação matricial, com probabilidades hipotéticas, a título de exemplo:

Quadro 3 – Primeira matriz de *payoff* do jogo sequencial de informação incompleta

		Entes subnacionais (ES)	
		Não Fechar	Fechar
Poder Central (PC) Cooperação	Gastar	0,7 / 0,7	0,3 / 0,2
	Não Gastar	0,2 / 0,1	0,2 / 0,3

- A interpretação da representação matricial demonstra que, quando há a probabilidade de 70% de o *poder central* cooperar e dar indicativos seguros de gastos, através de informação completa e perfeita, a *estratégia estritamente dominante* demonstra também a probabilidade de 70% de os *entes subnacionais* não serem obrigados a fechar a atividade econômica, com o endurecimento das medidas restritivas. Logo, a estratégia {gastar; não fechar}, em ação cooperativa adequada, representa um *Equilíbrio de Nash puro*. Esta é uma situação eficiente, tanto para o estímulo da economia, quanto para a ocupação dos leitos públicos e privados.

Quadro 4 – Segunda matriz de *payoff* do jogo sequencial de informação incompleta

		Entes subnacionais (ES)	
		Não Fechar	Fechar
Poder Central (PC) Não Cooperação	Gastar	0,2 / 0,7	0,3 / 0,2
	Não Gastar	0,7 / 0,1	0,5 / 0,3

- Por outro lado, quando não há cooperação, a matriz de resultados muda totalmente. Há um jogo típico de informação incompleta, ou seja, quando os jogadores desconhecem as características dos demais. Considerando que o *poder central* agiu de forma inconstante ao longo da pandemia, bem como alguns *entes subnacionais*, com exemplos que vão do negacionismo à corrupção, a *reputação* dos jogadores não permite traçar uma linha de comportamento de suas ações. Trata-se, portanto, de um jogo sem equilíbrio de Nash possível em estratégias puras.

John C. Harsanyi, professor da Universidade de Berkeley, diante do problema dos jogos de estratégias mistas, ou seja, jogos em que cada jogador faz sua escolha de acordo com a probabilidade de escolha do outro jogador,¹⁴³⁴ que são uma constante no universo político e econômico, por exemplo,¹⁴³⁵ desenvolve uma revisão do equilíbrio de Nash, a partir do modelo de oligopólio de Cournot. Em sequências aleatórias, baseado no estudo da probabilidade bayesiana, Harsanyi propõe um novo equilíbrio, que se convencionou chamar de *Equilíbrio Harsanyi-Nash* ou *Equilíbrio de Nash Bayesiano*.

A grande contribuição de Harsanyi, que lhe deu inclusive o prêmio Nobel de Economia, junto com John Nash, foi, como ressalta Sérgio Werlang, “achar uma ‘forma reduzida’ para o problema: a cada jogador Harsanyi permite o conhecimento de uma parte do que ele é e do que os outros são.”¹⁴³⁶

Para isso, ele reduz a incerteza aleatória, incluindo no jogo original, um terceiro jogador, observador, chamado de “natureza”, que reflete a distribuição de probabilidade de resultados possíveis, em meio às incertezas comportamentais de jogadores que não se conhecem.¹⁴³⁷ Com isso, o jogo de informação incompleta se torna um jogo de informação

¹⁴³⁴ Cf. VARIAN, Hal R. *Microeconomia* cit., p. 556.

¹⁴³⁵ São tais jogos, assim como aqueles das antigas bolinhas de gude e tampinhas, nos quais se faz presente o elemento antagonístico interativo e competitivo, que possibilitam explorar e entender muitos problemas do Direito, da Economia, do Comércio, da Política, assim como das negociações em geral, já que há um conjunto de regras convencionadas voluntariamente que se devem respeitar, uma relação de indivíduos que procuram vantagens, um âmbito geográfico preciso no qual atuar – o cenário do jogo [...]” (SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Negociação e teoria dos jogos*. Tradução Ricardo Serrano Osório. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. p. 220).

¹⁴³⁶ WERLANG, Sérgio Ribeiro da Costa. *Jogos de informação incompleta: uma introdução*. EPGE Brazilian School of Economics and Finance-FGV EPGE (Brazil), 1984. (Report 50).

¹⁴³⁷ “In cases where the consistency assumption holds, the original game can be replaced by a game where nature first conducts a lottery in accordance with the basic probability distribution, and the outcome of this lottery will decide which particular subgame will be played, i.e., what the actual values of the relevant parameters will be in the game” (HARSANYI, John C. *Papers in Game Theory* cit., p. 115).

imperfeita¹⁴³⁸ e a dúvida aleatória se converte em análise bayesiana de probabilidades em estratégias mistas. Os resultados possíveis passam a ser chamados de *pay off esperado* ou *valor esperado*.

A representação gráfica do jogo em formato de árvore de decisão, embora proposta inicialmente por John von Newman e Oskar Morgenstern a partir da matemática pura, limitava-se aos jogos de informação completa.¹⁴³⁹ O problema da assimetria de informação na teoria dos jogos foi abordado pioneiramente por Harrold W. Kuhn. Segundo o matemático húngaro, a completude de informação se refere ao desconhecimento da regra do jogo pelos agentes.¹⁴⁴⁰

Harsanyi utiliza a ferramenta de Kuhn, ou seja, o uso da apresentação extensiva da árvore de decisão para diferenciar as duas etapas de solução dos jogos de informação incompleta. A primeira etapa cuida de transformar o jogo de informação incompleta em jogo de informação imperfeita, através do artifício do jogador observador (“natureza”) a quem se atribui a primeira escolha hipotética, através de escolhas aleatórias com distribuição prévia de probabilidades. Diante deste pressuposto teórico, temos que:

- *Probabilidade de estratégia mista (“P”)*: a estratégia mista é uma distribuição de probabilidades com valor entre 0 e 1 e a soma delas terá de resultar sempre em 1; logo $P_1 = (q, 1-q)$ e $P_2 = (r, 1-r)$, sendo que $0 < q < 1$ é a representação da estratégia mista provável de “gastar” ou “não gastar” do *Jogador 1*, enquanto $0 < r < 1$ é a representação da estratégia mista provável de “gastar” ou “não gastar” do *Jogador 2*. Por outro lado, $q=1$ ou $r=1$ e $q=0$ ou $r=0$ representam estratégias puras de escolha de “gastar” ou “não gastar”.
- *Pay off esperado ou valor esperado (“V”)*: dado que a variável é aleatória, o *pay off esperado* é o valor médio da variável, ponderado pelas suas probabilidades;¹⁴⁴¹

¹⁴³⁸ “[...] our approach will basically amount to replacing a game G involving incomplete information, by a new game G^* which involves complete but imperfect information, yet which is, as we shall argue, essentially equivalent to G from a game-theoretical point of view” (HARSANYI, John C. *Papers in Game Theory* cit., p. 122).

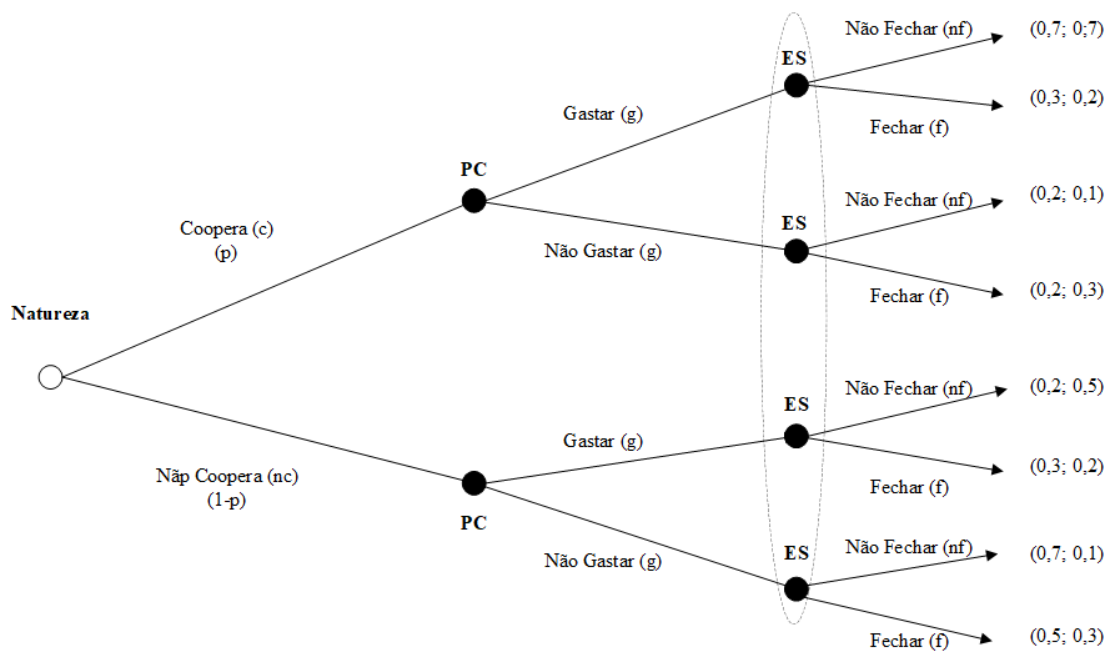
¹⁴³⁹ “We can picture by this device a sequence of partitions [...] where each one is a subpartition of its immediate predecessor. [...] Configurations of this type have been studied in mathematics, and are known as *trees*” (*The theory of games and economic behavior*. 4. ed. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 66, grifos do original).

¹⁴⁴⁰ Cf. KUHN, Harold. Extensive games and the problem of information. In: KUHN, Harold; TUCKER, Albert W. (ed.). *Contributions to the Theory of Games*. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 193-194.

¹⁴⁴¹ Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos* cit., p. 271.

- Aplicando a primeira etapa do método de Harsanyi, podemos representar o jogo proposto em formato gráfico de árvore de decisão, com a “natureza”, em nó aberto (“o”), visto que se trata de um jogador hipotético, dando o primeiro lance e simulando as probabilidades das reputações “cooperação” e não cooperação”, que tanto o *poder central*, quanto os *entes subnacionais*, não conseguem antever no comportamento alheio. As demais estratégias seguem o modelo proposto na representação matricial do Quadro 4. Vejamos, portanto, a Figura 5:

Figura 5 – Jogo sequencial de informação incompleta em árvore de decisão



A interpretação da representação gráfica da árvore de sucessivas opções decisórias binárias da Figura 5, utilizando o método de Harsanyi, leva a algumas conclusões importantes:

- a “natureza” representa a probabilidade da díade reputacional “cooperação” (p) ou “não cooperação” ($1-p$) do *poder central*. Diante disso, as decisões do Jogador “ES” viram probabilidades da função do *agir cooperativo* ou do *não agir cooperativo* do Jogador “PC”;
- o Jogador “PC”, portanto, já sabe qual é a característica da interrelação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo quando decide “gastar” ou “não gastar”, de modo que o nó de decisão respectivo é inapto para formar um conjunto de decisão específico;
- os nós do conjunto decisório formado pelo Jogador “ES”, por outro lado, são uniformes, haja vista o total desconhecimento da decisão da etapa anterior. É o ponto ideal para se formar o conjunto de decisões de eliminação das decisões estritamente dominadas;

- Vejamos então uma matriz de *pay off*, em que S_1 representa o conjunto de estratégias do Jogador “PC”, ou seja, {gastar; não gastar} e suas respectivas combinações; $V_1 \rightarrow S_2 = \{nf\}$ representa o *pay off esperado* do Jogador “PC”, quando a estratégia adotada pelo Jogador “ES” for “não fechar”; $V_1 \rightarrow S_2 = \{f\}$, por sua vez, representa o *pay off esperado* do Jogador “PC”, quando a estratégia adotada pelo Jogador “ES” for “fechar”. Desta forma, a primeira variável da equação de cada célula é dada pelo Quadro 5, quando o Jogador “PC” “coopera” e “gasta”; e quando o Jogador “PC” “não coopera” e “gasta”. E assim sucessivamente:

Quadro 5 – Terceira matriz de *payoff* do jogo sequencial de informação incompleta

PC (Poder Central)	Entes Subnacionais (ES)	
	Não fecha (Nf)	Fecha (F)
g, g	(0,2+0,5p); (0,5+2p)	0,3; 0,2
g, ng	0,7; (0,1+6p)	(0,5-0,2p); (0,3-0,1p)
ng, g	0,2; (0,5-0,4p)	(0,3-0,1p); (0,2+0,1p)
ng, ng	(0,7-0,5p); 0,1	(0,5-0,3p); 0,3

- A matriz de *pay off* a seguir representa a *forma estratégica bayesiana* do jogo sequencial de informação incompleta entre as incertezas do poder central e as providências dos entes subnacionais diante de uma crise sanitária que, nas palavras de Fernando Facury Scaff e Luma Scaff é marcada “pela complementariedade entre finanças e saúde, entre economia e a vida”,¹⁴⁴²
- A segunda etapa do modelo de Harsanyi, ou seja, a interpretação do *Equilíbrio de Nash Bayesiano*, nesta hipótese, irá gerar uma série de conclusões empíricas importantes sobre a distância entre o conceitual *ambiente institucional* federativo brasileiro e a real atuação competitiva do *arranjo institucional*. Considerando que $p=50\%$, isto é, que em tese haveria 50% de o Jogador “PC” “cooperar” ou “não cooperar”, temos que:

Quadro 6 – Quarta matriz de *payoff* do jogo sequencial de informação incompleta

PC (Poder Central)	Entes Subnacionais (ES)	
	Não fecha (Nf)	Fecha (F)
g, g	0,45 ; 1,5	0,3; 0,2
g, ng	0,7 ; 3,1	0,4; 0,05
ng, g	0,2; 0,3	0,25; 0,25

¹⁴⁴² Cf. SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência e a Emenda Constitucional 106/2020. O orçamento de guerra. In: MENDES, G. F.; SANTANA, H. L. S., et al. (coord.). *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 215.

ng, ng	0,45; 0,1	0,35; 0,3
--------	-----------	-----------

O *equilíbrio de Nash bayesiano* nesta matriz de resultado de jogo agora simultâneo, de informação completa e perfeita, pode ser encontrado aplicando o método da *eliminação iterativa de decisões estritamente dominadas*.¹⁴⁴³ Considerando que a eliminação das estratégias dominadas, o *Equilíbrio de Nash bayesiano* ocorre na estratégia {(g; ng); nf}, ou seja, considerando que os entes subnacionais não conhecem a reputação cooperativa do poder central, a abertura de 40% da economia local é o resultado que apresenta a maximização dos *pay off* dos *Jogadores*, dada a incerteza mútua sobre as estratégias e suas probabilidades.

Este resultado, nos permite descrever algumas conclusões interessante: (i) o *pay off* referente ao *Equilíbrio de Nash Bayesiano* representa o maior gasto percentual do *poder central* (70%), com uma efetividade média da parcela de abertura da economia (40%); (ii) se houvesse cooperação desde o início, poderíamos chegar ao resultado Pareto-superior de 25% de gasto contra uma abertura potencialmente total da economia, na estratégia {(ng; g); f}.

Este é o cenário que vemos na prática. Gastos vultosos e poucos efetivos, diante da falta de previsibilidade, planejamento e, sobretudo, diante da falta de cooperação entre integrantes do *arranjo institucional*, ainda que regras expressas do *ambiente institucional* federativo preveja a cooperação e com uma decisão de autoridade central, no caso do Poder Judiciário, impondo a cooperação.

A configuração de *jogos sequenciais de informação incompleta* no *arranjo institucional* será sempre pior do que o *Equilíbrio de Nash Bayesiano* e, por via de consequência, bem distante da desejável eficiência Pareto-superior.

A descoordenação política e institucional em meio a crises econômicas cíclicas torna a sua repercussão social mais aguda. No caso dos riscos inerentes à modernidade, como a crise pandêmica atual, as repercussões na sociedade são dramáticas. A visão crítica de Carlo Bordoni contextualiza a situação de crise como uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada para toda sorte de acontecimentos adversos.¹⁴⁴⁴ A *estratégia* nos mostra que normalmente as reações competitivas e a falta de cooperação institucional são o nome e o sobrenome da responsabilidade social.

¹⁴⁴³ Cf. HARSANYI, John C. *Papers in Game Theory* cit., p. 21.

¹⁴⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise* cit., p. 9.

O direito constitucional financeiro, ao adotar a *estratégia* de indução da cooperação por *reciprocidade*, por exemplo, torna-se, acima de tudo, *substantivo* em sua essência metodológica. A tomada de decisões financeiras pode se dar em sequência cooperativa, de modo que a busca contínua por uma matriz de resultados que se aproxime do ideal de efetivação dos direitos fundamentais representa uma possibilidade de superação de utopias teóricas abstratas, para perseguir perspectivas, senão ideais, ao menos aceitáveis de eficácia social.

5.4 A autoridade central no jogo federativo competitivo: o DCFE e o terceiro *lock in* em *path dependence* na trajetória do direito constitucional financeiro

5.4.1 O federalismo fiscal brasileiro entre a estrutura da responsabilidade fiscal e a conjuntura da política de bailout

Escolher, para Cass Sunstein, é sempre um extraordinário benefício, uma espécie de benção. Pode ser, porém, uma maldição.¹⁴⁴⁵ Quando entes e Poderes, na feliz expressão de Richard Thaler e Sunstein, os “arquitetos da escolha”¹⁴⁴⁶ do poder estatal, induzem decisões *competitivas*, seja por meio de atos normativos, decisões administrativas, judiciais ou, até mesmo, exemplos negociais, estimulam comportamentos egoístas e afastam-se do que Heleno Torres chama de projeto de unidade do federalismo cooperativo.¹⁴⁴⁷

A compatibilidade estímulo-resposta (*stimulus response compatibility*), inicialmente concebida em 1953, pelos norte-americanos Paul M. Fitts e Charles M. Seeger, para demonstrar as influências psicológicas do estímulo em respostas motoras,¹⁴⁴⁸ hoje é largamente utilizada, por exemplo, pela economia comportamental e pela teoria dos jogos para induzir o comportamento altruísta dos tomadores de decisões políticas, através de *situações estratégicas de reciprocidade* que inibem o comportamento egoísta e estimulam a cooperação.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁵ “Choice is often an extraordinary benefit, a kind of blessing, but it can also be an immense burden, a kind of a curse” (*Choosing not to choose: understanding the value of choice* cit., p. ix).

¹⁴⁴⁶ “A choice architect has the responsibility for organizing the context in which people make decisions.” In: *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness* cit., p. 3.

¹⁴⁴⁷ Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira* cit., p. 305.

¹⁴⁴⁸ FITTS, Paul M.; SEEGER, Charles. M. FITTS, Paul M.; SEEGER, Charles M. SR compatibility: spatial characteristics of stimulus and response codes. *Journal of Experimental Psychology*, v. 46, n° 3, p. 199, 1953. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/h0062827>. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹⁴⁴⁹ “A fundamental strategic concept in attaining these objectives is that of reciprocity. Cooperation in world politics seems to be attained best not by providing benefits unilaterally to others, but by conditional

As decisões federativas, por opções que se alastram ao longo do texto da Constituição de 1988, devem ter como pressuposto uma regra-padrão (*default rule*), seja ela normativa, interpretativa ou negocial, concebida pela arquitetura da escolha democrática para irradiar ou, até mesmo, impor (*required choice* ou *mandated choice*),¹⁴⁵⁰ estímulos constantes em direção à *cooperação* no ambiente federativo.

O projeto de unidade do federalismo cooperativo brasileiro não comporta os *momentos contraditórios* entre a *coesão* e o *particularismo*, aos quais se referem Manuel García-Pelayo. A *unidade dialética*, ínsita à existência e à permanência de um modelo de Estado Federal, ainda que constitucionalmente previsto, decorre do que ele denomina de *fatores extraconstitucionais*, sejam eles geográficos, econômicos, sociais ou culturais.¹⁴⁵¹

No jogo federativo, a competição estimula a dualidade egoísta e reacende as diferenças entre os desejos do ente central e os desejos dos entes periféricos, enquanto a *cooperação* tende a pacificar conflitos, decorrentes dos *fatores extraconstitucionais*, em prol de um projeto de unidade federativa. Nos desafios institucional e político do multipartidarismo, a competição pelo poder vem do Império e atravessa as Repúblicas. As “minorias numerosas”¹⁴⁵² são o resultado deste processo competitivo crescente pela influência institucional e política.

Heather Gerken, em obra de grande repercussão,¹⁴⁵³ revisita os debates acadêmicos sobre as formas do federalismo. Com forte conotação crítica, descreve um jogo federativo

cooperation” (AXELROD, Robert; O. Keohane. Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions. *World Politics*. v. 38, nº 1. Oct., 1985. p. 249).

¹⁴⁵⁰ “We have emphasized that default rules are inevitable—that private institutions and the legal system cannot avoid choosing them. In some cases, though not all, there is an important qualification to this claim. The choice architect can force the choosers to make their own choice. We call this approach ‘required choice’ or ‘mandated choice’” (THALER, Richard M., SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness* cit., p. 86).

¹⁴⁵¹ “Ante todo, se nos aparece como la unidad dialéctica de dos tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad. Por consiguiente el contenido y las posibilidades de esta síntesis van a depender de la intensidad de cada una de dichas tendencias. [...] De este modo, supuesto de la existencia y permanencia del Estado Federal es la presencia de esos momentos contradictorios: la cohesión y el particularismo, los cuales dependen de una serie de factores extraconstitucionales de índole natural, económica, social, etc.” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993. p. 218).

¹⁴⁵² “O federalismo consolidou-se como um dos traços mais duráveis da nossa vida política. E isso teve consequências políticas e institucionais importantes. Somos uma sociedade heterogênea, e isso estimula a emergência do multipartidarismo. O federalismo criou as condições para a formação de grupos políticos competindo pelo controle do poder estatal. Esses grupos passaram a ter poder e influência decisiva em plano nacional. Na Câmara, as maiores bancadas estaduais exercem relativo poder de veto na defesa dos seus interesses. Um dinâmica que nasceu no Império, e permaneceu em todas as repúblicas com relativa ampliação do condomínio do poder pela entrada de outros estados mais populosos, elevados ao primeiro plano das ‘minorias numerosas’” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão. Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 17).

¹⁴⁵³ Ver seção 3.4.1.2, *supra*.

amplamente dividido no campo acadêmico. Entre os grupos antagônicos, destaca: (i) os defensores da soberania estatal central, e os que focam na autonomia dos entes subnacionais; (ii) os que defendem relações formais, com uma estrutura de proteção jurisdicional forte contra invasores do estado federal, e os que entendem que as relações informais próprias do processo político são ideais no ambiente federativo; e, por fim, (iii) aqueles favoráveis a um federalismo cooperativo, e a sua contraparte, ou seja, os que defendem que regimes cooperativos não podem sequer serem chamados de federalistas.¹⁴⁵⁴

Entre os múltiplos modelos contidos no federalismo, Gerken sustenta que, embora saudável, o pluralismo não pode ser arena para disputas etéreas de dominação de uma forma sobre a outra. Seria importante para a doutrina federalista, portanto, a constatação de que há teorias e formas de federalismo e não há possibilidade jurídica, política ou institucional para se impor uma única teoria ou uma única forma, capaz de atingir os fins que o federalismo promove.¹⁴⁵⁵ Segundo Gerken, a doutrina federalista, ao continuar a estimular debates cansados sobre soberania e processos federalistas, deixa de lado as relações cooperativas entre ente central e entes subnacionais, que ficam sem as ferramentas necessárias para a regulamentação e a execução de políticas públicas no ambiente federal.¹⁴⁵⁶

Diante de posições doutrinárias múltiplas e antagônicas, Gerken defende, com razão, que o federalismo precisa, antes de tudo, ser entendido, não como um objeto de debates acadêmicos entre modelos teóricos divergentes, todos com sua pretensão individual de impor soluções abstratas próprias, mas “como uma forma de encontrar o equilíbrio correto entre

¹⁴⁵⁴ Cf. *Our federalism(s) cit.*, p. 1550.

¹⁴⁵⁵ “Federalism debates have long proceeded on the assumption that we require one theory to rule them all. The premise is questionable, and the results have been at least mildly disappointing. Although we have certainly had a full vetting of some issues in constitutional theory, we have missed too much. Because scholarship has proceeded on the assumption that different forms of state power are substitutes for one another, we have not thought hard enough about the ways in which they might be complements. Because scholars have focused so heavily on state sovereignty and autonomy, we have missed the many ways in which the states' roles as servants can serve the overarching goals of federalism. Because debates about federalisms have been pitched as contests between different theories, we have not paid sufficient attention to the context in which one account or another is most likely to succeed” (Idem, p. 1573).

¹⁴⁵⁶ “The dominance of the sovereignty and process federalism accounts—both of which endorse a markedly similar view of state power—has led constitutional theory to neglect the huge swaths of federalism in which the states and federal government regulate together, with the states carrying out national policy. At present, constitutional theory lacks the tools necessary to analyze these cooperative federal regimes. But although there is a great deal of room to write in these areas, scholars continue to rehearse the same, tired debates over sovereignty and process federalism that have dominated the field for decades” (Idem, p. 1551).

diferentes tipos de arranjos institucionais.”¹⁴⁵⁷ A *realidade constitucional* se sobrepõe, dando ao pacto federativo contornos de um conflito inconveniente entre a *soberania centralizadora* e *autonomia cooperativa*, ou, na expressão de Gerken, entre os “campeões da soberania” (*champions of sovereignty*) e o “poder dos servos” (*power of the servant*), respectivamente.¹⁴⁵⁸

Entre todas as construções teóricas, a sobreposição entre soberania e autonomia por certo não é vocação da forma federalista. Paulo Bonavides destaca que do ponto de vista doutrinário, a pluralidade de ideias determina de alguma maneira “a gênese e o caráter das instituições que nos governam”. Com base em Woodrow Wilson, afirma que a essência da federação, “do velho ao novo federalismo”, é permitir “a coexistência do governo geral com o governo das organizações participantes em esferas distintas, coordenadas e independentes”.¹⁴⁵⁹

Na *dupla soberania* de Tocqueville, ou no *terceiro termo*¹⁴⁶⁰ de Girke, Kelsen e Haenel, por exemplo, o estado federal, ora pendendo para a descentralização, ora para a centralização, “repousa sobre uma harmonização entre a unidade e a tendência da diversidade, de modo que a acentuação dos poderes e da Federação sobre os Estados e de estes sobre aquela, é função da relação entre ambas as tendências”.¹⁴⁶¹

Apesar de uma imprecisão conceitual inicial em relação ao modelo da Constituição norte-americana dificultar a identificação de uma unidade federal entre os modelos da Confederação e do Estado unitário,¹⁴⁶² a evolução do conceito de federalismo demonstrou que a diferença entre o Estado unitário e o Estado federal é somente uma questão de grau e não de

¹⁴⁵⁷ No original: “Federalism debates are best understood not as disagreements over which model to choose but as disputes over how to strike the right balance between different types of institutional arrangements” (Our federalism(s) cit., p. 1552).

¹⁴⁵⁸ “As a general matter, though, champions of sovereignty believe that federalism will succeed only if states enjoy the power to rule without interference in a policymaking domain of their own. They thus typically imagine the state and federal governments occupying separate regulatory spheres, with the state setting its own policies separate and apart from the center. Proponents of sovereignty also believe that courts ought to take a formal role in protecting these regulatory spheres. Sovereignty's main opponents are the process federalists. They argue that federalism depends on preserving the de facto autonomy of the states, not the de jure autonomy afforded by sovereignty” (Idem, p. 1553-1554).

¹⁴⁵⁹ Cf. *Teoria geral do estado* cit., p. 204-207.

¹⁴⁶⁰ Expressão de Manuel García-Pelayo. In. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 227.

¹⁴⁶¹ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado* cit., p. 219.

¹⁴⁶² “Dada la imprecisión jurídico-política con que nace el Estado Federal como forma híbrida entre la Confederación y el Estado Unitario ; dados los intereses de índole espiritual y material que entran en juego y a los que hemos aludido anteriormente; dada la novedad de la organización e incluso la heterogeneidad de sus manifestaciones positivas, y dado, en fin, el formalismo con que opera la ciencia jurídico-política hasta la primera guerra mundial, es lógico que se hayan producido una serie de teorías contrapuestas para explicar la naturaleza jurídica del Estado Federal” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado* cit., p. 220).

natureza, como sustenta Georges Burdeau.¹⁴⁶³ A norma constitucional dita a natureza do poder político em ambos os casos, de modo que a Constituição Federal é a estruturação jurídico-política do Estado federal. José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta o papel constitucional na organização do poder, de modo que cabe à Constituição federal a imposição de uma relação de subordinação e coordenação, através da repartição de competências estatais, de modo a evitar a superposição entre órgãos e entre a soberania e a autonomia.¹⁴⁶⁴

A evolução doutrinária do federalismo brasileiro não é diferente. A forma de estado federalista se consolidou no Brasil a reboque de outras grandes inovações organizacionais da Primeira República. O Decreto nº 01/1889 proclamou a República, transformou províncias em Estados e inaugurou formalmente a forma de estado federativa brasileira, ainda que a monarquia federalista e os argumentos de interesse geral e proteção da unidade nacional seduzissem os centralizadores.¹⁴⁶⁵

A Constituição de 1891, portanto, nasceu com viés federalista, mas conviveu com extremos centralizadores. Como relata Raymundo Faoro, o novo texto constitucional sofreu diversas contestações acerca da titularidade efetiva do poder estatal.¹⁴⁶⁶ República e federação encontraram uma sociedade acostumada com a tradição monárquica. Raul Machado Horta ressalta a falta de sintonia das inovações constitucionais com a realidade constitucional: “o período inaugural do federalismo brasileiro, que obedeceu ao comando normativo da Constituição Federal de 1891, reflete a presença de contrastes, denunciando conflitos entre a norma constitucional e a realidade social”.¹⁴⁶⁷

O Estado Social influenciou diretamente na forma do estado federalista. No Brasil, especificamente, a solidariedade federativa¹⁴⁶⁸ foi institucionalizada e internalizada na

¹⁴⁶³ Cf. *Curso de direito constitucional* cit., p. 79.

¹⁴⁶⁴ Cf. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 47.

¹⁴⁶⁵ Para uma contextualização histórica do momento político, por todos, ver: COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. centralização e federalismo no Brasil – 1822-1866*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2008.

¹⁴⁶⁶ “A Constituição de 1891, com o centro na organização federal, coração da República, na conhecida fórmula de Campos Sales, “a essência do regime, a substância, a carne e o sangue”, na palavra de Pinheiro Machado, sofreu muitas contestações. No cerne das suas dúvidas, tecidas no curso de trinta anos, e projetadas para um futuro mais longo, não se vislumbra apenas a perspectiva jurídica, senão o magno problema do poder e de determinação de seus titulares” (*Os donos do poder* cit., p. 517).

¹⁴⁶⁷ Cf. HORTA, Raul Machado. Tendências do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, v.3, nº 9, p. 7, jul./set., 1969.

¹⁴⁶⁸ “De acordo com a Constituição, o princípio da solidariedade exige o estabelecimento do equilíbrio econômico socialmente adequado e justo entre as várias regiões. A Constituição estabelece a interdependência entre o direito à autonomia e o princípio da solidariedade, ou seja, segundo González Encinar, autonomia e

Constituição de 1988, como objetivo fundamental da República de modo a combater diferenças socioeconômicas profundas.¹⁴⁶⁹ Os estados federais, diante de realidades diversas e deficiências agudas, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, precisam ser fortes para serem legítimos. Dessarte, importa dizer que a organização do estado não pode “prescindir de acatamento e respeito às desigualdades regionais”.¹⁴⁷⁰

O federalismo cooperativo no *ambiente institucional* constitucional brasileiro não é um objetivo sedutor, aberto a debates e composições doutrinárias. Ao revés, é escolha constitucional legítima.¹⁴⁷¹ Ademais, sendo o combate às desigualdades sociais e regionais um objetivo republicano fundamental do Estado brasileiro, a cooperação e a solidariedade se irradiam nas interrelações centro-periferia.

Neste ponto específico, ou seja, no *arranjo institucional* do federalismo fiscal é que reside a maior *dissimetria* nas relações federativas.¹⁴⁷² O *ambiente institucional* constitucional ao internalizar a solidariedade a cooperação como destaques do federalismo brasileiro vai ao encontro da *realidade constitucional*, inserida em país de vasto território e grandes desigualdades regionais. O *arranjo institucional*, portanto, deveria identificar *pontos de referência* que reverberassem cooperação e solidariedade federativas em cada *ato-unidade* representante de escolhas e decisões políticas.

A constância do arranjo das instituições de poder no constitucionalismo pressupõe a consciência social permanente de integridade e de veracidade do poder estatal.¹⁴⁷³ É um processo, e não um momento. A força que se extrai da ideologia fundante da Constituição se insere em um processo dinâmico de identificação social contínua dos valores internalizados e

solidariedade são as duas faces da mesma moeda” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estados e Constituição* cit., p. 242).

¹⁴⁶⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

¹⁴⁷⁰ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p. 257.

¹⁴⁷¹ A sede constitucional do federalismo cooperativo é o art. 23 e seu parágrafo único. “Art. 23 [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* cit.). No mesmo sentido, ver: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil* cit., p. 250-253; BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estados e Constituição* cit., p. 154.

¹⁴⁷² Cf. FURTADO, Celso. A federação por fazer cit., p. 39. O tema foi explorado na seção 1.4, supra.

¹⁴⁷³ “[...] the theory’s constitutional constancy is the result not of its innate ideological veracity but rather of its continued identification with a series of distinct institutional values which, in themselves, deserve support. [...] Constitutionalism’s political utility therefore derives from the extent to which it supports the existence of a unitary sense of social consciousness” (CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers. A theory for the modern state* cit., p. 2/5).

institucionalizados pelo sistema constitucional, como vimos em Parsons.¹⁴⁷⁴ Manter esta constância, sobretudo diante da força dos *fatores extraconstitucionais*, não é tarefa fácil.

No federalismo fiscal brasileiro, a questão se agrava. A quantidade de Municípios, sem capacidade de geração de receita própria e dependentes de transferências do ente central, desvirtua o modelo de financiamento descentralizado. O pacto federativo fiscal foi extremamente desigual com os Estados-membro e seus fluxos comerciais desiguais. Os mecanismos constitucionais de compensação, como o Fundo de Participação dos Estados e o Fundo de Participação dos Municípios, mostraram-se na prática instrumentos a favor da centralização e da politização.¹⁴⁷⁵

As tendências concentradoras, portanto, influenciam diretamente o jogo federativo financeiro. A unidade central do federalismo, para a qual os poderes convergem, carrega para si, como bem sustenta Heleno Torres, “a responsabilidade pelo financiamento de entes periféricos, pelo princípio da cooperação mútua”, por ele denominado “financiamento centrífugo”.¹⁴⁷⁶

A visão do federalismo cooperativo de Gerken, portanto, adequa-se às desigualdades próprias de um Estado federal geograficamente relevante e historicamente desigual: o poder do Estado passa a depender da integração e da interdependência, acima da autonomia e da independência. Fazendo uma correlação com o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro, ao qual se refere Heleno Torres, entes e Poderes, na arquitetura da escolha democrática, precisam ser, respectivamente, autônomos e independentes, porém, cada vez mais, harmônicos entre si.

No ambiente da democracia de negociação, o isolamento institucional é uma anomalia. O conflito, por sua vez, faz com que o tomador de decisão enfrente o problema posto com informações incompletas e assimétricas. A convergência de poder no ente central o converte, como adverte Nazaré da Costa Cabral com base na teoria dos jogos, em jogador líder, ou

¹⁴⁷⁴ Ver seção 4.3.1, *supra*.

¹⁴⁷⁵ Um exemplo interessante de reação à politização foi a edição da Circular BACEN nº 3.877, de 8 de fevereiro de 2018, tornando mais rigorosa a regulação técnica sobre a avaliação dos critérios de riscos objetivos dos empréstimos feitos por instituições financeiras a entes subnacionais com garantia de FPE e FPM. Apesar de inadimplência ser baixa (na época, em dados do próprio Bacen, em torno de 0,01%), a medida visava a interferência política em bancos controlados pelo Poder público. Foi também uma reação à forte judicialização promovida pelos entes para impedir a execução das garantias, pós-2014.

¹⁴⁷⁶ Cf. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro cit., p. 26.

primeiro jogador, enquanto os entes nacionais assumem a posição de segundo jogador, adaptando-se “as decisões por aquele anunciadas”.¹⁴⁷⁷

O jogo federalista da *coesão* e do *particularismo* das “minorias numerosas” que dominam os entes desejanteros e o jogo republicano da *judicialização da política*,¹⁴⁷⁸ do *presidencialismo de coalizão* e dos *políticos de carreira*,¹⁴⁷⁹ que caracterizam os Poderes desejanteros, presos na pseudo inércia da *arquitetura das escolhas do Momento Montesquieu*,¹⁴⁸⁰ podem se valer da *situação estratégica* para induzir a cooperação entre as instituições de poder, com vistas a promover *sustentabilidade constitucional*.

Neste cenário abstruso e desafiador, o arcabouço teórico do DCFE não pode ignorar o forte componente político. A atividade financeira do Estado depende de parâmetros estabelecidos pela condução da política fiscal macroeconômica. Ao lado dos aspectos transcendentais, a faceta política da atividade financeira estatal se destaca no Estado Democrático de Direito.¹⁴⁸¹ Interpretações que isolam a política fiscal em prol do dirigismo da Constituição de 1988, através de soluções instrumentais a cargo do Poder Judiciário investido no papel do *republicanismo dos heróis mascarados*,¹⁴⁸² resultam em um duplo fracasso. *A uma*, impedem a representação plena com falhas contramajoritárias apontadas pela própria literatura norte-americana de expressão do berço do *judicial review*, como visto no Capítulo 3. *A duas*, não impede a competição.

No federalismo fiscal brasileiro, porém, não é só o Poder Judiciário que estimula a *coesão* e afasta as decisões institucionais da política. Como visto ao longo do Capítulo 1, o renascimento da eficácia social do direito financeiro trouxe para o *arranjo institucional* brasileiro, notadamente na seara fiscal, uma *autoridade central de fato*, que surge diante da

¹⁴⁷⁷ Cf. *A teoria do federalismo financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 248-249.

¹⁴⁷⁸ Ver seção 3.4.1, *supra*.

¹⁴⁷⁹ Expressão usada por Gaston Jèze para se referir às vicissitudes do Estado Moderno francês, no final da década de 1920. Infelizmente, ainda se aplica à administração pública brasileira contemporânea. “Dans les démocraties modernes, l’administration doit jouer un rôle capital: les agents publics représentent les techniciens à côté des gouvernants *amateurs non techniciens*. [...] Le produit le plus certain de la démocratie est le politicien avide, sans scrupules, brouillon, désorganisateur des services publics. La carrière politique attire les arrivistes qui, désespérant de se faire une situation par leur travail et leur valeur personnelle, s’efforcent de conquérir la faveur d’un collègue électoral” (*Cours de droit public*. Paris: Marcel Giard, 1929. p. 2/8).

¹⁴⁸⁰ Ver seção 3.4.1, *supra*.

¹⁴⁸¹ Ver seção 2.1, *supra*.

¹⁴⁸² Cf. SARMENTO, Daniel. *República, inclusão e Constitucionalismo*. *Escritos constitucionais* cit., p. 24.

necessidade de controle dos gastos subnacionais, envolvidos na cultura dos ciclos políticos oportunistas.

O fim do “imposto inflacionário”, os *bailouts* com contrapartidas fiscais e o Programa de Estabilidade Fiscal de 1998, muito por conta da juventude do modelo da Constituição de 1988 de federalismo fiscal brasileiro, baseou-se na figura de um órgão central forte. A Secretaria do Tesouro Nacional, no início da estabilização econômica, tornou-se a fiadora de fato da política fiscal contracionista dos gastos públicos e exerceu um papel fundamental no controle dos gastos públicos, tanto federais, como, principalmente, subnacionais.

O advento da Lei de Responsabilidade Fiscal pretendeu transformar a realidade conjuntural do *bailout* em parâmetros normativos estruturais de responsabilidade fiscal. A política de *bailout*, ou seja, o constante resgate pelo poder central de entes subnacionais em dificuldades financeiras, atinge diretamente a credibilidade da responsabilidade fiscal.¹⁴⁸³ A reputação do federalismo fiscal não pode ser refém do jogo político dinâmico de trocas entre centro e periferia, típicas do ciclo político-eleitoral oportunista.¹⁴⁸⁴

Entre os modelos que buscam estudar a influência do *bailout* no equilíbrio do federalismo fiscal, o professor da Universidade de Stanford, Jonathan A. Rodden, traz elementos que se aproximam das distorções verificadas no federalismo brasileiro.

Rodden, inclusive, parte de duas grandes análises concretas para chegar ao seu modelo de jogo federativo de *bailout*. Neste contexto, optou pelo modelo alemão do pós-guerra, um modelo reputacional bem-sucedido em conferir certeza e segurança aos seus cidadãos quanto à condução da política fiscal. E outro modelo em que a incerteza prevalecia, dentro de um cenário

¹⁴⁸³ Os programas de bailout ou resgates financeiros de entes subnacionais pelo ente central comportam uma discussão interessante na literatura econômica no que diz respeito à eficiência do federalismo fiscal. Autores tradicionais como Charles Tibeout (*A pure theory of local expenditures. Journal of Political Economy*, v. 64, nº 5, p. 416-424, 1956), Richard Musgrave (*The theory of public finance: a study in public economy cit.*) e Wallace Oates (*Fiscal federalism*. New York, Harcourt-Brace-Jocanovich, 1972) destacam os efeitos positivos da descentralização, principalmente para a eficiência alocativa, ou seja, o atendimento de serviços e bens públicos para a população, cujas necessidades se expressam em âmbito local. Por outro lado, defende-se que os governos subnacionais tendem a gastar mais e a gastar com menos eficiência, de forma que a institucionalização do *bailout* reflete, em última análise, a ineficiência da descentralização promovida pelo federalismo fiscal. Por todos, vide: VELASCO, Andres. *Debts and deficits with fragmented fiscal policymaking*. NBER Cambridge: National Bureau of Economic Research Inc. 1997. (Working Paper nº 6286.)

¹⁴⁸⁴ Sobre o tema, por todos, ver o profundo estudo de: PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido. *Political economics: explaining economic policy*. Cambridge/London: MIT Press, 2002. p. 278-300.

de coalizões políticas excessivas: o modelo brasileiro das décadas de 1980 e 1990, em que os cidadãos não sabiam o que esperar do Estado.

O modelo alemão do pós-guerra, em que empréstimos e *bailouts* se limitavam a decisão técnicas e a estados menores¹⁴⁸⁵ teve a grande vantagem de oferecer clareza, segurança e certeza à população de que não haveria custos coletivos, em caso de irresponsabilidade fiscal.¹⁴⁸⁶ O federalismo fiscal brasileiro das décadas de 1980 e 1990, cujo padrão de indisciplina fiscal se estendia por todos os entes do território nacional, por sua vez, era extremamente politizado, através de um fenômeno por ele identificado como *federalismo fiscal político*, em que as coalizões políticas exercem papel fundamental na liberação de recursos.¹⁴⁸⁷

Antes do advento da LRF, portanto, Rodden chega à conclusão de que, embora o país apresente o modelo mais descentralizado entre os países em desenvolvimento, de forma que os estados e municipalidades chegaram a ser responsáveis por um terço da arrecadação, a gestão macroeconômica da descentralização fiscal enfrentou um contexto severo de desigualdade, fragmentação política e ciclos políticos eleitorais deficitários. Neste cenário de avanços e retrocessos, o Estado brasileiro teve de enfrentar um dos problemas mais graves e resilientes do mundo no que concerne à dívida subnacional.¹⁴⁸⁸

Diante desses modelos extremos, Rodden volta às origens históricas do federalismo para construir uma hipótese teórica de valoração da política de *bailout*. Partindo do *paradoxo do federalismo* de Alexander Hamilton, e através da técnica da teoria da decisão interativa, Rodden desenvolve o jogo da política de *bailout* como um jogo dinâmico, sequencial e de informação incompleta.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁵ “In the German case, only two states received formal bailouts, and these were somewhat depoliticized by the fact that they were mandated by the courts” (*Hamilton’s Paradox. The promise and peril of fiscal federalism cit.*, p. 212).

¹⁴⁸⁶ *Idem*, p. 139.

¹⁴⁸⁷ “The most important reason for the central government’s inability to gain control over state borrowing in the 1980s and ’90s was the responsiveness of both the Chamber of Deputies and the Senate to the interests of state governments. [...] In order to build a winning coalition on any policy issue, it is necessary for the president to make a complicated set of regional payoffs. Brazil’s open-list proportional-representation electoral system perpetuates extreme political individualism and guarantees that parties play a limited role in mobilizing electoral and legislative coalitions at either level of government” (*Idem*, p. 201).

¹⁴⁸⁸ “An examination of Brazil’s experiences since then demonstrates the severity of the challenges for macroeconomic management posed by fiscal decentralization in the context of inequality, political fragmentation, and robust federalism. Above all, Brazil has been forced to deal with one of the most serious and persistent subnational debt problems in the world. [...] Moreover, the Brazilian states also demonstrate a pronounced electoral deficit cycle” (*Hamilton’s Paradox. The promise and peril of fiscal federalism cit.*, p. 188-189).

¹⁴⁸⁹ *Idem*, p. 50-52.

Através de uma releitura da obra de Hamilton e de seu trabalho como Secretário de Tesouro, Rodden identificou uma postura extremamente pessimista a respeito do *federalismo fiscal político*. Em seus escritos, Hamilton deixava transparecer uma aparente ambiguidade entre as promessas e os perigos do federalismo no final do século XVIII, enquanto seu trabalho no governo foi marcado pelo esforço de retirar dos entes subnacionais o poder de se endividar e de tributar, com os quais haviam recentemente sido contemplados. A estas contradições e incoerências acerca da possibilidade de o *federalismo fiscal político* impor real disciplina financeira, Rodden denominou *paradoxo de Hamilton*.¹⁴⁹⁰

O jogo do *bailout* construído por Rodden esclarece alguns aspectos do federalismo fiscal brasileiro, entre ciclos políticos-eleitorais oportunistas, baixa reputação dos líderes políticos de conduzirem um projeto de longo prazo de responsabilidade fiscal e descoordenação entre ente central e entes subnacionais. Em outras palavras, e guardando as devidas proporções históricas, um *paradoxo de Hamilton* na condução por políticas cíclicas de *bailout* no federalismo fiscal brasileiro.

Alguns elementos caracterizam o jogo de *bailout*:

- (i) *informação incompleta*, visto que os entes subnacionais desconhecem a reputação do governo central, ou seja, se ele irá ou não dar alívio fiscal, na eventualidade de uma crise fiscal. Neste caso, duas estratégias são possíveis: {*default*} ou {*bailout*};
- (ii) o jogo representa um choque financeiro de efeitos duradouros, como, por exemplo, a crise alemã do pós-guerra e a crise fiscal brasileira do final da década de 1980 até o início deste século, em que os Estados, além de conviverem com graves problemas internos, enfrentarem choques externos, como visto na seção 1.4.¹⁴⁹¹

¹⁴⁹⁰ “Hamilton and his collaborators drew upon theories of Greek and French philosophers and lessons from previous experience, painting a rich picture of the promise and peril of federalism in the late eighteenth century. [...] In fact, the legacy of Alexander Hamilton is rife with ambiguity and paradox from beginning to end. Hamilton simply did not believe in the wisdom of dividing sovereignty between central and state governments, and most of his writings and actions served the purpose of building ‘such a complete sovereignty in the general Government as will turn all the strong principles and passions’ to its side. As secretary of the treasury, he worked tirelessly to wrest away from the states the power to borrow and tax” (Idem, p. xi-xii).

¹⁴⁹¹ Nas palavras de Rodden: “Brazil has experienced three major state-level debt crises between the late 1980s and 2000. In each of the crisis episodes, the states – already facing precarious fiscal situations with high levels of spending on personnel and interest payments – were pushed into debt-servicing crises by exogenous shocks.

Trata-se de *jogo sequencial de informação incompleta*, como visto no modelo de Harsanyi, na seção 5.4.2, *supra*. Com base no modelo de Rodden do jogo federativo de *bailout* e no método de solução de Harsanyi, portanto, podemos simular a política de *bailout* no período pré-LRF. Imaginemos o seguinte cenário:¹⁴⁹²

- *Jogador 1*: “EC” = Ente central de reputação incerta quanto à responsabilidade fiscal e, por via de consequência, quanto à facilidade que irá ou não promover políticas de *bailout* cíclicas;
- *Jogador 2*: “EM” = *Estado-membro*, vivendo em constante crise fiscal, se valendo de empréstimos e “impostos inflacionários” para conseguir arcar com as despesas básicas obrigatórias, como remuneração dos servidores públicos e serviço da dívida;
- *Conjunto de estratégias do Jogador 1* (“S₁”) será binário: “*default*” (d) ou “*bailout*” (b), a depender de *fatores extraconstitucionais*, como afinidade política entre o governo do *Jogador 2* e a coalizão de governança do *Jogador 1*, a proximidade do ciclo político eleitoral e a pressão da mídia e da opinião pública; logo S₁= {d; b};
- *Conjunto de estratégias do Jogador 2* (“S₂”) novamente será binário: “ajuste” (a) ou “endividamento” (e), diante da sua própria perspectiva quanto ao ciclo político eleitoral e, principalmente, diante da incerteza quanto ao *comportamento* do ente central; logo S₂= {a; e};
- *Funções de payoff* (“U”): novamente considerando que as funções de *pay off* são os resultados possíveis das interações estratégicas entre o *Jogador 1* (EC) e o *Jogador 2* (EM), o governo do Estado-membro pode ter incentivos para promover uma racionalização fiscal logo, ou continuar com a política de gastos populistas e endividamento, de forma que os *payoffs* possíveis são: “promove ajuste” (pa) ou “não promove ajuste” (npa);

In each case, their first reaction was to demand bailouts from the central government, and in each case the federal government responded by taking measures to assume state debts” (*Hamilton’s Paradox*. The promise and peril of fiscal federalism cit., p. 189-190).

¹⁴⁹² Este cenário está descrito na seção 1.4 e foi uma realidade brasileira do final da década de 1980 até o início do século XXI. Após duas décadas de relativo equilíbrio, com a LRF produzindo resultados fiscais sensíveis, o ciclo político eleitoral oportunista de 2014 foi agudo e desequilibrou novamente o cenário fiscal, dando ensejo a um novo ciclo político de *bailout*, como veremos na próxima seção.

- *Interpretação da matriz de payoff*: quanto maior é a reputação do ente central de comprometimento com a responsabilidade fiscal, maior é o incentivo do Estado-membro para promover logo o ajuste fiscal.

Vejamos a matriz matricial, com a atribuição de percentuais hipotéticos:

Quadro 7 – Primeira matriz de *payoff* do jogo do *bailout*

		Estado-membro (EM)	
		Ajuste (a)	Endividamento (e)
Ente central (EC) (responsável)	Default	0,8 / 0,7	0,4 / 0,3
	Bailout	0,2 / 0,1	0,3 / 0,2

- A interpretação da representação matricial demonstra que, quando menor a probabilidade de o *Ente central* dar indicativos de *bailout* (20% de *default*), através de informação completa e perfeita, a *estratégia estritamente dominante* demonstra também a probabilidade de 60% de o *Estado-membro* buscar ajustar suas finanças. Logo, a estratégia {d; aa} representa um *Equilíbrio de Nash puro*. Esta é uma situação eficiente, tanto para o estímulo da economia, quanto para a sustentabilidade financeira. Foi a experiência descrita por Rodden no Estado alemão do pós-guerra, que, ao fim e ao cabo, ocasionou um equilíbrio estável de permanência que possibilitou o desenvolvimento de outros subsistema constitucionais, notadamente a declaração de direitos.

Quadro 8 – Segunda matriz de *payoff* do jogo do *bailout*

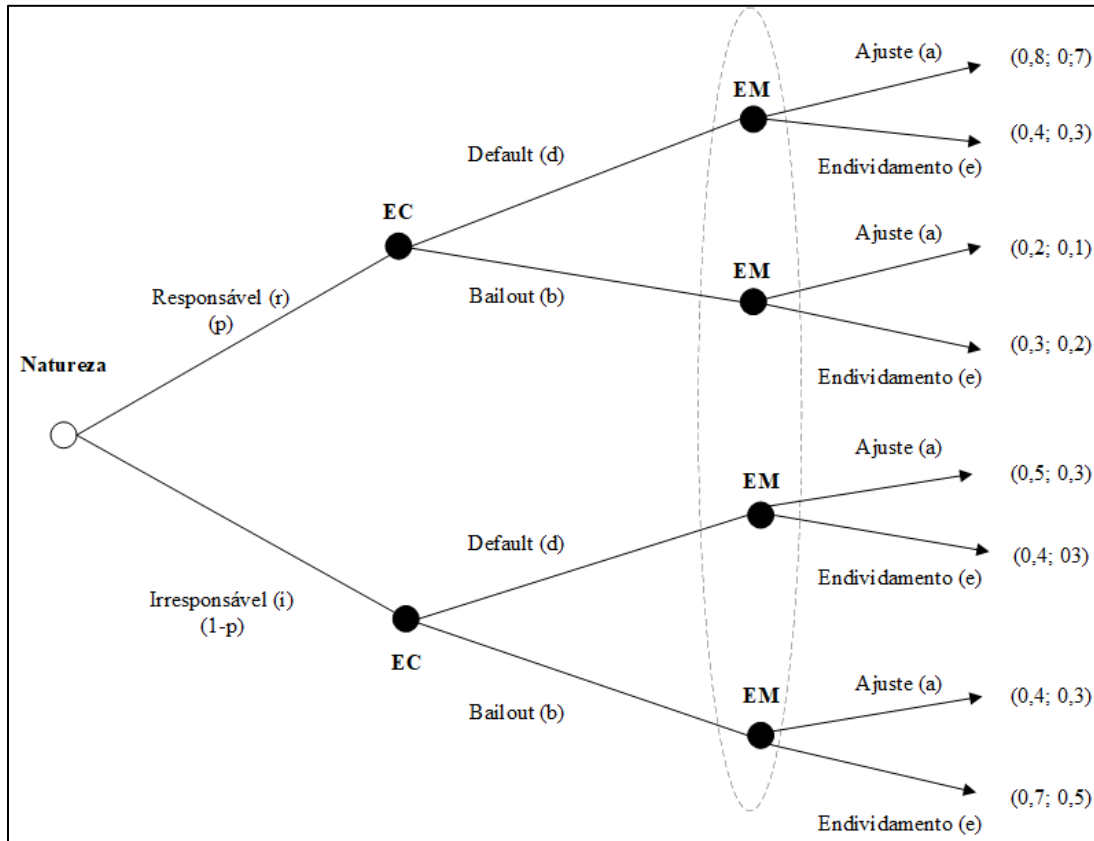
		Estado-membro (EM)	
		Ajuste (a)	Endividamento (e)
Ente Central (EC) (irresponsável)	default	0,5 / 0,3	0,4 / 0,3
	bailout	0,4 / 0,3	0,7 / 0,5

- Por outro lado, quando a reputação do *Ente central* é nebulosa, há um jogo de informação incompleta. Considerando um histórico de captura político-eleitoral oportunista, o *Ente central* age de forma inconstante ao sabor de políticas que produzam um bem-estar instantâneo e pouco estrutural. Com isso, o incentivo do Estado-membro de seguir no mesmo caminho é enorme. Ao aumentar indícios de *bailout* (70%), a reputação do ente central mostra ao Estado-membro que os gastos

oportunistas podem substituir o ajuste fiscal imediato. Rodden demonstra ter sido este o caminho escolhido pela federação brasileira nas décadas de 1980 e 1990 e que, de uma certa forma, voltou a se repetir pós-crise de 2014.

Vejam os a hipótese extensa:

Figura 6 – Jogo Sequencial (*bailout* ou *default*) de informação incompleta em árvore de decisão



- a “natureza” representa a incerteza reputacional entre “responsabilidade” (r) ou a “irresponsabilidade” ($1-p$) do *Ente central*. Diante disso, as decisões do Jogador “EM” viram probabilidades da função do agir responsável ou do não agir irresponsável do Jogador “EC”;
- o Jogador “EC”, portanto, quando decide pelo “*default*” ou pelo “*bailout*”, tem total consciência dos impulsos que irá gerar no federalismo fiscal subnacional, de modo que o nó de decisão respectivo não pode ser considerado como um conjunto de decisão específico;
- os nós do conjunto decisório formado pelo Jogador “EM” representam a percepção reputacional em relação ao jogador “EC”. Não há certeza em relação à decisão da etapa

anterior. Neste ponto, forma-se um conjunto de decisões de eliminação das decisões estritamente dominadas;

- Vejamos então uma matriz de *pay off*, em que S_1 representa o conjunto de estratégias do Jogador “EC”, ou seja, $\{default; bailout\}$ e suas respectivas combinações; $V_1 \rightarrow S_2 = \{nf\}$ representa o *pay off esperado* do Jogador “EC”, quando a estratégia adotada pelo Jogador “EM” for “Ajuste”; $V_1 \rightarrow S_2 = \{f\}$, por sua vez, representa o *pay off esperado* do Jogador “EC”, quando a estratégia adotada pelo Jogador “EM” for “Endividamento”. Desta forma, a primeira variável da equação de cada célula é dada pelo Quadro 9:

Quadro 9 – Terceira matriz de payoff do jogo sequencial (bailout ou default) de Informação Incompleta

Ente Central (EC)	Estado-membro (EM)	
	Ajuste (aa)	Endividamento (e)
d, d	(0,5+0,3p); (0,3+0,4p)	(0,4; 0,3)
d, b	(0,4+0,3p); (0,3+0,4p)	(0,7-0,3p); (0,5-0,2p)
b, d	(0,5-0,3p); (0,3-0,2p)	(0,4-p); (0,3-p)
b, b	(0,4-0,2p); (0,2-p)	(0,7-0,4p); (0,5-0,3p)

- A matriz de *pay off* a seguir representa a forma estratégica bayesiana do jogo sequencial de informação incompleta entre as incertezas do Ente central e os impulsos financeiros do Estado-membro, ditados pela credibilidade e reputação do EC e pelos ciclos oportunistas eleitorais.

Quadro 10 – Quarta matriz de *payoff* do jogo sequencial (bailout ou default) de informação incompleta

Ente Central (EC)	Estado-membro (EM)	
	Ajuste (a)	Endividamento (e)
d, d	(0,65; 0,5)	(0,4; 0,3)
d, b	(0,5; 0,5)	(0,55; 0,4)
b, d	(0,35; 0,2)	(-0,1; -0,2)
b, b	(0,3; -0,3)	(0,5; 0,35)

Há equilíbrio de Nash bayesiano na estratégia $\{default; default\}$ $\{Ajuste; Ajuste\}$. A mera percepção de que o Ente Central não fará *bailout*, embora sem a certeza absoluta, já aumenta a tendência de comportamento oportunista do Estado-membro. A reputação ou os indícios comportamentais do Ente Central, portanto, são fundamentais para a responsabilidade fiscal.

Em um ambiente federativo em que prevalece o que Rodden chama de *semi-soberania* fiscal, ou seja, um federalismo em que prevalece a indisciplina fiscal e aos entes subnacionais é permitido contrair empréstimos livremente, mesmo quando há um sinal forte para os credores de que o Ente central será o responsável por adimplir a dívida em última instância¹⁴⁹³, a União Federal se torna a fiadora da responsabilidade fiscal. Através do seu poder financeiro decorrente da concentração de recursos, ela dita os rumos da responsabilidade fiscal no ambiente federalista.

Em outras palavras, quanto maior concentração representar o sistema intergovernamental de tributação, partilha de receitas e transferências, maior será a pressão política pelo *bailout*.¹⁴⁹⁴ Quanto maior for o desequilíbrio financeiro vertical na federação, maior será o impulso competitivo por recursos, e menor será o compromisso com a disciplina fiscal.

O ambiente de concentração, portanto, não é propício à cooperação federativa, porquanto eleva o Ente Central ao papel de credor, enquanto os Entes subnacionais, devedores insolventes, tornam-se dependentes de recursos e de coalizão política. O pacto federativo se torna um contrato entre credor e devedores, em constante refinanciamento político.

O paradoxo de Hamilton se perfaz entre as promessas e os perigos da competição federalista.

5.4.2 A autoridade fiscal de fato: o credor central e os devedores reverentes

O Brasil da década de 1980 e 1990 foi um dos exemplos utilizados por Rodden para estruturar o conceito de *semi-soberania fiscal*. O conjunto de medidas do início deste século, com a Secretaria do Tesouro Nacional exercendo um papel firme de responsabilidade, que culminaram com a Lei de Responsabilidade, entretanto, mudaram a estrutura do federalismo fiscal brasileiro. Do ponto de vista material, como visto ao longo da seção 1.4.2, de fato, os

¹⁴⁹³ “This book has made much of a distinction between fiscal sovereignty and semisovereignty among constituent units in federations. [...] They are allowed to borrow freely even though fiscal and political institutions send strong signals to voters and creditors that the central government can ultimately be held responsible for their debts” (*Hamilton’s Paradox. The promise and peril of fiscal federalism* cit., p. 250).

¹⁴⁹⁴ Como Hamilton, Rodden chega a conclusão de que a credibilidade do governo central com a higidez fiscal é diretamente proporcional à dependência dos governos locais de transferências. Nas palavras de Rodden: “Perceptions of the center’s commitment not to intervene in subnational fiscal crises are shaped in large part by the intergovernmental fiscal system of taxes, revenue sharing, and transfers” (Idem, p. 75).

avanços foram notáveis. O direito constitucional financeiro finalmente encontrava a sua eficácia social, junto com a preocupação com a gestão fiscal planejada, transparente, responsável e com parâmetros objetivos de controle.

Do ponto de vista subjetivo, no entanto, a *lógica fiscal invertida*, que deveria ser temporária, tornou-se perene. No meio de um *lock-in* em *path dependence* da efetivação da cooperação entre os entes que, no caso brasileiro, guarda assento constitucional,¹⁴⁹⁵ o federalismo fiscal brasileiro se tornou desequilibrado e cada vez mais competitivo.

Apesar de a Lei de Responsabilidade Fiscal prever expressamente no seu art. 67 que o “acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal”,¹⁴⁹⁶ com ampla representação dos Poderes e da sociedade, a interação política institucional, que deveria ser cooperativa no federalismo fiscal brasileiro, tornou-se impositiva e reverente a um órgão do Poder Executivo central.¹⁴⁹⁷

O Conselho de Gestão Fiscal, que tinha como objetivo a harmonização e a coordenação entre os entes, nunca foi efetivado,¹⁴⁹⁸ e as modificações legislativas posteriores, principalmente os chamados Programas de Recuperação Fiscal, instituídos pela Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017 e pela recente Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2021, concentraram ainda mais poder fiscal na *autoridade central*.

¹⁴⁹⁵ Não só está no texto da Constituição expressamente, como é cláusula pétrea constitucional, nos termos do art. 2º e do art. 60, § 4º, inciso III.

¹⁴⁹⁶ “Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: I – harmonização e coordenação entre os entes da Federação; II – disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal; III – adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social; IV – divulgação de análises, estudos e diagnósticos.”

¹⁴⁹⁷ Concordamos com Onofre Alves Batista Júnior e Reinaldo Belli de Souza Alves Costa que, em recente estudo, convergem para a ideia de que “a instalação do CGF é uma necessidade imperativa do federalismo financeiro brasileiro, como medida de harmonização do exercício do poder financeiro na Federação [...]” (O Conselho de Gestão Fiscal previsto no art. 67 da LRF: origens, inércia legislativa e potencialidades. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 46).

¹⁴⁹⁸ Atualmente, há um projeto de Lei Complementar (PLP) 220/20 que define a forma e funcionamento do Conselho de Gestão Fiscal. Mas os próprios entes, endividados e capturados pela necessidade de ajuda federal constante, lutaram pela aprovação do Projeto de Lei Complementar (PLP) 101/2020, que viria a se converter na Lei Complementar nº 178/21, com uma maior concentração de poder central, mas com incentivos e ajuda financeira para os entes subnacionais. É um típico exemplo da *lógica fiscal invertida* brasileira.

A concentração de poderes de fiscalização da gestão financeira subnacional na União Federal, pela *lógica fiscal invertida* brasileira, nada mais é do que o exercício do poder do credor sobre o devedor. Desde que a Lei nº 9.496/1997 mudou os sucessivos *bailouts* da década de 80, etéreos em medidas de contrapartidas fiscais, o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal procurou substituir a mera rolagem de dívidas subnacionais, por uma proposta de ajuste estrutural que viria a culminar com a edição da LRF.¹⁴⁹⁹

Por 15 anos, os postulados da responsabilidade fiscal conviveram com as políticas públicas do ente central e dos entes subnacionais, como fiador de uma política macroeconômica, pautada pelo equilíbrio, ainda que coubesse à Secretaria do Tesouro Nacional o ônus de fiscalizar a gestão fiscal de seus entes devedores.¹⁵⁰⁰

O desequilíbrio em cascata das contas públicas que se viu a partir de 2014¹⁵⁰¹ demonstra que faltou um passo a mais em direção à sustentabilidade fiscal. A captura fiscal se deu em larga medida por um comportamento reputacional da própria Secretaria do Tesouro Nacional. As operações de crédito concedidas aos entes subnacionais, aliada ao ciclo político-oportunista das eleições majoritárias federais e estaduais, acentuaram a “fragilidade fiscal estrutural do Estado brasileiro”.¹⁵⁰² Sem uma resposta consistente do *arranjo institucional* centrado na política fiscal desviante, o desequilíbrio da gestão da dívida pública, da política monetária e da política cambial, produziu efeitos subnacionais devastadores.

O desvio de comportamento do órgão credor e, de certa forma, fiador da responsabilidade fiscal, foi profundo e gerou novamente uma série de *bailouts* e programas de

¹⁴⁹⁹ Ver seção 1.4.1, *supra*.

¹⁵⁰⁰ Luís Carlos G. de Magalhães e Carla Rodrigues da Costa chamam de “era de ouro” da gestão da dívida pública brasileira: “Entre 2003 e 2013, ocorre uma alteração importante no que concerne ao comportamento dos fatores que afetam a dívida líquida em relação ao observado em 2002. A tendência é de queda do indicador de dívida líquida, que se reduz de 59,9% para 30,6%. Esse período pode ser considerado a “era de ouro” da gestão da dívida pública brasileira no período pós-estabilização monetária: o serviço de juros é ainda expressivo, mas com tendência de queda; os superávits primários são suficientes para o controle do indicador de dívida, e, especialmente, o crescimento econômico mais vigoroso é um fator que colabora para essa queda. Esses dois últimos fatores associados mais que compensam o impacto de pagamento de juros nominais no período” (MAGALHÃES, Luís Carlos Garcia de; COSTA, Carla Rodrigues. *Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural* cit., p. 30-31).

¹⁵⁰¹ “Essa ‘era de ouro’ da gestão da dívida pública entra em crise em 2014. O ciclo virtuoso de taxa de crescimento do PIB, superávits primários e serviços de juros compatíveis com a sustentabilidade da dívida pública se rompe. A recessão econômica a partir do 2º trimestre de 2014²⁴ reduz a contribuição do crescimento para a queda do indicador dívida líquida. Isto se combina com a manutenção do ciclo de alta da taxa Selic, que alça o serviço de juros para 8,4% do PIB em 2015, o que pressiona esse indicador. Nesse quadro recessivo, não é surpreendente o retorno dos deficit primários, os quais o setor público apresenta de forma crescente: passam de 0,6% para 1,9% do PIB, entre 2014 e 2015” (*Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural* cit., p. 31).

¹⁵⁰² *Idem*, p. 52-53.

recuperação fiscal de entes subnacionais, que mudaram a LRF e, de certa maneira, retornaram à lógica do refinanciamento de dívidas da década de 1980.

No final desta jornada, o país encontrou os desafios de uma conjuntura excepcional pandêmica, completamente trôpego no campo fiscal. Os entes subnacionais não conseguiram fazer frente aos primeiros impulsos expansionistas, necessários ao enfrentamento de uma conjuntura excepcional e rigorosa. A resposta conjuntural, como visto, foi lenta, descoordenada, e expôs as bases competitivas do *arranjo institucional* brasileiro.

Não há dúvidas, portanto, de que a estrutura do federalismo fiscal precisa evoluir. A fixação de competências fiscais centralizadas em um órgão representante do ente credor foge aos parâmetros ideais da cooperação entre entes federativos, submetidos a um *ambiente institucional* em que a política fiscal vise não só ao atendimento das demandas sociais federais, mas à distribuição de recursos entre os membros da federação.¹⁵⁰³

Apesar de a descrição *supra* se referir a um tipo ideal, ou, nas palavras de Musgrave, “o mundo dos sonhos da eficiência fiscal”,¹⁵⁰⁴ desviar demais deste padrão converte a cooperação em competição por recursos. A estrutura macroeconômica de fato é complexa e exige mais do que a relação credor-devedor para garantir seus postulados constitucionais e legais com alguma pretensão de *equilíbrio estável de permanência*.¹⁵⁰⁵ Nesse sentido, o Conselho de Gestão Fiscal, previsto na própria LRF, pode ser um dos elementos de equilíbrio, desde que sua regulamentação incorpore algumas premissas: (i) seja um órgão com independência federativa, de forma que não seja vinculado a nenhum dos entes federativos; (ii) a composição privilegie técnicos com independência de atuação, com representantes de todas as esferas; (iii) seja vocacionado para induzir medidas que imponham a cooperação iterada; (iv)

¹⁵⁰³ Cf. MUSGRAVE, Richard A. Economics of fiscal federalism. *Nebraska Journal of Economics and Business*. v. 10, nº 4, p. 6, 1971.

¹⁵⁰⁴ MUSGRAVE, Richard A. Economics of fiscal federalism cit., p. 6.

¹⁵⁰⁵ Podemos apontar hoje no Brasil a Instituição Fiscal Independente do Senado Federal (IFI), criada em 2016, no meio das medidas de controle fiscal, que tiveram como ápice a EC 95/16. A Resolução nº 42/2016 do Senado Federal criou a IFI, no entanto, confere ao Presidente do Senado Federal, à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal, e a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal, a indicação dos diretores-executivos, consoante disposto no art. 1º, § 2º, e incisos. Apesar de render certa vinculação ao Senado Federal, a prática de atuação do IFI tem sido bastante promissora, através de estudos de grande impacto federativo.

seja internalizado e institucionalidade pelo sistema político-jurídico como um órgão de influência e “disseminação de boas práticas em matéria de política fiscal”.¹⁵⁰⁶

Além disso, as agências fiscais independentes como forma de restaurar e manter a sustentabilidade fiscal vêm sendo uma tendência mundial. Entre os diversos modelos, os exemplos norte-americano e alemão são um paradigma interessante para o modelo brasileiro, por conta da organização federativa.

Os Estados Unidos foi um dos pioneiros na *accountability* fiscal institucional, com o *Congressional Budget Office* (CBO), cuja implantação se valeu de um momento de fraqueza do Poder Executivo, com a possibilidade de *impeachment* do Presidente Richard Nixon em 1974. A partir de então, o CBO ganhou musculatura e se tornou, na expressão de C. Eugene Steurle e Stephanie Rennane, um exemplo proeminente para as outras estruturas “cães de guarda fiscais”.¹⁵⁰⁷

Mesmo com a proeminência mundial, conquistada através de um modelo apartidário, transparente, com credibilidade institucional, quase-independente, o CBO enfrenta uma série de problemas decorrentes do contexto institucional do processo orçamentário norte-americano, tais como, intervenção de grupos de interesse, erros de informação e, conseqüentemente, erros de estimativa, e principalmente uma dificuldade de focar as preocupações de governos eleitos em olhar para a trajetória futura da sustentabilidade financeira.¹⁵⁰⁸

Por estes motivos, a CBO não está só. Instituições fiscais independentes possuem um papel fundamental no controle de déficits presentes, mas sobretudo na garantia da sustentabilidade futura.¹⁵⁰⁹ O mesmo papel pode ser identificado na Holanda, Bélgica, Canadá,

¹⁵⁰⁶ Cf. AFONSO, José Roberto Rodrigues; RIBEIRO, Leonardo; PORTO, Laís Khaled. Gestão fiscal e federativa no Brasil. *Conjuntura econômica*, Rio de Janeiro: FGV/IBRE, Instituto Brasileiro de Economia, p. 29, mar. 2021.

¹⁵⁰⁷ “Congressional Budget Office (CBO) has a long track record and worldwide prominence among fiscal watchdogs” (United States: pioneer in fiscal surveillance. In: KOPITS, George. *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions* cit., p. 99).

¹⁵⁰⁸ “Perhaps the most important challenge facing CBO is helping elected officials find ways to deal with the long-term budget, including the unsustainable trend in public indebtedness. This challenge, shared among many nations, is one of the many reasons for the intense focus on empowering independent watchdogs. It can be said argued that uncontrolled budget deficits are merely a symptom of a larger disease: a decline in fiscal democracy, whereby, legislatures have gone much further than historically in attempting to control future, not just current, budgets” (KOPITS, George. *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions* cit., p. 100).

¹⁵⁰⁹ “[...] CBO can only be understood in the context of other, related initiatives aimed at improving budgeting practices. Further, CBO depends upon the integrity and expertise – and substantial breadth – of other budget and analytic offices to prepare its reports. [...] An independent fiscal institution today should help make transparent the consequences not just of present deficits, but of so much future control (and deficits) already locked into today’s budget” (Idem, p. 99-100).

Suécia, Hungria, Itália e Reino Unido.¹⁵¹⁰ A solidez fiscal destes países é classificada por Rodden, com base em Hamilton, como *soberania fiscal*, em que a interdependência financeira entre governos locais e governo central são menores, de forma que os entes descentralizados possa ser considerados soberanos em termos fiscais.¹⁵¹¹

Na Alemanha Ocidental, apesar de classificada por Rodden como uma *semi-soberania fiscal* por conta da concentração de recursos no governo central, a política de *bailout* evoluiu de forma substancialmente diferente do Brasil. Atravessando uma difícil conjuntura do pós-guerra, a República Federal da Alemanha se estruturou por meio do Estatuto de Ocupação de 1949, no âmbito do qual foi gestada a Lei Fundamental de Bonn. A forma de estado federativo está prevista no próprio preâmbulo, como na nossa atual Constituição, e consolidada no art. 20, à semelhança do art. 1º da Constituição de 1988.

No *ambiente institucional*, portanto, não há diferença estrutural significativa entre um e outro modelo federalista, sendo em ambas as Cartas cláusula pétrea.¹⁵¹²

Há duas grandes diferenças, porém, em relação ao *arranjo institucional*.

Em primeiro lugar, do pós-guerra até a unificação, o *arranjo institucional* alemão manejou a política de *bailout* de forma diversa da trajetória brasileira. Apesar de a Lei Fundamental prever a autonomia tributária limitada para as Länders, a política de *bailout* não se limitou à transferência de recursos e aos resgates financeiros sucessivos, como no Brasil. Por conta do alto grau de autonomia em relação aos gastos e decisões financeiras conferida aos governos locais, e, sobretudo, por conta do compromisso dos partidos políticos com os limites de resgate dos governos locais, não houve grandes resgastes pelo governo local.¹⁵¹³

¹⁵¹⁰ Cf. *Restoring public debt sustainability. The role of independent fiscal institutions* cit., p. 121-250.

¹⁵¹¹ Cf. *Hamilton's Paradox. The promise and peril of fiscal federalism* cit., p. 153.

¹⁵¹² Uma diferença marcante é a exclusão dos municípios da. Como afirma Euzébio Fernando Ruschel e Ernesto José Toniolo, “com a unificação ocorrida em 1990, a República Federal da Alemanha passou a ser integrada por 16 (dezesesseis) Estados-membros (*Bundesländer*). Quanto aos Municípios, embora gozem de grande autonomia administrativa, não são considerados membros da federação, que na Alemanha estrutura-se apenas em duas esferas: os Estados (*Bundesländer*) e a União (*Bund*)” (RUSCHEL, Euzébio Fernando; TONIOLO, Ernesto José. O federalismo alemão em uma perspectiva comparada com o federalismo brasileiro: a contribuição do princípio da lealdade federativa para a preservação e o desenvolvimento da federação no Brasil. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O federalismo na visão dos Estados. Uma homenagem do Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 391).

¹⁵¹³ “[...] Germany’s highly integrated political parties put a ceiling on the incentives of Land officials to position themselves for bailouts. [...] this helps explain why Germany’s bailout problem pales in comparison with Brazil’s (described in the chapter that follows) and why Germany’s largest states – unlike the largest states in

Em segundo lugar, como afirmam Euzébio Ruschel e Ernesto Toniolo, os instrumentos que viabilizam e concretizam o federalismo cooperativo na Alemanha não se limitam ao repasse de recursos financeiros”. Os espaços institucionais materializam o dever constitucional de cooperação política, permitindo processos de decisões conjuntas entre as esferas da federação.¹⁵¹⁴

A sustentabilidade fiscal, portanto, não é papel de uma única autoridade, central ou não, mas de um *arranjo institucional* devidamente estruturado para estimular a cooperação federativa e apontar falhas, não importando a esfera de governo. Autoridades podem ser capturadas mais facilmente pelo ciclo político-eleitoral oportunista, do que um conjunto de instituições integradas e vocacionadas para olhar a sustentabilidade financeira em horizonte mais largo.¹⁵¹⁵

As instituições têm uma capacidade maior de induzir a cooperação e evitarem o conflito, sobretudo em um contexto agudo de insegurança e de instabilidade¹⁵¹⁶ que se instaurou no país pós-2014. A cooperação, como foi provado por pesquisa empírica desenvolvida Robert Axelrod na década de 1980, é promovida de forma mais fluida quando não há uma autoridade central.¹⁵¹⁷ Entre Poderes, inclusive, não se pode admitir que um deles exerça o papel de regente plenipotenciário, diante de jogadores passivos, aguardando instruções unilaterais.

Quando há um ente central, a cooperação decorre de uma imposição autoritária. Em uma interação social que tende a um número indefinido de vezes, a tendência observada por Robert Axelrod é a de que a cooperação formal cessará quando cessar o estímulo autoritário da autoridade central. Ao passo que a cooperação espontânea tende a se perpetuar. O jogador coopera na primeira rodada de decisão. A partir de então, segue a atitude do outro jogador. Se

Brazil – have exhibited fiscal discipline in spite of the center’s weak no-bailout commitment” (RODDEN, Joathan A. *Hamilton’s Paradox. The promise and peril of fiscal federalism* cit., p. 156).

¹⁵¹⁴ Cf. RUSCHEL, Euzébio Fernando; TONIOLO, Ernesto José. O federalismo alemão em uma perspectiva comparada com o federalismo brasileiro cit., p. 393-394.

¹⁵¹⁵ Concordamos com o diagnóstico de Luís Carlos G. de Magalhães e Carla Rodrigues da Costa: “O efeito da inércia do arranjo institucional de gestão da dívida pública e das suas complementaridades é o elevado custo fiscal do serviço de juros suportado pelo Estado brasileiro. Este custo comprime o gasto social e o investimento público das três esferas de governo, além de reduzir o espaço de formulação e execução das políticas públicas e, portanto, do próprio espaço público de discussão democrática da aplicação dos recursos dos tributos carreados da sociedade” (*Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural* cit., p. 53).

¹⁵¹⁶ Cf. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Brasil, 2011. p. 10.

¹⁵¹⁷ Cf. AXELROD, Robert. Effective choice in the prisoner’s dilemma. *Journal of conflict resolution*, v. 24, nº 3, p. 3-25, set. 1980; AXELROD, Robert. More effective choice in the prisoner’s dilemma. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, nº 3, p. 379-403, set. 1980.

houver estímulo à cooperação contínua, a interações tendem a ser cooperativas. Esta estratégia ficou conhecida como “olho por olho” (*tit-for-tat*).

Em vez de uma ordem autoritária de um ente central sobre os entes periféricos, o federalismo fiscal tende a ser cooperativo quando há um estímulo constante do *ambiente institucional* sobre o *arranjo institucional*,¹⁵¹⁸ ou seja, quando o sistema constitucional promove o que Robert Axelrod chama de *reciprocidade*, como elemento indutor da cooperação entre os entes e os Poderes.

A utilização da estratégia no *arranjo institucional* não pode ser uma fórmula que sujeite os entes de maneira impositiva, ou seja, “um mecanismo de disfarce da dominação”.¹⁵¹⁹ A *estratégia cooperativa*, porém, é mais do que isso. Nas palavras de Aníbal Sierralta Ríos, é a “negociação ideal, já que se apresenta como um marco integrador que propicia a solução de controvérsias sobre um benefício próprio”.¹⁵²⁰ Assim sendo, se adequa melhor à horizontalidade típica da relação entre entes e Poderes, no Estado Democrático de Direito.

Joseph Raz destaca que recorrer ao jogo como paradigma é um recurso comum aos filósofos interessados em construir uma base para a análise normativa em geral, afinal as regras de um jogo são normas no mesmo sentido de quaisquer outras. Raz, inclusive, considera que as regras de um jogo podem formar um sistema normativo, desde que se supere a visão simplória de um jogo como um mero conjunto de regras ou normas.¹⁵²¹

Além disso, o jogo como sistema normativo precisa ser institucionalizado e apresentar validade conjunta. Assim, importa dizer que uma norma somente será válida para uma pessoa se ela seguir todo o conjunto de normas. São normas cuja validade depende do fato de ela ser praticada.¹⁵²²

O jogo, portanto, seria um sistema normativo, institucionalizado e composto por normas de validade conjunta. Pode ser, inclusive, referencialmente aberto, ou seja, contínuo e

¹⁵¹⁸ Ver seção 1.1, *supra*.

¹⁵¹⁹ Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., p. 38.

¹⁵²⁰ Cf. *Negociação e teoria dos jogos*. Tradução Ricardo Serrano Osório. São Paulo: RT, 2017. p. 118.

¹⁵²¹ “My main purpose in discussing games is, however, to show in what way the rules of a game form a normative system [...] This task will require the correction of various mistakes often made in analysing games. In particular I shall argue that games cannot be defined as sets of rules or norms” (*Practical reason and norms* cit., p. 113).

¹⁵²² “They consist of norms each of which is valid for a person only if he follows all the others or certain designated norms from among the others. Normative systems of joint validity are analogous to norms which are valid only if practiced [...]” (Idem, *ibidem*).

indefinido, com jogadores exercendo papéis institucionais e buscando algo além da vitória e da derrota.¹⁵²³

O jogo federativo em sua essência abstrata se aproxima do jogo institucionalizado de Raz e se afasta do jogo competitivo de Huizinga. Não busca, portanto, uma situação vantajosa individual, senão um objetivo definido pelo próprio sistema normativo.

A construção do DCFE busca na *reciprocidade* induzir a cooperação no *arranjo institucional* contemporâneo, como objetivo do sistema normativo constitucional. Para alcançar esta pretensão metodológica, alguns pressupostos interpretativos do *ambiente institucional* precisam ser previamente estabelecidos.

5.5 Conclusões parciais. Um século, inversão de papéis e os mesmos problemas: os rumos do desencanto cooperativo no arranjo institucional brasileiro e uma visão da esperança sobre a resiliência

O início da República no Brasil, embora a Carta 1891 tenha seguido a cartilha norte-americana do federalismo, da separação entre três Poderes e do presidencialismo, carregou os resquícios de um Império falido. O início do século XX apresentou um cenário sanitário tão devastador, quanto a descoordenação política da época. As consequências foram agudas: de um lado, a varíola, de outro, as rebeliões de uma *sociedade fragmentada*.

Por mais paradoxal que possa parecer agora, a parcela mais necessitada da população tinha desprezo pela República e simpatia pela Monarquia.¹⁵²⁴ Este sentimento de protesto se

¹⁵²³ “The game can be continued, one phase following the other indefinitely. This open-endedness reflects the fact that there is no overall winner or loser in such games. Instead there is something like a winner and a loser at every phase. The players are assigned distinctive roles. Their roles in any given phase are determined by the outcome of the preceding phase” (Idem, p. 119).

¹⁵²⁴ Lima Barreto, negro e representante das vozes dos excluídos, assim se manifestava sobre o novo regime: É notório que aos governos da República do Brasil faltam duas qualidades essenciais a governos: majestade e dignidade. Vimos durante a mazorca um ministro, o da Guerra, e um general, o Piragibe, darem ordens de simples inspetores em altas vozes e das sacadas de duas Secretarias de Estado. [...] O Edmundo Bittencourt foi preso por causa do artigo de que falei há dias; alguns jornais, poucos, protestaram, entre eles a Tribuna, a quem o chefe de polícia mandou avisar, por um capitão de sua milícia, que não admitia censura à sua administração. O presidente da República (parece) mandou que o chefe o soltasse, e este soltou-o, fazendo-o constar que o fazia por seu livre alvitre. Esse chefe de polícia, Cardoso de Castro, é a besta mais imbecil que há no Brasil. Irritado, ignorante, esfomeado de dinheiro, babuja-se todo para ficar no lugar em que está. O seu relatório, que é a coisa mais impagável dessa vida, pretende envolver nos distúrbios de novembro platônicos monarquistas, porque, diz ele, fazer propaganda da monarquia é o maior crime possível. A monarquia há de voltar, e eu hei de vê-lo, como chefe de polícia, dizer que a propaganda da República é pior que matar o seu próprio pai” (LIMA BARRETO, Afonso Henriques. *Diário íntimo*. São Paulo: Mérito, 1953. p. 26/58).

refletiu em rebeliões de todas as formas. A *revolta da vacina* de 1904, travestia-se de rebelião inconsciente contra a vacinação obrigatória, quando, em verdade, simbolizava mais um ato consciente contra o próprio governo republicano de uma *sociedade fragmentada*.¹⁵²⁵

A descoordenação institucional entre Poderes e entes, portanto, não é nova no Brasil. As rebeliões do início do século, como a revolta da vacina, descortinaram o descompasso entre os altos postulados republicanos e federativos de uma Constituição recente e a instabilidade política do novo regime. A *opinião pública*¹⁵²⁶ se colocava não contra a ciência de Oswaldo Cruz, mas contra a propagação da ciência pela autoridade central de Rodrigues Alves.

Em 1905, através de julgamento histórico no Recurso em *Habeas Corpus* nº 2.244, o Supremo Tribunal Federal, desconsiderou o Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, decretado pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente Rodrigues Alves, ou seja, com força de lei federal. Em seu art. 1º, § 3º, alínea *e*, incisos I e II, o referido Decreto previa o fechamento e interdição de prédios, obras e construções, devido à urgência de saúde pública, multa e até mesmo prisão de 3 meses, no caso de descumprimento do Código Sanitário, a ser estabelecido pelo Poder Executivo, por conta do surto de doenças infecciosas.

Considerando que o art. 172 do Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1905, que aprovou o “novo regulamento sanitario a cargo da União”, era inconstitucional sob o argumento da separação de poderes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem de *habeas corpus* preventivo, para impedir a entrada de autoridade sanitária na casa do paciente, sem o seu consentimento.¹⁵²⁷

¹⁵²⁵ “O problema central a ser resolvido pelo novo regime era a organização de outro pacto de poder, que pudesse substituir o arranjo imperial com grau suficiente de estabilidade. Durante quase dez. anos de República, as agitações se sucediam na capital, havia guerra civil nos estados do Sul, percebiam-se riscos de fragmentação do país, a economia estava ameaçada pela crise do mercado do café e pelas dificuldades de administrar a dívida externa. Para os que controlavam o setor mais poderoso da economia (exportação) e para os que se preocupavam em manter o país unido, tornava-se urgente acabar com a instabilidade política. [...] Apesar do estopim único, tratava-se de revolta [da vacina] fragmentada, como era fragmentada a própria sociedade do Rio na época” (CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 31/124).

¹⁵²⁶ Usamos a expressão *opinião pública* no sentido político de Giovanni Sartori, ou seja, como produto da conjunção de duas características: difusão pública e referência à coisa pública. “Un’opinione viene detta ‘pubblica’, dunque, quando se ne predicano congiuntamente due caratteristiche: la diffusione tra pubblici, e il riferimento alla cosa pubblica” (*Elementi di teoria politica* cit., p. 80).

¹⁵²⁷ Cf. RIO DE JANEIRO. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso em *Habeas Corpus* nº 2.244, 31 Jan. 1905. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgament oHistorico&pagina=rhc2244>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Marcelo Neves identifica que a concessão da ordem foi deferida com base em *ênfase excessiva* no princípio da separação de poderes, que acarretou algum grau de paralisia do combate à pandemia.¹⁵²⁸ Segundo Neves, a utilização da principiologia pela jurisdição constitucional brasileira visam a fundamentar o caso concreto, o caso *sub judice*, de maneira que “começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias.”¹⁵²⁹

A falta da busca de uma metodologia que se compadeça do *equilíbrio estável de permanência* do sistema constitucional transforma o manejo de princípios, como a separação dos poderes, cláusula pétrea, de destacada densidade jurídica e proposta elevada, em “fórmula retórica flácida, maleável de acordo com as preferências do intérprete”, na advertência de Daniel Sarmiento.¹⁵³⁰

O cenário pandêmico brasileiro atual, mais de um século após, em sua essência, não é diferente. A mudança significativa não está na dinâmica das instituições de poder ou da *opinião pública*, mas sim na simples inversão de papéis entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Desde o início da crise pandêmica atual, as decisões judiciais conferem à ciência um papel de relevo, diante de um Executivo central preocupado com questões econômicas,¹⁵³¹ e um Legislativo que, seguindo a tradição de outras crises pandêmicas, “reagiu com uma postura mais política do que propositiva”.¹⁵³²

¹⁵²⁸ Cf. PINTO NEVES, Marcelo da Costa. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: WMF, 2019. p. 205-208.

¹⁵²⁹ Idem, p. 198-199.

¹⁵³⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia cit.*, p. 339.

¹⁵³¹ Um exemplo extremo foi a guerra judicial travada pelo *arranjo institucional*, diante de uma população incrédula e desorientada. O Presidente da República, por exemplo, propôs a ADI 6764, em 18 de março de 2021, postulando a declaração de inconstitucionalidade dos Decreto nº 41.874/2021, do Distrito Federal; do Decreto nº 20.233/2021, do Estado da Bahia; e dos Decretos nº 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, que impunham medidas restritivas de isolamento social, com base em permissivo expresso, previsto em lei federal (art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com a redação dada pela Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020). O Ministro Marco Aurélio, Relator, indeferiu a liminar, por falta de assinatura do Advogado-Geral da União, porém em tom duro: “[...] ante os ares democráticos vivenciados, imprópria, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao Presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros. 3. Indefiro a inicial, observado o art. 4º, cabeça, da Lei nº 9.868/1999” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Relator Min. Marco Aurélio). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6764-DF, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024>. Acesso em: 7 abr. 2021).

¹⁵³² Essa foi a conclusão de estudo elaborado pelos pesquisadores Luiz Carlos P. Romero e Maria Célia Delduque, do programa de direito sanitário da Fundação Oswaldo Cruz, em estudo que reuniu o estudo comparativo das reações do Legislativo federal em quatro emergências de saúde pública até o ano de 2017. In. “O Congresso Nacional e as emergências de saúde pública” (ROMERO, Luiz Carlos P.; DELDUQUE, Maria Célia. O Congresso Nacional e as emergências de saúde pública. *Saúde e Sociedade*, v. 26, nº 1, p. 251, 2017).

O *arranjo institucional*, ainda que com atores em papéis diferentes, promoveu os mesmos conflitos que promovera no início do século passado, na época em que a República era uma novidade e a Monarquia ainda era presente no imaginário popular. Mais de um século depois, as instituições do Estado Democrático de Direito não conseguiram se coordenar de forma cooperativa. O conflito e a competição institucionais continuam atingindo resultados piores, tanto em matéria sanitária, quanto em matéria fiscal.

O papel da vacina na atual crise pandêmica é um exemplo adequado para ilustrar o desencanto cooperativo no *arranjo institucional* atual. Enquanto o Executivo central não se preocupou com a aquisição e distribuição de imunizantes, inclusive com declarações públicas contra a sua eficácia, o Poder Judiciário assumiu papel de relevo na imposição da vacina como terapia imprescindível.

Da prorrogação de validade da Lei nº 13.979/20, cuja validade estava vinculada ao reconhecimento do *estado de calamidade*, operada pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, para fins *exclusivamente* fiscais,¹⁵³³ à definição de grupos prioritários¹⁵³⁴ e à possibilidade de aquisição e aplicação descentralizada de imunizantes pelos entes federativos,¹⁵³⁵ diante da

Infelizmente, a atuação do Congresso Nacional, frente à pandemia de COVID-19, ainda que apresente avanços muito por conta da abrangência maior da crise atual, ainda ficou aquém das necessidades sociais.

¹⁵³³ “Na espécie, embora a vigência da Lei nº 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo nº 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, repita-se, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, próprio da presente fase processual, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar na ADI 6625-DF, 30 dez. 2020. p. 7. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=1534_5351846&ext=.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020).

¹⁵³⁴ “[...] defiro parcialmente a cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Segunda Tutela Provisória Incidental no ADPF 754-DF, 8 fev. 2021. p. 15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345613819&ext=.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021. A tutela provisória incidental foi confirmada por unanimidade pelo Plenário do STF, em 01 de março de 2021).

¹⁵³⁵ “[...] com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o

inépcia do Programa Nacional de Imunização, uma série de decisões judiciais, deferidas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi traçando a política pública de imunização e enfrentamento da Covid-19 no país.

O federalismo fiscal também falhou no caso dos imunizantes. Apesar de o primeiro brasileiro ter sido vacinado contra o Covid-19, em 17 de janeiro de 2021, a importação de vacinas e insumos só recebeu alívio tributário do ICMS, após decisão do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), em 26 de fevereiro de 2021. A partir de proposta do Estado do Rio de Janeiro, o Convênio ICMS nº 15 de 2021, autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção do ICMS nas importações e operações com vacinas e insumos destinados à sua fabricação para o enfrentamento à pandemia causada pelo novo agente do Coronavírus (SARS-CoV-2).¹⁵³⁶

O *arranjo institucional* da estrutura de organização política da separação de poderes, diante de um Executivo passivo, de entes em competição por imunizantes e insumos, e de instituições críticas e atuantes, encontrou na imposição da cooperação por autoridade um alívio apenas efêmero. As interações posteriores à ordem impositiva tendem a desviar do comportamento cooperativo, tão logo encontram uma brecha. A cooperação por autoridade, seja ela uma autoridade central do sistema federalista, ou uma autoridade decorrente da sobreposição de um Poder sobre o outro, não prospera e não se alastra, como observou Axelrod empiricamente.

art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020” (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar no ADPF 770-DF, 17 dez. 2020. p. 14-15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345327227&ext=.pdf> A liminar foi referendada por unanimidade pelo Plenário em 24 de fevereiro de 2021). No mesmo sentido, ver: BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar na ACO 3451-DF, 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345314163&ext=.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020. Em 24 de fevereiro de 2021, a liminar foi referendada por unanimidade pelo Plenário.

¹⁵³⁶ A proposta veio, em larga medida, por inspiração doutrinária. Heleno Torres, em artigo publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 10 de fevereiro de 2021, alertou para a contradição entre a sanha arrecadatória e o direito à vida, na crise do federalismo sanitário brasileiro: “esta incidência do ICMS, além de outros tributos, sobre vacinas contra a Covid-19, é mais uma das aberrações que nosso sistema tributário guarda sorrateiramente na nossa infinita “caixa de pandora tributária”. Enquanto o STF não nos socorre, resta-nos esperar a “piedade” do CONFAZ, para que seus “deuses” possam decidir sobre afastar a incidência do ICMS sobre as vacinas. E, de igual modo, dos legislativos municipais (ISS) ou mesmo da União (PIS/COFINS), quanto à desoneração dos respectivos tributos” (TORRES, Heleno Taveira. A tributação das vacinas no federalismo sanitário brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 10 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/consultor-tributario-tributacao-vacinas-federalismo-sanitario-brasileiro>. Acesso em: 1 mar. 2021.

O papel da estrutura de governo, portanto, não é impor a cooperação, mas sim administrar a cooperação social.¹⁵³⁷ A indução da cooperação por reciprocidade, no chamado jogo “olho por olho” ou “*tit-for-tat*” faz com que a cooperação se torne o melhor resultado na interação estratégica no *arranjo institucionais* de entes, Poderes e instituições desejantes eternas e naturalmente egoístas. Conflito e imposição são escolhas institucionalmente fáceis e imediatas.

A indução cooperativa, por outro lado, pressupõe um processo longo de institucionalização e internalização de regras e comportamentos cooperativos entre o *arranjo institucional* e o *ambiente institucional*.

Aliada à perspectiva político-comportamental e aproximando a relação entre a política, o direito e a interdisciplinaridade, o *neoinstitucionalismo* deu ensejo a linhas de pesquisas com amplo resultado concreto, notadamente, segundo Hall e Taylor, as regras de decisão em estratégias de equilíbrios múltiplos, ou seja, o uso da teoria dos jogos nas interações entre os participantes do processo político-decisório.¹⁵³⁸

Como método de indução da cooperação, a teoria da estratégia não é um fim em si mesmo. A virada da matemática do mundo físico para os temas sociais, como afirma John McDonald, trouxe um resultado surpreendente. Ao contrário da física, porém, as interações sociais necessitam considerar a imprevisibilidade do comportamento humano.¹⁵³⁹ Em suma, necessita ter estímulos constantes na direção que se pretenda ser socialmente adequada.

Neste ponto, ou seja, como mecanismo de estímulo social cooperativo no campo fiscal, o DCFE se consolidada como uma proposta metodológica que busca a cooperação, com a finalidade substantiva da sustentabilidade. A estratégia aplicada ao direito precisa de um norte. As grandes críticas à teoria jurídica da estratégia partem do pressuposto de formalismo excessivo, de focar apenas nas possíveis ações e reações, ou de não considerar os aspectos de influência externa nas decisões dos juízes.¹⁵⁴⁰

¹⁵³⁷ Stephen Holmes e Cass Sunstein sustentam que sem um governo efetivo, que promova a cooperação social, as liberdades individuais são ineficazes. “Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000 cit., p. 15).

¹⁵³⁸ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo cit., p. 220-221.

¹⁵³⁹ Cf. MCDONALD, John; VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *A Theory of Strategy* (ed.). *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, NJ, US: Princeton University Press, 1944. p. 692-711 cit., p. 692.

¹⁵⁴⁰ Cf. NOVELINO, Marcelo. *A influência dos fatores extrajurídicos nas decisões do STF*. Rio de Janeiro: Ed. JusPodivm, 2021. p. 65-66.

Por este motivo, o DCFE deve ser visto em uma estrutura sistêmica em que o direito é inserido como resultante institucional de *inputs* e *outputs*, no processo constante de institucionalização e internalização do *ambiente institucional*. Com o objetivo da sustentabilidade financeira, e ostentando a *qualidade dos gastos públicos como vetor de indução dos direitos fundamentais*, o DCFE pressupõe o direito como um sistema em *equilíbrio estável de permanência dinâmico*, cujo desenvolvimento precisa de *cooperação, sustentabilidade e diálogos*.

O DCFE parte, então, de duas técnicas: a fixação de premissas sustentáveis pelo “esquema AGIL” e a técnica episódica da *teoria da decisão interativa*. Sem a primeira, a metodologia é adjetiva e sem objetivo. Sem a segunda, é apenas teórica e inócua.

A cooperação no arranjo institucional brasileiro, complexo e imprevisível, diante de entes, Poderes e instituições *desejantes externos*, demanda mais do que esperança. Demanda esperança e resiliência.

CONCLUSÕES FINAIS

A receita, orçada em 50:000\$000, subiu, apesar de o ano ter sido pessimo, a 71:649\$290, que não foram sempre bem applicados por dois motivos: porque não me gabo de empregar dinheiro com inteligencia e porque fiz despesas que não faria se ellas não estivessem no orçamento. (Graciliano Ramos. Relatório fiscal do Município de Palmeira dos Índios, 1929¹⁵⁴¹)

A proposição de uma metodologia inédita para um campo do direito, ainda mais para o direito financeiro brasileiro, generoso em autores e obras do mais alto grau de sofisticação teórica, sem dúvida, é uma ousadia. Não chega, porém, a ser uma ousadia irresponsável, pois o ineditismo é o objetivo da pesquisa acadêmica em fase de doutoramento.

Feita essa autorreprimenda reflexiva, passamos às conclusões da pesquisa, que, esperamos, possam ser de alguma maneira úteis para o pensar futuro da qualidade do gasto público, em um país como o Brasil, cujo desenvolvimento econômico mostra-se patologicamente desproporcional à desigualdade e aos direitos fundamentais da parcela mais numerosa da população.

A deficiência de atendimento às demandas básicas de um povo carente, em meio à riqueza gerada pelo desenvolvimento econômico, não pode ser desprezada por quem pretende estudar o direito financeiro, inserido no sistema constitucional. Não por outra razão, a eficácia social dos direitos fundamentais confundiu-se neste trabalho com a própria efetividade do direito financeiro.

Ao longo da pesquisa, a construção teórica do DCFE acompanhou a trajetória do direito financeiro, desde a ampla previsão abstrata da Constituição de 1988, como reação às mazelas da ditadura, passando pela estrutura política fiscal que consagrou a sua efetividade normativa, até o momento atual, de polarização e descoordenação política, em meio a uma crise pandêmica mundial, com contornos humanitários comoventes e sérias consequências econômicas.

¹⁵⁴¹ Cf. RAMOS, Graciliano. Relatórios de Graciliano Ramos Publicados *In*: SANTORO, G. A. P. (ed.). *Coletânea Fazendo as Contas: o erário e o bicentenário*. Maceió: Imprensa Oficial, 2016. p. 20.

O Capítulo 1 mostra que o neoinstitucionalismo descortina o direito constitucional financeiro, e expõe o conflito entre o *ambiente institucional* e o *arranjo institucional*, antes e depois da consagração da eficácia social das leis regulamentadoras da Constituição Financeira.

O Capítulo 2, por sua vez, recai sobre a estrutura fiscal brasileira e sobre a relação entre a atividade financeira e a política fiscal. Com a evolução histórica, a política fiscal estruturante se tornou um importante mecanismo técnico-político da política econômica do Estado Moderno. No Brasil, a Constituição de 1988 elevou o sistema normativo constitucional financeiro, mas não ao ponto de superar as escolhas políticas legítimas da sociedade.

O Capítulo 3 cuida da simbiose e da ambiguidade entre política e Constituição. No século do *judicial review*, a separação de poderes, em sua acepção funcional, encontra um novo arranjo institucional. Os desafios passam de uma visão única da legitimidade do Judiciário, para uma acepção absorva os choques entre a política fiscal e a Constituição Financeira.

No Capítulo 4, os direitos fundamentais são vistos com o olhar da realidade econômica e de forma sistêmica. O equilíbrio estável de permanência, como pressuposto do DCFE, encontra parâmetros menos subjetivos de valoração, com o método “AGIL” de Talcott Parsons.

O Capítulo 5 traz a estratégia para dentro do jogo constitucional financeiro, entre a cooperação, a sustentabilidade e os diálogos institucionais. Entre desencantos históricos e a necessária resiliência, o direito constitucional financeiro busca um espaço hermenêutico que considere, valore, e, por vezes anule, os influxos múltiplos dos *desejante eternos*.

A identificação de três situações em *lock-in* em *path dependence* foi fundamental para buscar as causas de a estrutura financeira estatal subverter a lógica das interações cooperativas, em um ambiente cujo objetivo final é o mesmo para todos os agentes institucionais: a aplicação qualitativa de recursos escassos. Os círculos viciosos argumentativos em três pilares fundamentais das interações no *arranjo institucional* influenciam a função de integração de todo o sistema constitucional, e do subsistema financeiro, em especial.

A *angústia da influência* que se formou em torno do *Momento Montesquieu* da doutrina da separação dos poderes, as frustrações teóricas que sucederam a festiva previsão constitucional abstrata dos direitos fundamentais, como resgate humanitário pós-Segunda Guerra Mundial, e as interações invertidas entre os entes no federalismo fiscal brasileiro favoreceram a vocação competitiva, não só entre entes e Poderes, mas sobretudo entre todos os elementos do novo *arranjo institucional*.

Partidos políticos, burocratas técnicos, *facções*, mídia convencional, redes sociais, algoritmos e inteligência artificial na nova configuração da manipulação eleitoral, invadiram a estrutura de organização de poder, promoveram ciclos políticos oportunistas, criaram novas interações que primaram pelo conflito, pelo comportamento racional e egoísta, e transformaram a democracia em um palco de barganhas políticas polarizadas e radicais, de promoção do ódio e da intolerância, sob a complacência pretenciosa das instituições tradicionais de poder.

Diante desse complexo cenário institucional, o DCFE surge com a pretensão de resgatar dos métodos competitivos do novo *arranjo institucional*, o *ambiente institucional* fiscal de viés humanitário. A atividade financeira do Estado Democrático de Direito não pode se limitar a ser um meio para fins outros. Enquanto atividade política, deve promover a sustentabilidade intrageracional e intergeracional como objetivo substantivo próprio, como *variável estrutural* do sistema constitucional em *equilíbrio estável de permanência*, tendo na promoção dos direitos fundamentais o seu estímulo civilizatório.

Para ultrapassar as *energias utópicas*, características da teoria geral dos direitos fundamentais da segunda metade do século passado, o DCFE parte de três constatações factuais: (i) a natureza política do *arranjo institucional*, responsável pela atividade financeira do Estado; (ii) o necessário equilíbrio entre a escassez de recursos e as demandas da sociedade *desejante eterna*; e (iii) a sociedade de risco fiscal, com a ambivalência pós-moderna entre o desenvolvimento tecnológico e suas externalidades negativas, sobretudo na segurança do sistema jurídico, e, em especial, no constitucionalismo do *tempo imediato*.

Todos esses aspectos decorrem dos *totens* e *tabus* da relação simbiótica e ambivalente entre política e Constituição. As tentativas da teoria da Constituição de promover a assepsia política geraram falhas democráticas, como a *judicialização da política*, o *século do judicial review* e os avanços ativistas, que afetaram o binômio fiscal-social. No *framework* constitucional financeiro, portanto, a política fiscal e a Constituição Financeira não podem ser consideradas *espaços hermenêuticos* isolados, domínios do procedimento sobre a substância. A unidade constitucional tende a apresentar uma dinâmica artificialmente alterada pelo alargamento contramajoritário da jurisdição constitucional, em cujo bojo a barganha política exhibe um custo de transação expressivo, nos termos do *Teorema democrático de Coase*.

O *arranjo institucional* político da atividade financeira do Estado é, portanto, inevitável, apesar de seus comportamentos desviantes. O processo de barganha político, quando malconduzido, traz para o jogo decisório financeiro a captura pelas *minorias numerosas*, típicas

da *democracia de competição*. No Brasil, o presidencialismo de coalizão aflorou a barganha entre entes e Poderes, dando amplo espaço aos novos atores institucionais, como os partidos políticos e a sua estratégia de troca do conflito pela influência.

A *doutrina pura* da separação dos poderes recepcionou mal as disfunções da *democracia de competição*. O distanciamento entre as instituições clássicas de poder e os elementos do novo *arranjo institucional* conduziram os sistemas de governo dominantes, ou seja, o sistema presidencialista de matriz norte-americana e francesa e o sistema parlamentarista britânico, a equilíbrios formalmente perfeitos, porém materialmente assimétricos. Ignorar a influência de partidos políticos e grupos de influência, por exemplo, criou a sensação de que a supremacia do Judiciário poderia resolver os problemas do presidencialismo, enquanto no modelo inglês o protagonismo de Westminster avançava sobre os outros poderes.

A visão neoinstitucionalista da ciência política identifica e destaca as dificuldades da *entidade* separação dos poderes. Sob o *contextualismo* histórico, a *doutrina pura* da separação dos poderes ganha contornos multidisciplinares. O institucionalismo da escolha racional constata, no vasto conjunto de centros de decisões do novo *arranjo institucional*, o desequilíbrio comportamental da indução da competição pelos *arquitetos da escolha* estatal. O institucionalismo sociológico mostra, a partir da *virada institucionalista*, a importância da legitimação social das instituições, clássicas e periféricas, na relação sistêmica social.

Nesse contexto, o direito aparece como um *sistema social referencialmente aberto*, cujas regras *internalizadas* e *institucionalizadas* respondem a estímulos internos e sofrem influências externas. O *ethos* constitucional, marcado por diversos centros decisórios de poder, busca a unidade sistêmica como premissa hermenêutica, em um processo de legitimação dinâmico, permanente e árduo.

A partir do conjunto dos *atos-unidades* das interações sistêmicas, ou seja, de impulsos políticos, econômicos, ou sociais, legislativos, executivos, ou judiciais, o *equilíbrio estável de permanência* do sistema jurídico se sobrepõe na Constituição como característica própria das *variáveis estruturais* como *processo do próprio sistema*. O teorema dinâmico fundamental de Talcott Parsons ajuda a identificar os *pontos de referência* hermenêuticos, como limites às interações internas e externas de um sistema aberto. O paradigma das quatro funções do “esquema AGIL” entra como fator de valoração objetivo: a *adaptação* e os *objetivos* diminuem as entropias das influências externas (*output*), enquanto a *integração* e *latência* estabilizam as relações internas (*inputs*).

Na primeira etapa do seu modelo estratégico, o DCFE, portanto, usa o “esquema AGIL” para fixar parâmetros objetivos de *sustentabilidade constitucional*. A visão sistemática da valoração dos *objetivos* imediatos do *ato-unidade*, com a *integração* e a *latência* estabilizadora interna, procura balancear as influências dos *outputs* externos pela função de *adaptação*.

A política fiscal, enquanto elemento político-econômico, modificador e estabilizador, sofre capturas políticas e econômicas que não raro desviam o foco das *variáveis estruturais* do subsistema financeiro para *variáveis constantes* de atendimento episódico, fisiológico e desarmonico de grupos de interesses. Esses *objetivos* desviantes do *ambiente institucional* são identificados pelo “esquema AGIL”, que atribui instrumentos ao intérprete para evitar a sua propagação sistêmica.

Este é um ponto fundamental do modelo estratégico do DCFE. A sociedade de risco fiscal responde negativamente a estímulos desviantes. A incerteza fiscal intrageracional e intergeracional se vale da estrutura constitucional como reguladora dos riscos políticos que afetam subsistemas constitucionais em conflito potencial, em especial, para a garantia efetiva da concretização de direitos fundamentais.

Fixado os limites e as possibilidades da influência do *ato-unidade* no sistema do *ambiente institucional*, o DCFE se volta para a segunda etapa do seu modelo estratégico. O *arranjo institucional* passa a ser o centro de atenção, em busca de uma interação política cooperativa. no cenário democrático da negociação. A superação de resultados decepcionantes na alocação de recursos público, em boa medida, decorre da competição institucional pelo controle dos gastos.

O objetivo é o mesmo. Os interesses, porém, são diversos. A *democracia de competição* exagera, assim, nas cores da incompetência alocativa. A qualidade do gasto público, enquanto objetivo da atividade financeira estatal, perde fôlego, diante de instituições vocacionadas para o conflito. A estratégias de manipulação e o desequilíbrio da competição política na democracia constitucional trazem resultados piores para a *racionalidade coletiva social*.

A *sustentabilidade financeira*, enquanto processo solidário dinâmico da busca do sentido intergeracional da Constituição, confere ao direito constitucional financeiro o seu caráter substantivo. As ações alocativas, enquanto elemento da *teoria da decisão da decisão*

interativa, transformam hipóteses improváveis de cooperação no *Estado de barganha*, em resultados estratégicos prováveis.

O DCFE, então, utiliza a *estratégia* cooperativa como o elemento central da segunda parte do seu método, através de diálogos entre os elementos do *arranjo institucional*. No jogo federativo complexo brasileiro, os conflitos gerados pelos *fatores extraconstitucionais* podem ser compostos por estratégias iteradas em cooperação.

Neste contexto de argumentação, as oito proposições iniciais do trabalho se tornam factíveis e se alinham para uma evolução do direito financeiro em prol da do gasto público qualitativo:

- (i) a paradoxal desconsideração do fenômeno da escassez no direito constitucional contemporâneo diminui a efetivação dos direitos fundamentais, ao induzir o gasto público competitivo;
- (ii) o subsistema constitucional financeiro possui elementos hermenêuticos próprios para promover a sustentabilidade constitucional e evitar a captura por conduções desviantes da política fiscal;
- (iii) a unidade da constituição pressupõe o equilíbrio de permanência, em um sistema referencialmente aberto e dinâmico como o direito;
- (iv) a interação coordenada estratégica entre entes federativos, Poderes e instituições do novo *arranjo institucional* é um elemento importante de fuga dos perigos próprios da sociedade de risco fiscal;
- (v) cooperação, sustentabilidade e diálogos são premissas teóricas complementares da qualidade do gasto público e da efetivação dos direitos fundamentais;
- (vi) a *doutrina pura* da separação dos poderes deve se abrir a uma metodologia multidisciplinar e considerar um cenário de interação além das instituições clássicas de poder;
- (vii) no cenário do novo *arranjo institucional*, os poderes devem ser independentes, porém cada vez mais harmônicos entre si, através de uma indução sistêmica cooperativa, sem imposição de autoridade, através de elementos próprios do *ambiente institucional*;
- (viii) o direito constitucional financeiro estratégico, como metodologia que une a interpretação sistêmica à teoria da escolha racional se coloca como uma metodologia possível de ser um estímulo civilizatório da efetivação dos direitos fundamentais, entre entes, Poderes e instituições *desejantes eternas*.

O DCFE, portanto, nasce com a pretensão de ser uma regra útil ao jogo de duas faces entre a política e o direito, em torno do tabuleiro da *política fiscal*. Há um potencial descompasso entre a política macroeconômica e a efetividade dos direitos fundamentais. O ponto de equilíbrio ocorre quando os competidores se transformaram em colaboradores. A política, moldada pela realidade econômica, encontra na eficácia social das normas constitucionalizadas de direito financeiro um empate. Mas o jogo não acabou. E talvez nunca acabe.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ABRAHAM, Marcus. *Governança fiscal e sustentabilidade financeira: os reflexos do Pacto Orçamental Europeu em Portugal como exemplos para o Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ABRAHAM, Marcus. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017. ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal comentada. *Revista CEJ*, v. 22, nº 74, 2018.

ABRAHAM, Marcus. *Reflexões sobre finanças públicas e direito financeiro*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson *et al.* *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, nº 1, p. 5-38, 1988.

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 13-23, 2014.

ACKERMAN, Bruce. *Direito em tempos de Covid-19*. Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, 26 jun 2020. Registro em palestra proferida no seminário Direito em Tempos de Covid-19. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tKgqjgKBao0&t=2853s>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2007. 400p.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, nº 3, p. 633-729, 2000.

ACKERMAN, Bruce. *The future of liberal Revolution*. New Haven/London: Yale University Press, 1992.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, nº 4, p. 771-797, 1997.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs lectures: Discovering the constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1013-1072, 1984.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard, 1991. v. 1.

ACKERMAN, Bruce. *We the people: The civil rights revolution*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014. v. 3.

ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. São Paulo: Unesp, 2007.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, v. 9, nº 1, p. 127-152, 2000.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; RIBEIRO, Leonardo. Descoordenação fiscal na federação brasileira. *Conjuntura Econômica*, p. 35-36, mar., 2019.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Responsabilidade fiscal no Brasil: uma memória da lei*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2010.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; RIBEIRO, Leonardo; PORTO, Laís Khaled. Gestão fiscal e federativa no Brasil. *Conjuntura econômica*, Rio de Janeiro: FGV/IBRE, Instituto Brasileiro de Economia, p. 26-29, mar. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio. O ajuste do governo central: além das reformas. In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (orgs). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 85-110.

ALEXANDER, Larry. Law & Politics: What is their Relation? *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 611-356, v. 42, nº 1, 2017.

ALEXANDER, Lawrence. Law & Politics: What is their Relation? In: Lecture at the Harvard Law School. Herbert W. Vaughan Acad. Panel, 2017. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 41, p. 355-356, 2017.

ALEXANDER, Larry. Lost in the Political Thicket. *Florida Law Review*, v. 41, p. 563-580, 1989.

ALEXANDER, Larry. Method of Text And: Jack Balkin's Originalism with No Regrets. *University of Illinois Law Review*, nº 3, p. 611-622, 2012.

ALEXANDER, Larry. Still lost in the political thicket (or why I don't understand the concept of vote dilution). *Vanderbilt Law Review*, v. 50, p. 327-337, 1997.

ALEXANDER, Larry. The method of text and? Jack Balkin's originalism with no regrets. *Legal Studies Research Paper Series. University of San Diego*, n. 11, p. 7, set. 2011.

ALEXANDER, Jeffrey C. *Theoretical logic in sociology. The modern reconstruction of classical thought: Talcott Parsons*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1983. v. 4.

ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Brasília: IPEA, 1996. (Texto para Discussão 448.)

ALMEIDA, Ana Luiza Ozorio de; MORA, Monica. *Federalismo e dívida estadual no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 866.)

ALMEIDA, Mansueto; LISBOA, Marcos de B.; PESSOA, Samuel. O ajuste inevitável ou país que ficou velho antes de se tornar desenvolvido. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 jul. 2015.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI de 1944 a 2002: um relacionamento feito de altos e baixos. *Cena Internacional*, v. 4, p. 87-112, 2002.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI de 1944 a 2002: um relacionamento feito de altos e baixos. *Revista História Hoje*, São Paulo, nº 1, p. 12-15, 2003.

ALMOND, Gabriel A.; VERBA, Sidney. The Civic Culture. *Political attitudes and democracy in five nations*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1963.

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution. A biography*. New York: Random House, 2006.

AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten constitution: The precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012.

AMATUCCI, Andrea. La enseñanza del derecho financiero en Italia y España. *Foro, Revista de derecho*, nº 1, p. 123-158, 2003.

ANASTASIA, Fátima; MELO, Carlos Ranulfo F. *Accountability, representação e estabilidade política no Brasil*. In: ABRÚCIO, Fernando (org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC (Parte1)*. Brasília, 2002. (Coleção Gestão Pública, v. 7.)

ANDRADE, José Maria Arruda de. A política econômica e a governança dos gastos tributários indiretos. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-30/estado-economia-politica-gastos-tributarios-indiretos>. Acesso em: 13 abr. 2021.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Ed., 2006.

ANTONINI, Luca. Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo. In: ROMBOLI, Silvia (coord.). *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*. Balances y perspectivas en la Europa constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. v. I, p. 337.

ANTONINI, Luca. Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo. In: ROMBOLI, Silvia (coord.) *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*. Balances y perspectivas en la Europa constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. v. I.

APRÓSIO, Alessio Palmero. *Pinóquio no país dos paradoxos: uma viagem pelos grandes problemas da lógica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2015.

ARAÚJO FALCÃO, Amilcar de. Interpretação e integração da lei tributária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 40, p. 24-37, 1955.

ARAÚJO FALCÃO, Amilcar de. *Introdução ao direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARAÚJO FALCÃO, Amilcar de. O direito tributário: sua conceituação, natureza e autonomia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 38, p. 494-505, 1954.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As novas dimensões do princípio da soberania*. Niterói: Impetus, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ARAÚJO, Victor Leonardo de. A macroeconomia do governo Médici (1969-1974): uma contribuição ao debate sobre as causas do "milagre" econômico. *Revista Economia Ensaios*, v. 33, nº 1, 2018.

ARENA, Celestino. Per una teoria politico-economica della finanza *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, v. 4, p. 11, mar. 1940.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. *On revolution*. London: Faber & Faber, 2016.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ASAZU, Cláudia Yukari; ABRUCIO, Fernando Luiz. *A gênese da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF): a construção de uma agenda*. São Paulo: Atibaia, 2003. (XXVII Encontro da AnPAD.) Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/7/enanpad2003-pop-1361.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O espelho, o esboço de uma teoria da alma humana*. Todos os contos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 82, p. 39-60, 1965.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ATKINSON, Anthony Barnes; STIGLITZ, Joseph E. The design of tax structure: direct versus indirect taxation. *Journal of public Economics*, v. 6, nº 1-2, p. 55-75, 1976.

AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. São Paulo: Hemus, 2010. 240p.

AXELROD, Robert. Effective choice in the prisoner's dilemma. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, nº 1, p. 3-25, 1980.

AXELROD, Robert. More effective choice in the prisoner's dilemma. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, nº 3, p. 379-403, 1980.

AXELROD, Robert; KEOHANE, Robert O. Achieving cooperation under anarchy: Strategies and institutions. *World Politics: A Quarterly Journal of International Relations*, v. 38, nº 1, p. 226-254, 1985.

BACHA, Edmar Lisboa. O fisco e a inflação: uma interpretação do caso brasileiro. *Revista de Economia Política*, v. 14, nº 1, p. 5-17, 1994.

BAER, Mônica. *O rumo perdido: a crise fiscal e financeira do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Alguns andaimes da Constituição*. Rio de Janeiro: Aloísio Maria de Oliveira Ed., 1950.

BALEEIRO, Aliomar. O direito financeiro na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, v. 6, nº 21, p. 3-30, 1969.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption*. Political faith in an unjust world. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.

BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2014.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The canons of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 111, p. 963-1024, 1998.

BANDERSKY, Joseph J. *Carl Schmitt: theorist for the Reich*. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1983.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 362p.

BAREIJO, Álvaro Rodríguez. Estudio preliminar. In: LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Traducción de José Zamit. Madrid: Tecnos, 2012.

BARRO, Robert J. The control of politicians: an economic model. *Public Choice*, v. 14, nº 1, p. 19-42, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. *Temas de Direito Constitucional*, v. 1, p. 141-151, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, nº 1, p. 1-48, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRY, Brian. *Justice as impartiality*. A treatise on social justice. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. v. 1.

BARRY, Brian. Justice between Generations. *In*: HACKER, P.M.S; RAZ, Joseph (ed.). *Law, Morality and Society*. Essays in Honor of H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 268-284.

BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier *et al.* *Economia brasileira no período 1987-2013: relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea*. Brasília: Ipea, 2015.

BASU, Kaushik. *The republic of beliefs*. A new approach to law and economics. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2018.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, p. 1109, 2005.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O federalismo na visão dos Estados*. Uma homenagem do Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; COSTA, Reinaldo Belli de Souza Alves. O Conselho de Gestão Fiscal previsto no art. 67 da LRF: origens, inércia legislativa e potencialidades. *In*: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BEARD, Charles A. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Dover Publication, Inc, 2004.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Translated Mark Ritter. London: Sage, 1992. 272p.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n° 3, p. 371-400, 1983.

BELL, Daniel. Nobody's Theories Were Bigger. *New York Times*, 13 maio 1979, Section E, p. 9.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n° 3, p. 1769-1811, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, nº 61, p. 5-24, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. 332p.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social*. Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência em Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Percalços da formação do federalismo no Brasil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, São Paulo, nº 32, p. 39-58, 2001.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida. A blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. 49, p. 57-77, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLAUG, Mark (ed.) *Adam Smith*. His place in development of modern economics Brookfield. London/New York: Edward Elgar, 1992.

BLEGER, José. *Simbiose e ambiguidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editor, 1985.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. 28. ed. Lisboa: Edições 70, 1987. 535p.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Tradução Laurent Saes. São Paulo: Edipro, 2016.

BLOCH, Marc; FEBVRE, Lucien. À nos lecteurs. *Annales*, v. 1, nº 1, p. 1-2, 1929. Disponível em: www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ahess_0003-441X_1929_num_1_1_103
1. Acesso em: 1º jun. 2020.

BLOOM, Harold; TAMEN, Miguel. *A angústia da influência: uma teoria da poesia*. Rio de Janeiro: Imago, 1991. 210p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Da Hobbes a Marx*. Saggi di storia della filosofia. Napoli: Morano Editore, 1965.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto. Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Diário de um século: autobiografia*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. Razões da filosofia política. In: BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, nº 3, p. 82-93, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. A democracia, o federalismo e a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Montesquieu e o pensamento de liberdade no século XVIII. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. 4, nº 3, p. 52-81, 1961.

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

BONELLI, Regis; MALAN, Pedro Sampaio. Os limites do possível: notas sobre balanço de pagamentos e indústria nos anos 70. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 6, nº 2, p. 353-406, 1976.

BOONIN, David. *The non-identity problem and the ethics of future people*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BORK, Robert H. Alexander M. Bickel, Political Philosopher. *The Supreme Court Review*, v. 1975, p. 419-421, 1975.

BORK, Robert H. Neutral principles and some First Amendment problems. *Indiana Law School*, v. 47, p. 1-35, 1971.

BORK, Robert H. *The Tempting of America: the political seduction of the law*. 5. ed. New York/London: Free Press/Macmillan, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Departamento de Imprensa Nacional, [1946]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 maio 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. de 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18 de 1965. Promulga a Reforma do Sistema Tributário. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º dez. 1965.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 9, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01otr0yysvu8v81dtujmrlodia09003824.node0?codteor=1853941&filename=PL+23/2020. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 47, de 27 de fevereiro de 1994. *Diário do Congresso Nacional*, de 17.03.1994.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 maio 2000.

BRASIL. Medida Provisória nº 434, de 24 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre o programa de estabilização econômica, o sistema monetário nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 fev. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF, Set. 2015, p. 30. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819>. Acesso em: 3 jan. 2021.

BRASIL. Tesouro Nacional Transparente. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASÍLIA. Emenda Constitucional nº 18, de 1965. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-18-1-dezembro-1965-363966-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar na ADI 6625-DF, 30 dez. 2020, p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345351846&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar no ADPF 770-DF, 17 dez. 2020, p. 14-15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345327227&ext=.pdf>.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Min. Rel. Ricardo Lewandowski). Segunda Tutela Provisória Incidental no ADPF 754-DF, 8 fev. 2021, p. 15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345613819&ext=.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Nunes Marques). Ação direta de inconstitucionalidade 6752. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6133069>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Medida Cautelar na ADI 5595-DF, 30 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.250-DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 21 ago. 2019, p. 40; p. 43. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344334243&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 24 jun. 2020, p. 48; p. 46. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344404366&ext=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Decisão da Medida Cautelar na ADPF 672-DF Relator Ministro Alexandre de Moraes. p. 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342867936&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. (Relator Min. Marco Aurélio). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6764-DF, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024>. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 6341-D. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. F, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 6357-DF, 30 de mar. 2020. Ministro Relator Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BREIT, William. Starting the Leviathan: balanced budget prescriptions before Keynes. In: BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. (coord.). *Fiscal responsibility in constitutional democracy*. Leiden/Boston: Martinus Nihoff Social Sciences Division, 1978.

BRIN, David. *The Transparent Society*. Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom? Massachusetts: Perseus Books, 1998.

BRUE, Stanley L. *The evolution of economic thought*. 6. ed. New York: Dryden Press, 2000.

BUCHANAN, James M. Barro on the Ricardian Equivalence Theorem. *Journal of Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press Journals, v. 84, nº 2, p. 337-342, abr. 1976.

BUCHANAN, James M.; MUSGRAVE, Richard A. *Public finance and public choice: two contrasting visions of the State*. Cambridge: MIT Press, 1999.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Logical foundations of constitutional democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

BUCHANAN, James M., WAGNER, Richard.E. Contemporary Democracy and the Prospect for Fiscal Control: Initial Thoughts about and Final Reactions to the Conference. *In: Fiscal responsibility in constitutional democracy*. Boston, MA: Springer, 1978. Studies in Public Choice, v. 1. p. 1-5.

BUCHANAN, James M., WAGNER, Richard.E. *Public Debt in a Democratic Society* Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1958.

BUDD, Alan. Preface. *In: KOPITS, George (ed.). Restoring public debt sustainability*. The role of independent fiscal institutions. New York: Oxford University Press, 2013.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hazienda publica y derecho*. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. t. I.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho*. Introducción al derecho Financiero de nuestro tiempo. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1962. 505p.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Sistema de derecho financiero*. Actividad financiera, ciencia financiera y derecho financiero. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977. v. I, 530p.

BULOS, Uadi Lammêgo. Finanças públicas e orçamento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 211, p. 281-299, 1998.

BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Tradução Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

BURKE, Peter. *A escola dos Annales (1929-1989)*. A Revolução Francesa da historiografia. São Paulo: UNESP, 1992.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. São Paulo: Vide Editorial, 2017.

BUSATO, Maria Isabel; FREITAS, Fabio N. P. de. *Novos keynesianos*. Escolas da macroeconomia. Rio de Janeiro: Albatroz, 2015.

CABRAL, Nazaré da Costa. *A teoria do federalismo financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

- CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Petrópolis: Vozes, 2017.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven and London: Yale University Press, 2011.
- CALABRESI, Steven G. An Agenda for constitutional reform. In: ESKRIDGE, William N.; LEVINSON, Sanford V. (ed.). *Constitutional stupidities, constitutional tragedies*, 1998. p. 22-27.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: N.W. Norton & Company, 1978.
- CALABRESI, Steven G.; POPE, Lauren. Judge Robert H. Bork and constitutional change: an essay on Ollman v. Evans. *The University of Chicago Law Review dialogue*, v. 80, nº 1, p. 155-176, 2013.
- CAMERER, Colin F. *Behavioral Game Theory. Experiments in strategic interaction*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. 568p.
- CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (ed.). *Advances in behavioral economics*. New Jersey: Princeton university press, 2004.
- CAMIC, Charles. Structure after 50 years: The anatomy of a charter. *American Journal of Sociology*, v. 95, nº 1, p. 38-107, 1989.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, v. 24, nº 2, p. 30-50, 1990.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CAMPOS, Luiz Augusto. Os pais fundadores da política moderna. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, nº 3, p. 883-891, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 480p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 273p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. *Lusíada Revista de Ciência e Cultura*, Lisboa, série I, nº 1, p. 57-65, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos*, v. 8, nº 13, p. 07-18, 2010.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reeleição e crises. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 5 set. 2020, Seção Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,reeleicao-e-criises,70003427387>. Acesso em: 17 set. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARNEIRO, Dionísio Dias; BACHA, Edmar. Programas de estabilização em países em desenvolvimento: antigas verdades e novos elementos. In: BACHA, Edmar. *Belíndia 2.0. Fábulas e ensaios sobre o país dos contrastes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 75-114.

CAROLAN, Eoin. The new separation of powers. *A theory for the modern state*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. Prefácio à sétima edição. In: LEAL, Vitor Nunes (ed.). *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CASSEL, Gustav. Abnormal deviations in international exchanges. *The Economic Journal*, v. 28, nº 112, p. 413-415, dez. 1918.

CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. 592p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1956.

CHIASSONI, Pierlugi. *Técnica da interpretação jurídica*. Breviário para juristas. Tradução Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. Revisão de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 502p.

CLAUS, Laurence P. Separation of powers and parliamentary government. In: AMAR, Vikram; TUSHNET, Mark (ed.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2009.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, nº 16, 1937.

COLLINGWOOD, Robin George; COLLINGWOOD, Robin George. *The idea of history*. Oxford University Press on Demand, 1994.

COLLINGWOOD, R. G. *The new Leviathan or man, society, civilization and barbarism*. London/New York: Oxford University Press, 1947.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONGRESS.GOV. *H.R.1319 – American Rescue Plan Act of 2021*. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1319/text>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Devedores e credores expõem expectativas sobre pagamento de precatórios*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/devedores-e-credores-expoem-expectativas-sobre-pagamento-de-precatorios/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CONTI, José Mauricio. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, F. F.; CONTI, J. M. (ed.). *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 10 anos de vigência – Questões atuais. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 39-56.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998.

COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2020.

COSER, Ivo. Visconde do Uruguai. *Centralização e Federalismo no Brasil – 1822-1866*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2008.

COSSA, Luigi. *Primi elementi di scienza delle finanze*. Milano, 1876. p. 5-6

COSTA, Alcides Jorge. A doutrina italiana e sua influência no direito tributário brasileiro. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli, MACHADO, Brandão Machado; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Princípios do direito tributário comparado*. Homenagem a Gilberto Ulhôa Canto. Agostinho Toffoli Tavoraro et al. (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo. *Revista de História*, v. 2, nº 5, p. 81-103, 1951.

CORTI, Horácio. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

COULANGES, Numa-Denis Fustel. *A cidade antiga*. Tradução Frederico Oznam Pessoa de Barros. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

COUTINHO, João Pereira. Prefácio. In: BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. São Paulo: Edipro, 2019.

CROXATTO, Guido. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid/Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

CROXATTO, Guido. Roberto Gargarella. Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860). *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, p. 249-253.

CYSNE, Rubens Penha. A economia brasileira no período militar. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 23, nº 2, p. 185-225, 1993.

CYSNE, Rubens Penha. A economia brasileira no período militar. *EPGE – Ensaios econômicos*, Rio de Janeiro: FGV, p. 12 (1-40), 1994.

CUIN, Charles-Henry; GRESLE, François. *História da sociologia 1: antes de 1918*. Tradução Alexandre Agabiti Fernandez. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 2015.

DAHL, Robert. The Behavioral Approach in Political Science: Epitaph for a monument to a successful protest. *American Political Science Review*, v. 55, nº 4, p. 766-772, 1961.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado democrático e social de direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em: 27 nov. 2020.

DALTON, Hugh. *Principles of public finance*. 4. ed. London: Routledge & Kegan, 1954.

DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico Carvalho. Orçamento de guerra como solução de adaptação do arcabouço institucional para o combate à pandemia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020.

DAVID, Paul A. *Path-dependence: putting the past into the future of economics*. California: Stanford University. 1988. (Report 533.)

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DAUBEN, Joseph Warren. *Georg Cantor: his mathematics and philosophy of the infinite*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

DE MARCO, A. De Viti. Principios fundamentales de economía financiera. *Economía Española*, nº 19, p. 115-118, 1934.

DELEUZE, Gilles. *Spinoza et le problème de l'expression*. Paris: Les éditions de Minuit, 1968.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários sobre os arts. 40 a 77. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 261-349.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Petição inicial da ADI 2250-4 (DF). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1833269>. Acesso em: 14 ago. 2020.

DEWEY, John. *Democracia cooperativa. Escritos políticos de John Dewey (1927-1939)*. FRANCO, Augusto de; POGRENINSHI, Thamy (org.). Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). *Dicionário de políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DISTRICT OF COLUMBIA. United States Court of Appeals. 831 F.2d 1108. D.C. Cir. 1987. Disponível em: https://www.cadc.uscourts.gov/internet/home.nsf/Content/Tools_Search?OpenDocument&FREETEXT=831+f.2d+1108&FREETEXTOPTION=All&SEARCH=Search. Acesso em: 11 set. 2020.

DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Tradução Manuel do Rêgo Braga. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

DOGLIANI, Mario; MASSA PINTO, Ilenia. *Elementi di diritto costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

DOMINGUES, José Marcos. A atividade financeira do estado e as políticas públicas para os direitos humanos. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). *Direito financeiro e políticas públicas*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2015.

DORNBRUSCH, Rudiger. Fugas de capitais: questões políticas e de mensuração. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro: FGV, v. 43, nº 2, p. 177-209, 1989.

DOWNS, Anthony. An economic theory of political action in a democracy. *Journal of Political Economy*, v. 65, nº 2, p. 135-150, 1957.

DRAZEN, Allan; BRENDER, Adi. How do budget deficits and economic growth affect reelection prospects? Evidence from a large cross-section of countries. *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, Cambridge, nº 11862, p. 1-33, dez. 2005.

DRAZEN, Allan. The political business cycle after 25 years. University of Maryland, Hebrew University of Jerusalem. *NBER macroeconomics annual*, v. 15, p. 75-137, 2000.

DURLAUF, Steven; BLUME, Lawrence E. Behavioral game theory. In: DURLAUF, Steven. *Game theory*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 29-37.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. The moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ELSTER, Jon. Marxism, functionalism, and game theory. In: MATRAVERS, Derek; PIKE, Jonathan (ed.) *Debates in Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. London/ New York: Routledge, 2003.

ELSTER, Jon. *The cement of society: A survey of social order*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune; HERNES, Gudmund (ed.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge University Press, 1988.

ELTON, Geoffrey. R. *The New Cambridge Modern History*. v. 2: *The Reformation. 1520-1559*. Cambridge: Cambridge University Press 1963.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EPSTEIN, Joseph. *Alexis de Tocqueville: Democracy's Guide*. London/New York: Harper Collins, 2019.

ESPECHE, Sebastián P. *Curso de derecho financeiro*. Bueno Aires: Erreius, 2016.

EVANS, Peter. Além da “monocultura institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. Tradução Fabiano Bruno Gonçalves. *Sociologias*, nº 9, p. 20-63, 2003.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre, Rio de Janeiro, São Paulo: Globo, 2012.

FARARO, Thomas J. On the Foundations of the Theory of Action: four imperatives. *Studies in the theory of action*. Action theory. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2006.

FARARO, Thomas J. *Social action systems: Foundation and synthesis in sociological theory*. Connecticut, US: Praeger Publishers, 2001.

FARARO, Thomas J. *The meaning of general theoretical sociology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. Introduction. Control systems thinking in sociological theory. In: FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. (ed.). *In: Purpose, meaning and action. Control systems theories in sociology*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 1-27.

FARARO, Thomas J.; SKVORETZ, John. Institutionalized social action. Control at program level. In: FARARO, Thomas J.; McCLELLAND, Kent A. (ed.). *Purpose, meaning and action. Control systems theories in sociology*. New York: Palgrave Macmillan 2006. p. 113-136.

FASIANI, Mauro. *Principios de ciencia de la hacienda*. Traducción de Gabriel de Usera. Madrid: Aguilar, 1962.

FERGUSON, James M. *Public debt and future generations*. North Carolina: Chapter Hill, 1964.

FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico. Roma: Laterza & Figli, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Nascita e crisi dello Stato nazionale. Milano: Anabasi, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia 2. Teoría de la democracia. Traducción Alfonso Ruiz Miguel e Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio de. *Teoria da norma jurídica*. Ensaio da pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Jorge Luiz. *O populismo e sua história: debate e crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 382p.

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Brasil, 2011.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali. Bari-Roma: Laterza & Figli, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

FISHLOW, Albert. Brazilian size distribution of income. *The American Economic Review*, v. 62, n° 1/2, p. 391-402, 1972.

FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Syracuse Law Review*, v. 57, p. 187-208, 2007.

FITTS, Paul M.; SEEGER, Charles M. SR compatibility: spatial characteristics of stimulus and response codes. *Journal of Experimental Psychology*, v. 46, n° 3, p. 199-210, 1953. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/h0062827>. Acesso em: 29 dez. 2020.

FONROUGE, Giulini. *Derecho financiero*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FORSTHOFF, Ernst; GUERRA, Luis López; MUÑIZ, Jaime Nicolás. *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Traducción Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Lévy, 1923.

FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. *O desafio brasileiro*. Ensaio sobre desenvolvimento, globalização e moeda. São Paulo: Editora 34, 1999.

FRANCO, Gustavo Henrique de Barroso. O imposto inflacionário durante quatro hiperinflações. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 18, n° 2, p. 341-360, 1988.

FREIRIA, Antônio Acra. A teoria dos conjuntos de Cantor. *Paidéia*, Ribeirão Preto, nº 2, p. 70-77, 1992.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. *Algumas concordâncias entre vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2013.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, v. 91, nº 4, p. 577-682, 1993.

FRIEDMAN, James W. *Game Theory with Applications to Economics*. 2. ed.

FRY, Michael. *Adam Smith*. His place in the development of modern economics. London: Routledge, 1992. 204p.

FURTADO, Celso. A federação por fazer. Quem és tu, Federação? *Revista Rumos – os caminhos do Brasil em debate*. São Paulo: Comissão Nacional para as Comemorações do V Centenário do Descobrimento do Brasil, ano 1, nº 2, p. 39-41, mar.-abr. 1999.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Companhia da Letras, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosur*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 308p.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein. *Revista de Estudios Políticos*, nº 47, p. 43-90, 1949.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad, 1993.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español. *ILANUD*, nº 23-24, p. 7-33, 1989.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América, 1776-1860*. Buenos Aires: Siglo XXI Ediciones, 2008.

GERKEN, Heather K. Our Federalism (s). *William and Mary Law Review*, v. 53, p. 1549, 2011.

GERTH, Hans H.; MILLS, Charles. Wright. Métodos da ciência social. In: WEBER, Marx *Ensaio sobre sociologia*. Hans H. Gerth; e Charles Wright Mills (org.). Tradução Waltensir Dutra. Ver. téc.: Fernando H. Cardoso. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1979.

GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Monica. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual. *Revista de Economia Política*, v. 27, nº 3, p. 472-494, 2007.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIANNINI, Massimo Severo. I pubblici poteri negli Stati pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico Roma*, nº 2-3, p. 389-404, 1979.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 2017.

GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged*. The rise and demise of Lochner Era. Police powers jurisprudence. Durham/London: Duke University Press, 1993.

GILLMAN, Howard. Martin Shapiro and the movement from “old” to “new” institutionalist studies in public law scholarship. *Annual Reviews of Political Science*, v. 7, p. 363-382, 2004.

GLEZER, Rubens Eduardo. *O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social*. Tese (Doutorado em Direito – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2015.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del Carcere*. Torino: Nuova Universale Einaudi, 1975.

GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, p. 703, 1974.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

GRIMM, Dieter. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Translated by Belinda Cooper. New York: Columbia University Press, 2013.

GRIMM, Dieter; PINA, Antonio López. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, Spain: Trotta Madrid, 2006.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Traducción y notas Dino Jarach. Buenos Aires: Roque Depalma, 1949.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1953.

GROFMAN, Bernard. Arend Lijphart and the New Institutionalism. Democracy and institutions. In: CREPAZ, Markus M. L.; KOEIBLE, Thomas A.; WILSFORD, David (ed.) *The life work of Arend Lijphart*. Michigan: The University of Michigan Press, 2003. p. 43-75

GROSSI, Paolo. História social e dimensão jurídica. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 4, n° 2, p. 5-26, 2009.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade*. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUIMARÃES NETO, Leonardo. *Introdução à formação econômica do nordeste*. Recife: Massangana, 1989.

GUIMARÃES, Ulisses. Trecho da transcrição oficial do discurso do Deputado Constituinte Ulysses Guimarães, na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988.

GURRÍA, Angel. *Secretary General Angel Gurría's statement for the G20 Videoconference Summit on Covid-19, 2020*. Paris: OECD, 2020. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=126_126445-5ofyod1xpv&title=SecretaryGeneralAngelGurríaStatementforthe20_VideoconferenceSummitonCovid19. Acesso em: 20 mar. 2021.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre: Fabris, 2002. 55p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre a facticidade e a validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

HABERMAS, Jürgen. A crítica neoconservadora da cultura nos Estados Unidos e na Alemanha. In: *A nova obscuridade*. Pequenos escritos políticos V. São Paulo: Unesp, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Talcott Parsons: Problems of theory construction. *Sociological Inquiry*, v. 51, n° 3-4, p. 173-196, 1981.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n° 58, p. 193-223, 2003.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. 27. ed. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2005.

HANSEN, Alvin H. *Fiscal policy and business cycles*. New York: W.W. Norton&Co., Inc, 1941.

HARSANYI, John C. Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's Theory. *American Political Science Review*, v. 69, n° 2, p. 594-506, 1975.

HARSANYI, John C. *Papers in Game Theory*. Dordrecht: Springer, 1982.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HATHAWAY, Oona A. Path dependence in the law: The course and pattern of legal change in a common law system. *Iowa Law Review*, v. 86, p. 601, 2000.

HAURIOU, Maurice. La theorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social. *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, p. 126-127, 1925.

HELLER, Herman. Prólogo. In: *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. Hans Kelsen y el socialismo reformista. *Revista de Estudios Políticos*, n° 96, p. 77-115, 1997.

HERRING, Edward Pendleton. The politics of fiscal policy. *The Yale law journal*, v. 47, n° 5, p. 724-745, 1938.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. 'Rigidez' y 'movilidad' de la Constitución. Escritos de derecho constitucional. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad; HECK, Luís Afonso. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um mlénio*. Europa-América: Mem Martins, 1999, 2005.

HEYDEBRAND, Wolf V. New organizational forms. *Work and occupations*, v. 16, nº 3, p. 323-357, 1989.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2010.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy. *The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2004.

HOFFMANN, Rodolfo. Desigualdade e pobreza no Brasil no período 1979-90. *Economia e sociedade*, Campinas, Unicamp, nº 11, p. 199-221, 1998.

HOFFMANN, Rodolfo; DUARTE, João Carlos. A distribuição da renda no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro: FGV, v. 12, nº 2, p. 46-66, 1972.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. *Constitucionalismo y Democracia*, p. 217-262, 1999.

HOLMES, Stephen. Carl Schmitt: Theorist of the Reich. *American Political Science Review*, v. 77, nº 4, p. 1066-1067, 1983.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

HORTA, Maria Helena T. Taques. *Atribuições das autoridades monetárias no Brasil e formulação do orçamento monetário*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/IPEA, 1981. (Texto para Discussão nº 36.)

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 41, nº 4, 2001.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no direito constitucional contemporâneo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 713-740, jan./jul. 2003.

HORTA, Raul Machado. Tendências do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, v.3, nº 9, jul./set., 1969.

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*. Tradução João Paulo Monteiro. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

HUNT, Emery Kay; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico. Uma perspectiva crítica*. Tradução e revisão técnica de André Arruda Villela. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IPPOLITO, Richard A. *Economics for lawyers*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JANOWITZ, Morris (ed.). *Talcott Parsons. On institutions and social evolution*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1982.

JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. Traducción de Christian Fórster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Traducción y prólogo Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

JEREZ, Miguel. Los grupos de presión. In: DEL ÁGUILA, Rafael (coord.). *Manual de ciência política*. Madrid: Trotta, 2008.

JEZE, Gaston. *Cours de droit public*. Paris: Marcel Girard, 1929.

JEZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Théorie générale du budget. 6. ed. Paris: Marcel Girard, 1922.

KAMNICK, Isaac. Bolingbroke and his circle. *The politics of nostalgia in the age of Walpole*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1992.

KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KAPLOW, Louis. *The optimal tax mode*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

KÄSTNER, Karl-Hermann. From the social question to the social state. *Economy and Society*, v. 10, n° 1, p. 7-26, 1981.

KAPLOW, Louis. *The theory of taxation and public economics*. Princeton, NJ, US: Princeton University Press, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Saraiva, 1939.

KLEIN, Antônio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 2002.

KHAIR, Amir Antônio. Política fiscal. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de políticas públicas*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018.

KUHN, Harold. Extensive games and the problem of information. In: KUHN, Harold; TUCKER, Albert W. (ed.). *Contributions to the Theory of Games*. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 193-216.

KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt and the Frankfurt School. *Telos: Critical Theory of the Contemporary*, v. 1987, n° 71, p. 37-66, 1987.

KLIKSBERG, Bernardo. *Towards an intelligent state*. Amsterdam: IOS Press, 2001.

KENNEDY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspectives*. New York: Palgrave Macmillan, 1999.

KOPITS, George. *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*. Oxford, England: OUP Oxford, 2013.

KRAMER, Larry D. The Supreme Court, 2000 Term, Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*, v. 115, p. 4-169, 2001.

KRAMNICK, Isaac. Editor's Introduction. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin, 1987.

KRAMNICK, Isaac. *Republicanism and bourgeois radicalism*. Political ideology in late eighteenth-century. England and America. Ithaca/London: Cornell University Press, 1990.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LABAND, Paul. *Die wandlungen der deutschen reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1896.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*, v. 11, n° 30, p. 55-65, 1997.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. La Constitución en tiempos de crisis. In: ROMBOLI, Silvia (coord.). *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2020. v. 1, p. 65-86.

LAGADEC, Patrick. *Le risque technologique majeur: politique, risque et processus de développement*. Paris/Oxford: Pergamon Press, 1979.

LAMOTHE, Dan. *Democracy dies in darkness*. The time to question election results has passed, all living former defense secretaries say. The Washington Post. 03 jan. 2021. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/national-security/former-defense-secretaries-rebuke-trump-election/2021/01/03/1c708f64-4de5-11eb-b2e8-3339e73d9da2_story.html. Acesso em: 3 jan. 2021.

LANGONI, Carlos Geraldo. *Distribuição da renda e desenvolvimento econômico do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 2014.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: HORVARTH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Christiane Kerches da Silva. *O processo de ordenamento fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Tese (Doutorado em ciência política) – Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política, São Paulo, 2005.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEVINE, Donald. *Visions of the sociological tradition*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1995.

LEVINSON, Sanford. *An argument open to all: reading the Federalist in the twenty-first century*. Yale University Press, 2015.

LEVINSON, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

LEVINSON, Sanford. *Framed. America's 51 constitutions and the crisis of governance*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2012.

LEVY, Joaquim Vieira Ferreira. Enfrentando o impacto econômico do coronavírus. *Valor Econômico*, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniaao/coluna/enfrentando-o-impacto-economico-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2008.

LIBRARY OF CONGRESS. *U.S. Reports: Sloan v. United States, 193 U.S. 614 (1904)*. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep193614/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

LIJPHART, Arend. II. The comparable-cases strategy in comparative research. *Comparative Political Studies*, v. 8, nº 2, p. 158-177, 1975.

LIMA, Rui Cyrne. O conceito fundamental do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 12, p. 59-64, 1948.

LIMA, Juliana; LIMA, Bianca. *Estados e municípios fecham 2020 com o dobro de dinheiro em caixa, apontam dados de Tesouro e BC*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/10/estados-e-municipios-fecham-2020-com-o-dobro-de-dinheiro-em-caixa-apontam-dados-de-tesouro-e-bc.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2021.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CARMO, Valter Moura do; COUTINHO, Júlia *Maia de Meneses*. *Progresso e regresso político. A democracia em risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA BARRETO, Afonso Henriques. *Diário íntimo*. São Paulo: Mérito, 1953.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. *Os partidos políticos brasileiros. A experiência federal e regional: 1945-1964*. Tradução Gustavo F. G. Aronowick. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York: Macmillan, 1942.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. São Paulo: Objetiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito. O direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Unesp, 2002.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalisation?. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The twilight of constitutionalism*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2010.

LUCAS, Robert Emerson, Jr. *Understanding business cycles*. Essential readings in economics. London: Palgrave, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMAN, Niklas. The unity of legal system. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin/Nova York: Walter de Gruyter, 1988.

LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF*. Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACCORMICK, Neil. Constitutionalism and democracy in the EU. In: BOMBERG, Elizabeth; PETERSON, John; STUBB, Alexander. *The European Union: How does it work?* 2. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.

MACCUNN, John. *The political philosophy of Burke*. New York: Longmans Green and Company; London: Edward Arnold, 1913.

MALAN, Pedro Sampaio. Voto CMN nº 162/1995. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/conselho-monetario-nacional-cmn/cmn-no-162-95>. Acesso em: 10 maio 2019.

MANUAL de Boas Práticas Fiscais. Publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

MCGUIRE, Robert A.; OHSFELDT, Robert L. Economic interests and the American constitution: A quantitative rehabilitation of Charles A. Beard. *Journal of Economic History*, p. 509-519, 1984.

MADDISON, Angus. A comparison of levels of GDP per capita in developed and developing countries, 1700-1980. *Journal of Economic History*, p. 27-42, 1983.

MADISON, James. *Os artigos federalistas. 1787-1787*. São Paulo: Nova Fronteira, 1993.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist*. A collection. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

MADISON, James. Federalist 47th. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist*. A collection. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

MADISON, James. The federalist nº 10. *November*, v. 22, nº 1787, p. 1787-88, 1787.

MAGALHÃES, Luís Carlos Garcia de; COSTA, Carla Rodrigues. *Arranjos institucionais, custo da dívida pública e equilíbrio fiscal: a despesa “ausente” e os limites do ajuste estrutural*. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. (Texto para Discussão 2403.)

MAIN, Jackson Turner. *The anti-federalists: critics of the Constitution 1781-1788*. New York: The Norton Library, 1974.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. *West European Politics*, v. 17, nº 3, p. 77-101, 1994.

MANNING, John F. Separation of powers as ordinary interpretation. *Harvard Law Review*, v. 124, p. 1939, 2010.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The new institutionalism: Organizational factors in political life. *American political science review*, v. 78, nº 3, p. 734-749, 1984.

MARCINIUK, Fernanda L; BUGARIN, Maurício S. A influência da reeleição nas políticas fiscais subnacionais. *Revista Brasileira de Economia*, v. 73, nº 2, p. 181-210, 2019.

MARTINEZ, Paulo Henrique. Fernand Braudel e a primeira geração de historiadores universitários da USP (1935-1956): notas para estudo. *Revista de História*, nº 146, p. 11-27, 2002.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid: Universidad Complutense, nº 4, p. 219-258, 1986.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 969, nº 1, p. 1-45, 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21811>. Acesso em: 23 set. 2019.

MARTUL-ORTEGA, Perfecto Yebra. *Constitución financiera española. Veinticinco años*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.

MCDANIEL, Paul; SURREY, Stanley. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*. v. 27, nº 5, p. 676-737, 1976.

MCDONALD, John; VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar (ed.). *A Theory of Strategy. Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, NJ, US: Princeton University Press, 1944. p. 692-711.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1997.

MCILWAIN, Charles Howard. *The American revolution: a constitutional interpretation*. New York: Macmillan Company, 1923.

MEHROTRA, Ajay K. Edwin R.A. Seligman and the Beginnings of the U.S. Income Tax. *Legal studies research paper series Indiana*. Indiana University School of Law-Bloomington, 2006. (Tax Notes, nº 56.)

MELLIZO, Carlos. Hume y la teoría institucional. *Revista de Economía Institucional*, v. 7, nº 13, p. 69-80, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Introdução. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís S.; AFONSO, José Roberto. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020. 668p.

MENDES, Marco José. O financiamento do auxílio emergencial: medidas excepcionais para tempos excepcionais. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/02/Financiamento-aux%C3%ADlio-emergencial_Marcos-Mendes_fevereiro-de-2021.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

MENDES, Marcos José. *Emenda Constitucional 109 (PEC Emergencial): a fragilidade e a incerteza fiscal permanecem*. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/PEC-Emergencial_Marcos-Mende_mar2021.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

MENDES, Marcos José. *Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público*. Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008. (Texto para Discussão 38). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/94270>. Acesso em: 7 jun. 2016

MENGER, Carl. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MEYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte especial. Poder de policia y poder tributário. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. II.

MICHELMAN, Frank I. Conceptions of democracy in American constitutional argument: voting rights. *Florida Law Review*, v. 41, p. 443, 1989.

MICHELMAN, Frank I. Law's republic. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1493, 1988.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, nº 3, p. 483-511, 2002.

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MONTEIRO, Jorge Vianna. Economia política da crise: o programa de estabilidade fiscal. *Revista da Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV/EBAPE, v. 32, nº 5, p. 215-223, set./out. 1998.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MORAES, Renato José. Tomás de Aquino e o direito das obrigações: o que têm em comum? *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 2, p. 1013-1030, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia*. Curitiba: EVG, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 221, p. 71-93, jul./set. 2000.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MORGENSTERN, Oskar; VON NEUMANN, John. *Theory of games and economic behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 1953.

MORROW, James D. *Game theory for political scientists*. Princeton University Press, 1995.

MOSHER, Frederich. *Democracy and the public service*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1982. 268p.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito*. Tradução Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUN, Thomas. *England's Treasure by Forraign Trade*. New York: Macmillan, 1967.

MUSGRAVE, Richard A. Economics of fiscal federalism. *Nebraska Journal of Economics and Business*. v. 10, nº 4, p. 6, 1971.

MUSGRAVE, Richard A. Approaches to a fiscal theory of political federalism. *Public finances: needs, sources and utilization*. Princeton: Princeton University Press, 1961. p. 97-134.

MUSGRAVE, Richard A. Maxim, uncertainty, and the leisure of trade-off. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 88, nº 4, p. 625-632, 1974.

MUSGRAVE, Richard A. The nature of fiscal State: the roots of my thinking. In: BUCHANAN, James M.; MUSGRAVE, Richard A. *Public finance and public choice: two contrasting visions of the State*. Cambridge: MIT Press, 1999.

MUSGRAVE, Richard A. *The theory of public finance: a study in public economy*. New York: MacGraw-Hill Education, 1959.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5. ed. New York: McGraw Hill, 1989.

MUSGRAVE, Richard Abel; SÁIZ, Ricardo Calle. *El futuro de la política fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980.

MYRDAL, Gunnar. *Political Element in the Development of Economic theory*. Translated from the german by Paul Streeten. New Brunswick/London: Transaction Publisher, 1990.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NABUCO, Joaquim. *Essencial Joaquim Nabuco*. Organização e introdução de Evaldo Cabral de Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

NAKAGUMA, Marcos Yamada; BENDER, Siegfried. Ciclos políticos e resultados eleitorais: um estudo sobre o comportamento do eleitor brasileiro. *Revista Brasileira de Economia*, v. 64, nº 1, p. 3-24, jan./mar. 2010.

- NASH, John. Non-cooperative games. *Annals of Mathematics*, v. 54, nº 2, p. 286-295, 1951.
- NASH, John. Two-person cooperative games. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, p. 128-140, 1953.
- NEUMARK, Fritz. *Cours de science des finances et de législation financière française*, 1926.
- NEUMARK, Fritz. Types nationaux de la science des finances. *Openbare Financiën*, nº 2, 1947.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes – POD, 2011.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, v. 132, nº 33, p. 321-330, 1996.
- NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 5, p. 273-298, 1992.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013. 745p.
- NOBLE, Kenneth B. Bork panel ends hearings; Vote scheduled on Tuesday. *New York Times*, New York, 1 out. 1987, Section B, p. 9.
- NORDHAUS, William Dawbney. Alternative approaches to the political business cycle. *The Brookings Papers on Economic Activity*, nº 2, p. 1, 1989.
- NORDHAUS, William Dawbney. The Political Business Cycle. *The Review of Economic Studies*, v. 42, nº 2, p. 169-190, 1975.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2011. 159p.
- NORTH, Douglass C.; THOMAS, Robert Paul. The rise and fall of the manorial system: a theoretical model. *The Journal of Economic History*, v. 31, nº 4, p. 777-803 1971.
- NOVELINO, Marcelo. *A influência dos fatores extrajurídicos nas decisões do STF*. Salvador: JusPodivm, 2021. 432p.

NOVELLI, Flávio Bauer. Considerações sobre o cameralismo. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 5, nº 1, p. 22-44, 1962.

NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Peres Peres. Privatização e ajuste fiscal: a experiência brasileira. *Planejamento e Políticas Públicas*, nº 17, p. 171-213, 1998.

NUSDEO, Fabio. *Curso de direito econômico: introdução ao direito econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 42, nº 4, p. 655-690, 1999.

O'DRISCOLL JR., Gerald P. The ricardian nonequivalent theorem. *Journal of Political Economy*, v. 85, nº 1, p. 207-210, 1977.

OATES, Wallace. *Fiscal federalism*. New York: Harcourt-Brace-Jovanovich, 1972.

OLIVEIRA, Gesner. *Brasil real: desafios da pós-estabilização na virada do milênio*. São Paulo: Mandarin, 1996.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Gastos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Indagações sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Interpretação, paixões e direito. *O sentimento trágico do direito e seu ignorado aspecto fenomenológico*. São Paulo: Estante de Direito, 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Ribamar. Com PEC, fundos têm R\$ 260 bi para abater dívida. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/17/com-pec-fundos-tem-r-260-bi-para-abater-divida.ghtml>. Acesso em: 17 mar. 2021.

PALADINI, Ruggero. *La finanza pubblica nel pensiero di De Viti de Marco*. Istituto di Economia e Finanza, DIGEF, Sapienza University of Rome, 2016. (Public Finance Research Papers nº19)

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PARSONS, Talcott. An outline of the social system. In: CALHOUN, Craig; GERTEIS, J.; MOODY, J.; PFAFF, S.; VIRK, I. (ed.). *Classical sociological theory*. 2. ed. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2007. p. 421-440.

PARSONS, Talcott. *The social system*. 2. ed. London, UK: Routledge, 1991.

PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. A study in social theory with special reference to a group of recent european writers. 2. ed. New York: The Free Press, 1966.

PARSONS, Talcott. *The system of modern societies*. New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

PASQUINO, Gianfranco. *Corso de scienza politica*. Bologna: Il Mulino, 1997.

PAUL, David. *Path-Dependence: Putting the Past into the Future of Economics*. California: Stanford University. Sciences, I. F. M. S. I. T. S.1988. (Report 533.)

PECKHAM, R. W. & Supreme Court of The United States. (1904) U.S. Reports: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45. [Periodical] Retrieved from the Library of Congress. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep198045/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A construção política do Brasil: sociedade, economia e Estado desde a Independência*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

PEREIRA, Jane Reis; ACCIOLY GONÇALVES, Gabriel. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição (Systemic and Multidimensional Unconstitutionality: Transformations in the Diagnosis of Constitutional Violations). *Revista Juris Poiesis*, ano, v. 18, p. 130-159, 2015.

PÉREZ ROYO, Javier. El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo xix. *Revista de Estudios Políticos*, nº 1, p. 67-98, 1978.

PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido. *Political economics: explaining economic policy*. Cambridge: MIT Press, 2002.

PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido. *The economic effect of constitutions*. Cambridge: The MIT Press, 2003.

PESSOA, Epiácio. Veto do Presidente Epiácio Pessoa à Resolução do Congresso Nacional que Fixa a Despesa para o Exercício de 1922. *Revista do Serviço Público*, v. 70, nº 3, p. 279-294, 1956.

PETTIT, Philip. Liberty and Leviathan. *Politics, Philosophy and Economics*, v. 4, nº 1, p.150-153, 2005.

PINHO, Carlos Marques. Metodologia da ciência. econômica. In: GREMAUD, Amaury (org.). *Manual de economia: equipe de professores da USP*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Élide Graziane. Desvendamento do “estado de coisas inconstitucional” no custeio do SUS em meio à pandemia da Covid-19. In: MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020;

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINTO, Élide Graziane. Museu de grandes novidades da PEC Emergencial. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/contas-vista-museu-grandes-novidades-pec-emergencial#:~:text=A%20expectativa%20do%20presidente%20da,feira%20\(10%2F3\)](https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/contas-vista-museu-grandes-novidades-pec-emergencial#:~:text=A%20expectativa%20do%20presidente%20da,feira%20(10%2F3)). Acesso em: 17 abr. 2021.

PINTO, Ricardo Leite. *O momento maquiavélico na teoria constitucional norte-americana*. 2 ed. Lisboa: ULE, 2010.

PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PLAUTO. *Anfitrião*. Tradução e notas Lilian Nunes da Costa. Campinas-SP: Mercado de Letras, 2013. 276p.

POCOCK, John Greville Agard. *Cidadania, historiografia e res publica*. Contextos do pensamento político. Coimbra: Almedina, 2013.

POCOCK, John Greville Agard. *Pensamiento político e historia: ensayos sobre teoría y método*. Madrid: Ediciones Akal, 2011.

POCOCK, John Greville Agard. *The Machiavellian Moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*. New Jersey: Princeton University Press, 2016.

POLANYI, Karl. *The great transformation*. The political and economic origins of our time. Boston: Beacon Press, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Defesa, guarda e rigidez das constituições. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, p. 1-25, 1946.

POPPER, Karl R. *Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento*. Tradução Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2013.

PORTAL FIOCRUZ. *Boletim Extraordinário do Observatório Covid-19 Fiocruz*. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

PORTO, Ronaldo Macedo Júnior. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 32, p. 201-215, 1994.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, p. 373, 2007.

POWER, Michael K. Habermas and the contrafactual imagination. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (org.). *Habermas and law and democracy: critical exchanges*. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1998.

PRADO JR, Caio. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

QUINTANA, Enrique Fuentes. Introducción. In: MUSGRAVE, Richard Abel. *Teoría de la hacienda pública*. Madrid: Aguilar, 1967.

RAMOS, Graciliano. Relatórios de Graciliano Ramos Publicados In: SANTORO, G. A. P. (ed.). *Coletânea Fazendo as Contas: o erário e o bicentenário*. Maceió: Imprensa Oficial, 2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *The Monist*, v. 68, nº 3, p. 295-324, 1985.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999. Reprinted 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Política e direito*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución española en su 40º aniversario*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2020. v. 1.

REZENDE, Fernando. Autonomia política e dependência financeira: uma análise das transformações recentes das relações intergovernamentais e seus reflexos sobre a situação financeira dos estados. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 12, nº 2, p. 491, ago.1982.

REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto. *A federação brasileira: fatos, desafios e perspectivas*. Federalismo e integração econômica regional: desafios para o Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, FGV e Fórum of Federations, 2004.

RICARDO, David. *The works and correspondence of David Ricardo: On the Principles of Political Economy and Taxation*. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. v. 1.

RIMMERMAN, Craig A. *The New Citizenship: unconventional politics, activism, and service*. 2. ed. Colorado: Westview Press.

RIO DE JANEIRO. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Recurso em Habeas Corpus Nº 2.244. 1905. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=rhc2244>. Acesso em: 20 dez. 2020.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. Introdução à economia. In: GREMAUD, Amaury (Orgs.) *Manual de economia: equipe de professores da USP*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBERTO, José; LEONARDO AFONSO, Ribeiro. (Des)coordenação fiscal na federação brasileira. *Revista Conjuntura Econômica*, v. 73, nº 3, p. 34-38, 2019.

ROBERTSON, Roland. *Talcott Parsons: Theorist of Modernity Theory, Culture & Society*. New York: Sage, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

ROCHA, Francisco Sérgio Silva da. A Lei Complementar nº 101/2000 no mar tempestuoso do desequilíbrio fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CAMPOS SILVA, Maria Stela; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo (org.). *A trajetória de 20 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 287-302.

ROCHER, Guy. *Talcott Parson e a sociologia americana*. Tradução Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica*, v. 6, nº 6, p. 23-56, 2013.

ROGOFF, Kenneth Saul. Equilibrium political budget cycles. *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, nov. 1987(Working Paper nº 2428.)

ROGOFF, Kenneth; SIBERT, Anne. Elections and macroeconomic policy cycles. *The Review of Economic Studies*, v. 55, nº 1, p. 1-16, 1988.

ROMBOLI, Silvia. *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*. Balances y perspectivas en la Europa constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020. v. 1.

ROMERO, Luiz Carlos P.; DELDUQUE, Maria Célia. O Congresso Nacional e as emergências de saúde pública. *Saúde e Sociedade*, v. 26, nº 1, p. 240-255, 2017.

ROSANVALLON, Pierre. *O liberalismo econômico: história da ideia de mercado*. Bauru: Edusc, 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government*. Causes, consequences, and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics. And the new administrative law. *The Yale Law Journal*, v. 98, nº 2, p. 341-368, 1988.

ROSENTHAL, Robert W. Games of perfect information, predatory pricing and the chain-store paradox. *Journal of Economic theory*, v. 25, nº 1, p. 92-101, 1981.

ROSSI, Miguel Angel; TIerno, Patricio. A dimensão econômica na teoria política aristotélica. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 77, p. 179-204, 2009.

RUBIN, Isaac Ilych. *A history of economic thought*. London: Don Filtzer, 1979.

RUBIN, Marilyn Marks; WILLOUGHBY, Katherine G. Measuring Government Performance: The Intersection of Strategic Planning and Performance Budgeting. In: JOICE, Paul; BRYSON, John. M.; HOLZER, Marc (ed.). *Developments in Strategic and Public Management*. London: Palgrave Macmillan, 2014. p. 41-58. Disponível em: https://doi.org/10.1057/9781137336972_3. Acesso em: 14 ago. 2020.

RUSCHEL, Euzébio Fernando; TONIOLO, Ernesto José. O federalismo alemão em uma perspectiva comparada com o federalismo brasileiro: a contribuição do princípio da lealdade federativa para a preservação e o desenvolvimento da federação no Brasil. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O federalismo na visão dos Estados*. Uma homenagem do Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

RUSSEL, Bertrand. *Introdução à filosofia matemática*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho*. Concepto, validez y aplicación del derecho. Mexico: Ubijus Editorial, 2009.

SAKURAI, Sérgio Naruhiko. Ciclos políticos nas funções orçamentárias dos municípios brasileiros: uma análise para o período 1990-2005 via dados em painel. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 39, nº 1, jan./mar. 2009.

SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, nº 4, p. 569-590, 1995.

SAMUELSON, Paul. The overdue recovery of Adam Smith's reputation as an economic theorist. In: FRY, Michael. *Adam Smith*. His place in the development of modern economics. London: Routledge, 1992.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 19. ed. New York: Irwin/McGraw-Hill, 2009.

SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia*. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. O sistema oligárquico representativo da Primeira República. *Dados*, v. 56, nº 1, p. 9-37, 2013.

SARLET, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, nº 3, p. 125-126, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Crise democrática e a luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *República, inclusão e Constitucionalismo*. Escritos constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 428p.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos, democracia e República*. Escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República*. Escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARTORI, Giovanni. *Elementi di teoria politica*. Bologna: Il mulino, 1987. 441p.

SARTORI, Giovanni. *Ingegneria costituzionale comparata*. 3. ed. Bologna: Mulino, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. 50 anos de tributação e finanças como um desafio ao país. *Revista eletrônica consultor jurídico*. 25 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-25/contas-vista-50-anos-tributacao-quem-pensando-pais>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. Crédito público e sustentabilidade financeira. *Revista Direito à Sustentabilidade*, Unioeste, v. 1, nº 1, p. 34-47, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Do Estado fiscal ao Estado endividado na sociedade desejante. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/contas-vista-estado-fiscal-estado-endividado-sociedade-desejante>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. O desaniversário da LRF e os caminhos da austeridade e da desigualdade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/contas-vista-desaniversario-lrf-caminhos-austeridade-desigualdade>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Ensaio sobre direito financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 614p.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, v. 32, p. 213, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia*: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; ; SCAFF, Luma Cavaleiro Macêdo. O estado de emergência e a Emenda Constitucional 106/2020. O orçamento de guerra. In: MENDES, G. F.; SANTANA;

H. L. S., *et al.* (coord.). *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil: propostas para gestão pública e para políticas sociais e econômicas*. São Paulo: Almedina, 2020. 668p.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Clarendon Press, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMID, Alfred Allan. *Conflict and cooperation: institutional and behavioral economics*. Massachusetts/Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934.

SCHMITT, Carl. *The concept of the political*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

SCHMITT, Carl; AYALA, Francisco; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SCHRAGGER, Richard C. Democracy and Debt. *The Yale Law Journal*, v. 121, p. 860-886, 2012.

SCHULZ, John. *A crise financeira da abolição, 1875-1901*. São Paulo: Edusp, 1996.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of economic analysis*. 12. ed. Oxfordshire, UK: Taylor & Francis, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. The crises of the tax state. Translation by Richard A. Musgrave and Wolfgang F. Stolper. *International Economic Papers*, nº 4, p. 5-6, 1954.

SCHUMPETER, Joseph A. In: SWEDBERG, Richard (ed.). *Joseph A. Schumpeter the Economics and Sociology of Capitalism*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1991.

SCHUPMANN, Benjamin A. *Carl Schmitt's State and Constitutional theory*. A critical analysis. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gerard. *Sociologia política*. Elementos de ciência política. Tradução Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979.

SECAF, Francisco. As renegociações da dívida entre União e Estados e a crise do federalismo fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu

Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (coord.). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 477-510.

SECAF, Francisco. *O Estado econômico de emergência e as transformações do direito financeiro brasileiro*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2019. 316p.

SEILER, Daniel L. Clivages, régions et science politique: application d'un schéma d'analyse aux cas de la Suisse et de la Belgique. *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne de Science Politique*, p. 447-472, 1977.

SEIXAS, Ary. Veto do Presidente Epitácio Pessoa à Resolução do Congresso Nacional que fixa a despesa para o exercício de 1922. *Revista de Serviço Público*, p. 272, mar. 1956.

SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *Progressive taxation in theory and practice*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 1908.

SHAPIRO, Martin. Judicial modesty political reality and preferred position. *Cornell Law Review*, v. 47, n° 2, p. 175-204, 1962.

SHAPIRO, Martin. Judicial modesty. Down with the old!-up with the new? *UCLA Law Review*, v. 10, p. 538, 1962.

SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*. New York: Free Press of Glencoe, 1964. (e-book). 364p.

SHAPIRO, Martin. Political jurisprudence. *Kentucky Law Journal*, v. 52, p. 294, 1963. Disponível em: https://uknowledge.uky.edu/klj/vol52/iss2/2?utm_source=uknowledge.uky.edu%2Fklj%2Fvol52%2Fiss2%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDF Cover Pages. Acesso em: 13 dez. 2020.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002.

SHUBIK, Martin. *Game Theory in the Social Sciences: concepts and solutions*. Cambridge: The MIT Press, 1985. v. 1.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Negociação e teoria dos jogos*. Tradução Ricardo Serrano Osório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 350p.

SILVA, Fernando Antonio Rezende da. *Autonomia política e dependência financeira: uma análise das transformações recentes nas relações intergovernamentais e seus reflexos sobre a situação financeira dos Estados*. Brasília: IPEA, 1982. (Texto para Discussão, n° 2.)

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 173, p. 15-24, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021. 712p.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

SIMONS, Henry C. Hansen on fiscal policy. *The journal of political economy*, v. L, nº 2, p. 161-196, abr. 1942.

SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, nº 1, p. 99-118, 1955.

SIMONSEN, Mario Henrique. Poupança e o crescimento econômico: o caso brasileiro. In: BERGSTEIN, Fred *et al.* *O Brasil e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura/FGV, 1991.

SIMONSEN, Mario Henrique; CYSNE, Rubens Penha. *Macroeconomia*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. *Reconhecimento e democracia cooperativa: investigações filosóficas a partir do pensamento de Axel Honneth*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2011.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Uneso, 2010.

SKINNER, Quentin. The idea of negative liberty: philosophical and historical perspectives. In: RORTY, Richard; SCHNEEWIND, J. B.; SKINNER, Quentin (ed.). *Philosophy in History*. Essays on the historiography of philosophy. Cambridge U.K./New York: Cambridge University Press, 1998.

SKINNER, Quentin. III. Some Problems in the Analysis of Political Thought and Action. *Political theory*, v. 2, nº 3, p. 277-303, 1974.

SKINNER, Quentin. *Visions of politics. v. I: Regarding method*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2002.

SMEAD, Rory. The Evolution of Cooperation in the Centipede Game with Finite Populations. *Philosophy of Science*, v. 75, nº 2, p. 157-177, 2008.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. New York: MetaLibri, 2007.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Strand and Edinburgh: A. Millar, de A. Kincaid e J. Bell, 1759.

SOMIN, Ilya. The broken dilemma: Robert Bork and the tension between originalism and democracy. *The University of Chicago law review dialogue*, v. 80, nº 1, p. 243-255, 2013.

SOUSA, Rubens Gomes de. Normas gerais de direito financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 37, p. 12, 1954.

SOUZA, Celina. Condicionantes políticos e institucionais do orçamento federal. In: REZENDE, F.; CUNHA, A. (ed.). *A reforma esquecida II: obstáculos e caminhos para a reforma do sistema orçamentário*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Departamento de Sociologia, Brasília, 2016.

SOUZA, Rubens Gomes de. Relatório da Comissão da Reforma Constitucional Tributária (Emenda Constitucional nº 18/65). *Publicação nº 6*. Comissão da Reforma do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: FGV, 1965.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, nº 1, p. 89-104, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. Valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro/São Paulo: EdUERJ/Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

STAMMLER, R. *Economia y derecho segun la concepcion materialista de la historia*. Una investigacion filosofico-soc. 4. ed. Madrid: Réus 1929.

STAUBMANN, Helmut (ed.). *Studies in the action theory of action*. Action Theory, Methodological Studies. London: Transaction Publishers, 2006. v. 1.

STEPHENSON JR., Donald Grier. *Campaigns and the Court: The U.S. Supreme Court in Presidential Elections*. New York: Columbia University Press, 1999. 352p.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STERN, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Traducción, notas y estudio preliminar Alberto Oehling de Los Reys. Madrid: Dykinson, 2017.

STERN, Klaus; DE LOS REYES, Alberto Oehling. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid: Dykinson, 2009.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3. ed. Nova York/Londres: W.W. Norton and Company, 1999.

STONE, Geoffrey R. *Constitutional Law*. 7. ed. Alphen aan den Rijn, Netherlands: Wolters Kluwer, 2013. 1671p.

STRAUSS, Leo. *The political philosophy of Hobbes: its basis and its genesis*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

STRAUSS, Leo. *Two Sessions of a Seminar on Montesquieu*. Chicago: University of Chicago, 1965. v. 1.

STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Lisboa: Actual, 2013.

SULLIVAN, Kathleen M.; FELDMAN, Noah. *Constitutional law*. 19. ed. New York: Foundation Press, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *Choosing not to choose: understanding the value of choice*. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Interest groups in American public law. *Stanford Law Review*, v. 38, p. 29-87, 1985.

SUNSTEIN, Cass R. *Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time*. Judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David. ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington, DC: The Brookings Institution, 2006. 177p.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 10, nº 4, p. 885-951, 2003.

SURREY, Stanley S; MCDANIEL, Paul R. The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974. *BC Indus. & Com. L. Rev.*, v. 17, nº 5, p. 676-737, 1975.

TALMON, Ya'akov Leyb. *The origins of totalitarian democracy*. London: Secker & Warburg, 1952.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (ed.). *The global expansion of judicial power*. New York/London: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/entendendo-arlf/2000/30>. Acesso em: 13 abr. 2021.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Estatísticas fiscais de Programas de Ajuste Fiscal (PAF)*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estados-e-municipios/estatisticas-fiscais-de-programas-de-ajuste-fiscal-paf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) – União*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/contabilidade-e-custos/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo-uniao>. Acesso em: 13 abr. 2021.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin, 2009.

TIEBOUT, Charles M. A pure theory of local expenditures. *Journal of Political Economy*, v. 64, nº 5, p. 416-424, 1956.

TOBIN, James. Fiscal policy: its macroeconomics in perspective. *Cowles Foundation Discussion Paper*, nº 1301, p. 2, maio 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América: leis e costumes – livro 1*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4. ed. Tradução Yvone Jean. Brasília: UnB, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Tradução do original em francês de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. A tributação das vacinas no federalismo sanitário brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 10 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/consultor-tributario-tributacao-vacinas-federalismo-sanitario-brasileiro>. Acesso em: 1 mar. 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo cooperativo brasileiro. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (coord.). *Federalismo (s)em juízo*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 287-332.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Ano, v. 3, p. 25-54, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. Contribuições da doutrina italiana para a formação do direito tributário brasileiro. *Diritto e pratica tributaria Internazionale*. Padova: Cedam, 2002. v. 73.

TORRES, Heleno Taveira. Contribuições da doutrina italiana para a formação do direito tributário brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário*. Homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. II.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. Metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. É urgente acabar com doações de empresas a campanhas. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-09/consultor-tributario-urgente-acabar-doacoes-empresas-campanhas>. Acesso em: 3 jan. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. As influências italianas no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Renovar*, v. 84, p. 80, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O poder de tributar no Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 8, p. 133-156, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. 524p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. I e V.

TREMMEL, Joerg Chet. Establishing intergenerational justice in national constitutions. In: TREMMEL, Joerg Chet (ed.). *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar. p. 187-214.

TREMMEL, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London/New York: Routledge, 2009.

TREVES, Renato. Tre concezioni e una proposta. *Sociologia del Diritto*, Torino: Einaudi, v. 1, n° 1, p. 1-9, 1974.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 2. ed. Cambridge: Foundation Press, 1988. TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

TRIBE, Laurence H. The puzzling persistence of process-based constitutional theories. *The Yale Law Journal*, v. 89, n° 6, p. 1063-1080, 1980.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. TRUMAN, David Bicknell. The implications of political behavior research. *Social Science Research Council Items*, v. 5, n° 4, p. 37-39, 1951.

TULLY, James. The imperialism of modern constitutional democracy. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). *The paradox of constitutionalism*. Constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 315-338

TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Chicago: Chicago-Kent: College of Law, 2006.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper n° 09-06*. 18 Dec 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766. Acesso em: 29 dez. 2020.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, p. 985-1006, 2008.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, v. 185, n° 4157, p. 1124-1131, 1974.

ULHÔA CANTO, Gilberto de. Reforma tributária-Emenda Constitucional n° 18. *Revista de Direito Administrativo*, v. 89, p. 436-442, 1967.

ULMEN, Gary. Between the Weimar Republic and the Third Reich: continuity in Carl Schmitt's thought. *Telos: Critical theory of the contemporary*, v. 119, 18-31, 2001.

UNGER, Mangabeira Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University, 1986.

UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#:~:text=The%20Senate%20of%20the%20United,Senator%20shall%20have%20one%20Vote.&text=The%20Senate%20shall%20have%20the,be%20on%20Oath%20or%20Affirmation Acesso em: 17 abr. 2021.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 58, p. 105-135, 2000.

PERSSON, Torsten; TABELLINI, Guido. *Political economics: explaining economic policy*. Cambridge/London: MIT Press, 2002.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia-princípios básicos*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2006.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia – Uma abordagem moderna*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VARSANO, Ricardo. *De ônus a bônus: política governamental e reformas fiscais na transformação do Estado brasileiro*. Ipea, 1996. (Texto para Discussão 417.)

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELASCO, Andres. *Debts and deficits with fragmented fiscal policymaking*. NBER Cambridge: National Bureau of Economic Research Inc. 1997. (Working Paper nº 6286.)

VELOSO, Fernando A. *et al. Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 496p.

VELLUZI, Vito. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli Editori, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. La teoría constitucional de Rudolf Smend. Madrid: Tecnos, 1987.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución: la constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, nº 83, p. 9-28, jan./mar. 1994.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid: Dykinson, 2000.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*. An Institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy, and knowledge. In: TUSHNET, Mark V.; GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (ed.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2015.

VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VIEIRA, Danilo Jorge. *Finanças públicas e desenvolvimento econômico em Minas Gerais: as implicações da renegociação da dívida sobre as políticas de fomento estadual*. Dissertação

(Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade de Campinas, Campinas, 2006.

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes*. Da transição constitucional ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributário*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributário*. Buenos Aires: Astrea, 2016. 768p.

VILLELA, André. O desenvolvimento em perspectiva histórica. In: FERREIRA, Pedro Cavalcanti *et al.* *Desenvolvimento econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

VILLELA, Renato. Crise e ajuste fiscal nos anos 80: um problema de política econômica ou de economia política? *Perspectivas da Economia Brasileira – 1992*. Brasília: Ipea, 1991.

VINER, Jacob. *Studies in the theory of international trade*. New York/London: Routledge, 2016.

WAGNER, Adolph. *La scienza delle finanze*. Tradução para o italiano de Maggiorino Ferraria e Giovanni Bistolfi. Torino: Utet, 1891.

WAGNER, Adolph. *Traité des science des finances*. Théorie de l'imposition, théorie des taxes et théorie générale des impôts. Traduction par Jules Ronjat. 10. ed. Paris: V. Giard & E. Brière, 1909.

WALDO, Dwight. *The administrative state: a study of the political theory of American public administration*. London/ New York: Routledge, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, nº 3, p. 17-53, 2020.

WARREN, Earl. Upon the Tenth Anniversary of the UCLA Law Review. *UCLA Law Review*, v. 10, p. 1, 1962.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Tradução Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2014. v. 1.

WEBER, Max. In: GERTH, Hans H.; e MILLS, Charles. Wright (org). *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. *História geral da economia*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006. v. 1.

WERLANG, Sergio Ribeiro. *Jogos de informação incompleta: uma introdução*. EPGE Brazilian School of Economics and Finance-FGV EPGE (Brazil), 1984. (Report 50).

WERLANG, Sérgio Ribeiro; FRAGA NETO, Armínio. Os bancos estaduais e o descontrole fiscal: alguns aspectos. *Revista Brasileira de Economia*, v.49, nº 2, p. 265-276, 1995.

WERNECK, Rogério Furquim L. Poupança estatal, dívida externa e crise financeira do setor público. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro: Ipea, v. 16, nº 3, p. 553-554, 1986.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional construction*. Divided powers and constitutional meaning. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Estudo sobre a teoria da revisão judicial no constitucionalismo norte-americano. In: VIEIRA, Jose Ribas (org.). *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93-121.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. *The American economic review*, v. 63, nº 2, p. 316-325, 1973.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: The transaction cost approach. *American Journal of Sociology*, v. 87, nº 3, p. 548-577, 1981.

WHITEHEAD, Alfred North. *On the foundations of the theory of action: four imperatives*” In. *Studies in the theory of action. Action theory*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2006

WOOD, Gordon S. *The creation of the American republic, 1776-1787*. North Carolina: UNC Press Books, 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Outros sites consultados:

https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO :287 08. Acesso em: 5 ago. 2020.

<http://www.fazenda.gov.br/portugues/ajuste/pef98.asp>. Acesso em: 10 maio 2016.

http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/sobre-politica-fiscal. Acesso em: 10 set. 2018.

<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-mensal-da-divida-rmd/2020/6>. Acesso em: 7 ago 2020.

https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao5/subcomissao5b. Acesso em: 3 abr. 2016