FRANCISCO SECAF ALVES SILVEIRA

O ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA E AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO FINANCEIRO BRASILEIRO

Tese de Doutorado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação da Prof. Dr. Fernando Facury Scaff e sob a coorientação da Profª Violeta Ruiz Almendral.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2018

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

Silveira, Francisco Secaf Alves
O estado econômico de emergência e as transformações do Direito Financeiro brasileiro / Francisco Secaf Alves Silveira ; orientador Fernando Facury Scaff -- São Paulo, 2018.
295

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Financeiro. 2. Constituição. 3. Finanças Públicas. I. Scaff, Fernando Facury, orient. II. Título.

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves

O estado econômico de emergência e as transformações do Direito Financeiro brasileiro

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

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:_____

AGRADECIMENTOS

Depois de um longo período de pós-graduação – mestrado e doutorado – são muitas as pessoas a agradecer. Na emergência da escrita, seguramente deixarei algumas pessoas importantes de fora. As que menciono aqui, certamente contribuíram para os acertos e virtudes deste período.

Agradeço ao meu orientador durante o mestrado e doutorado, Professor Fernando Facury Scaff, pelos 6 anos de orientação e pelas incontáveis oportunidades de discussão; por abrir os horizontes e apontar saídas, especialmente naqueles momentos em que os caminhos pareciam confusos.

Aos demais professores do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial aos Professores Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, pelas sugestões feitas ao trabalho e pelos debates e lições compartilhadas ao logo do período de doutorado.

À minha coorientadora, Professora Violeta Ruiz Almendral, pela orientação e calorosa recepção em Madrid e pela oportunidade de realizar um período sanduíche na *Universidad Carlos III de Madrid*. Agradeço aos colegas e professores do *Instituto de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo" de la Universidad Carlos III de Madrid*, especialmente a Luis Aguiar de Luque e Gloria Garrido Fernández.

Aos demais professores, professoras e estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com quem convivi, especialmente aos amigos da pós-graduação em Direito Financeiro, Isabela Morbach e Alexandre Coutinho da Silveira.

Agradeço à Karem, Rivitti e Murilo (e a todos com quem convivi e convivo no Rivitti e Dias Advogados), pelos 10 anos de ensinamentos, pelas oportunidades que me deram, principalmente a paciência para que eu pudesse concluir o doutorado.

Aos muitos amigos e amigas, que permaneceram ao meu lado e foram companhia nas alegrias e nos momentos de angústia. Raphael, Túlio, Romulo e Gabriel, obrigado pela amizade que segue. Ju, Dante, Ana, Caio, Lu e Javi, pelos momentos marcantes e pela inspiração que cada um de vocês proporciona em mim. Agradecimento especial ao Carlos, pelas divertidas e precisas correções no texto.

Aos amigos de toda uma vida (Falcatrua!) e aos amigos e amigas que recentemente fiz em Madrid – de mais tempo ou menos tempo de convivência, me incentivaram a seguir em frente. Agradeço também à Prainha do Canto Verde, obrigado pelas semanas de acolhimento e também pelo exemplo de luta.

Agradeço à minha família, especialmente à Tati e ao Brites, pelo amor e pelas lições nos diferentes percursos da vida. À Maria Helena, ao Celso e ao Gu, por sempre me acolherem na família e como família. Dedico aos meus avós, vô Agenor (em memória) e Ba Wanda, que são inspirações desde o passado. Dedico também aos meus afilhados, Benjamim e Enzo, inspirações para o futuro.

Aos meus pais e à minha irmã, Américo, Regina e Marta, pela compreensão na ausência, pela paciência na companhia e pelo amor e dedicação à família seja qual for o momento. Ainda que a retribuição seja sempre insuficiente, dedico o trabalho também a vocês.

Para a Deborah, companheira de vida, amor de mocidade e da eternidade, por todo o carinho e acolhida, na emergência e na normalidade, sem exceção, por estar ao meu lado em todo o meu caminho. Repito que sem você nada disso teria começado, muito menos teria terminado. Agradeço por compartilhar e me acompanhar nos sonhos. A você, dedico todo o trabalho.

RESUMO

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves Silveira. *O estado econômico de emergência e as transformações do Direito Financeiro brasileiro.* 2018. 295 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente trabalho investiga as recentes transformações do Direito Financeiro brasileiro, associadas ao processo de consolidação do estado econômico de emergência. Parte-se da evolução normativa do Direito Financeiro (*dever ser*) e da transição de um paradigma formal, cuja preocupação central era com os procedimentos de elaboração orçamentária, para um paradigma substantivo, vinculado à constitucionalização das finanças públicas e no qual os objetivos do Direito Financeiro devem se amoldar ao *telos* constitucional. Na sequência, questiona-se a aderência deste paradigma à realidade (*ser*), considerando as seguidas crises econômicas e financeiras que bloqueiam a concretização dos objetivos do Direito Constitucional Financeiro. Para analisar os atuais desafios enfrentados pelo Direito Financeiro, utiliza-se a abordagem do *estado econômico de emergência*, que atualmente se apresenta como uma emergência relacionada ao aspecto econômico, em processo de consolidação e cujas consequências estão relacionadas não apenas à concentração de poderes (como tradicionalmente tratado), mas também à centralização de poder e à flexibilização de procedimentos e direitos individuais e coletivos. Nessa abordagem, as transformações do Direito Financeiro brasileiro são demonstradas por meio de situações concretas de alteração, interpretação e aplicação das normas (*práxis* constitucional), e são divididas em três âmbitos: separação de poderes, garantia de direitos fundamentais e federalismo fiscal. Por último, ao recuperar o debate entre Kelsen e Schmitt e situações históricas de crise, avaliam-se as reações judiciais ao estado econômico de emergência e às respectivas transformações do Direito Financeiro para, ao final, discutir o risco de mutação do Direito Financeiro contrária ao *telos* constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional Financeiro. Estado econômico de emergência. Mutação constitucional.

ABSTRACT

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves Silveira. *The state of economic emergency and the transformations of Brazilian Public Finance Law*. 2018. 295 f. Tesis (PhD) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The present study investigates the recent transformations of the Brazilian Public Finance Law, associated to the *state of economic emergency*. First, we explain the normative evolution of the Public Finance Law and the transition from a formal paradigm to a substantive paradigm, which is linked to the constitutionalization of public finance and related to the constitutional objectives. Second, we question how much this substantive paradigm is verified in practice, considering that economic and financial crises have blocked the objectives of the Public Finance Law. In order to investigate the current challenges faced by Public Finance Law, we use the *state of economic emergency* analysis. Its features are an emergency related to economic issues, in process of consolidation and with consequences related not only to the concentration of powers (as traditionally treated), but also to the centralization of power and to the insufficient rights protection. In this approach, transformations of Brazilian Public Finance Law are demonstrated through concrete situations of changing, interpretation and application of the norms (a *constitutional praxis*). These transformations are divided into three areas: separation of powers, guarantee of fundamental rights and fiscal federalism. Finally, recovering the debate between Kelsen and Schmitt and also recovering historical situations of crisis, we evaluate the judicial reactions to the state of economic emergency and the transformations of the Law. In the end, we discuss the risk of a Public Finance Law mutation contrary to its constitutional objectives.

Keywords: Public Finance Law. State of economic emergency. Constitutional mutation.

RÉSUMÉ

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves Silveira. *L'état d'urgence économique et les transformations du droit budgétaire.* 2018. 295 f. Thése (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

Cette étude vise a examiner les transformations récentes du Droit Budgétaire brésilien, associées à l'état d'urgence économique. Premièrement, nous expliquons l'évolution normative du Droit Budgétaire et la transition d'un paradigme formel, dont la préoccupation centrale était les procédures budgétaires, à un paradigme substantiel, lié à la constitutionnalisation des finances publiques. Deuxièmement, nous nous demandons à quel point ce paradigme substantif est devenu réalité, à cause des crises économiques et financières qui bloquent la réalisation des objectifs de la Constitution. Afin d'étudier les défis actuels rencontrés par le Droit Budgétaire, nous utilisons la théorie de l'état d'urgence économique. Ses caractéristiques sont une urgence liée à des problèmes économiques, en cours de consolidation, et dont les conséquences sont la concentration et la centralisation du pouvoir et à la limitation des droits fondamentaux. Dans cette approche, les transformations du Droit Budgétaire sont démontrées à travers des situations concrètes de changement, d'interprétation et d'application des normes juridiques. Ces transformations sont divisées en trois domaines: la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux et le fédéralisme fiscal. Ensuite, en récupérant le débat entre Kelsen et Schmitt et en récupérant des situations historiques de crise, nous évaluons les réactions judiciaires à l'état d'urgence économique. Finalement, nous discutons le risque d'une mutation du Droit Budgétaire brésilien contraire aux objectifs constitutionnels.

Mots-Clés: Droit Budgétaire. État d'urgence économique. Mutation constitutionnel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 17

1. OS DILEMAS DO DIREITO FINANCEIRO: ENTRE A FORMA E O *TELOS* CONSTITUCIONAL 23

1.1. Aspectos históricos do Direito Financeiro 23

1.2. O primeiro paradigma: o Direito Financeiro como instrumento de controle do monarca pelo Parlamento 32

1.3. O segundo paradigma: o Direito Financeiro com conteúdo material a partir da Constituição Social 38

1.4. Um terceiro paradigma? Notas sobre o quadro atual do Direito Financeiro 41

2. O ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO FINANCEIRO 45

2.1. O decisionismo de Schmitt e a exceção 45

2.2. O estado de emergência pós-Schmitt 53

2.3. O processo de consolidação do estado econômico de emergência 61

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO FINANCEIRO BRASILEIRO DECORRENTES DO ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA 73

3.1. Delimitação e justificativa acerca do Direito Financeiro e suas transformações 73

3.2. A concentração da decisão orçamentário-financeira no Executivo e a exclusão do Legislativo 76

3.2.1. A exclusão do Legislativo na elaboração orçamentária: decisão sobre a dívida pública e o resultado primário 79

3.2.2. O afastamento do Legislativo da execução orçamentária: os decretos de programação financeira e o orçamento de restos a pagar 100

3.2.3. A abertura de crédito extraordinário e a renovação da emergência 108

3.3. A precária proteção dos direitos fundamentais no âmbito orçamentário-financeiro 115

3.3.1. Desvinculações de receitas, restrições de direitos e garantia do serviço da dívida 117

3.3.2. Contingenciamento, resultado primário e a mitigação da execução orçamentária 123

3.3.3. A limitação das despesas primárias pelos próximos 20 anos (*teto de gastos*)..131
3.4. Os desequilíbrios no federalismo fiscal: autonomia conjuntural dos entes subnacionais 144
3.4.1. Financiamento e renegociações de dívida dos entes subnacionais: a recentralização do federalismo fiscal.....154
3.4.2. Os decretos de calamidade financeira dos entes subnacionais 161
3.4.3. Mecanismos alternativos de obtenção de recursos e os riscos ao federalismo: precatórios, depósitos judiciais e securitização da dívida 166
3.5. Síntese sobre as transformações no Direito Financeiro brasileiro 185

4. AS REAÇÕES JUDICIAIS AO ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA 191
4.1. O debate entre Schmitt e Kelsen sobre o *guardião da Constituição*.....192
4.2. A dinâmica do Judiciário: reações judiciais ao estado econômico de emergência .199
4.2.1. Alemanha na crise de Weimar.....200
4.2.2. Estados Unidos pós-crise de 1929 203
4.2.3. Europa e a crise de 2007.....206
4.2.4. América Latina da década de 90: os casos de Brasil e Argentina 217
4.3. Perspectivas do Judiciário brasileiro em face das recentes transformações do Direito Financeiro.....234
4.4. O risco de mutação da Constituição Financeira contrária a seu *telos* 244
4.5. Para além de Schmitt e Kelsen: a democracia social de Hermann Heller.....257

CONCLUSÃO..... 263

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 271

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Pacotes de normas europeias de governança macroeconômica e estabilidade orçamentária 92

Tabela 2. Disposições da Lei Orgânica de Estabilidade Orçamentária e Sustentabilidade Financeira da Espanha 97

Tabela 3. Créditos Adicionais – Orçamento Fiscal e Seguridade Social 111

Tabela 4. Categorias de despesas conforme proteção jurídica e obrigatoriedade de execução..... 126

INTRODUÇÃO

A conflitiva relação entre exceção, emergência, Direito e Estado é, há tempos, objeto de controvérsia nas mais diversas ciências. Coloca-se como problema jurídico, político, econômico, social, e atravessa diferentes momentos históricos.

Em Roma, já se decretava o *tumultus*, "isto é, a situação de emergência (...) provocada por uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil", que autorizava qualquer medida necessária à salvação do Estado e que, por sua vez, dava lugar ao *iustitium,* ou seja, a interrupção, suspensão do direito[1]. Em Hobbes e com o absolutismo, não haveria espaço para exceção. O soberano é livre para agir e conservar o Estado e não se sujeita às leis civis. A submissão do soberano é, nessa perspectiva, incompatível com a própria natureza do Estado: "o soberano não está sujeito àquelas leis que ele próprio, ou melhor, que o Estado fez. Pois estar sujeito a leis é estar sujeito ao Estado, isto é, ao soberano, ou seja, a si próprio, o que não é sujeição, mas liberdade em relação às leis"[2].

Na Revolução Inglesa do século XVII, o "estado de exceção" foi declarado pelo Parlamento para que pudesse agir sem o rei e tomar as medidas necessárias para proteger o povo, independentemente de qualquer direito estabelecido na Constituição[3]. Ao longo do século XIX, inspiradas na lei marcial inglesa (depois adotada na França), as Constituições começam a incluir previsões sobre estado de sítio ou de exceção, como é o caso da Constituição espanhola de Cádiz de 1812, da Constituição Chilena de 1833, da Constituição Francesa de 1848, da Constituição da Argentina de 1853, da Constituição do México de 1857 e da Constituição brasileira de 1891. Com a Primeira Guerra Mundial, o debate sobre a ampliação dos poderes do Executivo ("plenos poderes") e de novos mecanismos de exceção é levado também para os âmbitos político e econômico, assumindo novos contornos durante o século XX[4].

---

[1] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 67.
[2] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2010, Segunda Parte, capítulo XXIX. Segundo Gilberto Bercovici, "para Hobbes, não há espaço para a exceção, pois todo o poder é dado ao Estado para se conservar. A teoria hobbesiana da plenitude da soberania torna, portanto, inútil a questão da derrogação do direito comum" (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 90).
[3] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 96.
[4] Ibidem, pp. 222-285.

Em Carl Schmitt, a própria concepção de Estado e de Direito é construída a partir da exceção[5]. Naquele momento, com a crise da Constituição de Weimar, às vésperas do nazismo e da Segunda Guerra Mundial, revigora-se a discussão sobre a relação entre exceção/emergência e o Direito, a partir de novas perspectivas. Após a teoria de Schmitt se desenvolverá um amplo debate ao longo do século XX sobre a consolidação da emergência e da exceção como paradigma jurídico-político.

Sem pretender uma retomada histórica da exceção e da emergência na teoria do Direito[6], fato é que tais elementos apresentam desafios à ordem jurídica, ao funcionamento da democracia, à consolidação da Constituição e à construção de um Estado (Social e Democrático) de Direito. Esses desafios se renovam à medida que a sociedade, o Estado e o Direito se transformam ao longo da história. Por essa razão, o tema é há tempos (e ainda) objeto de estudo, sob as mais distintas perspectivas e com reflexos nas mais diversas áreas, embora na área do Direito haja ainda uma "notória resistência no trato da questão"[7]. Não há uma "teoria do estado de exceção no direito público", já que, em geral, juristas e especialistas em direito público tendem a considerar o problema mais como uma questão de fato, e não como um genuíno problema jurídico[8]. Na presente Tese, tem-se como objeto central o debate sobre a exceção e a emergência no âmbito do Direito e, mais especificamente, no âmbito do Direito Financeiro.

Para compreender essa relação é preciso antes entender as mudanças pelas quais passou a teoria do Direito Financeiro, essencialmente nas três últimas décadas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma ampla garantia de direitos civis, políticos e sociais, ampliou a descentralização, a democracia, o dever de transparência e pretendeu colocar o Direito Financeiro dentro de um novo paradigma[9].

Com a Constituição de 1988, o Direito Financeiro não mais deveria estar relacionado somente a procedimentos de elaboração e aprovação do orçamento, que não mais se

---

[5] Especialmente em SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

[6] Para uma análise histórica da exceção como garantia do Estado, da Constituição e do capitalismo, vide BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

[7] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção.* São Paulo: Almedina, 2016, p. 16.

[8] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

[9] "A Constituição Federal surgiu como um instrumento de defesa do cidadão contra o poderio do Estado, mas também como um instrumento construtor de uma nova cidadania, implementadora de políticas públicas que permitissem a realização de diversas finalidades estabelecidas na Carta: sociais, educacionais, previdenciárias, ambientais, de proteção às minorias, etc." (SCAFF, Fernando Facury. *Constituição Econômica Brasileira* em seus 15 anos. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, jul / set, 2003, p. 62).

caracterizaria como uma mera peça contábil ou um mecanismo de controle do Legislativo sobre o Executivo. O orçamento e toda a atividade financeira passam a ser submetidos a parâmetros constitucionais não meramente formais e passam a ser regulados por um Direito Financeiro de conteúdo substancial, com aspectos axiológicos, teleológicos, ou seja, valores e finalidades, esses estabelecidos pela Constituição[10]. Daí se falar em um Direito Constitucional Financeiro, em que a obtenção de recursos e a realização de gastos devem visar a efetividade da própria Constituição, de seus direitos, princípios e institutos. Há uma constitucionalização das finanças públicas, em que o propósito da atividade financeira se torna atribuir maior efetividade aos princípios e objetivos constitucionais[11]. Surge um Direito Financeiro relacionado à finalidade, ao *telos* das normas constitucionais.

Assim, o objetivo do Direito Financeiro, naquele que é seu campo de atuação, passou a se confundir com os próprios objetivos e fundamentos da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos (conforme artigo 3º); implementar uma ampla gama de direitos fundamentais, com prevalência de direitos humanos; legitimar e incentivar a participação democrática. Nesse contexto, os direitos fundamentais, como marca da nova ordem constitucional, abrem uma nova função para o Direito Financeiro: "a atividade financeira é por si só um elemento do sistema dos direitos fundamentais e, de outro lado, é também esse sistema que dá sentido à atividade financeira"[12]. Essas, portanto, as finalidades, o *telos* da Constituição a que se submete o Direito Financeiro.

A mudança de paradigma aqui tratada não é exclusiva do Brasil. Está inserida em um contexto no qual, ao longo do século XX e em diversas partes do Ocidente, houve a adoção de Constituições sociais e, com isso, a tentativa de construir um Estado de Bem-estar Social. Esse movimento certamente influenciou o Direito Financeiro, ainda que em momentos e níveis bastante diferentes, a depender do período e da região.

---

[10] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 96.

[11] Sobre a constitucionalização das finanças públicas e do Direito Financeiro e a mudança de paradigma, vide TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

[12] CORTI, Horacio. Derechos fundamentales y presupuesto público. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 149-150.

Esse novo paradigma normativo ainda buscava bases para se consolidar e, especialmente, em razão das seguidas crises econômicas, encontrou enormes dificuldades em manter aderência à realidade. As condições materiais em se que amparava a construção do Estado de Bem-Estar Social passaram a sofrer cada vez mais pressão diante de seguidas crises, cujas respostas os Estados são cada vez menos capazes de fornecer[13]. A despeito dos avanços normativos, persiste o "mal-estar do mundo jurídico" diante da evolução da sociedade moderna, persiste o "divórcio entre o Direito e a realidade social"[14].

Assim, se de um lado a Constituição surgiu como "instrumento construtor de uma nova cidadania, implementadora de políticas públicas"[15], impondo objetivos ao Direito Financeiro e estabelecendo instrumentos para seu alcance; de outro lado, apresentaram-se severos limites à própria capacidade de intervenção estatal e à consecução desses objetivos.

Nas seguidas crises econômicas, os objetivos constitucionais de consecução de direitos sociais passam a se confrontar com medidas de austeridade, exigência de equilíbrio orçamentário, sustentabilidade da dívida pública e obtenção de credibilidade no mercado internacional. Dentro desse conflito, os pilares em que se fundamentou o novo paradigma do Direito Financeiro passam a ser continuamente questionados: supremacia dos direitos fundamentais, garantia da separação de poderes e equilíbrio no federalismo fiscal, por exemplo[16]. Abre-se espaço para novas transformações do Direito Financeiro, com ameaça aos fundamentos a partir dos quais foi ele normativamente desenhado a partir da Constituição de 1988.

No presente trabalho, as transformações do Direito Financeiro são associadas a um processo de consolidação do estado econômico de emergência, a partir do qual se pretende justificar a flexibilização de garantias e procedimentos, a concentração e a centralização de poderes e a suspensão de direitos. Em nome da emergência econômica, transforma-se o Direito Financeiro, afastando-o de seu *telos* constitucional. Tem-se aqui a questão central a ser analisada na presente Tese:

---

[13] Conforme STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012.

[14] COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. In COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453.

[15] SCAFF, Fernando Facury. *Constituição Econômica Brasileira* em seus 15 anos. *Revista de Direito Público da Economia* - RDPE, Belo Horizonte, v. 3, jul / set, 2003, p. 62.

[16] Juntamente com os direitos e garantias individuais (aqui limitado aos direitos fundamentais), a forma federativa de Estado e a separação dos Poderes são clausulas pétreas, alcançando, portanto, posição diferenciada na Constituição. Isso ocorre também em outros países, como será apreciado ao longo da presente Tese, com a ressalva de que o federalismo não se verifica em muitos deles.

Como se caracteriza o estado econômico de emergência e quais as consequências sobre o Direito Financeiro brasileiro?

A partir dessa questão e da discussão sobre o estado econômico de emergência, esta Tese tem por objetivo demonstrar a transformação e ressignificação pelas quais tem passado o Direito Financeiro brasileiro delineado desde a Constituição de 1988.

A hipótese adotada é, portanto, a de que o processo de consolidação do estado econômico de emergência tem implicado em uma transformação do Direito Financeiro que substitui o *telos* constitucional por uma finalidade emergencial e conjuntural. Em outras palavras, a despeito de o Direito Constitucional Financeiro, desde a Constituição de 1988, ser construído teoricamente a partir de sua relação com os objetivos constitucionais, tendo como pilares os direitos fundamentais, a separação de poderes, o federalismo, a transparência e o controle democrático, evidencia-se um processo de consolidação de um estado econômico de emergência, cujo resultado é a ameaça a tais pilares e o esvaziamento do Direito Constitucional Financeiro. Em última instância, sua própria ressignificação.

A hipótese proposta será verificada a partir de três âmbitos de análise, fundamentos/objetivos sobre os quais foi construído o Direito Constitucional Financeiro: (i) a separação de poderes, (ii) a garantia de direitos fundamentais e (iii) o federalismo fiscal. Para cada um desses âmbitos, são apresentadas situações que evidenciam a transformação do Direito Financeiro, relacionadas ao estado econômico de emergência.

Apresentada a questão central e respectiva hipótese, há ainda uma segunda questão a ser enfrentada. Na premissa de um Direito Financeiro em transformação, teria o Poder Judiciário capacidade para controlar tal transformação, exercendo seu papel de "defesa da Constituição"? Em outras palavras, questiona-se:

Qual o papel do Poder Judiciário frente às transformações do Direito Financeiro brasileiro decorrentes do estado econômico de emergência?

Sabe-se que o processo de transformação é conduzido essencialmente pelo Poder Executivo, com a omissão ou anuência do Legislativo. Cabe, entretanto, incluir o Poder Judiciário no debate, a fim de avaliar a relevância de sua participação nesse processo de transformação. A hipótese aqui é a de que o Poder Judiciário também não tem sido capaz, como poder contramajoritário, de refrear a mencionada transformação.

Feitas essas considerações, a presente tese está dividida em quatro capítulos.

No capítulo 1, contextualiza-se a discussão a ser enfrentada, apresentando-se aspectos históricos e as mudanças de paradigma do Direito Financeiro. É o ponto de partida para a análise das transformações do Direito Financeiro.

No capítulo 2, analisa-se o debate sobre o estado econômico de emergência, começando pelas críticas de Carl Schmitt, abordando as diferentes formas como tal abordagem foi desenvolvida durante a segunda metade do século XX e, ao final, identificando suas características no contexto atual. Trata-se da apresentação do arcabouço teórico a ser utilizado.

No capítulo 3, demonstra-se como o estado econômico de emergência implicou na transformação do Direito Financeiro, mais especificamente, em três âmbitos (parâmetros constitucionais): 1) Separação de poderes; 2) Direitos Fundamentais; e 3) Federalismo. Em cada um desses temas, são identificadas situações que evidenciam mudanças no Direito Financeiro, em sua relação com o estado econômico de emergência. No capítulo 3, responde-se a questão central proposta no presente trabalho. Ainda no capítulo 3, dialoga-se com experiências relativas às transformações do Direito Financeiro na Europa, tendo em vista a recente crise pela qual passaram diversos países daquele continente. O paralelo com a Europa revela que a ressignificação de instituições estruturantes de Constituições, que se pretendem sociais e democráticas, não se verifica apenas no Brasil.

No capítulo 4, retomando o debate entre Kelsen e Schmitt sobre o *guardião da Constituição*, analisa-se o papel do Poder Judiciário e sua capacidade de oferecer respostas às transformações do Direito Financeiro conduzidas em um estado econômico de emergência. O capítulo 4 tem por objeto justamente enfrentar a segunda questão proposta nesta Tese.

Ao final, a título de conclusão, identifica-se como as transformações debatidas ao longo da Tese, em um contexto de emergência econômica, têm representado um risco de mutação do Direito Constitucional Financeiro contrário a seu *telos*.

1. OS DILEMAS DO DIREITO FINANCEIRO: ENTRE A FORMA E O *TELOS* CONSTITUCIONAL

1.1. Aspectos históricos do Direito Financeiro

O Direito Financeiro é a "disciplina jurídica da atividade financeira do Estado" e esta, "a ação do Estado na obtenção de receitas, em sua gestão e nos gastos para desenvolvimento de suas funções"[17]. Assim, compreender a que se direciona a ação do Estado e que funções estão envolvidas é fundamental para debater o tema.

A compreensão do Direito Financeiro brasileiro exige uma reflexão acerca do contexto político-econômico em que está inserido. Uma determinada formatação do Direito Financeiro não pode ser encarada como um acidente, razão pela qual a compreensão e a contextualização histórica são relevantes sempre que se reflete sobre o tema. Neste ponto, são precisas as considerações de Luís Fernando Massonetto:

> O Direito Financeiro sobressai-se como a expressão do Estado nos processos de acumulação, constituindo o principal instrumento de ajuste da ordem nacional aos padrões regulatórios da acumulação em escala mundial. Desta forma, além das suas atribuições tradicionais, o Direito Financeiro expressa a posição relativa do Estado nos processos sistêmicos de acumulação, organizando o espaço doméstico da acumulação tendo em vista a capacidade de conversão da moeda nacional, o papel do Estado na hierarquia das nações e o alinhamento sistêmico ou anti-sistêmico de sua economia aos padrões regulatórios expressos no sistema mundial. Assim sendo, mais do que qualquer outro campo jurídico, o Direito Financeiro não pode ser compreendido sem levar em consideração a economia política do sistema mundial e os desdobramentos da acumulação sistêmica de capital[18].

Analisar as transformações do Direito Financeiro não envolve, portanto, tão somente identificar as alterações no texto da lei, mas identificar a interpretação, a aplicação e a dinâmica dominante da norma. Há que se atentar para o padrão normativo sobre o qual opera o Direito Financeiro, o que se denominará a seguir de paradigmas do Direito Financeiro[19].

---

[17] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 95.

[18] MASSONETTO, Luís Fernando. Os impactos da expansão financeira do capitalismo mundial – a constituição de um novo paradigma. In HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (orgs.). *Direito Financeiro Econômico e Tributário. Estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 531.

[19] Como explica Horacio Corti, "para o direito, um paradigma compreende uma variedade de elementos heterogênos: as disposições jurídicas positivas (normas, definições, princípios, etc), os valores, ideias,

Se a evolução do Estado interfere no paradigma do Direito Financeiro, é também verdade que as questões jurídico-financeiras têm papel central nas formas de Estado ou, dito de outro modo, na organização do sistema mundial: "a criação da dívida pública e da moeda estatal, a estruturação das receitas do Estado para financiar as despesas de caráter permanente e a estabilização do Estado Fiscal", todos esses aspectos "impulsionaram a formação dos Estados modernos, diferenciando-os de qualquer outra forma de poder territorial e inscrevendo as finanças na dinâmica do sistema mundial"[20].

Ao descrever a evolução das hegemonias[21] do capitalismo, Giovanni Arrighi aponta para a relevância do controle sobre as finanças mundiais e sobre as finanças públicas nacionais. Na sua visão, são três as fases de hegemonia do capitalismo: as cidade-estado capitalistas do norte da Itália, o imperialismo de livre comércio britânico do século XIX e o domínio dos Estados Unidos no século XX[22]. O domínio sobre as finanças públicas começa a aparecer de forma mais evidente com a hegemonia britânica durante o século XIX, que se fez não somente através de "bases imperialistas" e da "acumulação em escala mundial com base no livre comércio", mas também pela canalização dessas riquezas para Londres, onde eram "recicladas nos circuitos de riqueza através dos quais o poderio britânico no mundo ocidental era continuamente reproduzido e ampliado (...) e as lógicas do poder territorialista e capitalista fertilizaram e sustentaram uma a outra"[23]. A transformação de Londres em um centro financeiro mundial possibilitou, de certa forma, a gestão britânica do sistema interestatal, estendendo seu controle, inclusive, sobre as finanças públicas nacionais, seja através da exigência de bom comportamento, seja através dos empréstimos concedidos aos demais países. A Grã-Bretanha desempenhou um papel pioneiro no sistema mundial, a partir

---

concepções e mitos subjacentes a essas disposições; nossas atitudade a seu respeito; o conhecimento jurídico; as teorias elaboradas para desenvolver esse conhecimento; a maneira mais geral de entender esse conhecimento; e inclusive as imagens e os sentimentos suscitados. O paradigma se refere, em outras palavras, à prática jurídica, expressão de enorme amplitude utilizada para compreender a multidimensionalidade do fenômeno jurídico e à complexa rede de narrações, fatos, valores, normas, princípios, conhecimentos, sentimentos, imagens, ilusões e teorias que envolvem a nossa atividade" (CORTI, Horacio. Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, v. 1, 2010, p. 639).

[20] MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 13.

[21] "O conceito de hegemonia refere-se especificamente à capacidade de um Estado exercer funções de liderança e governo sobre um sistema de nações soberanas (…) Historicamente, entretanto, o governo de um sistema de Estados soberanos sempre implicou algum tipo de ação transformadora, que alterou fundamentalmente o modo de funcionamento do sistema" (ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução Vera Ribeiro. Revisão de tradução Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora UNESP, 1996, p. 27).

[22] ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução Vera Ribeiro. Revisão de tradução Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora UNESP, 1996.

[23] Ibidem, p. 54.

de uma revolução financeira (século XVII), com uma fazenda autônoma, com nacionalização de instrumentos financeiros do Estado e com crédito permanente. A Inglaterra foi capaz, assim, de transformar a dívida do Estado em alavanca da acumulação primitiva de capitais[24].

O domínio sobre o endividamento é uma das chaves para compreensão dessa evolução. O surgimento do Estado e a gênese do sistema capitalista estão relacionados ao domínio sobre o endividamento e sobre as finanças. A dívida pública, como coloca Marx, é uma das alavancas da acumulação primitiva, ponto de partida do modo capitalista de produção:

> Como uma varinha de condão, ela dota o dinheiro de capacidade criadora, transformando-o assim em capital, sem ser necessário que seu dono se exponha aos aborrecimentos e riscos inseparáveis das aplicações industriais e mesmo usurárias. Os credores do estado nada dão na realidade, pois a soma emprestada converte-se em títulos da dívida pública facilmente transferíveis, que continuam a funcionar em suas mãos como se fossem dinheiro. A dívida pública criou uma classe de capitalistas ociosos, enriqueceu, de improviso, os agentes financeiros que servem de intermediários entre o governo e a nação[25].

Também durante a organização do capitalismo mundial e, mais especificamente, dos ciclos de acumulação do capital, as finanças públicas e a dívida pública são elementos determinantes para a consolidação da hegemonia:

> Com a dívida pública nasceu um sistema internacional de crédito, que frequentemente dissimulava uma das fontes da acumulação primitiva neste ou naquele país. Assim, a vilezas do sistema veneziano de rapina constituíra uma das bases ocultas dos abundantes capitais da Holanda, a quem a Veneza decadente emprestou grandes somas de dinheiro. O mesmo aconteceu entre a Holanda e a Inglaterra. (...) Fenômeno análogo sucede hoje entre Inglaterra e os Estados Unidos. Muito capital que aparece hoje nos Estados Unidos, sem certidão de nascimento, era ontem, na Inglaterra, sangue infantil capitalizado. (...) O grande papel que a dívida pública e o correspondente regime fiscal desempenham na capitalização de riqueza e na expropriação das massas levou muito escritores, como Cobbet,

[24] MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 20.

[25] MARX, Karl. *O capital*. Livro 01: O processo de produção do capital. Vol. 02. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1975, p. 828. Ainda sobre a acumulação primitiva, Marx define: "a acumulação do capital pressupõe a mais valia, a mais valia a produção capitalista, e esta a existência de grandes quantidades de capital e de força de trabalho nas mãos dos produtores de mercadoria. Todo esse movimento tem assim a aparência de um círculo vicioso do qual só poderemos escapar admitindo uma acumulação primitiva, anterior à acumulação capitalista (*´previous accumulation´*, segundo Adam Smith), uma acumulação que não decorre do modo capitalista de produção, mas é seu ponto de partida". (Ibidem).

> Doubleday e outros, a procurarem erradamente neles a causa fundamental da miséria dos povos modernos[26].

Nos séculos XIII e XIV, o domínio e monopólio da tributação pelo Estado foi um dos grandes passos para a modernidade. Até os anos em que prevaleceu o absolutismo na Europa, a lógica dominante da tributação e do gasto público era a de buscar as receitas necessárias para satisfazer as despesas estabelecidas. É dizer, havia uma primazia das despesas sobre as receitas na lógica da tributação e do gasto público. A lógica era a de verificar, a partir das "necessidades" da nobreza e da guerra, quanto de receita seria preciso. Com as revoluções burguesas, essa lógica inverte-se, de modo que as despesas são estabelecidas dadas as receitas possíveis de se obter[27]. As revoluções burguesas impõem uma nova lógica à tributação e ao gasto público, fundamental para a formação do Estado moderno. Ao menos em boa parte da Europa, há uma transição de um Estado predominantemente patrimonial (com receitas do patrimônio do príncipe, que se confundiam com o patrimônio do Estado) para um Estado Fiscal (com predomínio de receitas tributárias, decorrente do poder de império)[28].

Nesse momento, ficam também mais claras as disputas pela dominação do orçamento, que, aliás, desenvolve-se como um instrumento que permitiria um controle do Parlamento sobre o Monarca. Há um acirramento da disputa pela "chave do cofre" e o Direito Financeiro surge como um conjunto de regras para mediação dessa disputa, isto é, um conjunto de procedimentos para elaboração e execução do orçamento. Nos países situados na periferia do sistema, entretanto, esse conjunto de regras funcionou muitas vezes como forma de assegurar o controle sobre determinadas decisões. A adoção de sistemas parlamentares foi, por exemplo, um importante instrumento para a manutenção de orçamentos equilibrados, que não colocassem em risco o pagamento das dívidas dos Estados Periféricos aos Estados Centrais:

> A sociedade do século XIX, em procedimentos tanto internacionais quanto nacionais, estava sendo afogada pela economia, o campo dos intercâmbios fixos com o estrangeiro coincidia com a civilização. O equilíbrio das potências era responsável pela paz durante o tempo em que estava em vigor o padrão-ouro (...) O sistema funcionava pela mediação destas grandes potências, em primeiro lugar, a Grã-Bretanha, que constituía o centro das finanças mundiais e que pedia insistentemente que se estabelecessem

[26] Ibidem, pp. 874-875. Sobre o tema, vide também PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 63-65.
[27] ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann; revisão de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
[28] SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e Energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

> governos representativos em países menos desenvolvidos. Esses governos eram necessários para controlar as finanças e as moedas dos países devedores, já que estes necessitavam de orçamentos bem administradores, controlados por órgãos responsáveis (...) O modelo das instituições monetárias e representativas, uniformes no mundo inteiro, era o resultado da economia rígida desse período[29].

A crise de 1929, as duas grandes guerras mundiais, dentre outros eventos do início do século XX, alteraram a liderança hegemônica no sistema mundo, dando início a um novo ciclo de acumulação e um novo paradigma de gestão do Estado. Conforme Arrighi, no fim da Segunda Guerra Mundial, os principais contornos de um novo sistema mundial foram estabelecidos: em Bretton Woods, as bases do novo sistema monetário mundial; em Hiroshima e Nagasaki, novos meios de violência militar; e em San Francisco, as novas normas para a legitimação do Estado (na Carta das Nações Unidas)[30]. Para David Harvey, após um período de consolidação durante a primeira metade do século XX, "os Estados Unidos saíram da Segunda Guerra Mundial como, de longe, a potência mais dominante", a partir de fatores como a liderança na tecnologia e na produção, a supremacia do dólar e o aparato militar[31].

A liderança dos Estados Unidos no período foi amparada na forte centralização política e econômica, seja pelo poder militar, seja pelo controle da ordem monetária e financeira. Buscou-se, ainda, a garantia do livre comércio, a reconstrução dos mercados (especialmente europeus, destruídos pela guerra), através de organismos internacionais como o FMI e o Banco Mundial. O Estado assumiu papel central no processo de acumulação, permitindo um crescimento sem precedentes das forças produtivas. Substitui-se o paradigma liberal por um modelo regulatório ativo, com forte presença estatal na condução da economia e na proteção da sociedade contra o mercado[32]. Acompanhando as mudanças do padrão político-econômico, o Direito Financeiro também sofre alterações e, nesse "padrão regulatório", passa a organizar o espaço doméstico da acumulação, promovendo políticas

---

[29] POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Critica del liberalismo economico. Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1989. p. 397. Tradução livre.

[30] ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução Vera Ribeiro. Revisão de tradução Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora UNESP, 1996, p. 283.

[31] HARVEY, David. *O novo imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 6ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 48.

[32] MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 66, p. 70 e p. 76.

sociais de caráter nacional, regulando o mercado, a moeda, estabelecendo o planejamento e os gastos públicos[33].

A partir de meados da década de 1970, entretanto, com o abandono da conversibilidade do dólar em ouro, a desarticulação do modelo de bem-estar social e a desregulação dos mercados, altera-se novamente o padrão regulatório do sistema mundo. Conforme explica Harvey, "o capital financeiro passou ao centro do palco nessa fase da hegemonia norte-americana, tendo podido exercer certo poder disciplinar tanto sobre os movimentos operários como sobre as ações do Estado, especialmente quando e onde o Estado assumiu dívidas de monta"[34].

Nessa linha, "assim como o padrão regulatório decorrente do Sistema Bretton Woods e das políticas de bem-estar social foi profundamente abalado pela orientação neoliberal da nova ordem mundial, o Direito Financeiro (...) teve seu núcleo atingido pelas transformações ocorridas no capitalismo"[35]. O Direito Financeiro se volta, então, para a expansão financeira do processo de acumulação, passa a instrumentalizar "a tutela pelo Estado dos processos de capitalização financeira", visando "redução de riscos inerentes à lógica financeira, garantindo, por meio de seus instrumentos a liquidez exigida pelo mercador e, acima de tudo, assegurando a valorização patrimonial privada, por meio da sanção de ganhos financeiros"[36]. No âmbito nacional, o próprio Estado está à frente desse processo e, em âmbito internacional, há a sanção do Fundo Monetário Internacional. Qualquer país (exceto os próprios Estados Unidos) que apresentasse déficits em excesso e descontrole, estaria "submetido à impiedosa austeridade e a procedimentos de ajuste estrutural do FMI"[37].

A partir dos anos 70, as sucessivas crises pelas quais passa o capitalismo democrático impõem dificuldades à permanência do Estado Social que se implementava na Europa desde o pós-guerra. Tais crises podem ser explicadas pelas "tensões e contradições endêmicas entre mercados capitalistas e políticas democráticas" [38]. Conforme Luís Fiori, as críticas conservadoras precederam a própria crise do Estado de Bem-estar Social, e contribuíram decisivamente para a sua desconstrução, com os processos graduais de mercantilização da

---

[33] Ibidem, p. 77.
[34] HARVEY, David. *O novo imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 6ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 59.
[35] MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 90.
[36] Ibidem, pp. 94-95.
[37] HARVEY, David. *O novo imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 6ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 66.
[38] STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, pp. 35-56, Mar. 2012, p.35.

força de trabalho, desregulação dos mercados de trabalho, privatização dos serviços sociais e redução simultânea dos programas de proteção social[39]. Ou seja, a solução já estava sendo construída antes mesmo do problema real se apresentar.

Pois bem, em meados dos anos 70, quando as taxas de crescimento começaram a cair, o Estado de Bem-estar Social do pós-guerra, garantidor do pleno emprego, passa a não ser mais suficiente para acomodar as tensões entre capital e trabalho, entre mercado e política social. A saída, naquele momento, foi a utilização de uma política monetária acomodatícia, com a aceleração da inflação: "a inflação pode ser descrita como um reflexo monetário do conflito distributivo entre uma classe trabalhadora que demanda garantia de emprego, bem como uma maior participação na renda nacional, e uma classe capitalista que busca maximizar o retorno sobre o seu capital" [40].

Nos anos 80, a inflação descontrolada não é mais capaz de "estreitar a lacuna entre as demandas dos cidadãos e as dos 'mercados'"[41]. As distorções geradas pelo uso excessivo da inflação deveriam ser corrigidas. Assim, acompanhado pelo aumento das taxas de juros, é sobre o Estado e a dívida pública que recai o ônus de assegurar a paz social: "como a inflação, a dívida pública tornava possível introduzir recursos ainda não gerados de fato nos conflitos distributivos em curso, propiciando aos governos explorar recursos futuros em acréscimo àqueles já disponíveis" [42].

Já durante os anos 90, com a crise da dívida pública e a pressão por austeridade, a acomodação dos interesses entre cidadãos e mercados passa para a dívida privada (*keynesianismo privado*). O governo não mais tomava dinheiro emprestado para financiar os serviços públicos (acesso igualitário à habitação ou formação de mão de obra qualificada para o mercado), mas "passou a permitir - às vezes forçá-los a tanto - que cidadãos individuais, sob um sistema de endividamento extremamente generoso, tomassem empréstimos por sua própria conta e risco para pagar seus estudos ou seu acesso a um bairro menos carente"[43].

Esse mecanismo de "liberalização financeira", como forma de compensação da "austeridade pública", vigorou desde meados dos anos 90 e entrou em colapso com a crise de 2008. A referida crise se mostrou não apenas como uma crise no sistema financeiro

---

[39] FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997.
[40] STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012, pp. 40-41.
[41] Ibidem, p. 44.
[42] Ibidem, p. 45.
[43] Ibidem, p 46.

(dívida privada), como também uma nova crise da dívida pública. A socialização de créditos podres e a publicização de dívidas privadas foram algumas das causas da mais recente crise internacional. Diante desse quadro, voltou-se a questionar a capacidade do Estado Nacional e dos sistemas democráticos nacionais de oferecer uma resposta adequada às tensões entre políticas sociais e mercados capitalistas[44]. Nesse sentido, há uma relação entre a crise dos anos 70 e a crise atual: o endividamento público e, depois, o endividamento privado foram tentativas de neutralizar o desmantelamento dos direitos sociais desde então[45]. Em outras palavras, foram utilizados três métodos para "criar ilusões de crescimento e de prosperidade – inflação, endividamento público e endividamento privado", porém, estes apenas funcionaram por algum tempo e, sucessivamente, "tiveram de ser abandonados, porque começaram a impedir o processo de acumulação, em vez de o promover"[46].

David Graeber também correlaciona a crise de 2008 com a incapacidade de acomodação de interesses, tensionada desde os anos 70. Segundo o autor, a implementação das recomendações keynesianas no pós-guerra permitiu um acordo tácito[47], em que as classes trabalhadoras dos países do Atlântico Norte (dos Estados Unidos até a Alemanha Oriental) abandonaram a ideia de mudar o sistema ("suspensão da luta de classes"), recebendo uma ampla variedade de benefícios sociais, instituições públicas educacionais com financiamento generoso e em constante expansão, aumento dos salários e da produtividade. As políticas keynesianas, entretanto, atingiram apenas uma parte pequena da população mundial e, gradativamente, mais e mais pessoas, com novas demandas, quiseram fazer parte do acordo, até que "em algum momento da década de 1970 ficou claro que o capitalismo, como sistema, simplesmente não poderia estender esse acordo a todo o mundo e talvez o acordo nem sequer continuasse viável se todos os trabalhadores se tornassem trabalhadores assalariados livres"[48]. No final dos anos 70, a ordem vigente entra em colapso, com fim do crescimento, caos financeiro, crise do petróleo, crise ecológica, padrão que foi mantido de 1978 até 2008, mudando, porém, o acordo a que a população em geral era

[44] Ibidem, p. 53-54.
[45] PISARELLO, Gerardo. *El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática*. Revista Derecho del Estado, nº 28, 2012, p. 60.
[46] STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012, p. 41.
[47] Como afirma Wolfgang Streeck, "o capitalismo pressupõe um contrato social no qual as expectativas recíprocas do capital e do trabalho, de dependentes do lucro e dependentes do salário estão estabelecidas de forma mais ou menos explícita, na forma de uma constituição económica formal ou informal". (STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012, p. 26).
[48] GRAEBER, David. *Dívida: os primeiros 5.000 anos.* Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Três Estrelas, 2016, p. 471-472

submetida. Os salários não subiriam mais e os trabalhadores seriam encorajados a "comprar parte do capitalismo": "em vez de os rentistas à eutanásia [como preconizava Keynes], *todos* agora podiam se tornar rentistas". Esse o movimento, segundo o autor, culminou na "democratização das finanças" ou "financeirização da vida cotidiana" e também na crise do *subprime*[49].

Diante das mudanças nos modos de financiamento do Estado e da acomodação de interesses, o Direito Financeiro operou com características e objetivos distintos, feitas as ressalvas a depender do tempo e do lugar[50]. Esses aspectos históricos são relevantes para compreender o quadro atual do Direito Financeiro e também a transição de paradigmas pela qual passou o Direito Financeiro. Portanto, ainda antes de questionar as atuais transformações do Direito Financeiro, é preciso compreender esta transição de paradigmas do Direito Financeiro até chegar ao contexto atual.

Fazendo um recorte mais geral, pode-se pensar em dois paradigmas para o Direito Financeiro: o primeiro, com foco no controle do Parlamento sobre o Monarca (ou do Legislativo sobre o Executivo), em que prevaleciam as regras e procedimentos de elaboração orçamentária; o segundo, que ganhou força a partir das Constituições Sociais e, especialmente, a partir da centralidade que os direitos humanos passaram a exercer nos sistemas jurídicos modernos, em que o Direito Financeiro preocupa-se não somente com regras e procedimentos, mas com a concretização dos direitos fundamentais e demais objetivos constitucionais. São esses dois paradigmas que se pretende analisar nas seções seguintes para, ao final, questionar a aderência à realidade desse último paradigma.

---

[49] GRAEBER, David. *Dívida: os primeiros 5.000 anos.* Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Três Estrelas, 2016, p. 473-475. Sobre a crise do *subprime*, aponta ainda o autor que, naquele momento, o governo dos Estados Unidos precisou decidir quem de fato faz dinheiro a partir do nada e os resultados foram previsíveis: "Os financistas foram 'socorridos com dinheiro do contribuinte' – ou seja, basicamente o dinheiro imaginário deles foi tratado como se fosse real. Os detentores de hipoteca foram em sua maior parte deixados à mercê dos tribunais e sujeitos à lei de falência que o Congresso havia alterado um ano antes, tornando-a muito mais dura com os devedores. Nada mudou. Todas as decisões importantes foram adiadas. O Grande Debate que muitos esperavam jamais ocorreu" (Ibidem, p. 481).

[50] Como afirma Wolfgang Streeck, "se tratarmos a crise como uma fase intermédia numa longa sequência evolutiva, verificar-se-á que os paralelos e as interações entre os países capitalistas superam de longe as diferenças institucionais e econômicas. A dinâmica subjacente é a mesma – embora com modificações locais –, mesmo para países considerados tão diferentes uns dos outros" (STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012, p. 8).

1.2. O primeiro paradigma: o Direito Financeiro como instrumento de controle do monarca pelo Parlamento

Como já apresentado, as revoluções burguesas ocorridas na Europa acirraram as disputas orçamentárias que, por sua vez, começaram a ser objeto de regulação cada vez maior pelo Direito. As regras sobre elaboração orçamentária surgiram da intenção de uma determinada classe em estabelecer um controle sobre o monarca absolutista. Esse conjunto de regras foi o principal foco de preocupação do Direito Financeiro naquele momento. Como resultado, nasceu uma concepção formal de orçamento que ainda influencia parte da prática jurídico-política[51].

A partir de uma perspectiva histórica da teoria do Direito Financeiro, Horacio Corti aponta que, em um primeiro momento, prevaleceu uma visão clássica sobre o orçamento, centrada fundamentalmente em seus aspectos formais – competência e procedimentos do ciclo orçamentário, preparação, aprovação, execução e modificação da lei orçamentária. Dentro dessa visão clássica, o orçamento é uma técnica que nasce com o Estado constitucional e liberal de Direito, através do qual se consolida a capacidade de decisão política dos parlamentos sobre os recursos públicos, antes dominados somente pelo "Executivo" (ou pelo monarca absolutista). Nesse momento, é a relação entre Executivo e Legislativo que ocupa espaço central na problemática jurídica do Direito Financeiro, uma vez que entre suas principais funções estavam o controle dos recursos públicos pelo Legislativo e a organização e o planejamento orçamentário pelo Executivo[52].

A disputa interpretativa se dava no âmbito do debate entre orçamento como lei formal ou lei material e, mais tarde, em orçamento autorizativo ou impositivo. Trata-se de debate cuja origem remonta ao conflito entre Parlamento e Monarca no controle das finanças públicas, discussão central nesse primeiro paradigma do Direito Financeiro.

De um lado, está o entendimento de que o orçamento é uma lei meramente formal, com conteúdo de ato administrativo, sendo as despesas nele fixadas apenas autorizativas. Essa corrente fundamenta-se na necessidade de maior liberdade de gestão dos recursos, bem como na especificidade (em oposição à generalidade das normas jurídicas) e na limitação temporal da lei orçamentária. Como dito, essa corrente envolve uma argumentação com

[51] Vide, por exemplo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de controle de constitucionalidade de lei orçamentária perdurou até os anos 2000, conforme tratado a seguir.
[52] CORTI, Horacio. *Derechos fundamentales y presupuesto público*. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 140-143.

origens históricas. De outro lado, está a concepção de que a lei orçamentária é lei em sentido formal e material, com a execução necessária das despesas fixadas, ressalvadas situações excepcionais. Essa última corrente se justifica, em primeiro lugar, pela ausência de elementos no ordenamento jurídico que fundamentem a distinção entre lei formal e lei material – não há previsão, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro, entre lei formal ou lei material, havendo apenas a lei como lei. Em segundo lugar, porque a lei orçamentária, por ser como as demais leis, é impositiva, ressalvadas as permissões legais para a sua inexecução.

Historicamente, o debate remonta ao jurista Paul Laband, a quem coube influência decisiva na controvérsia sobre a natureza do orçamento na Prússia/Alemanha no final do século XIX (e que se estendeu ao início do século XX)[53]. Conforme descreve Fernando Facury Scaff, o conflito tem origem nas seguidas rejeições (ou não aprovações) do projeto de lei orçamentária pela Câmara dos Deputados prussiana, especialmente após o Rei Guilherme I, em 1860, enviar projeto contendo uma ampla reforma militar e um significativo aumento de gastos. Apenas em 1866, já com Bismarck como primeiro-ministro, é que os gastos realizados entre 1861 e 1866, sem aprovação da Câmara dos Deputados, são chancelados retroativamente e o orçamento do ano seguinte é aprovado[54]. É nesse contexto que Laband desenvolve sua teoria jurídica sobre o orçamento, partindo de duas questões-chave: era a lei orçamentária quem dava ao governo o direito constitucional e obrigatório de arrecadar e realizar os gastos? Ou, ainda, na ausência da lei orçamentária, a continuidade da Administração se tornaria ilegal?[55].

Para responder à questão, Laband parte da mencionada distinção entre lei em sentido material, que contém efetivamente uma norma jurídica (declara uma regra de direito, aplicável a uma situação de fato), e lei em sentido formal, aquela que expressa uma mera constatação de acordo de vontades entre Rei e Parlamento (Executivo e Legislativo), mas que não contém nenhuma manifestação de vontade do Estado em declarar ou estabelecer uma regra de direito[56].

Alvaro Bereijo explica que Laband possuía um método positivista e formalista, livre dos aspectos históricos, políticos e filosóficos. Para Laband, o Direito se esgota nas normas

---

[53] LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 23.
[54] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, pp. 80-81.
[55] BEREIJO, Alvaro R. Estudio preliminar. *In* LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. L.
[56] Ibidem, p. LII.

jurídicas, devendo o jurista se ocupar somente delas. Sobre a doutrina de Laband, Bereijo afirma: "na ideia de Estado de Direito da doutrina alemã estava implícito o propósito de fazer do Direito uma realidade autônoma, separada da política (...) apartando do Estado de Direito todo elemento que não seja estritamente jurídico"[57]. Conforme resume Francisco Campos, "a doutrina de Laband consiste em despir o orçamento de qualquer significação jurídica, considerando-o tão somente como um expediente de ordem prática, destinado a pôr ordem na Administração"[58].

Assim, para a teoria de Laband, o orçamento é caracterizado como uma lei formal, ou ainda, um ato da administração a que a Constituição impõe forma e solenidade de lei. Essa lei, porém, não traz regra jurídica, proibição ou preceito jurídico. Ao contrário, o orçamento simplesmente estabelece uma relação política entre Governo e Parlamento. Dessa concepção, decorrem algumas consequências: (i) o orçamento não é uma autorização para recolher as receitas e efetuar as despesas, já que o Governo pode fazê-lo, ainda que não constem do orçamento; (ii) as derrogações ao orçamento não constituem infrações jurídicas; e (iii) o orçamento é apenas um plano de gestão, um programa de administração, com sentido político[59]. O orçamento não satisfaz nenhuma necessidade do Direito, mas somente uma necessidade da economia; trata-se de uma conta, e uma conta não pode conter regras, ela contém apenas fatos – receitas e despesas existentes ou previstas[60].

O entendimento de Laband sobre a natureza do orçamento influenciou a doutrina em todo o mundo e foi, inicialmente, a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos. Cita-se, por exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.640[61], em 1998, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu ser a lei orçamentária uma "lei formal, de natureza e efeitos político-administrativos concretos". Na referida ação, discutia-se a não destinação de recursos oriundos da CMPF para ações de saúde, conforme se previa na Constituição (artigo 74, § 3º do ADCT, com redação da Emenda Constitucional nº 12/96). Não somente houve a classificação do orçamento como lei formal, mas, em decorrência, a impossibilidade de se exercer o controle de constitucionalidade.

---

[57] Ibidem, pp. XLII/XLIII.
[58] CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza jurídica. *Revista de Direito Administrativo* 71/324. jan./mar. 1963.
[59] Ibidem, p. 326.
[60] LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 23.
[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1640 QO. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 12/02/1998.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de constitucionalidade começou a ser modificada em 2003, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925[62]. No caso, foi admitido o controle concentrado de lei orçamentária. Segundo entendimento do STF neste acórdão, "mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta". Não se tratava exatamente de uma mudança de perspectiva sobre a natureza da lei orçamentária, mas somente do papel do Tribunal, que poderia exercer o controle a depender dos efeitos questionados no caso concreto. Na referida ADI nº 2.295, a discussão cingia-se à possibilidade de se aplicar recursos da CIDE-combustíveis para finalidade distinta daquela prevista constitucionalmente. A decisão foi no sentido de que é inconstitucional a interpretação da lei orçamentária que permite a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação da CIDE-combustíveis prevista na Constituição Federal (artigo 177, §4º, da Constituição Federal).

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048[63], julgada em 2008, parece de fato modificar os rumos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No caso, decidiu-se que deve o Tribunal "exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto". Apesar de não haver um claro abandono da caracterização da lei orçamentária como lei formal, ao menos se concluiu pela "possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade", o que representou um avanço da jurisprudência. Essa também é a conclusão de Basile Christopoulos que, em pesquisa sobre o controle de constitucionalidade da lei orçamentária no STF, entende não ser possível dizer que o órgão abandonou por completo a "distinção ultrapassada entre lei formal e lei material". De qualquer modo, indica o autor que o precedente no direito brasileiro que deve orientar as próximas decisões do Supremo Tribunal Federal, é a ADI 4.048[64].

---

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2.925/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio. Julgamento 19/12/2003.
[63] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008.
[64] CHRISTOPOULOS, Basile. *Orçamento público e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Concretamente, não há elementos no ordenamento jurídico nacional para distinguir lei formal e lei material – a Constituição não faz tal distinção, tampouco o faz qualquer norma infraconstitucional. Embora os efeitos da lei (concretos ou individuais) não mais sejam determinantes para escapar ao controle de constitucionalidade, são ainda duvidosas as demais consequências do abandono dessa distinção. A caracterização da lei orçamentária como lei formal tradicionalmente interferiu na sua qualificação como norma meramente autorizativa. Como observa Eduardo Furtado Bastos de Mendonça, a associação da lei formal com o orçamento autorizativo, de um lado, e da lei material com o orçamento impositivo, de outro lado, costumam ser apresentadas como se houvesse uma implicação lógica entre a concepção da lei e a impositividade do orçamento. É como se o orçamento, como lei formal, não precisasse ser observado, dada a fragilidade do conceito. Ou, também nessa perspectiva, como a lei formal não veicula uma regra jurídica, não haveria como definir o orçamento como de observância obrigatória, ou seja, como impositivo. A associação, entretanto, não parece adequada, já que, mesmo se o orçamento fosse uma lei formal ou um ato de conteúdo administrativo, não se poderia presumir que há mera autorização, inclusive porque os atos administrativos também são de observância obrigatória[65].

De qualquer modo, o abandono gradual da caracterização do orçamento como lei formal contribui para a mudança de perspectiva sobre o caráter não obrigatório do orçamento. Isto é, se a lei orçamentária passa a ser uma lei como outra qualquer, suas disposições deveriam ser impositivas. As receitas e as despesas ali previstas devem ser executadas, exceto se o próprio ordenamento jurídico prevê exceções. Esse entendimento, entretanto, não é unânime. A polêmica diz respeito especialmente à execução das despesas.

No âmbito do Executivo Federal, sempre se encarou o orçamento brasileiro como "meramente autorizativo", o que se extraía por exemplo da própria definição do termo "contingenciamento", que havia no Glossário do Ministério do Planejamento:

> considerando que no ordenamento jurídico brasileiro a lei orçamentária tem mantido o seu caráter autorizativo, na questão da despesa, o Poder Executivo tem se valido desse expediente para a consecução de metas de ajuste fiscal, sob o pretexto de adequar a execução da despesa ao fluxo de caixa do Tesouro.[66]

---

[65] MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 74, nota de rodapé 128.

[66] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Glossário. *Contingenciamento*. Disponível em http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario. Acesso em 22/11/2015.

Essa, entretanto, não é a interpretação que se mostra mais adequada ao se analisar o ordenamento jurídico. A discussão sobre a impositividade das despesas deveria ser colocada de outra forma, juridicamente mais precisa, a partir do seguinte questionamento: o que pode deixar de ser executado e em que limites? Ou melhor, o que é ou não contingenciável[67]. A disputa sobre a impositividade das despesas orçamentárias passa a se concentrar em torno de "carimbos" que pretendem excluir determinadas rubricas do bloco geral de despesas sujeitas ao contingenciamento, despesas essas que correm grande risco de não serem pagas.

O Congresso Nacional, recentemente, visou atribuir tratamento especial às despesas oriundas de emendas parlamentares à lei orçamentária e aprovou a Emenda Constitucional nº 86/2015. Referida Emenda alterou os artigos 165, 166 e 198 da Constituição, modificando regras relativas à execução orçamentária. Com tal alteração, pretendeu-se tornar impositivas as despesas incluídas no orçamento pelo Congresso Nacional, criando-se, de certa forma, um "orçamento impositivo das emendas parlamentares". A alteração constitucional foi uma reação do Legislativo à baixa execução das despesas oriundas das emendas parlamentares e ilustra a disputa sobre os recursos no momento da execução orçamentária, bem como ilustra o distanciamento que existe entre o orçamento aprovado e o orçamento executado, especialmente no tocante às despesas discricionárias, tema que ainda será analisado mais detidamente no capítulo 3.

O que se pode verificar, desde logo, é uma transição do debate lei formal *vs.* lei material para o debate orçamento autorizativo *vs.* orçamento impositivo, o que denota, em alguma medida, a mudança de foco da lei (como instrumento legislativo que carrega o orçamento) para o conteúdo (o efetivo orçamento e o gasto nele envolvido). Essa transição, juntamente com diversas outras transformações no ordenamento jurídico, abre espaço para o segundo paradigma do Direito Financeiro.

[67] Sobre o tema, faz-se referência a trabalho anterior deste autor: SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *A concretização do Direito Financeiro: os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. Deve-se esclarecer que o fato de se considerar a lei orçamentária uma lei material e impositiva (com as ressalvas aventadas nesta Tese) não implica em dizer, como era a preocupação de Laband, que, na ausência de aprovação da lei orçamentária, ficará a máquina pública impedida de atuar. Deve-se, nesse caso, buscar alternativas para a utilização dos recursos e continuidade dos serviços públicos.

1.3. O segundo paradigma: o Direito Financeiro com conteúdo material a partir da Constituição Social

No século XX, o surgimento de Constituições sociais, o keynesianismo e a construção de um modelo de Estado de bem-estar social influenciaram a mudança de paradigma no Direito Financeiro. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são marcos da constitucionalização dos direitos sociais, elevando-os à categoria de direitos fundamentais, o que fez também com que a pressão pelo aumento das despesas públicas crescesse[68].

A visão de orçamento voltada exclusivamente para o controle do Legislativo sobre o Executivo passa a ser insuficiente diante das novas configurações sociais e políticas. Nesse contexto, o Direito Financeiro passa a ser encarado dentro de um novo paradigma, com um aspecto inexistente no "paradigma clássico": "a relação entre a lei orçamentária e os direitos fundamentais"[69]. Embora não se possa fixar marcos temporais precisos dessa transição, é possível identificar alguns processos centrais dessa mudança. Como dito, as Constituições Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, juntamente com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos em 1966 (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), são marcos das novas categorias de direitos fundamentais e da consequente pressão sobre o orçamento.

Outro aspecto relevante dessa transição é a constitucionalização das finanças públicas, movimento que é identificado no Brasil após a Constituição de 1988. Daí, inclusive, se falar em Direito Constitucional Financeiro ou em Constituição Financeira. O surgimento de uma "Constituição Financeira", que compreende a "parcela material da constituição total que rege a atividade financeira do Estado Social e Democrático de Direito", é resultado justamente da constitucionalização das finanças públicas. Esta Constituição Financeira não se limita ao conjunto de regras típicas do orçamento, mas abrange todas as normas que tenham "repercussão financeira", a exemplo das competências

[68] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 89.

[69] CORTI, Horacio. Derechos fundamentales y presupuesto público. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.

constitucionais, dos serviços públicos, das políticas públicas, das garantias a direitos sociais e previdenciários ou da proteção de direitos e liberdades fundamentais[70].

As funções constitucionais na seara orçamentária excedem as regras formais sobre elaboração e execução (paradigma clássico), mas representam principalmente a interferência no próprio mérito das decisões orçamentárias – "a ordem constitucional não cuida apenas de disciplinar o exercício do poder político, tendo também a pretensão de limitar as decisões possíveis e impor desde logo outras"[71]. Quando as finanças públicas ganham traços constitucionais, deve prevalecer uma postura ativa na garantia de direitos, fortalecida no Estado; deve prevalecer um orçamento substantivo[72].

Todas essas considerações apontam que a mudança de paradigma, a partir (principalmente) da constitucionalização das finanças públicas, pretendeu atribuir maior efetividade aos objetivos da Constituição, ao *telos* constitucional. A necessária observância das finalidades constitucionais pelo Direito Financeiro coloca os direitos fundamentais, a democracia, a transparência, a separação de poderes e a igualdade como fim e elemento de sentido para seus institutos. Com a constitucionalização do Direito Financeiro, deve-se atribuir maior efetividade às obrigações constitucionalmente estabelecidas – daí se falar em efetividade financeira[73].

Os direitos fundamentais, como eixo central do sistema constitucional, conferem sentido e objetivo à atividade financeira. O sistema constitucional de direitos fundamentais em um processo de ampliação, cada vez mais extenso (em termos quantitativo) e mais intenso (em termos qualitativos), avança sobre todo o ordenamento, forçando-o a se remodelar e a se reconfigurar à luz de suas exigências[74]. Como não poderia deixar de ser, esse sistema avança também sobre o Direito Financeiro, de modo que se abre espaço para uma nova função do orçamento: dar efetividade a essas finalidades constitucionais, especialmente a garantia dos direitos fundamentais. Conforme escreve Horacio Corti, tratando especificamente dessa relação, "a atividade financeira é por si só um elemento do

---

[70] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.
[71] MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 2.
[72] CARVALHO, André Castro. Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.
[73] CARVALHO, André Castro. Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.
[74] CORTI, Horacio. *Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*. Revista Jurídica de Buenos Aires, v. 1, 2010, p. 641.

sistema dos direitos fundamentais e, de outro lado, é também esse sistema que dá sentido à atividade financeira"[75].

O Direito Financeiro passa a abarcar não apenas ritos de elaboração da lei orçamentária (repartição de funções entre Executivo e Legislativo), mas também a destinação de recursos mínimos a determinadas áreas, a vinculação de receitas e a garantia de autonomia financeira a determinados órgãos. A ideia de efetividade financeira representa a viabilização de recursos para a implementação de direitos ou para a consecução de outros objetivos constitucionais. A atividade financeira, dentro de uma ordem constitucional, significa obter recursos e realizar gastos visando dar efetividade à Constituição, que deve pensar e regular como se financiam os direitos que ela mesma estabelece. Direitos e instituições constitucionais condicionam a atividade financeira, cuja finalidade será dar efetividade a esses direitos e instituições[76].

Heleno Torres identifica, assim, três pressupostos que são assumidos com a constitucionalização do Direito Financeiro (ou o "tratamento do Direito Financeiro pela Teoria da Constituição Financeira material"): (i) prevalência do princípio do Estado Democrático de Direito, (ii) fins constitucionais como definidores dos objetivos da Constituição, (iii) abertura sistêmica da Constituição Financeira para a realidade mediante os encontros de valores na relação de interconstitucionalidade. Tais pressupostos expressam bem o que se quer marcar com a mudança de paradigma. Conforme o primeiro pressuposto, a prevalência do princípio do Estado Democrático de Direito altera a relação entre Estado e cidadão, inclusive no âmbito do Direito Financeiro. Impõe-se, nessa relação, "mecanismos de inclusão, maior participação, garantias formais e materiais, efetividade de direitos e maior equilíbrio entre o exercício de poderes, eficiência administrativa e direito dos particulares". Tal pressuposto indica que "legalidade, direitos fundamentais e democracia são elos inseparáveis no processo de efetividade da Constituição"[77]. O segundo pressuposto estabelece uma relação entre a Constituição Financeira e os fins e valores que foram eleitos pelo poder constituinte ao tempo do exercício da soberania e que colocou uma nova Constituição em vigor. Isso não significa vedação completa à inovação dos fins constitucionais, porém, devem ser atingidos e mantidos aqueles fins definidos pelo poder

[75] CORTI, Horacio. Derechos fundamentales y presupuesto público. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 149-150.
[76] CORTI, Horacio. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Alberto Perrot, 1997, p. 259.
[77] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

constituinte e que foram contemplados no texto Constitucional. O terceiro pressuposto, de interconstitucionalidade, indica uma convergência entre as constituições materiais que integram a Constituição total para dar-lhe plena efetividade: "as Constituições Social, Econômica e Tributária interagem com a Constituição Financeira, a compor a atuação do Estado na ordem social e econômica, como forma de concretização dos princípios, da força normativa e da unidade da Constituição"[78].

Em síntese, o paradigma clássico no Direito Financeiro, centrado no controle do Legislativo sobre os recursos e na organização das finanças pelo Executivo, foi sendo substituído por um novo paradigma, que considera o orçamento (e demais institutos de Direito Financeiro) como forma de dar efetividade à Constituição, mormente como instrumento de implementação do Estado Social e Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. Trata-se de uma mudança que expressa uma preocupação que passa da forma para o conteúdo, este vinculado às promessas constitucionalmente estabelecidas, à finalidade e ao *telos* constitucional.

1.4. Um terceiro paradigma? Notas sobre o quadro atual do Direito Financeiro

Apresentada a transição de paradigma pela qual passa o Direito Financeiro (*dever ser*), a questão que se coloca é como tem evoluído a operação desse segundo paradigma. Prevalece o conteúdo substancial do novo paradigma no século XXI? Nos países da periferia do capitalismo, como o Brasil, esse novo paradigma, pensado a partir de Constituições Sociais, encontra aderência na realidade? A prática e a dinâmica jurídica refletem esse paradigma? Há uma mínima correlação entre *ser* e *dever ser* que mantém intacto o novo paradigma?

Por um lado, o reconhecimento de direitos civis, políticos e sociais refletiu nas Constituições do século XX, inclusive na brasileira de 1988. Com a retomada da democracia, transformaram-se os ordenamentos jurídicos e as instituições, com a promessa da consolidação de um Estado Democrático e Social de Direito. Por outro lado, um processo histórico decorrente de crises do sistema capitalista motivou arranjos jurídicos não necessariamente protetores ou ampliativos desses direitos fundamentais, das instituições democráticas e da manutenção da separação de poderes. Esse conflito também se identifica

[78] Ibidem, p. 76-78.

no Direito Financeiro, entre sua constitucionalização (e todos os seus efeitos) e o processo de consolidação da emergência que bloqueia os objetivos constitucionais.

Como visto na seção 1.1, o embate entre esses elementos na evolução do Direito Financeiro não é precisamente recente, mas se intensificou com as seguidas crises. Como mostra Wolfgang Streeck, a crise atual apresenta-se como uma "fase tardia da configuração político-econômica do período pós-guerra", e se transformou recentemente em uma crise tripla: uma *crise bancária* (excesso de concessão de créditos ruins e de alto risco), uma *crise orçamentária* (déficits orçamentários ao longo de décadas e correspondente endividamento crescente, inclusive para salvar a indústria financeira) e uma *crise da economia* (elevada taxa de desemprego e estagnação da economia)[79]. É partindo desse cenário que alguns autores têm questionado a vigência (ou a própria transição) de um paradigma do Direito Financeiro fundado no Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, antes mesmo da atual crise, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto já questionavam a prevalência do "paradigma constitucional que sustentara o Estado Social". Questões que pareciam superadas foram retomadas – a cisão entre economia e finanças públicas, a abstenção do Estado no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira – e aquele paradigma passou a ser frontalmente atacado. Tais ataques decorrem essencialmente da financeirização do capitalismo e da crise do setor público[80] e o orçamento que visava garantir direitos e serviços públicos para a maioria da população passa a tutelar a renda, o capital e os ganhos financeiros privados, a partir de garantias estatais que moldam o processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro[81].

No caso brasileiro, "a implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado", daí se falar em "agonia da Constituição Econômica". Ao final e ao cabo, "a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ingovernabilidade". De outro lado, políticas neoliberais de ajuste fiscal, visando garantir credibilidade e confiança perante o mercado financeiro internacional, restringem o programa orçamentário e econômico brasileiro, configurando-se, assim, uma "constituição dirigente

[79] STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012, p. 19.
[80] BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica*. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Suplemento. Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006, p. 59.
[81] Ibidem, p. 69.

invertida"[82]. A credibilidade, aliás, é a justificativa número um para manutenção de uma política econômica que atravessa os governos e que sujeita todos os demais parâmetros jurídico-econômicos do país[83].

Em sentido semelhante, Fernando Facury Scaff também questiona o atendimento dos objetivos constitucionais estabelecidos em 1988 pelo Direito Financeiro frente, por exemplo, ao montante pago a título de juros da dívida em detrimento de direitos da população. O valor pago de juros pode até reduzir o grau de risco da economia brasileira, porém, os objetivos e os fundamentos da República Brasileira são colocados em plano secundário: "pagar a dívida pública é algo necessário, mas pagar a dívida futura como estratégia financeira em detrimento da melhoria das condições de vida da população, por certo não atende aos Objetivos estabelecidos na Carta"[84].

O Direito Financeiro constitucionalmente delineado em 1988 vai sendo permanentemente questionado na sua função de promoção de políticas de bem-estar e, contrariamente aos objetivos constitucionais, volta-se ao cumprimento prioritário das metas de política monetária, subordinando-se aos parâmetros de rentabilidade e de risco do capital financeiro internacional[85]. A partir desse quadro, frustram-se as "promessas civilizatórias de uma sociedade desejante", como ressalta Fernando Facury Scaff:

> durante esta fase desejante da sociedade atual, o Estado Endividado gera crises pela apropriação dos excedentes, subordinando até mesmo o capitalismo industrial, o comercial e o agrário às determinações do capitalismo financeiro – além dos trabalhadores, claro (...). Sujeitamo-nos, todos, ao papel de pagadores de juros das promessas civilizatórias de uma sociedade desejante[86].

Especificamentente quanto à garantia orçamentária dos direitos fundamentais, Horacio Corti, a despeito de defender a existência de um paradigma no Direito Financeiro a partir do vínculo entre orçamento e direitos fundamentais, também nota o caráter problemático e complexo dessa relação, destacando interpretações judiciais que colocam

---

[82] Ibidem, p. 73.
[83] PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 17-19.
[84] SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos Direitos Humanos?. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Estudos Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2007, v. 1, p. 89.
[85] MASSONETO, Luiz Fernando. Os impactos da expansão financeira do capitalismo mundial – a constituição de um novo paradigma. In HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (orgs.). *Direito Financeiro Econômico e Tibutário. Estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
[86] SCAFF, Fernando Facury. *As agruras do homem no estado endividado*. Prefácio. In NUNES, António José Avelãs. *Quo Vadis, Europa?* São Paulo: Editora Contracorrete, 2016, pp. 10-11.

irrazoavelmente razões financeiras e orçamentárias acima de tais direitos, subordinando-os e afetando-os em sua própria substância[87].

A partir desses apontamentos, portanto, questiona-se a continuidade do paradigma de Direito Financeiro delineado pela Constituição de 1988. Ao mesmo tempo em que parte da doutrina do Direito Financeiro se esforça em lhe atribuir um caráter substantivo, com força constitucional, há uma elevada dificuldade da implementação desse paradigma. Há um predomínio da exceção, da flexibilização das decisões substantivas e da frustração das promessas civilizatórias de uma sociedade desejante.

A perspectiva que aqui se apresenta é uma transformação do Direito Financeiro em sua relação com a consolidação do estado econômico de emergência, com consequências na garantia dos direitos fundamentais, na separação de poderes e no federalismo fiscal, tudo em sentido contrário ao *telos* constitucional. Não se ignoram, por certo, que tais mudanças sejam decorrentes da própria transformação do Estado e da economia (perspectivas da teoria do Estado e do Direito Econômico), tampouco a relação entre as diversas áreas do conhecimento. O foco aqui será, entretanto, sobre a dinâmica das normas de Direito Financeiro.

Portanto, pretende-se tensionar o debate entre os paradigmas do Direito Financeiro, utilizando-se, como arcabouço teórico, o estado econômico de emergência. Conforme tratado a seguir, o debate sobre o estado econômico de emergência tem sido utilizado por autores das ciências sociais, política e jurídica para discutir as crises das últimas décadas, as respostas e suas consequências sobre os sistemas jurídico e político nacionais[88].

---

[87] CORTI, Horacio. Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, v. 1, 2010.

[88] William E. Scheuerman, em texto de 2000, afirmara que autores contemporâneos na teoria política e jurídica permaneciam desinteressados pelo estado econômico de emergência (SCHEUERMAN, William E. *The Economic State of Emergency*, 21 Cardozo Law Review. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000). Já em texto de 2006, o autor apontou que os pronunciamentos acadêmicos sobre as ações do governo pós-11 de setembro estavam produzindo uma impressionante série de discussões sobre os dilemas dos poderes extraordinários do Executivo (SCHEUERMAN, William E. *Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. In The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, pp. 61–84). A retomada da teoria foi intensificada após a crise de 2008, conforme será analisado neste capítulo.

2. O ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO FINANCEIRO

2.1. O decisionismo de Schmitt e a exceção

Carl Schmitt é reconhecidamente o principal autor a tratar da exceção, especialmente a partir de suas críticas às democracias liberais e às dificuldades destas em lidar com a emergência. Premissas como a supremacia do Poder Legislativo e a separação de poderes foram constantemente questionadas por Schmitt durante a primeira metade do século XX[89]. É frequente, portanto, que os recentes debates sobre a exceção e o estado de emergência façam referência a essas críticas. Schmitt continua atraindo atenção por ter tratado de temas centrais da doutrina jurídica (*legal indeterminacy*, por exemplo) e da democracia liberal contemporâneas. Ou seja, é reconhecido não apenas por tratar do excepcionalismo na Alemanha de sua época (décadas de 30/40), mas porque sua visão ainda dialoga diretamente com dilemas atuais. Como destaca Scheuerman, embora suas soluções tenham sido desastrosas, foi o único jurista/pensador político do século XX cuja teoria tratou as piores patologias da modernidade Ocidental[90]. Nesta Tese, para discutir as transformações do Direito Financeiro, também se introduz o debate sobre a exceção a partir do pensamento de Schmitt. Na presente seção, apresentam-se as principais críticas de Schmitt ao Estado de Direito e à democracia, fundamentais para o debate sobre a exceção e base para a análise do estado econômico de emergência.

Os principais textos de Carl Schmitt foram escritos nas décadas de 20 e 30, durante o período entre-guerras. O autor alemão vivenciava as seguidas crises políticas e econômicas de seu país, submetido a condições opressivas pelo Tratado de Versalhes, notadamente as exigências de reparações de guerra. É nesse contexto de crise econômica e política de Weimar, de levantes revolucionários e de divisão de forças políticas no parlamento, que Schmitt fixa uma "obsessão" pela crise e pela fragmentação do Estado alemão. Schmitt

[89] Conforme SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009; SCHMITT, Carl. *Sobre os três tipos do pensamento jurídico*. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 160-217.
[90] SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: the end of law*. Oxforf: Rowman & Littlefield, 1999, p. 254.

direciona boa parte de seus estudos para a incapacidade decisória do Estado, para o uso de poderes de exceção[91] e para a manutenção da unidade do Estado alemão.

As críticas de Schmitt são direcionadas especialmente às democracias liberais e a seus teóricos (normativistas), que teriam ignorado a exceção por considerá-la perigosa e danosa para a ordem jurídica e política vigente. Ao contrário dos normativistas, para Schmitt, numa situação de crise, pode ser necessário que medidas extremas sejam adotadas, independentemente da existência de normas jurídicas que regulem tais medidas. Os juristas liberais preferiram ignorar esse fato da vida política e acreditaram que as normas seriam suficientes para garantir uma atuação limitada das instituições, mesmo durante períodos de emergência[92]. Schmitt pretende "explicar o fundamento do direito, privilegiando, em termos estritamente analíticos, os momentos de exceção e Revolução política"[93], fazendo-se uma oposição a cientistas do direito, como Kelsen[94], que se preocuparam somente "com a situação de normalidade, excluindo os momentos de crise como sendo de interesse científico ou mesmo negando a sua cognoscibilidade"[95].

Na teoria de Schmitt, a exceção pode ser compreendida como uma situação de extrema necessidade, de perigo para a existência do Estado (ou uma situação análoga), mas não pode ser delimitada de forma rigorosa. A exceção não está (e nem poderia estar) prevista na ordem jurídica vigente[96]. O conceito de normalidade, por sua vez, estaria implícito na própria ideia de exceção e, embora sejam conceitos correlatos, Schmitt privilegia retoricamente o último. É a exceção, e não a normalidade, que ocupa papel central em sua teoria jurídica e política[97]. Nas palavras de Schmitt:

> A normalidade da situação concreta, regulamentada pela norma, e do tipo concreto por ela pressuposto não é, por conseguinte, apenas um pressuposto exterior a ser desconsiderado pela ciência jurídica, mas um traço distintivo jurídico, interno da essência da validade da norma e uma

---

[91] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 119

[92] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, p. 62.

[93] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 119.

[94] O debate entre Schmitt e Kelsen será aprofundado na seção 4.1.

[95] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 119

[96] SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 14. Ressalta-se aqui a preocupação com a ameaça à existência e à unidade do Estado.

[97] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 126.

> determinação normativa da própria norma. Uma norma pura, sem tipo, seria um contrassenso jurídico[98].

Para a concepção de Schmitt, a normalidade não explica nada e a exceção explica tudo; em oposição, a concepção normativista não considera a correspondência entre norma e situação concreta, o que conduz a uma "fratura cada vez mais drástica entre norma e realidade, entre *dever ser* e *ser*, entre regra e comportamento concreto"[99]. Como explica Ellen Kennedy, a doutrina da época ignorava amplamente o tema da exceção (e o dualismo entre forma jurídica e substância política), optando sempre por se limitar à pura lógica do direito, por separar completamente o pensamento jurídico da filosofia e por criar uma ciência do direito independente e purificada da história, da política e da economia. Schmitt reformula os problemas jurídicos recorrendo a uma conceituação radical de norma e de exceção em uma teoria da soberania[100].

É a partir dessas premissas que Schmitt constrói a ideia central de sua teoria, de que o "soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção"[101]. É dizer, o poder de maior hierarquia é aquele exercido no momento de emergência em uma dada ordem jurídica[102]. O ordenamento está, portanto, à disposição de quem decide, do soberano[103].

Essa ideia é fundamental para o desenvolvimento de sua concepção sobre o Direito, já que, como afirma o próprio Schmitt, "não existe norma que tenha sido aplicada no caos (…) é necessário implantar uma situação normal". E cabe justamente ao soberano, em caráter definitivo, decidir se a situação é de fato normal: "o direito é sempre 'direito de uma situação', e o soberano cria essa situação e a garante em sua totalidade"[104].

---

[98] SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Jr. Publicado em MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 160-217.

[99] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 122.

[100] KENNEDY, Ellen. *Carl Schmitt em la Republica de Weimar*.Trad. de Pedro Lomba Falcón. Madrid: Tecnos, 2012, pp. 102-105.

[101] SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13.

[102] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, p. 63.

[103] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, pp. 65-66.

[104] SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 18. Sobre este aspecto, como aponta Gilberto Bercovici, "Schmitt tem em comum com Hobbes também a crença de que o Estado deve neutralizar a hostilidade interna, normalizando a situação política e colocando-se como organização jurídica de conteúdo político. A diferença crucial, no entanto, está no fato de que, para Hobbes, a neutralização é resultado de um contrato social, de uma negociação. Para Schmitt, ela é fruto de uma decisão soberana" (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 73).

Estabelece-se, assim, a relação entre exceção e normalidade, entre o soberano e o Direito. Se o soberano decide sobre a exceção e também sobre a normalidade, ele "atua dentro e fora do ordenamento jurídico". É, ao mesmo tempo, o poder de maior hierarquia no ordenamento jurídico e o poder que pode suspender a própria validade do direito em uma situação de exceção. É por isso que, para Schmitt, é a "exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica" [105].

Como dito, para Schmitt, a ameaça ao Estado e à unidade política é o que identifica o estado de exceção. Segundo o autor, "o conceito de Estado pressupõe o conceito do político, já que Estado é o status de um povo organizado numa unidade territorial" [106]. Assim, "o estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir" [107]. Conforme explica Bercovici, "a partir do conceito schmittiano de político, entender o Estado como unidade política significa entendê-lo como unidade pacificada por meio do político"[108], ou seja, por meio da distinção entre amigo e inimigo. Essa distinção não é, a princípio, dotada de qualquer substância específica, mas trata-se de uma distinção peculiar, pois não é semelhante ou análoga às demais de ordem moral (bom e mau), estética (belo e feio), econômica (útil ou prejudicial; rentável ou não rentável). É uma distinção especificamente política, entre amigo e inimigo[109].

Desta forma, "para o decisionismo schmittiano não há um fundamento metafísico, teológico ou baseado numa moral humanitária, tal como ocorreu nos séculos XVI, XVII e XVIII (...) não há um fundamento para a autoridade que decide e cria direito"[110] (*auctoritas non veritas, facit legem*). Na teoria de Schmitt, nem a moral nem o direito têm um fundamento metafísico claro e transparente. O Estado, como unidade política soberana, determinará a distinção amigo/inimigo, combatendo o inimigo para produzir, dentro de seu território, a pacificação necessária para a vigência do direito. Esse Estado, como unidade política soberana, tem competência para decidir mesmo no caso excepcional. Portanto, "ou

---

[105] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 66.
[106] SCHMITT, Carl. *O conceito do político.* Apresentação de Hans Georg Flickinger. Trad. De Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 43.
[107] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 66.
[108] Ibidem, p. 70.
[109] SCHMITT, Carl. *O conceito do político.* Apresetação de Hans Georg Flickinger. Trad. De Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.
[110] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 51-52.

é a unidade política quem decide sobre a distinção amigo/inimigo e é soberana neste sentido, ou não existe a unidade política soberana"[111].

O decisionismo de Schmitt tinha alvo claro: a democracia liberal e sua incapacidade de decidir e de integrar as massas em uma unidade política ameaçada. Na visão de Schmitt, o parlamentarismo havia convertido a discussão pública em formalidade vazia, submetendo-a ao mero objetivo dos partidos de conseguir maioria para governar[112]. Nesse contexto de ameaça à unidade do Estado e de incapacidade do Legislativo em tomar decisões para superar a crise, a saída proposta por Schmitt é a concentração de poder no Chefe de Governo, utilizando-se do artigo 48 da Constituição de Weimar, de delegações legislativas e de atos normativos do próprio Executivo.

Para Schmitt, o Parlamentarismo liberal do século XIX, dotado de formalismo, dominado por classes privilegiadas e com ênfase nos pressupostos burgueses da propriedade privada, perde sentido com a ascensão das massas industriais de trabalhadores e com a consolidação da democracia, transformando o órgão em local de disputa de interesses, incapaz, entretanto, de decidir. Conforme escreve Bercovici, "a democratização do Legislativo teria gerado uma discrepância entre suas decisões e os interesses capitalistas da burguesia alemã, o que favoreceu, assim, o poder presencial de legislar por medidas para solucionar, a seu favor, os problemas de direção econômica"[113].

Justamente a fraqueza do parlamentarismo liberal, dominado pelo pluralismo, incapaz de formar maioria, sem fidelidade ao Estado ou à Constituição, é que colocaria em risco a unidade política. A solução proposta por Schmitt era a de um poder neutralizador, com poderes de exceção e que conseguisse decidir sobre a distinção amigo/inimigo. No contexto alemão da década de 30, apenas o Presidente teria essa capacidade.

Conforme analisa Mark Tushnet, inicialmente Schmitt distinguia duas formas de governo: uma forma absoluta de governo de emergência, sem quaisquer limites; e uma forma

---

[111] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 71.

[112] Ibidem, p. 78. Ronaldo Porto Macedo Jr. descreve que as críticas de Schmitt combatiam o "pluralismo policrático do Estado federal", ou seja, uma multiplicidade de Estados, com multiplicidade de poderes sociais, e uma multiplicidade de titulares de poder: "Para Schmitt, a situação do Reich alemão do período weimariano é caracterizada por três conceitos básicos, a saber: o pluralismo, a policracia e o federalismo. O federalismo significa a proximidade e solidariedade de uma multiplicidade de Estados (…) O pluralismo indica uma multiplicidade de poderes sociais, estavelmente organizados (…). A policracia é uma multiplicidade de titulares juridicamente autônomos da economia pública a cuja independência a vontade estatal encontra um limite" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 63)

[113] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 81.

de governo sustentada na supremacia da lei, na qual haveria critérios para se identificar situações que justificavam o uso dos poderes de emergência. Posteriormente, Schmitt passa a rechaçar essa distinção, considerando que apenas a primeira forma seria possível ("forma absoluta"). A emergência é uma situação na qual a existência da nação está em risco e a supremacia da lei não poderia limitar os esforços para sua sobrevivência[114].

Assim, da construção de Schmitt sobre a decisão do soberano, em resposta à emergência e à ameaça à unidade política, decorre a necessidade de que esse poder seja juridicamente irrestrito: uma decisão pura, independente do direito vigente[115]. Dessa ideia, estabelecem-se os fundamentos teóricos para os poderes de emergência e para o estado econômico de emergência. Gilberto Bercovici aponta o passo dado por Schmitt entre a incapacidade de decidir do Legislativo e o estado de exceção, este vinculado especialmente à emergência econômica:

> As objeções aos decretos econômicos com força de lei, para Schmitt, devem-se a concepções ultrapassadas. Se o Parlamento é incapaz de agir, não pode exigir que os demais órgãos constitucionais sejam incapazes de atuar também. O desenvolvimento da prática do estado de exceção no aspecto econômico, com a promulgação de decretos com força de lei, não surgiu casualmente ou por alguma arbitrariedade, mas, segundo Schmitt, corresponderia às necessidades históricas, estando de acordo com a ordenação então existente. Schmitt afirma que o estado de emergência econômico era uma forma de salvar o Estado Legislativo, cujo órgão representativo estava dividido de modo pluralista, buscando libertá-lo do pluralismo anti-constitucional. Constitucionalmente, isto só poderia ser realizado pelo Presidente do Reich[116].

As críticas de Schmitt são, portanto, fundamentais para o debate sobre os limites da democracia liberal parlamentar e sobre a relação entre o Direito e a exceção. Prosseguir ignorando o problema da exceção, seja qual for a área de estudo do Direito, é ignorar a própria aplicação do direito e sua efetividade como forma de oferecer respostas aos problemas contemporâneos. Paul Hirst aponta que, embora o pensamento de Schmitt não ofereça elementos suficientes para resolver problemas contemporâneos da democracia parlamentar, ele é fundamental para reconhecer esses problemas: "sendo Schmitt um não democrata, ele reconhece e insiste em questões que democratas frequentemente desejam esquecer (…) Schmitt é relevante porque ele ressalta que toda ordem legal tem um elemento

---

[114] TUSHNET, Mark. Emergencias y la idea de Constitucionalismo. In: *Constitucionalism y Judicial Review* (org. por Pedro Grández Castro). Lima: Palestra Editores, 2013, p. 165.
[115] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, pp. 61–84. P. 63.
[116] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 86.

externo ao direito, sendo que agentes dentro do Estado tem a 'opção' de decidir fora do âmbito legal/jurídico"[117]. A decisão e os elementos extrajurídicos representam hoje questões do Estado ainda mais complexas que nos tempos de Schmitt.

Oren Gross e Fionnuala Aoláin também ressaltam a relevância das críticas de Schmitt para a teoria do Estado e do Direito. Segundo esses autores, porém, para criticar o "indecisionismo" e a rigidez do liberalismo, Schmitt teria construído uma teoria excessivamente flexível. A teoria schmittiana conduziria à destruição completa da normalidade e à sua substituição pela exceção. O problema estaria na total ausência de parâmetros e de possibilidade de controle, pois, se o soberano decide não apenas sobre a exceção, mas também sobre a própria existência da normalidade, então o que o soberano decide seria sempre legítimo. Nesse pressuposto, não há qualquer espaço para controle externo (procedimental ou substantivo): "se o ditador soberano desejar, seus poderes ilimitados podem controlar a norma, ou melhor, ser a norma. Tais poderes podem ser legitimamente exercidos não apenas em casos extremos, mas também sobre condições normais e ordinárias"[118], mesclando por completo normalidade e exceção.

Com uma perspectiva um pouco distinta, Ellen Kennedy afirma que, por vezes, os críticos a Schmitt têm uma compreensão equivocada de que haveria uma destruição completa do normativo e do governo da lei ou o "fim do direito" (conforme Scheuerman). Quando Schmitt trata da decisão soberana que cria a normalidade, isso não significa que as decisões jurídicas sejam independentes das leis e dos textos, mas que qualquer lei, texto ou precedente a ser elegido pode ser inteiramente definido de antemão: "se o caso excepcional fosse tão sério a ponto de fazer desaparecer a Constituição, previamente ao poder, então haveria uma revolução, um golpe de estado, o que Maquiavel chamava de conquista do Estado por um príncipe novo" [119].

De qualquer modo, as observações feitas por autores como Oren Gross, Fionnuala Aoláin e Paul Hirst não retiram a relevância dos problemas identificados por Schmitt quanto ao Estado de Direito. Ao contrário, as críticas para a teoria e as proposições de Schmitt demonstram a constante necessidade de refletir sobre os limites do Direito, sobre a relação

---

[117] HIRST, Paul. Carl Schmitt's Decisionism. *Telos nº 72 (A Quarterly of critical thought).* New York: Telos Press, Summer 1987, p. 25.
[118] GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 167-168.
[119] KENNEDY, Ellen. *Carl Schmitt en la Republica de Weimar*.Trad. de Pedro Lomba Falcón. Madrid: Tecnos, 2012, pp. 145-146.

entre a exceção e o Direito e sobre as falhas do Estado Democrático de Direito para lidar com a emergência.

O radicalismo de Schmitt e as "potenciais consequências catastróficas"[120] de sua posição devem levar a uma reflexão sobre a saída proposta pelo autor, uma saída autoritária e que ajudou a consolidar o nazismo. Por essa razão, inclusive, seu posicionamento foi apropriado de maneira diversa, não necessariamente com uma saída autoritária, tal como a proposta na década de 30[121]. Em sua maioria, os autores que se seguiram a Schmitt posicionaram-se de forma bastante crítica quanto às suas sugestões, em razão de suas propostas autoritárias e por sua relação com o regime nazista[122]. É também essa a posição que se adota na presente Tese. Reconhecem-se suas contribuições para uma crítica do Estado liberal e da democracia, mas não para se recorrer a uma saída autoritária, que se sobreponha ao Estado de Direito. Prosseguir com uma análise do Direito Público e do Estado ignorando

[120] Conforme Oren Gross e Fionnuala Aoláin, mesmo quando Hitler já ocupava o posto de chanceler por 10 meses, as tentativas de Schmitt de recuar em sua posição extremada (em textos posteriores, da década de 30) não foram acompanhadas do reconhecimento das potenciais consequências catastróficas. Ao contrário, representaram uma tentativa de apresentar uma posição ainda mais incentivadora do Nacional-Socialismo (GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 168).

[121] Sobre esse aspecto, Bercovici aponta: "A defesa de Carl Schmitt do reforço dos poderes presenciais no contexto do chamado Estado Total era uma saída autoritária na crise da República, ligado ao pretendido Estado autoritário da Revolução Conservadora" (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 89).

[122] Embora Carl Schmitt seja recorrentemente qualificado como grande teórico do Estado nazista, tendo auxiliado a legitimar a ditadura de Hitler, há divergências sobre qual seria sua posição política em relação ao regime: "O papel de Carl Schmitt na crise final da República ainda é controverso. Há três correntes interpretativas: uns afirmam que Schmitt sempre foi nazista; outros, que ele era contrário à Constituição e queria o sistema presidentcial autoritário, mas tinha aderido, ainda, ao nazismo; e, finalmente, há aqueles que, seguindo interpretação do próprio Schmitt, afirmam que ele propôs o regime presidencial para tentar salvar a República. Em nossa opinião, Schmitt teve um papel ativo na crise final de Weimar, influenciando na escolha de saídas autoritárias para a crise, ao apoiar os gabinetes presidenciais para instrumentalizar suas ideias na direção da ditadura presidencial e da dissolução da Constituição" (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 141). William Scheuerman afirma que, mesmo em seus escritos do pós-guerra, Schmitt não sugere qualquer arrependimento ou senso de sua responsabilidade na "catástrofe alemã". Ao contrário, ele se considera vítima não apenas do nazismo, mas das tentativas de "reeducar" a Alemanha, já que ficou preso mais de 1 ano em prisões militares americanas e foi banido da universidade (SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: the end of law*. Oxforf: Rowman & Littlefield, 1999, p. 176). Scheuerman aponta ainda que a relevância das críticas feitas às democracias liberais por Schmitt, porém, deixa claro que tais críticas, por si só, não legitimam as ideias desse mesmo autor sobre o regime nazista. (SCHEUERMAN, William E.. The Economic State of Emergency, *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000). De outra parte, Ronaldo Porto Macedo Jr. faz podenrações distintas: "Ele não foi o grande teórico do decisionismo ditatorial *ad hoc nazista*, muito embora tenha aderido formalmente ao Nacional-Socialismo em 1933. O seu pensamento político não pode, tampouco, ser identificado com os resultados atingidos pela barbárie nazista, especialmente durante o período de guerra. Ainda que alguns de seus textos mais panfletários tenham tido algum impacto na luta ideológica de defesa do nazismo, a adesão de Schmitt a este movimento político deveu-se mais ao oportunismo, à crença de que poderia influenciar os rumos do novo movimento em direção ao estado total que se formava e à identidade formal do decisionismo institucionalista com este movimento, do que à afinidade intelectual com os conteúdos nazistas, como por exemplo o racismo biológico". (MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 135).

a emergência e a exceção seriam caminhos ingênuos e com pouco a oferecer; a solução de Schmitt, entretanto, não deixa espaço para se estabelecer qualquer parâmetro, e o resultado é a destruição completa da normalidade e o aprofundamento da exceção.

Neste passo, diferentes acepções a partir das críticas de Schmitt levam à atual reflexão sobre o estado econômico de emergência e a um complexo debate sobre a relação entre exceção/emergência e o Direito, abordado na seção seguinte.

2.2. O estado de emergência pós-Schmitt

Como dito, as críticas de Schmitt têm sido desenvolvidas de formas distintas pela doutrina, daí derivando os debates sobre a relação entre o Direito e a exceção/emergência. Dentre as diversas questões colocadas, destacam-se duas delas: estaria o estado de emergência dentro ou fora do Direito? É possível estabelecer mecanismos de controle em face dos exercícios de poderes no estado de emergência?

Como será visto a seguir, as posições são diversas, variando entre os que se posicionam pela incapacidade do Direito em face da emergência/exceção e aqueles que incluem o estado de emergência dentro do Direito, assumindo a necessidade e a possibilidade de regulação *a priori* ou controle *a posteriori*.

A principal preocupação de Schmitt nos anos 30 era com a ameaça à unidade política, embora o autor também se referisse expressamente à crise econômica em curso. No debate atual, a exceção e a emergência estão cada vez mais relacionadas a crises econômicas e, consequentemente, às dificuldades de o Direito oferecer respostas dentro de um modelo de Estado de direito, com separação de poderes (por vezes também descentralização de competências) e ampla garantia de direitos. As dificuldades para definir e para localizar a emergência e a exceção em relação ao Direito são grandes, uma vez que envolvem a própria discussão sobre os limites entre o jurídico e o político.

Ao debater essas dificuldades, Agamben identificou, na tradição jurídica, uma divisão entre os que consideram o fenômeno no âmbito do ordenamento jurídico e os que o consideram exterior ao ordenamento jurídico:

> Entre os primeiros, alguns - como Santi Romano, Hauriou, Mortati - concebem o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda age como fonte autônoma de direito; outros – como Hoerni, Ranellerri, Rossiter - entendem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação. Os segundos - entre os quais estão Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de

> Malberg - consideram, ao contrário, o estado de exceção e a necessidade que o funda como elementos de fato substancialmente extrajurídicos, ainda que possam, eventualmente, ter consequências no âmbito do direito[123]

Essa divisão prosseguiu de certa forma em autores mais recentes. Porém, antes de abordá-las, é preciso destacar a posição do próprio Agamben, que afirma que "o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico". Para Agamben, há uma "zona de indiferença" em que "fato e direito coincidem", em que "dentro e fora não se excluem", mas se indeterminam. Uma área em que a aplicação da lei é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor; "uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência"; "uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal"[124].

Para explicar essa complexa e conflitiva relação entre Direito e exceção, Agamben utiliza o vocábulo "força de lei", termo que na doutrina jurídica sempre se referiu a atos outros que, embora não fossem leis, teriam a mesma força da lei, a exemplo de decretos. O termo indica, assim, uma separação entre a essência formal da norma e sua aplicabilidade – "decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua 'força'". Pois bem, no estado de exceção, tem-se uma situação extrema e um isolamento da "força de lei" em relação à "lei": "ele define um 'estado de lei' em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem 'força') e em que, de outro lado, atos que não têm valor [essência] de lei adquirem sua força". Em outras palavras, há uma separação radical entre a lei e sua força, entre potência e ato. E, assim, conclui Agamben, "o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria portanto ser escrita: força de ~~lei~~)" [125]. Esse espaço anômico é referido pelo mesmo autor também como um "vazio de direito" que, embora vazio e, portanto, impensável pelo Direito, é "tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia"[126].

Há aqui uma aproximação entre a posição de Schmitt e de Agamben, na medida em que, para ambos, o estado de exceção não pode ser controlado pelo direito. A despeito dessa aproximação, há uma diferença sutil entre qualificar a exceção como um buraco negro ou um vazio juridicamente produzido (Agamben) e, de outro lado, qualificá-la como um espaço

---

[123] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 38.
[124] Ibidem, p. 44 e p. 48.
[125] Ibidem, p. 60-61.
[126] Ibidem, p. 79.

para além do direito (revelado quando o direito recua) no qual o soberano age (Schmitt). Para ambas as posições, nega-se que o Direito possa controlar a exceção, entretanto, a posição de Schmitt é considerada como "antiética", já que nela o direito não exerce qualquer papel, nem mesmo para suspender o próprio direito (*rule of law*)[127].

Para Scheuerman, Agamben teria aceitado as críticas de Schmitt sem o devido questionamento de sua lógica autoritária, o que não ofereceria qualquer solução adequada. Seria, ao contrário, uma solução catastrófica: "as páginas finais de Agamben deixam apenas uma misteriosa sugestão de que, ao invés de tentar salvar o direito (*rule of law*), seria preciso 'deter a máquina, mostrando sua ficção central (os conceitos de direito e estado), a fim de interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a Guerra civil'"[128]. Como se vê, Agamben estaria dentre aqueles autores com uma posição mais radical sobre a incapacidade do direito em lidar com a exceção.

Em posição próxima a Agamben, Mark Tushnet também apresenta descrença sobre a possibilidade de tratamento da exceção pelo Direito. O autor explicita os problemas de ambas as posições, discutindo os argumentos de se considerar os poderes de emergência dentro de padrões jurídicos (ordinário ou categoricamente especiais) ou fora de padrões jurídicos (extra constitucionais). Na primeira perspectiva, as situações emergenciais devem ser interpretadas e enquadradas a partir de categorias jurídicas existentes na norma: ou bem através de disposições "ordinárias" que tratam de situações normais (não emergenciais) ou bem através de disposições com critérios específicos para a situação de emergência. Para Mark Tushnet, entretanto, a perspectiva que melhor permite compreender o direito constitucional é aquela que coloca as situações de emergência num espaço de "extraconstitucionalidade"[129]. Isto é, a emergência/exceção deve ser tratada como fenômeno que não é previamente disposto no ordenamento.

A despeito dos perigos e problemas de tal posição, reconhecidos pelo próprio autor, entende Tushnet ser esta uma visão mais adequada: "melhor ver as coisas como são, do que como gostaríamos de vê-las"[130]. Incluir o estado de exceção dentro do regime constitucional e dentro legalidade oferece justificativas para que o mesmo seja invocado com mais frequência, em casos que não exatamente se subsumam àqueles previstos nas disposições

---

[127] Conforme DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?. *Cardozo Law Review*., vol. 27, 2005, p. 2015.
[128] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, p. 70.
[129] TUSHNET, Mark. Emergencias y la idea de Constitucionalism. In *Constitucionalism y Judicial Review* (org. por Pedro Grández Castro). Lima: Palestra Editores, 2013.
[130] Ibidem, p. 165.

constitucionais: “esse tipo de disposição outorga ao Executivo uma justificativa para o uso expansivo do poder e o que parece ser um poder de emergência limitado pela supremacia da lei é, na realidade, poder de emergência ilimitado”[131].

A “extralegalidade” ou “extraconstitucionalidade” proposta por Tushnet não equivale, entretanto, ao posicionamento de Schmitt (ou mesmo ao de Agamben). Para Schmitt, não haveria qualquer possibilidade de controle, parâmetro, limitação ou constrangimento. Já para Tushnet, no “modelo de medidas extralegais”, as normas jurídicas não são suspensas durante a crise: “se um aplicador do direito (‘autoridade pública’) decide que um caso particular necessita ser afastado de uma determinada regra, este de alguma forma parte daquela regra” [132]. Por essa razão, esse modelo (de medidas extralegais) teria referência na lei, permitindo a avaliação da ação daquele que aplicou a norma. Haveria, assim, um mínimo de *legal accountability*, ao menos quanto às decisões, o que inexiste na teoria schmittiana.

O modelo de “extralegalidade” ou “extraconstitucionalidade”, de outra parte, pressuporia uma divisão clara e impermeável entre normalidade e exceção, já que pretende que “o sistema legal ordinário não seja manchado pelas necessidades da emergência e da extralegalidade”[133]. No entanto, em um contexto de alta complexidade e de prolongadas crises, em que justamente há uma permeabilidade entre períodos de crise e de normalidade, torna-se difícil a aplicação do modelo.

Oren Gross e Fionnuala Aoláin, por sua vez, defendem a “regulação” ou normatização do estado de emergência, colocando-o dentro de limites jurídicos. Tais limites não significam, entretanto, rigidez normativa, havendo três “modelos de acomodação”: (i) acomodação constitucional, referente à existência de normas constitucionais regulando a situação de emergência; (ii) acomodação legislativa, a qual pressupõe a criação ou modificação de leis durante o período de emergência; (iii) acomodação interpretativa, refere-se a interpretar normas já existentes, de modo a enquadrá-las na situação de crise, o que normalmente pressupõe uma interpretação expansiva[134].

Por se tratar de modelos, as acomodações se verificam em diversos graus e com significativas variações em cada contexto. É certo, entretanto, que os autores pretendem incluir a emergência dentro do Direito. A existência de “modelos constitucionais e legais de

---

[131] Ibidem, p. 166.
[132] GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 170.
[133] Ibidem, p. 313.
[134] Ibidem, p. 255.

acomodação dos poderes de emergência", ou seja, de limites normativos, teria como benefício impulsionar o governo a agir de forma mais responsável, submetendo-se a parâmetros e ao controle: "os benefícios da acomodação superam os potenciais custos de haver uma regra específica de emergência"[135].

Tais autores, como visto, apropriam-se das críticas de Schmitt para refletir sobre a regulação das situações de emergência. De um modo geral, defendem a ideia de que o direito tem capacidade de oferecer uma resposta para lidar com essas situações. Dentro dessa linha, há variadas perspectivas, cada qual avaliando critérios diferentes. Pretendendo reunir propostas semelhantes, Scheuerman identifica dois grupos de defensores da "regulação" jurídica da emergência/exceção: *democratic formalists* e *liberal common lawyers*.

O primeiro grupo – *democratic formalists* – acredita que, mesmo na emergência, é possível garantir as liberdades fundamentais através de mecanismos de *accountability*, do estabelecimento de procedimentos democráticos e legislativos *ex ante*. Em geral, tais autores não negam a relevância de um controle *ex post*, porém, entendem fundamental a fixação de disposições legislativas prévias sobre o estado de emergência.

Já o segundo grupo – *liberal common lawyers* – vê com ceticismo a eficácia de cláusulas constitucionais gerais ou legais sobre o estado de emergência, ou seja, de um limite *ex ante*. Defendem, especialmente, a atuação do Poder Judiciário como mecanismo de limitação dos poderes e de garantia de direitos mínimos durante o estado de emergência. Para esse grupo, como cada caso é distinto, o tratamento *ex post* seria mais adequado para lidar com a complexidade das crises[136]. Para melhor compreender esse debate, é relevante analisar alguns autores que abordaram do tema.

Aproximando-se do primeiro grupo, Bruce Ackerman entende que administrar as crises via Judiciário (e pela jurisprudência - *common law cycle*) seria insuficiente, notadamente porque as crises e as situações de emergência passam a ser cada vez mais frequentes. O suposto controle judicial levaria a uma tendência (cada vez maior) de se permitir restrições a direitos e também medidas opressivas. Ou seja, há um risco de evolução

---

[135] Ibidem, pp. 80-81. É preciso ressalvar que os autores focam a análise nos poderes de emergência exercidos em contextos de "crise de violência" (guerra, terrorismo, conflitos armados) e não para crises econômicas. De qualquer forma, reconhecem a dificuldade de distinguir as duas formas de crise, bem como reconhecem a similitude das respostas dadas a cada uma delas (Ibidem, pp. 4-5). E, a despeito da maior parte dos exemplos e casos ilustrativos das discussões apresentadas se referirem a crises de violência, há também exemplos relativos à crises econômicas, como a "depressão econômica de 1931-32" e a consequente concentração de poderes no Executivo nos Estados Unidos" e a utilização recorrente do artigo 48 da Constituição de Weimar para responder a crises econômicas (Ibidem, pp. 235-237).

[136] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, pp. 61–84, pp. 75-78.

ou normalização da emergência: "a criação de um precedente autoriza medidas opressivas sem que se chegue ao fim" [137]. Desta forma, o autor defende a necessidade de um arranjo constitucional com fortalecimento dos mecanismos de pesos e contrapesos (*checks and balances*). Propõe que seja estabelecido um mecanismo exigindo que, para cada novo período de emergência, deve-se submeter a decisão do Executivo a maiorias (cada vez mais) qualificadas no Legislativo (*supermajoritarian escalator*). Afirma o autor:

> Ao Executivo deve ser dado poder para agir unilateralmente pelo período mais curto possível (...), devendo o estado de emergência expirar a não ser que seja aprovado pela maioria do Legislativo (...) essa maioria deve ser suficiente para manter a emergência apenas por um período curto (dois ou três meses). A continuação exige uma sequência crescente de supermaiorias: 60% para os próximos dois meses; 70% para o próximo; 80% e assim por diante[138].

Para Ackerman, esse mecanismo tem por vantagens exigir um maior debate legislativo, o que sugere que o estado de emergência apenas será mantido se efetivamente configurar-se como excepcional. Ou seja, não será mantida a emergência se o quadro fático não for de uma verdadeira emergência. Nesse modelo, espera-se também que o apoio legislativo diminuirá quanto maiores forem os abusos de poder, especialmente se a situação não demandava efetivamente poderes concentrados. O papel do Judiciário fica, nesse caso, reservado não à análise macro da situação de emergência, mas ao controle micro, de lesões individuais de direitos (*microadjudication*), bem como à análise de medidas de compensação financeira para prejudicados[139].

Por outro lado, essa proposta tem por premissa que haverá necessariamente uma declaração formal da emergência, o que nem sempre ocorre, especialmente em crises econômicas. Em tempos recentes, há dificuldade em se diferenciar situações de normalidade e exceção, como observam John Ferejohn e Pasquale Pasquino: "situações de emergência não são facilmente delimitadas no tempo e no espaço"[140]. Essa difícil distinção implica na

---

[137] ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, pp. 1029-1091, 2004, p. 1.043. Ressalva-se que o foco do autor são situações de terrorismo e guerra, e não crises econômicas. Neste passo, suas propostas têm como premissa a expectativa de que a sociedade esteja numa situação de normalidade e sofra com crises (ataques terroristas) eventualmente: situações como o *11 de setembro* mantêm-se como excepcionais; do contrário, não há sistema jurídico que salve as liberdades civis de um desastre (Ibidem, p. 1.045).

[138] Ibidem, p. 1.047.

[139] ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, pp. 1029-1091, 2004. Destaca-se que o foco do autor é para emergências geradas por violência física – guerra e terrorismo, razão pela qual o sistema de proteção pensado é para tais situações, por exemplo, a compensação refere-se a indivíduos injustamente presos por longos períodos de tempo.

[140] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of exception: a typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law 2.2*, Oxford University Press and New York University School of Law, 2004, p. 228.

necessidade de um regime jurídico de exceção (permanente) que opere lado a lado ao "regime da normalidade". Tais autores defendem, assim, um "sistema jurídico-constitucional dualista": um que opera na normalidade e outro que opera na emergência, sendo necessária a previsão de regras e procedimentos em que se realiza uma espécie de transição de um regime para outro. E, nesse contexto, o Legislativo (e também o Judiciário) pode exercer um papel de controle com base em padrões normativos legais ou constitucionais[141].

David Dyzenhaus, de outra parte, opõe-se à ideia de um dualismo jurídico, defendendo que o ordenamento é unitário e que o Estado é integralmente constituído pelo Direito. Dessa forma, qualquer ato fora dos limites jurídicos deve ser considerado ilegítimo e, nessa perspectiva, é papel do Judiciário controlá-los. Pode-se reconhecer que, em situações de emergência, em que há concentração de poderes, por exemplo, o poder político pretenda agir fora do direito. A partir dessa pretensão (ou ação) fora do direito, surge o dever do Judiciário compreender os fatos e tentar constranger as ações ilegítimas pela *rule of law*[142]. A capacidade da atuação do Judiciário depende, entretanto, de um conjunto de outras instituições e outros mecanismos comprometidos com a *rule of law*, seja no âmbito do Executivo, seja no âmbito do Legislativo[143].

David Cole também defende o Judiciário como poder central para constrangimento dos abusos durante o estado de emergência. Embora o autor admita as limitações deste Poder em lidar de forma célere e adequada em períodos de crise, reconhece os efeitos das decisões judiciais ao longo do tempo, as quais são capazes de impor limitações à atuação estatal, ao menos em relação à próxima crise. Segundo Cole, há uma relativa diferença entre, de um lado, analisar o papel do Judiciário no meio da crise e, de outro lado, analisar os efeitos da decisão judicial ao longo do tempo. Da primeira perspectiva, assume o autor haver razoáveis argumentos para se considerar fraca a atuação do Judiciário. Porém, quando se olha o papel judicial ao longo do tempo, faz-se uma avaliação bastante menos pessimista, constatando-se que as decisões judiciais exercem um efeito limitador sobre a atuação dos governos nas crises seguintes [144]. Trata-se de perspectiva oposta àquela de Ackerman. Nesse caso, o efeito das decisões judiciais impõe limites, e não autorização, para o próximo exercício (ou a

---

[141] Ibidem, p. 235-236.
[142] DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*". Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005.
[143] DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 230.
[144] COLE, David. Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2565-2595, 2003, p. 2566-2577.

normalização da exceção). O efeito da jurisprudência depende, claro, de como ela fixa os limites. Se são fixados limites demasiadamente amplos, o efeito é constranger pouco os abusos cometidos pelo Executivo. Essa discussão será aprofundada no capítulo 4, a partir de situações concretas.

De qualquer modo, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo, são evidentes os problemas para controle dos abusos. Oren Gross e Fionnuala Aoláin reconhecem a relevância da supervisão por ambos, porém, afirmam que a realidade tem mostrado que nem Judiciário nem Legislativo funcionam como efetivos guardiões dos direitos e liberdades em momentos de exceção[145]. Por essa razão, Scheuerman defende outra perspectiva: mais do que discutir quem melhor restringe os poderes de emergência, se Judiciário ou Legislativo, deve-se colocar destaque naquele que ocupa o principal papel no estado de emergência – o Poder Executivo. Para ele, o debate deve envolver uma reflexão sobre as funções do Executivo na sociedade moderna: desenhado anteriormente à emergência do moderno "Estado administrativo", o Executivo precisa ser reconsiderado. Segundo o autor, a realidade do Poder Executivo se alinha pouco com nossas concepções tradicionais[146].

Verifica-se, assim, uma amplitude de posições no tocante à relação entre Direito e exceção e à possibilidade de ter no Direito respostas adequadas (*ex ante* ou *ex post*). Posta a discussão, para prosseguir na análise do Direito Financeiro, mais do que adotar estritamente a posição de um dos autores, é relevante extrair algumas conclusões comuns (se não a todos os autores, a parte deles): (i) embora muitas das análises ainda foquem na exceção/emergência em sua relação com a "violência física" (guerra e terrorismo), não parece haver óbice à sua utilização em face de situações emergência ou crise econômica; (ii) as situações de crise têm sido cada vez mais frequentes, mais complexas e com efeitos mais abrangentes, resultado da globalização, da financeirização da economia, do avanço tecnológico e da velocidade das transformações, o que demonstra a crescente preocupação com o tema da emergência[147]; (iii) a abordagem do estado de emergência ou estado de exceção pelo Direito (ou a partir do Direito, ou em sua relação com ele) tem se mostrado uma perspectiva relevante e atual, oferecendo variados caminhos para análise do direito; (iv)

---

[145] GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

[146] SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006, pp. 61–84. Pp. 79-80.

[147] Como afirma Scheuerman, "o século XX tem sido de uma excepcional brutalidade política e seria presunçoso pensar que seria possível compensar adequadamente suas milhares de vítimas. Entretanto, tavez possamos usar o exemplo do principal jurista do Nacional Socialismo, Carl Schmitt, para assegurar que o próximo século evite os priores horrores do último" (SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: the end of law*. Oxforf: Rowman & Littlefield, 1999, p. 255).

o estado de emergência apresenta algumas consequências centrais, tais como a concentração de poderes no âmbito do Executivo, a perda de protagonismo do Legislativo, a centralização de poder, a flexibilização de procedimentos constitucionalmente e legalmente estabelecidos e a flexibilização de garantias e direitos individuais e coletivos.

Os debates apresentados nesta seção, por si só, demonstram as dificuldades em se encontrar um único caminho. Assim, mais do que se filiar a uma linha de argumentação, esta Tese pretende se valer das críticas acima apontadas para reconhecer os efeitos da emergência econômica dentro do Direito Financeiro e sua consequente transformação, bem como identificar falhas de controle, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário, seja, ainda, pela própria incapacidade do Direito em oferecer respostas adequadas às situações de emergência.

Assim, antes de adentrar nas transformações jurídicas no âmbito do Direito Financeiro - objeto central da Tese -, é importante adotar uma determinada concepção de estado econômico de emergência, ou melhor, apontar o que se entende ser seus principais atributos.

2.3. O processo de consolidação do estado econômico de emergência

Como visto, o debate sobre a exceção e a emergência tem ganhado cada vez mais importância, o que faz com que seja aplicado para diferentes âmbitos de análise, bem como que haja variações de como se qualifica a exceção e a emergência, inclusive no uso de um ou outro termo.

Na presente Tese, será utilizado "estado econômico de emergência", o qual entende-se ser mais adequado, considerando os atributos a que se pretende dar destaque. Descarta-se, assim, o termo "estado de sítio" e variações do tipo "estado de necessidade" ou "estado de defesa", que usualmente possuem delimitação própria no Direito positivo e revelam um "direito especial", com procedimentos e limites específicos. Já o termo *estado de exceção*, também bastante utilizado na doutrina, traz usualmente a conotação de um fenômeno externo ao Direito ou, nas palavras de Agamben, "uma suspensão da ordem jurídica"[148]. Desta forma, o termo "estado econômico de emergência" parece mais adequado para descrever uma determinada dinâmica imposta ao Direito, que o ameaça e coloca em risco o seu *telos*. De

[148] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

qualquer modo, o que se percebe no debate doutrinário é, em geral, o uso indiscriminado de ambos os termos. Na maioria das vezes, os efeitos e atributos do "estado de exceção" e do "estado de emergência" coincidem. Por isso, é frequente que os "autores do estado de emergência" referenciem "autores do estado de exceção", e vice-versa, sem muitas ressalvas quanto ao uso de um termo ou outro. Mais importante é a relação com as consequências sobre o Direito.

Ainda, cumpre esclarecer que estado econômico de emergência, como será analisado a seguir, não se limita a *poderes de emergência*, também presente na doutrina e que se refere a apenas um dos atributos do que aqui se qualifica como estado econômico de emergência.

Obviamente, a escolha do termo não resolve a complexidade dos problemas e de perspectivas sobre o fenômeno a ser analisado, razão pela qual, além de sua escolha, é importante a delimitação de seus atributos.

Para fins da presente Tese, são três os atributos que delimitam o estado de emergência: primeiro, sua relação cada vez maior com o aspecto econômico (e não apenas com as tradicionais situações de violência física, guerra, desastres naturais, como positivado em grande parte dos ordenamentos jurídicos), por isso, "estado econômico de emergência"; segundo, um estado de emergência em processo de consolidação, e; terceiro, um estado de emergência tendo como características não apenas a concentração de poderes, mas também a centralização de poder, a flexibilização de direitos e garantias individuais e coletivas, a exclusão de outros poderes (e da própria sociedade) no debate político-jurídico e a própria perda de identidade de pilares jurídico-constitucionais. Mencionados esses três atributos, é importante que se façam algumas considerações sobre cada um deles.

Quanto ao primeiro aspecto, verifica-se que a noção clássica de estado de emergência (e também de estado de exceção) era relacionada à violência física, a rebeliões armadas, à guerra ou, ainda, a desastres naturais. Já a partir das décadas de 20 e 30 do século XX (período entreguerras), com a crise de 1929, o estado de emergência passa a se relacionar cada vez mais aos aspectos econômicos, tais como inflação alta, estagnação econômica, crise fiscal do Estado, alta da dívida pública interna e externa, aumento da desigualdade, deterioração de políticas sociais e do próprio Estado de Bem-estar Social.

Ilustrativas dessa transição, como lembrado por Agamben, foram as palavras de Franklin D. Roosevelt, presidente dos Estados Unidos na década de 30, que culminaram no *National Recovery Act*:

> Assumo sem hesitar o comando do grande exército de nosso povo para conduzir, com disciplina, o ataque a nossos problemas comuns (...). Pedirei

> ao Congresso o único instrumento que me resta para enfrentar a crise: amplos poderes executivos para travar uma guerra contra a emergência, poderes tão amplos quanto os que me seriam atribuídos se fôssemos invadidos por um inimigo externo[149].

Nesse momento, durante os anos 20 e 30, foram os países centrais, como Estados Unidos, França e Alemanha, os responsáveis por experimentar os efeitos da emergência; já no final do século XX, os mesmos passos são seguidos na América Latina e em outras novas democracias. Nos Estados Unidos, por exemplo, no período pós-1945, presidentes utilizaram-se de uma ampla gama de poderes emergenciais para interromper greves, controlar o comércio internacional e reformular regras do sistema monetário internacional. No final do século XX, o estado de emergência se apresenta como um instrumento para implementar políticas econômicas neoliberais e o denominado *shock therapy* nas recém-criadas democracias da América Latina e do Leste Europeu[150]. No Brasil, desde a década de 1980, a suspensão da normalidade é associada à necessidade de salvar a sociedade do "eterno perigo da inflação e do inaceitável pecado da perda de credibilidade"[151], o que, portanto, justifica a manutenção de um estado econômico de emergência.

A despeito da mudança (predomínio da "violência física" para o predomínio da "violência econômica"), fato é que as Constituições, em geral, trazem positivada a possibilidade de uso de medidas excepcionais em situações de violência física (conflitos armados, guerra e a problemas de segurança nacional) ou desastres naturais[152].

A Constituição Brasileira, por exemplo, prevê as hipóteses de estado de defesa e estado de sítio e os associa às hipóteses de guerra, ameaça à ordem pública ou à paz social,

---

[149] Ibidem, p. 37.

[150] Como exemplo, são citados os casos de Argentina e Rússia: "Argentine legislators have outfitted President Carlos Menem with awesome exceptional powers to undertake emergency regulatory power to overcome the present situation of collective risk caused by the serious economic and social circumstances the nation is undergoing, while former Russian President Boris Yeltsin was similarly empowered by the Duma to issue any decree necessary for the protection of 'social security. Neoliberalism and relatively open-ended delegations of exceptional legislative authority to the executive, justified by reference to the spectre of economic instability, are now political bedfellows in fledgling liberal democracies from Moscow to Buenos Aires". (SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*, vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000).

[151] PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 138.

[152] John Ferejohn e Pasquale Pasquino identificam um dilema que explicaria o fato de muitas "Constituições Liberais" trazerem dispositivos relativos a situações de emergência: os direitos e garantias por elas protegidos podem impedir ao governo de responder eficientemente às ameaças a esses mesmos direitos ou a própria ordem constitucional. (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of exception: a typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law 2.2*, Oxford University Press and New York University School of Law, 2004, p. 210). É bem verdade que, como os mesmos autores destacam, há referências à concetração de poderes em situações de emergência desde o Direito Romano. Sobre a evolução histórica do estado de exceção, inclusive as referências ao Direito Romano, vide AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

bem como a calamidades na natureza. O estado de defesa visa "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza". Nesse período, poderá haver restrições aos direitos de reunião e do sigilo (de correspondência e de comunicação), ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos. Já o estado de sítio é colocado como um passo adiante na gestão da crise, aplicável aos casos de "comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa" ou, ainda, de "declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira". Na vigência do estado de sítio, podem ser tomadas medidas como "obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos". A Constituição estabelece, ainda, a competência para o Presidente da República decretar o estado de sítio e de emergência, e para o Congresso Nacional aprovar e suspender tais medidas. Verifica-se, ainda, que, nos referidos estados, há suspensão temporária de direitos e garantias, até que cesse a situação de anormalidade[153].

Na Constituição brasileira, portanto, não há referência expressa à possibilidade de declarar um estado de emergência relacionado a calamidades financeira ou econômica. No mesmo sentido vão outras Constituições ao redor do mundo[154]. Portanto, além das intrínsecas dificuldades de uma prévia regulação jurídica da emergência, as Constituições em geral não estão desenhadas para casos de emergência econômica. Trata-se de situação mais complexa de ser identificada, ainda que, nos últimos tempos, tenha sido a mais recorrente.

Ademais, em razão de seu processo de consolidação, torna-se cada vez menos comum a adoção expressa de um estado de sítio com referência a uma norma constitucional e com a delimitação de período. Essa passa a ser uma característica relevante da emergência,

[153] Artigos 136 e 137 da Constituição Federal. Interessante notar que muitas Constituições, ao preverem a possibilidade de instauração de um estado de sítio, de defesa ou de exceção, cujo objetivo é, ao final, flexibilizar procedimentos e concentrar poderes no Excecutivo, vedam que haja reforma constitucional enquanto vigorar a situação. É o caso da Constituição brasileira: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio" (artigo 60, § 1º, CF).

[154] Para uma análise das previsões constitucionais do estado de sítio/exceção em variados países, vide VÍTOLO, Alfredo. *Emergencias Constitucionales I: estado de sitio*. 1ª ed. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

que se distancia do caráter de previsão normativa excepcional, transformando-se em uma dinâmica cada vez mais constante. Nessa linha, por exemplo, Stephen Coutts e colaboradores identificam que, em oposição à abordagem tradicional do estado de emergência nas constituições, na sociedade moderna, a emergência genuína tem sido menos relacionada à violência física, e cada vez mais relacionada aos problemas econômicos. Analisando a Europa, os autores afirmam que a crise na zona do Euro, a pressão dos mercados financeiros e o controle nas finanças públicas, por exemplo, acentuaram a *tese de Scheuerman* sobre a permanência de um estado econômico de emergência[155].

No mesmo sentido, John Reynolds aponta que, embora o recurso dos Estados ao regime de emergência e exceção nunca tenha sido limitado somente à esfera da segurança nacional, a doutrina jurídica internacional sempre a relacionou a crises políticas, ou a crises de violência, de conflito armado, de ameaças terroristas ou, ainda, de greves e rebeliões: engajamento militar, conflitos étnicos e segurança sempre estiveram no cerne da emergência. A emergência econômica acabou sendo por muitos ignorada[156]. Scheuerman também considerava que os analistas jurídicos e políticos ignoravam a seriedade dos problemas institucionais e jurídicos advindos da utilização de medidas de emergência para lidar com assuntos econômicos[157]. Por essa razão, há, para o autor, maiores dificuldades em se lidar com as respostas jurídicas às emergências econômicas, e pouca atenção foi tradicionalmente atribuída aos efeitos que estas poderiam gerar. Não há dúvida, porém, que o aspecto central da emergência atual, inclusive em grande parte do mundo, são as crises econômicas.

Mesmo para aqueles autores que relacionam a emergência ao terrorismo, cenário comum no contexto dos Estados Unidos, o conceito de emergência adotado não é *a priori* restrito à violência física. Mark Tushnet, cuja análise é focada na emergência militar, também aponta que a emergência pode ser econômica – ambas ocorrem quando há repentino "aumento dos custos sociais, acompanhado por um elevado grau de incerteza sobre sua persistência"[158].

---

[155] COUTTS, Stephen; DÍEZ SÁNCHEZ, Leticia; MARKETOU, Afroditi-Ioanna; PIERDOMINICI, Leonardo. *Legal Manifestations of the Emergency in National Euro Crisis Law*. EUI Department of Law Research Paper No. 2015/14. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/05/LAW_2015_14.pdf. Acesso em 04/04/2016.

[156] REYNOLDS, John. The Political Economy of States of Emergency. *Oregon Review of International Law*. June 30, 2012, p. 86.

[157] SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000.

[158] TUSHNET, Mark. The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation. *International Journal of Law in Context*, v. 3, n. 04, pp. 275-288, 2007, p. 275.

Mesmo Schmitt, para quem a exceção constituía uma situação de extrema necessidade – relacionada com a ameaça à unidade do Estado –, não exclui a emergência econômica. Aliás, a Alemanha que Schmitt observava estava em profunda crise política e econômica (conforme discutido na seção 2.1), não sendo excluído tal atributo do estado de emergência. Ellen Kennedy aponta que Schmitt, ao explicar o uso dos decretos de emergência na década de 30, parte dos conceitos de estado de sítio e lei marcial, notando, entretanto, sua inadequação à realidade, já que as crises eram de natureza econômica, fiscal e financeira[159].

Portanto, seja pelas características atuais da emergência, seja pelo debate doutrinário, não há óbice para que se adicione à exceção e à emergência o atributo "econômica", para diferenciar dos tradicionais estados de sítio e de defesa, usualmente relacionados à violência física, à guerra, a desastres naturais, etc.

O segundo aspecto apontado é a existência de um processo de consolidação do estado de emergência, a ponto de ser qualificado por diversos autores como uma emergência ou exceção permanente[160].

Agamben, por exemplo, entende que, desde o totalitarismo do Terceiro Reich, verifica-se uma criação voluntária de um estado de emergência permanente, ainda que não declarado. O estado de emergência tem efetivamente se transformado em uma prática essencial dos Estados contemporâneos, inclusive democráticos, apresentando-se como um paradigma de governo dominante na política contemporânea; não mais como medida provisória e excepcional, mas como técnica de governo. Esse aspecto transformou a percepção sobre o Direito e tem imposto transformações na estrutura e no sentido dos diversos tipos de constituição[161]. Ao atingir seu ápice, esse estado coloca em risco o próprio Direito, ameaçando eliminar seu aspecto normativo[162].

---

[159] KENNEDY, Ellen. Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, "The Dictatorship of the Reich president according to Article 48 RV". *Constellations*, v. 18, n. 3, pp. 284-297, 2011.

[160] Nesse sentido, SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004; ZIZEK, Slavoj. A Permanent Economic Emergency. *New Left Review* 64. July/aug, 2010; PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico.* São Paulo: Boitempo Editorial, 2008; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004.

[161] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13. Para o autor, "o estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo".

[162] Ibidem, p. 131.

Em sentido semelhante, Oren Gross e Fionnuala Aoláin falam em "normalização da exceção". A utilização de medidas excepcionais durante uma crise abre precedentes para que as mesmas sejam utilizadas indistintamente em períodos futuros, considerando-os períodos de "normalidade". Assim, "o que foi considerado como excepcional no passado pode agora ser tratado como normal, ordinário, em face de mais recentes e mais dramáticos poderes de emergência"[163]. Diante de novas exigências, confere-se ao passado uma qualidade de legitimidade e respeitabilidade e uma sensação de que havia normalidade. Nesse caminho, são redefinidos os limites entre normalidade e exceção, havendo, portanto, uma tendência cada vez maior de "normalização da exceção". Essa normalização tem, ainda, como causa (e ao mesmo tempo efeito) tornar conveniente deixar os governos mais acostumados a usar poderes de emergência, independentemente da semelhança e da natureza da crise. Esse processo de transformação da exceção em normalidade faz com que as medidas adotadas dificilmente sejam de fato momentâneas[164].

Especificamente em relação ao âmbito econômico e social, Slavoj Zizek observa que "após décadas de *Welfare State*, nos quais os cortes foram limitados e que as promessas eram de que as coisas retornariam ao normal", há agora um período em que o estado econômico de emergência tem se mostrado permanente, com riscos ainda maiores de medidas de austeridade, cortes nos benefícios sociais, redução de serviços de saúde e educação[165].

Pablo Rodríguez trata dos efeitos permanentes da exceção como uma "legalidade ampliada", a partir da qual o Direito passa a aceitar a flexibilização de processos legislativos e dos direitos, quando estes estão em conflito com "interesses gerais" definidos por um Executivo com amplos poderes e com a leniência de Judiciário e Legislativo[166].

Nos estados periféricos e nas democracias emergentes, o processo de consolidação é ainda mais marcante e com consequências mais preocupantes: "nas democracias emergentes, poderes extraordinários parecem ser mais necessários, mas ao mesmo tempo mais perigosos

---

[163] GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 228. Novamente, ressalva-se que os autores focam a análise nas "crises de violência" (guerra, terrorismo, conflitos armados), porém, entende-se possível a utilização de concepções bastante próximas para as crises econômicas e sociais, na linha dos diversos autores citados no presente capítulo.

[164] Ibidem, p. 241.

[165] ZIZEK, Slavoj. A Permanent Economic Emergency. *New Left Review* 64. July/aug, 2010. Disponível em https://newleftreview.org/II/64/slavoj-zizek-a-permanent-economic-emergency. Acesso em 15/05/2016.

[166] RODRÍGUEZ, Pablo Martín. A Missing Piece of European Emergency Law: Legal Certainty and Individuals' Expectations in the EU Response to the Crisis. *European Constitutional Law Review*, v. 12, n. 02, p. 265-293, 2016. P. 269.

que nas democracias consolidadas"[167]. Dessa forma, nas democracias emergentes é ainda mais perceptível o estado de emergência como característica intrínseca ao funcionamento do Estado. Gilberto Bercovici afirma que a periferia vive em um estado de exceção econômico permanente, no qual se constata um "decisionismo de emergência para salvar os mercados", "uma subordinação do Estado ao Mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular"[168]. A América Latina, vítima de crises econômicas internas e da instabilidade econômica externa, é ilustrativa da ocorrência desse processo de consolidação da emergência. A resposta para as crises é sempre a concentração de poderes de exceção no Executivo "para a execução de políticas neoliberais", que, por sua vez, só fizeram "perpetuar a dependência dos poderes econômicos de emergência" e o "fenômeno da exceção econômica permanente"[169].

Leda Paulani identifica no Brasil, desde os anos 1980, uma transformação da emergência econômica em paradigma de governo. Os planos de estabilização monetária do final dos anos 80 e a "agenda neoliberal" dos anos 90 impuseram uma série de medidas que não passaram pelo Congresso e que só foram possíveis diante da "necessidade e urgência" em "salvar o país"[170]. A consolidação do estado econômico de emergência prossegue nos anos 2000, quando o argumento de que o país estava à beira do abismo levaria à admissão, mesmo por um governo "de esquerda", de medidas igualmente duras[171]. Considerando as

---

[167] UPRIMNY, Rodrigo. The Constitucional Court and Controle of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In GLOPPEN, Siri *et al.* (edtors). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 49.

[168] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, pp. 171-172.

[169] BERCOVICI, Gilberto. O Estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 11, p. 95-99, 2006.

[170]Segundo Leda Paulani, dentre as medidas, estão: "a valorização injustificável da moeda brasileira até a verdadeira emergência trazida com a crise cambial de janeiro de 1999, que varreu do país em apenas 4 meses cerca de US$ 40 bilhões (ameaça do retorno da inflação); aprovar uma lei (LRF) em que os direitos dos credores são colocado acima de quaisquer outros direitos (ameaça da perda de credibilidade); abrir a economia estabanadamente, permitindo a quebra de várias empresas brasileiras e o aumento do desemprego (ameaça do atraso e da perda do bonde da história); vender ao capital internacional, com dinheiro público, empresas de setores essenciais e estratégicos, como as empresas de energia elétrica e as de telecomunicação (ameaça do desequilíbrio fiscal e da perda do bonde da história); elevar a taxa real de juros a níveis impensáveis (que chegou em algumas ocasiões a mais de 40%) em função das crises financeiras vindas de fora (ameaça da desvalorização da moeda e do retorno da inflação); aprovar uma emenda constitucional que isenta da incidência da CPMF os recursos aplicados em bolsas de valores (ameaça do atraso e da perda do bonde da história); isentar de imposto de renda a distribuição de lucros de empresas a seus sócios brasileiros ou estrangeiros e a remessa de lucros ao exterior (PAULANI, Leda Maria. Capitalismo financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva do desenvolvimento. In: *I Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico*. Santiago, 2006, p. 15).

[171] Dentre as medidas específicas dos anos 2000, a autora menciona elevação do superávit primário, para além do exigido pelo FMI (de 3,75 para 4,25% do PIB); enorme aumento da então já elevadíssima taxa básica de juros (de 22 para 26,5 % ao ano); brutal corte de liquidez (através do aumento do compulsório dos bancos)

diversas ações adotadas e toda a sorte de alterações, Leda Paulani conclui que o estado de emergência não tem por finalidade resolver o problema, mas mantê-lo:

> Essa suspensão permanente da normalidade, que transforma a exceção em regra, está diretamente vinculada ao estado das artes do capitalismo contemporâneo, particularmente considerando-se que todo o enredo até agora contado passa-se na periferia do sistema, numa economia "emergente". É o estreitamento dos laços financeiros entre o Centro e a Periferia que explica boa parte das razões que levam os subservientes estados periféricos a se auto condenarem e às suas sociedades a um permanente estado de emergência, em que tudo é permitido e em que a exceção é a norma[172].

Independentemente da necessidade ou não das medidas sob o ponto de vista econômico, há elementos que demonstram um avançado processo de consolidação do estado econômico de emergência, a partir do qual se justificaram (e prosseguem justificando) transformações no ordenamento jurídico e no Estado Democrático e Social de Direito que pretendia a Constituição de 1988.

Deve-se destacar, ainda, que a permanência ou definitividade das medidas tomadas, em regra, não são assumidas explicitamente. Ao contrário, em geral, as medidas são veiculadas na premissa de sua temporariedade, mas acabam por se transformar em mudanças (legislativas e institucionais) com efeitos que permanecem e são sentidos bem depois da crise[173]. Há sempre uma expectativa de que o estado de emergência seria efetivamente uma exceção, e de que o regime de emergência teria um caráter passageiro. Não é o que ocorre, o que é evidenciado pelas situações apresentadas no capítulo seguinte.

Desta forma, além do aspecto econômico do estado de emergência, o processo de consolidação também é um de seus atributos essenciais, apresentando-se cada vez mais de forma permanente, com efeitos duradouros e, inclusive, como paradigma da atuação dos poderes políticos.

Quanto ao terceiro aspecto, cada vez mais se identificam características que não são restritas à concentração de poderes, tal como o tema era tradicionalmente tratado. Quando se discutia a exceção e a emergência, o foco do debate eram os *poderes de emergência*, ou

---

que, da noite para o dia, tirou de circulação 10% dos meios de pagamento. E, dentre as medidas que prosseguiram indefinidamente estão a manutenção das taxas reais de juros mais elevadas do mundo; o pagamento de um serviço da dívida que chega a 8% do PIB; a realização de um superávit primário que beira os 5% do PIB; a transformação do sistema previdenciário brasileiro (PAULANI, Leda Maria. Capitalismo financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva do desenvolvimento. In: *I Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico*. Santiago, 2006).

[172] Ibidem, pp. 19-20.

[173] REYNOLDS, John. The Political Economy of States of Emergency. *Oregon Review of International Law*. June 30. 2012, p. 87.

seja, a concentração de poderes no Executivo para que fossem tomadas as medidas necessárias à superação do período de crise. Tornou-se, entretanto, cada vez mais frequente relacionar a emergência a outros aspectos, tais como à flexibilização de procedimentos, direitos e garantias e à centralização de poder, dentre outros. Na perspectiva que aqui se adota, o estado econômico de emergência implica não apenas a redução ou abandono do processo legislativo regular, com delegação de poderes especiais ao Executivo, mas reflete também no abandono de preceitos constitucionais, que garantem não apenas regras procedimentais, mas decisões substantivas. O esvaziamento dessas decisões é um passo além do abandono das regras procedimentais no estado econômico de emergência no século XXI.

Como define Leda Paulani, o estado de exceção é o oposto do estado de direito; ele cria um "vale-tudo" que toma o lugar do espaço antes marcado por regras, normas e direitos[174]. Assim, esse espaço de suspensão da normalidade criado pela emergência econômica reflete não apenas concentração de poderes, mas também flexibilização de direitos. E não são os direitos civis e políticos (tradicionalmente os direitos que eram ameaçados pela violência física e pela guerra), mas os direitos sociais que são os principais afetados pela emergência econômica.

Sobre este aspecto, a restrição (ou não implementação) de direitos não pode mais ser considerada grave apenas quando diga respeito aos direitos civis e políticos. Direitos econômicos e sociais não podem ser mais encarados como direitos de segunda classe, de modo que sua implementação deva ser problematizada no debate sobre a emergência e a exceção. Considerar que há exceção somente na suspensão (ou extinção) de direitos civis ou políticos seria ignorar a evolução de um Estado liberal de Direito para um Estado Social de Direito, seria prosseguir tratando os direitos sociais e econômicos como direitos de segunda classe. Assim, a emergência econômica também influencia a drástica redução de direitos sociais e econômicos.

É certo que essa inclusão torna o tema ainda mais complexo, tendo em vista as peculiaridades envolvidas na garantia dessa categoria de direitos: o necessário emprego de recursos e a progressividade na sua implementação dificulta identificar quando ocorre uma suspensão dos direitos sociais. Ainda assim, é possível identificar quando um conjunto de medidas visa, por exemplo, reduzir o núcleo mínimo desses direitos ou retroceder sua implementação.

---

[174] PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 138.

Em resumo, embora a exceção e a emergência estivessem historica e majoritariamente relacionadas à guerra/violência, à limitação temporal e à concentração de poderes, e embora muitos autores continuem trabalhando dentro dessa delimitação, não há impedimentos para que essa concepção seja ampliada, a fim de melhor descrever situações contemporâneas.

Por essa razão, o estado de emergência aqui utilizado representa uma situação de ameaça ao *telos* do sistema jurídico-constitucional, relacionada com três aspectos supramencionados: 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. É a partir dessa emergência que se pretende, no próximo capítulo, demonstrar as transformações do Direito Financeiro.

Por fim, cumpre dizer que há uma linha tênue entre a emergência econômica como mero discurso retórico ou como um elemento fático que justifique uma determinada medida. Na política, sempre se utilizou da *retórica da crise* para iniciar mudanças legislativas e, desde o século passado, essa retórica tem servido muitas vezes para abandonar o processo legislativo comum[175]. Percebe-se uma intensificação do uso da retórica da crise, mas seria esta um aumento da utilização da retórica ou efetivamente há crises a justificar medidas de exceção? Ambas as possibilidades parecem ocorrer. Sem dúvida, há uma intensificação da utilização da retórica da crise para justificar e fundamentar as mudanças. E, para além da retórica, considerando os constantes desajustes econômicos, estagnação da renda e da produção, desemprego e desigualdade, também há elementos suficientes para dizer que há efetivamente uma crise. Remanesceria a questão de quem é atingido pela crise e se as medidas emergenciais adotadas são direcionadas ao lado mais frágil (aos mais atingidos pela crise). Neste ponto, seguramente, a retórica torna-se mais importante do que a própria crise, inclusive porque o Direito Financeiro, em seu processo de transformação decorrente do estado econômico de emergência, não tem se voltado à redução da desigualdade ou à superação do subdesenvolvimento.

Em verdade, o próprio sentido de crise econômica, de urgência, de emergência (seja realidade concreta, seja mera retórica) para a decisão jurídico-política é aquele determinado por quem toma a decisão; será a "expressão de poder dos dominadores". Nesse ponto, pode-se seguir com a observação de João Maurício Adeodato, de que cada vez mais "a realidade jurídica é retórica e a retórica é a língua, o meio ambiente do Direito, como quer a epígrafe

[175] Conforme SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000, p. 1.871.

de Nietzsche [mencionada pelo autor]". A frase de Nietzsche em questão pontua: "o Direito senhorial de atribuir nomes vai tão longe que dever-se-ia permitir conceber a origem da própria linguagem como expressão de poder dos dominadores: eles dizem 'isso é isso e isso', eles selam qualquer coisa e acontecimento com um sinal fonético e, através disso, tomam posse dele"[176].

Portanto, a forma e o sentido de como a emergência econômica tem sido abstraída da realidade concreta é o que torna o elemento determinante para o encaminhamento das soluções jurídicas, voltadas, como será analisado a seguir, a determinado fim, que não aquele estabelecido constitucionalmente.

[176] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02. A obra traz como epígrafe a citada frase de Friedrich Nitzsche,presente em NITZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: uma polêmica.* São Paulo: Cia. Das Letras, 2009. Ainda sobre o tema, escreve Adeodato que a "abstração", necessária à solução jurídica face à diversidade e à complexidade de conflitos intersubjetivos, "não depende da realidade concreta, simplesmente parte dela e a ela retorna para impor sua própria perspectiva; é assim que a contingência fática, instável e imprevisível por excelência, é controlada e permite estabilidade jurídico-política (...) Eis aqui o principal aspecto de como a dogmática jurídica estabelece a conexão entre o dogma que lhe é posto e a realidade fática: a generalização abstrata para absorção da contingência".

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO FINANCEIRO BRASILEIRO DECORRENTES DO ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA

3.1. Delimitação e justificativa acerca do Direito Financeiro e suas transformações

Nos capítulos 1 e 2, foram apresentados a contextualização histórica do Direito Financeiro, a transição de paradigma pela qual passou o *dever ser* do Direito Financeiro e os questionamentos enfrentados no âmbito do *ser* do Direito Constitucional Financeiro. Apresentou-se, ainda, a discussão sobre o estado econômico de emergência, perspectiva utilizada para analisar as transformações do Direito Financeiro neste capítulo. Antes, porém, de analisar tais transformações, cabem algumas delimitações e justificativas prévias.

Em primeiro lugar, cumpre reiterar que se adota nesta Tese uma visão ampla e *substancialista* do Direito Financeiro, incluindo seu aspecto constitucional e sua relação com os pilares do Estado de Direito da República Federativa do Brasil. Tal concepção é adotada em oposição a uma perspectiva *procedimentalista*, na qual o Direito Financeiro é um mero conjunto de normas jurídicas que rege a atividade financeira do Estado. Diferencia-se o Direito Financeiro das Ciências das Finanças, esta dotada de "um conjunto de princípios operativos e conceitos descritivos sobre a atividade financeira do estado"[177]. Do ponto de vista substantivo, adiciona-se a este conjunto de normas a necessidade de consecução dos objetivos do Estado[178], bem como se agrega ao *modus operandi* financeiro a busca dos objetivos constitucionais[179]. Por essa razão, as normas de Direito Financeiro, em relação à Constituição Financeira, envolvem não apenas "regras típicas de orçamento, despesas ou receitas públicas, mas abrangem toda a sua integralidade, naquilo que tenha repercussão financeira, como é o caso das competências constitucionais, dos serviços públicos, das políticas públicas, das garantias a direitos sociais ou da proteção de direito e liberdades fundamentais"[180]. Daí a relevância da relação entre o Direito Constitucional Financeiro e os

---

[177] ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciências das finanças, direito financeiro e tributário.* São Paulo: RT, 1969, p. 37

[178] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 12.

[179] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 96.

[180] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 73.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos (conforme artigo 3º da Constituição Federal).

Os questionamentos feitos a partir do debate sobre o estado econômico de emergência apenas fazem sentido se o Direito Financeiro for compreendido do ponto de vista substancial. Ou seja, a influência da emergência econômica pouco importaria se o Direito Financeiro fosse considerado um conjunto de normas sem objetivos substanciais, sem relação com a Constituição Federal.

Em segundo lugar, a concretização dos objetivos constitucionais no âmbito do Direito Financeiro não se limita à edição de novas leis e a decisões judiciais. Ela envolve todos os atos da passagem do *dever ser* para o *ser*, ou seja, todo os atos que concretizam e consolidam o *telos* constitucional, que passam a norma para o concreto da vida sensível, que transformam a norma-posição ou o princípio implícito em realidade social concreta[181]. Nas palavras de Canotilho, a "realização constitucional", isto é, tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais, é tarefa de todos os órgãos, na atividade legiferante, administrativa e judicial, e também de todos os cidadãos, que fundamentam na Constituição, ainda que indiretamente, seus direitos e deveres[182].

Esse aspecto é relevante, pois as transformações que constituem objeto deste capítulo não são decorrentes somente de modificação legislativa ou da jurisprudência. Considerando que a realização constitucional envolve a atuação de todos os órgãos na atividade legiferante, administrativa e judicial e também dos cidadãos, as transformações do Direito Financeiro podem envolver qualquer dinâmica de interpretação e aplicação da norma (nas atividades legiferante, administrativa e judicial) que modifique os rumos do *telos* constitucionalmente delineado. Podem envolver, ainda, uma determinada dinâmica orçamentária decorrente da interpretação da norma ou o acolhimento de uma prática pelos órgãos judiciais e administrativos de controle, dentre outras possibilidades. Se o ponto de partida é um paradigma de Direito Financeiro voltado aos objetivos constitucionais, a referência a

[181] MELO, Carlos Antonio de Almeida. Mecanismos de proteção e concretização constitucional: proposta de uma ação de concretização da Constituição. In SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

[182] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1.200-1.201. Na mesma obra, o autor português afirma que concretizar a constituição significa densificar regras e princípios constitucionais: "a concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização" (Ibidem).

transformações pressupõe uma determinada prática, interpretação, modificação ou aplicação da norma que ameace esse paradigma e que coloque em risco o sentido a que *deveria ser* direcionado o Direito Financeiro.

Em terceiro lugar, ainda sobre as transformações, as situações concretas a seguir apresentadas, e que indicam a transformação do Direito Financeiro, estão subdivididas em três campos distintos, ou melhor, três parâmetros constitucionais diferentes: 1) Separação de poderes; 2) Direitos Fundamentais; e 3) Federalismo fiscal. A escolha desses três âmbitos de análise se deve ao fato de serem três pilares estruturantes da Constituição Federal de 1988, do Estado Democrático e Social de Direito que ela pretende concretizar e, ainda, vinculados ao Direito Constitucional Financeiro. São parâmetros da intersecção entre a *Constituição total* e a *Constituição Financeira*[183]. Ademais, os três parâmetros são cláusulas pétreas, já que é vedada a alteração da Constituição tendente a abolir a forma federativa de Estado, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, da Constituição Federal).

É certo que cada uma dessas cláusulas será apreciada conforme sua relação com o Direito Financeiro. Em breves linhas, tratar da separação de poderes no âmbito jusfinanceiro significa garantir que Executivo e Legislativo participem da decisão orçamentária e exerçam suas competências, inclusive a de controle de um poder sobre o outro. Significa permitir que o Judiciário atue de forma adequada sobre questões orçamentárias e participe do equilíbrio na relação entre os poderes, de modo que o orçamento público e todas as demais decisões orçamentárias sejam dotadas de legitimidade. A garantia de direitos no âmbito orçamentário significa conferir recursos para sua implementação, por meio de mecanismos de vinculação e obrigação de gasto; assegurar o orçamento mínimo e sua aplicação de forma isonômica, permitindo, ainda, a redução de desigualdades sociais. O federalismo aplicado ao Direito Financeiro é qualificado como federalismo fiscal e implica em assegurar que todos os entes possam exercer cooperativa e adequadamente suas competências, de arrecadação e de gasto, visando ainda a redução das desigualdades regionais. À medida que se debate cada um dos parâmetros, ficará mais evidente a relação de cada um deles com o Direito Financeiro e também com os objetivos constitucionais.

Por último, e em quarto lugar, cumpre esclarecer que esta Tese tratará das transformações do Direito Financeiro brasileiro, ainda que se façam algumas comparações com outros países, especialmente da Europa, que também vivenciaram uma crise e passaram

[183] Vide TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, capítulo III.

por mudanças semelhantes. Quanto ao período, as transformações a que se fará referência ocorreram a partir da Constituição de 1988, uma vez que o paradigma cuja aderência à realidade se discute tem como marco fundamental a Constituição vigente. Porém, tendo em vista que esta Tese tem por objeto discutir as transformações em sua relação com a emergência econômica, tem-se que as mudanças analisadas foram intensificadas e se concentram no período advindo desde a última crise econômica e financeira (crise de 2007/2008), cujos efeitos no Brasil são verificados com maior intensidade a partir de 2013. Como muitas dessas transformações advêm de dinâmicas e períodos anteriores à recente crise, possivelmente se tornando mais intensas, a delimitação temporal deve ser flexível. A título de exemplo, menciona-se a desvinculação das receitas: existe norma constitucional impondo desvinculação de 20% das receitas da união desde 1994, o que não pode ser ignorado. No entanto, a última renovação da desvinculação (Emenda Constitucional nº 93/2016) é ainda mais abrangente e com consequências mais graves sobre os direitos fundamentais: com percentual de 30%, menos ressalvas, prazo mais longo e envolvendo os demais entes. Desta forma, ainda que se refiram a dinâmicas anteriores à crise, fato é que as consequências ainda repercutem no presente momento e, sendo mais intensa a emergência econômica, também mais intensa será a repercussão sobre os parâmetros constitucionais analisados.

Passa-se, então, a analisar as transformações do Direito Financeiro no âmbito da separação de poderes (seção 3.2), garantia de direitos fundamentais (seção 3.3) e federalismo (seção 3.4).

3.2. A concentração da decisão orçamentário-financeira no Executivo e a exclusão do Legislativo

A relevância do Poder Legislativo na decisão sobre o gasto público é inerente à própria ideia de orçamento e a seu surgimento. O orçamento é uma técnica que se consolida com o Estado de Direito, visando permitir controle, pelo Parlamento, da decisão sobre os recursos públicos[184]. Há uma relação histórica e intrínseca entre lei, orçamento e Poder

[184] Conforme análise realizada em SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *A concretização do Direito Financeiro: os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014, p. 23-29. Vide também BEREIJO, Álvaro Rodríguez. Estudio preliminar. In LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

Legislativo, sendo a decisão sobre o gasto público o momento em que tal órgão exerce uma de suas competências mais relevantes na estrutura política do Estado[185]. Os primeiros documentos que impuseram limitações ao poder do soberano visavam delimitar justamente o poder de arrecadar (receitas tributárias) e, consequentemente, de gastar. A *Magna Carta* de 1215 submeteu a decisão de arrecadação a um Conselho Geral do Reino e, mais tarde, o *Bill of Rigths* de 1689 submete a criação de tributos a um parlamento, que se tornava então o órgão encarregado de defender os súditos contra o poder do rei[186]. A própria democracia, e a necessidade de representação e participação dos cidadãos, tem sua origem forjada historicamente nos institutos de Direito Financeiro, sendo o orçamento instituição basilar do sistema democrático[187].

A relação entre Executivo e Legislativo, portanto, sempre ocupou espaço central na problemática jurídica clássica do orçamento público, uma vez que, dentre suas funções, está justamente o estabelecimento de controle dos recursos públicos de um Poder sobre o outro[188]. Não há concretização da Constituição Financeira sem separação de poderes, assim como não deve haver atividade financeira sem que haja controles de um poder sobre outro (e também controle democrático); a Constituição Financeira depende da permanente construção democrática pelo legislador[189].

Na maioria dos países ocidentais, inclusive no Brasil, a iniciativa das leis orçamentárias é de competência do Poder Executivo, cabendo ao Poder Legislativo deliberar e aprovar a proposta orçamentária que lhe foi encaminhada. Esse processo de aprovação do orçamento é, em boa medida, o que deveria conferir legitimidade democrática ao orçamento[190].

---

[185] CORTI, Horacio. Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, v. 1, 2010, pp. 649-650.

[186] SCAFF, Fernando Facury. *Magna Carta e Bill of Rigths: entre o Direito Financeiro e o Direito Tributário.* In Conjur – Contas à Vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jun-16/contas-vista-magna-carta-bill-of-rights-entre-direito-financeiro-tributario. Acesso em 20/11/2017.

[187] BEREIJO, Álvaro Rodríguez. Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional. In *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2015. pp. 157-218, p. 158.

[188] Vide CORTI, Horacio. Derechos fundamentales y presupuesto público. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 140-143.

[189] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

[190] No Brasil, por exemplo, durante o processo legislativo de elaboração/aprovação do orçamento, há previsão de diversos mecanismos de atuação do Legislativo: as comissões parlamentares, dentre as quais a Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), a quem cabe "examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais (...)" (artigo 166 da Constituição Federal do Brasil). Também no âmbito legislativo se faz (i) a avaliação, fiscalização e controle da execução orçamentária; (ii) a avaliação da receita; (iii) a avaliação das informações sobre obras e serviços com

A participação do Legislativo na decisão orçamentária continua sendo debatida, já que ainda é requisito para a legitimidade do gasto público. A exclusão ou relativização da atuação do Poder Legislativo na decisão orçamentário ainda é objeto de crítica, conforme será visto a seguir. De outra parte, há um cenário que exige decisões cada vez mais rápidas, flexíveis e de alta complexidade técnica, o que estimula a exclusão de um órgão colegiado, formado por uma pluralidade de interesses e partidos e que demanda mais tempo para deliberar. Em um contexto de emergência econômica, torna-se cada vez mais reduzida a participação do Legislativo nas decisões orçamentárias, o que, por sua vez, ameaça a legitimidade do gasto público.

A participação do Legislativo no processo orçamentário vem sendo colocada em xeque há tempos, de forma que a concentração de poderes no âmbito orçamentário não é resultado apenas da recente crise. A relação entre Legislativo e Executivo no âmbito orçamentário era mais bem definida durante o Estado liberal, cujos pilares eram a garantia da propriedade e a separação de poderes e de funções entre os dois Poderes. A partir do desenvolvimento do "Estado Social" e da maior intervenção estatal na vida econômica, mudam as relações entre Executivo e Legislativo: no âmbito do Direito Financeiro, as fases do ciclo orçamentário se permeabilizam, há uma flexibilização dos princípios orçamentários clássicos e uma preponderância do Executivo na decisão do gasto público, o que fica ainda mais evidente quando se analisam os institutos de modificação do orçamento aprovado[191].

De qualquer modo, a legitimidade democrática do orçamento ainda mantém um vínculo com a participação do Legislativo nas decisões orçamentárias. Como pontua Heleno Torres, a aprovação do orçamento pelo Legislativo é o mais importante ato de controle político sobre escolhas dos órgãos de governo, e deveria representar a fotografia da realidade democrática de um país num dado momento[192]. Além da aprovação do orçamento, a atuação do Legislativo no controle da execução orçamentária também deveria conferir maior legitimidade às escolhas orçamentárias, inclusive para que não houvesse uma irrazoável

---

irregularidades graves; e (iv) a admissibilidade de emendas. Há possibilidade, ainda, de se realizar audiências públicas, com participação de Ministros de Estado, representantes dos órgãos de Planejamento, Orçamento e Fazenda e representantes dos demais órgãos do Poder Público. Tais audiências permitem municiar o Congresso de informações para intervir na elaboração orçamentária. As audiências públicas podem ser ainda em nível regional, com intuito de debater projetos de interesse de determinados Estados ou região geográfica. Por fim, têm os congressistas a oportunidade de incluir emendas parlamentares ao orçamento, influindo mais diretamente na escolha dos gastos públicos. Sobre o tema, vide MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 25-41.

[191] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. Madrid: La Ley, 2008, p. 200.

[192] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

distorção entre o orçamento aprovado e o orçamento executado. A participação do Legislativo na decisão do gasto público será analisada nesses dois momentos: aprovação e execução orçamentária.

Desta forma, nas premissas acima delineadas, a separação de poderes constitui elemento fundamental da concretização do Direito Constitucional Financeiro e, ao mesmo tempo, um dos pontos mais afetados pela emergência econômica. Nessa linha, analisam-se as transformações do Direito Financeiro e os impactos na separação de poderes a partir de três situações que confirmam a exclusão/relativização da atuação legislativa no âmbito orçamentário, com concentração no Poder Executivo: a decisão sobre a dívida pública e o resultado primário na elaboração orçamentária; as dificuldades de controle do Legislativo em face dos decretos de programação financeira (contingenciamento) e do incremento dos restos a pagar; e a abertura de créditos extraordinários.

3.2.1. A exclusão do Legislativo na elaboração orçamentária: decisão sobre a dívida pública e o resultado primário

Como visto, a participação do Legislativo na decisão sobre o gasto púbico está intrinsecamente relacionada ao próprio surgimento do orçamento público. É da participação do Legislativo no âmbito orçamentário que se confere legitimidade e que se estimula o controle do gasto público, seja ele político ou jurídico.

O processo crescente de exclusão do Legislativo das decisões orçamentárias decorre de uma série de fatores. O modelo político-eleitoral, o presidencialismo de coalização e a fragmentação do Legislativo são fatores que certamente influenciam a atuação legislativa naquela que é uma de suas principais competências. Mas são as imposições e limitações em face do Legislativo no processo orçamentário o que se pretende chamar a atenção nesta seção.

Além da iniciativa de elaboração da lei orçamentária ser do Executivo, no momento de apreciação e aprovação da lei, há uma série de limitações à possibilidade de interferência do poder do Legislativo sobre a decisão previamente tomada pelo Executivo. A mais relevante implica na exclusão do poder decisório do Legislativo sobre a definição da meta fiscal e do pagamento da dívida pública. E, tendo em vista a centralidade da meta fiscal e da dívida pública no sistema jurídico-financeiro, as regras que limitam a participação do Legislativo nessa decisão acabam por restringir significativamente seu espaço de influência

no orçamento. Isso ocorre não apenas em função do montante de recursos que o serviço da dívida representa no orçamento, mas principalmente em razão da dinâmica estabelecida a partir da meta fiscal.

No processo de aprovação orçamentária, caberá ao Congresso Nacional apreciar os projetos de lei relativos ao Plano Plurianual (PPA), à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e à Lei Orçamentária Anual (LOA) e, durante a apreciação, poderá realizar emendas ao projeto de Lei Orçamentária. O poder de incluir emendas é um dos principais atributos do Legislativo na decisão orçamentária, não apenas por permitir que o parlamentar direcione recursos públicos para os espaços em que foi eleito, mas porque deveria permitir que o Legislativo alterasse o orçamento e participasse da eleição de prioridades para o gasto público.

A Constituição, ao tratar da apresentação de emendas ao Projeto de Lei Orçamentária pelo Congresso Nacional (durante o trâmite de aprovação do orçamento anual), estabelece duas regras principais: (i) as emendas devem ser compatíveis com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias; e (ii) as emendas devem indicar os recursos necessários, admitidos apenas aquelas provenientes da anulação de despesas (artigo 166, § 3º da Constituição Federal). Admite-se, ainda, emendas ao projeto de lei orçamentária para "correção de erros ou omissões" e que tenham relação "com os dispositivos do texto do projeto de lei", conforme previsto na citada norma. São restritos, portanto, os caminhos para alteração parlamentar da lei orçamentária. As emendas devem não apenas respeitar o planejamento orçamentário (PPA), como também observar a meta fiscal estabelecida na LDO. Não se pode simplesmente acrescentar despesas, uma vez que é necessário que sejam substituídas despesas ("anulação de despesas"), indicando-se os recursos necessários para a nova despesa (incluída via emenda).

Dentro dessa segunda regra, entretanto, há limites relevantes, é dizer, não são quaisquer despesas que podem ser anuladas/substituídas. A Constituição lista, no artigo 166, § 3º, inciso III, três tipos de despesas que não podem ser objeto de anulação: aquelas relativas às "dotações para pessoal e seus encargos" (alínea 'a'), aquelas relativas ao "serviço da dívida" (alínea b) e aquelas relativas a "transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal" (alínea 'c'). Nota-se que a Constituição atribuiu proteção a esses três tipos de despesas, restringindo o poder decisório do Legislativo em relação a elas. Cada uma das hipóteses tem uma característica financeira distinta.

A primeira engloba um gasto obrigatório (remuneração dos servidores públicos e gastos previdenciários) fixado por outras leis (leis de reajuste de salários, de criação de

cargos, etc.). Embora haja limitações de outra ordem para discussão desses valores (estabilidade funcional dos servidores e irredutibilidade de salários), em tese seria viável a discussão de vantagens concedidas à margem da lei orçamentária, o que não ocorre justamente pela vedação do artigo 166, criando-se um bloqueio no controle da concessão de benefícios a grupos de interesses, não necessariamente em observância a princípios e objetivos constitucionais[193].

As despesas previstas na alínea "c" – transferências intergovernamentais – não poderiam ser alteradas nas leis orçamentárias, pois decorrem do sistema constitucional de organização do federalismo fiscal. Não haveria razão para se alterar garantias de transferências fixadas em outras normas constitucionais, tais como o artigo 159. Trata-se, portanto, de um reforço da garantia jusfinanceira do pacto federativo[194].

Por último, a alínea 'b' envolve "gastos contratuais para pagamento do serviço da dívida", sendo aquela que poderia efetiva e diretamente ser objeto de deliberação parlamentar, não fosse a vedação do artigo 166 da Constituição. Com a vedação constitucional, os recursos orçamentários para pagamento dos credores públicos (da dívida financeira) ficam afastados de qualquer controle parlamentar. A definição do serviço da dívida e, portanto, do montante de recursos orçamentários utilizados para pagamento dos juros decorre de decisão exclusiva do Executivo, não sendo objeto de apreciação pelo Legislativo[195].

As limitações ao poder de emendar o texto orçamentário é uma das razões pelas quais Luiz Gustavo Bambini de Assis conclui que "o papel do Executivo no atual processo de construção, votação e execução orçamentária é quase que absoluto", tendo os demais Poderes funções que podem ser consideradas "meramente acessórias". A pouca participação do Legislativo na construção inicial do orçamento tem como um de seus aspectos principais a incapacidade de as emendas de fato reformarem o orçamento[196]. Há, assim, uma

---

[193] "O bloqueio à deliberação parlamentar nesse âmbito impede que haja efetivo controle da sociedade sobre o uso desses recursos, cerceando a liberdade do legislador orçamentário, e desviando o foco determinado pela Constituição para a redução das desigualdades sociais e a redução da pobreza, objetivos fundamentos previstos jo art. 3º da Constituição" (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 466).

[194] Ibidem, p. 433.

[195] SCAFF, Fernando Facury. Crédito Público e sustentabilidade financeira. *Revista Direito à Sustentabilidade*. Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus Foz do Iguaçu. Centro de Ciências Sociais aplicadas, v. 01, n.1. For do Iguaçu: Triunfal Gráfica e Editora, 2014, p. 45.

[196] ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. *Processo legislativo e orçamento público: a função de controle do parlamento.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, pp. 244-247.

"blindagem do serviço da dívida financeira", que privilegia a proteção do rentismo e daqueles que possuem mais riquezas, em detrimento do bem comum e da redução das desigualdades sociais[197].

Além de reduzir significativamente a competência do Parlamento para alterar as prioridades no orçamento, a dinâmica orçamentária não abre espaço para que o Legislativo discuta o serviço da dívida. Cumpre lembrar que o pagamento do serviço da dívida será definido essencialmente pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, em que se estabelecem as metas anuais de resultado primário[198]. É a partir das metas fiscais, especialmente do resultado primário, que se dará a execução orçamentária. O artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que será promovida a limitação de empenho e de movimentação financeira (contingenciamento ou não execução orçamentária), caso a realização de receitas não comportar o cumprimento das metas fiscais estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais[199].

A meta fiscal, portanto, é fundamental tanto para a elaboração da Lei Orçamentária Anual (ou seja, a despesa será fixada em um montante tal que possa ser suportado pelas receitas a serem arrecadadas, considerando a meta fiscal a ser alcançada), quanto para a execução orçamentária, que deverá prosseguir ou não (contingenciamento) conforme a meta fiscal definida. Lembre-se que a execução orçamentária e o contingenciamento são realizados por decreto (decreto de programação financeira, cronograma de desembolso e contingenciamento), ou seja, também sem participação do Legislativo.

Há que se considerar, ainda, que a principal meta fiscal para a execução orçamentária é o resultado primário, ou seja, resultado positivo entre receitas e despesas, excluídos os gastos com amortização da dívida e respectivos juros. Nesse sentido, o resultado primário servirá como medidor "de como as ações correntes do setor público afetam a trajetória de seu endividamento líquido" e, ainda, avaliam "a sustentabilidade da política fiscal em um

---

[197] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, pp. 467 e seguintes.

[198] Lei de Responsabilidade Fiscal - Art. 4º § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

[199] Lei de Responsabilidade Fiscal - 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 subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

dado exercício financeiro, tendo em vista o patamar atual da dívida consolidada e a capacidade de pagamento da mesma pelo setor público no longo prazo"[200].

Em complemento, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o serviço da dívida não poderá ser contingenciado. O artigo 9º, § 2º, dispõe que não serão objeto de limitação as despesas relativas (i) às obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive o pagamento do serviço da dívida e (ii) às despesas ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias[201]. Veja-se que o serviço da dívida é classificado como obrigatório, e equiparado a outras obrigações constitucionais e legais, justamente pela citada norma. Tal norma não apenas veda o contingenciamento do serviço da dívida, como também vincula o contingenciamento e a (in)execução orçamentária ao seu pagamento.

Tem-se, portanto, uma sistemática orçamentária na qual a dívida pública é blindada da deliberação do Legislativo e o que é originalmente definido exclusivamente pelo Executivo torna-se o principal (senão o único) parâmetro de execução orçamentária, sendo também vedado o contingenciamento dessa categoria de despesa. A dinâmica orçamentária tem o pagamento da dívida pública como eixo central, sem que esse eixo seja objeto de discussão pelo Legislativo[202].

Do ponto de vista econômico, essa dinâmica visa justamente o controle do endividamento (o que não necessariamente tem se verificado na prática). Porém, da perspectiva do Estado Democrático e Social de Direito e de seus parâmetros, o conjunto de regras que permite essa dinâmica resulta bastante problemática para a legitimidade democrática do gasto público. A exclusão do Legislativo não apenas do principal item do orçamento, como também do principal parâmetro para a execução orçamentária ameaça a legitimidade do gasto público.

Fernando Facury Scaff, por exemplo, propõe uma fórmula alternativa, a partir da qual "o orçamento público poderia determinar em valores exatos quanto o Brasil pagará de juros a cada ano ou período de quatro anos (para ser compatível com o Plano Plurianual), e não, como é feito, orçar pelo 'saldo' apurado, comprimindo todas as despesas através do

---

[200] BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Metodologia de Cálculo do Superávit Primário.* Disponível em http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/resultado/mnf_gv_central.pdf. Acesso em 31/05/2014.

[201] Lei de Responsabilidade Fiscal - Art. 9º (...) § 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

[202] Essa limitação não é exclusiva do Brasil. Em diversos países, o ordenamento jurídico-constitucional atribui competência exclusiva ou restrita para dispor e determinar alguns dos créditos orçamentários, dentre os quais a dívida, inadmitindo alteração legislativa sobre eles. Há limites na Espanha, França e Grã-Bretanha, conforme ECHEVESTE, José Luis Burlada. Límites y garantías constitucionales de la Deuda pública. In LEÓN, José Maria Baño (coord.*). Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid: Centro de Estudios Politicos Constitucionales, 2016. p. 2883-2909. P. 2905.

sistema de contingenciamento, para que o *superávit* primário corresponda ao serviço *da dívida pública* a pagar"[203]. Com a mudança de mecanismo ou, ao menos, de perspectiva sobre o sistema orçamentário, "a sociedade ficaria esclarecida sobre o valor do serviço da dívida e a contração que deve ser feita para cumprir os compromissos creditícios assumidos. E a *blindagem* do serviço da dívida à deliberação e ao controle parlamentar, tal qual hoje existe, deveria ser afastada da Constituição, pois contrária aos princípios democrático e republicano"[204].

É verdade que a Lei de Responsabilidade Fiscal representou alguns avanços quanto à transparência da dívida pública na Lei Orçamentária Anual e estabeleceu que "o refinanciamento da dívida pública constará separadamente na lei orçamentária e nas de crédito adicional" (conforme artigo 5º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Para atender à pretendida separação, foi estabelecida uma fonte orçamentária específica: "a fonte 143 foi criada para registrar os recursos decorrentes de emissão de títulos que serão utilizados para o pagamento de principal da DPF, independentemente de ser uma dívida mobiliária ou contratual, enquanto a fonte 144 registra os recursos decorrentes da emissão de títulos que serão utilizados para as outras finalidades expressas na legislação"[205]. No entanto, frente à centralidade da dívida no orçamento público, ainda é restrita a possibilidade de intervenção do Legislativo.

Como se não bastasse, na execução orçamentária, o Executivo goza de predomínio absoluto, seja porque age com ampla liberdade via decretos de contingenciamento, seja porque, quanto à dívida pública, possui ampla flexibilidade na determinação do valor destinado ao seu pagamento, podendo aumentá-lo diretamente, sem intervenção do Legislativo. Tem o Executivo autorização geral para a abertura de crédito adicional para pagamento do serviço da dívida através de recursos provenientes da anulação de dotações que não foram utilizadas, de superávits financeiros, de excesso de arrecadação, dentre outras, conforme vem sendo disposto seguidamente nas Leis Orçamentárias Anuais[206].

---

[203] SCAFF, Fernando Facury. *Dívida Pública atrasa ampliação de Direitos Fundamentais e Investimento Público.* Conjur – Contas a vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais. Acesso em 22/05/2017.

[204] Ibidem.

[205] PASSOS, Antônio de Pádua Ferreira; CASTRO, Priscila de Souza Cavalcante. O Orçamento e a Dívida Pública Federal. Parte 2. Capítulo 4. In SILVA, Anderson Caputo.; CARVALHO, Lena O.; MEDEIROS, Otávio L. (Orgs.). *Dívida Pública: a experiência brasileira.* Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional / Banco Mundial, 2009, p. 230.

[206] Essa autorização consta normalmente da Lei Orçamentária Anual, sendo que na Lei Orçamentária de 2017 (Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2017):

Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares para o aumento de dotações autorizadas por esta Lei, desde que compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário fixada na lei de diretrizes

Em sentido semelhante, tem-se a autorização da Medida Provisória nº 450/2008, convertida na Lei nº 11.943/2009, que tornou permanente a possibilidade de "o Tesouro Nacional utilizar recursos orçamentários decorrentes do excesso de arrecadação e do superávit financeiro apurados em cada exercício para pagamento da Dívida Pública Federal"[207].

Assim, a reclamada flexibilidade para o Executivo gerir a dívida pública acaba por excluir o Legislativo do exercício de um controle mais efetivo: "o valor de quanto se paga de juros pela dívida pública interna e externa não tem nenhum controle parlamentar"[208]. Dessa forma, a "blindagem" sobre o serviço da dívida e a ampla flexibilidade que goza o Executivo contribuiu significadamente para a limitada atuação do Legislativo sobre o orçamento.

Cumpre registrar que essa foi uma das preocupações nos debates da Assembleia Constituinte. Na Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira, discutiu-se a necessidade de maior controle da Dívida Pública pelo Legislativo:

> **O Sr. Constituinte Naphtali Alves**: (...) minha indagação é simples, porém me preocupa, como também – tenho certeza – a toda a Nação e especialmente a todos aqueles que contribuem através dos impostos. Ela se refere às operações da dívida pública sob responsabilidade do Tesouro Nacional. Como controlá-las? Essa a minha primeira pergunta. Sabemos que o Orçamento da União, neste País, transformou-se num formalismo, deixando de ser a peça fundamental do planejamento, o instrumento maior do planejamento. Todos estamos conscientes disso. Então, analiso a participação do Conselho Monetário Nacional. Como poderíamos, através do Poder Legislativo, ter uma participação maior nessa decisão, que é importante?
> **O Sr. Nilson Holanda:** – Agradeço ao Constituinte Naphtali Alves as referências que fez. Com relação ao primeiro aspecto, concordo plenamente em que o problema da dívida pública tem de ser incorporado

orçamentárias e com os limites de despesas primárias, e que sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8o da Lei de Responsabilidade Fiscal e as seguintes condições:
I - para suplementação de despesas classificadas com "RP 0": (...)
b) relativas ao serviço da dívida, mediante a utilização de recursos provenientes de: 1. superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício de 2016; 2. anulação de dotações consignadas ao GND 2 ou GND 6; 3. reserva de contingência, inclusive à conta de recursos próprios e vinculados; 4. excesso de arrecadação de participações e dividendos pagos por entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta; 5. excesso de arrecadação oriundo da transferência do resultado positivo do Banco Central do Brasil; e 6. operações de créditos realizadas por meio da emissão de títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional.
Obs: conforme Manutal Técnico do Orçamento, despesas classificadas com "RP 0" são despesas financeiras. Esse tipo de classificação se refere ao "identificador de resultado primário", cuja "finalidade é auxiliar a apuração do resultado primário previsto na LDO (...)".

[207] PASSOS, Antônio de Pádua Ferreira; CASTRO, Priscila de Souza Cavalcante. O Orçamento e a Dívida Pública Federal. Parte 2. Capítulo 4. In SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena O.; MEDEIROS, Otávio L. (Orgs.). *Dívida Pública: a experiência brasileira.* Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional / Banco Mundial, 2009, p. 230.

[208] SCAFF, Fernando Facury. *Dívida Pública atrasa ampliação de Direitos Fundamentais e Investimento Público.* Conjur – Contas a vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais. Acesso em 22/05/2017.

> no processo de controle do Poder Executivo por parte do Legislativo, e o instrumento para isso deve ser exatamente o Orçamento. Essa foi outra distorção introduzida na gestão orçamentária no Brasil, com o superdimensionamento do orçamento monetário, ou seja, o serviço da dívida ou passou a ser incluído no orçamento monetário, ou passou a ser simplesmente escondido no chamado giro da dívida, ou seja, não se pagava a dívida porque cada vez mais se faziam novos empréstimos para cobrir as amortizações e os juros. Não havia nenhum mecanismo institucional que exigisse do Governo a inclusão do serviço da dívida no Orçamento. A consequência disso é que hoje enfrentamos um problema muito sério, porque o maior obstáculo ao equilíbrio das contas do Governo, hoje, chama-se dívida pública. (...). Acho que nessa nova regulamentação do Orçamento teríamos de deixar bastante claro que o Governo é obrigado a incluir nele o serviço da dívida de cada ano, porque esse é um gasto que tem de ser cumprido com receitas fiscais[209].

Cita-se também trechos das discussões da votação do Destaque nº 003034-87 – Emenda nº ES-21-235-4, do constituinte César Maia. Referido destaque propunha que o orçamento compreendesse dois exercícios financeiros[210]. A proposta foi rejeitada, mas, durante o debate, ficou bastante evidente a preocupação de parte dos constituintes em recuperar a participação do Legislativo nas decisões orçamentárias:

> **O Sr. Constituinte César Maia**: (...) nesta Assembléia Nacional Constituinte há um grande consenso a respeito da necessidade de o Poder Legislativo exercer na plenitude suas funções fiscalizadoras do Poder Executivo. Parlamentaristas ou presidencialistas, todos estão de acordo: o Poder Legislativo deve recuperar suas prerrogativas, entre elas a de participar decisivamente da discussão do orçamento. (...)
> **O Sr. Constituinte José Jorge**: (...) realmente um dos principais objetivos que temos nesta Constituição é restaurar as prerrogativas do Legislativo, principalmente no que toca a uma participação maior deste Poder na elaboração orçamentária.
> **O Sr. Constituinte José Serra:** (...) este capítulo do Orçamento constitui uma verdadeira redenção do Poder Legislativo quanto à sua participação no processo decisório do País, no gasto público e no desenvolvimento econômico e social da Nação. Isto é muito importante deixar claro[211].

---

[209] BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Ata de Comissões. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. 5ª Reunião. 05/05/1987. Audiência Pública - Sistema de planejamento e orçamento - Expositor: Nilson Holanda - Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 19/06/1987. Suplemento 80, p. 153. Disponível em https://goo.gl/BGSyPD. Acesso em 22/05/2017.

[210] O texto porposto era o seguinte: "O orçamento compreenderá dois períodos financeiros. Até quatro meses antes do início de cada período financeiro, o Executivo enviará ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária compreendendo a versão final ajustada do orçamento para o período seguinte e o orçamento proposto para o período subsequente." (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Sistematização III. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C"). Disponível em https://goo.gl/FbGe7L. Acesso em 20/05/2017.)

[211] Trechos do Debate durante a votação do Destaque nº 003034-87 – Emenda nº ES-21-235-4, do Sr. César Maia. Conforme BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Sistematização III. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C"). Disponível em https://goo.gl/LTjbXF. Acesso em 20/05/2017.

Também na Constituinte foi sugerida nova redação para constar a exigência de que "a lei orçamentária anual fixe o montante de recursos financeiros destinados ao atendimento do serviço da dívida pública interna e externa"[212].

Mais recentemente, durante os debates da CPI da Dívida Pública, percebeu-se o afastamento do Poder Legislativo das decisões sobre a dívida pública, tanto que diversas das recomendações que constaram no Relatório final chamam a atenção para a necessidade de atuação parlamentar. Destacam-se algumas delas:

> - O Parlamento deve continuar a discutir o papel dos capitais estrangeiros na formação da poupança.
> - Devemos continuar defendendo a democratização do acesso à informação sobre as contas públicas e a autorização legislativa, sem exceções, para o uso dos recursos do Orçamento. Assim, Congresso e sociedade poderão acompanhar a aplicação das receitas públicas e avaliar a condução da política fiscal.
> - Constatamos a necessidade de que seja aprovado o Projeto de Resolução 84, de 2007, do Senado Federal, que dispõe sobre o limite global para o montante da dívida consolidada da União.
> - Nessa mesma linha de ação, e de forma a fortalecer o papel do Congresso, tanto como Poder legislativo, quanto instrumento de controle social, desde já esta CPI se associa à disposição do Deputado PAULO RUBEM SANTIAGO, de propor uma Lei de Diretrizes Monetárias e Cambiais.
> - Somos favoráveis a que se exija prévia autorização orçamentária para o uso dos recursos derivados da emissão de títulos, qualquer que seja a forma de emissão e qualquer que seja a despesa que financie. Estamos propondo inclusão de dispositivo com esse comando na LRF (no mesmo art. 5º).
> - Outra alteração da Lei 9.496/97 sendo proposta requer o encaminhamento para a Comissão Mista de Orçamento, todo mês, de demonstrativo da execução dos contratos de renegociação da dívida dos Estados[213].

Portanto, a preocupação com a atuação do Legislativo não é uma novidade. Decorre de toda a construção do orçamento como forma de mútuo controle entre os poderes na eleição das prioridades do gasto público. A ausência de abertura de espaços para que o Legislativo delibere sobre a dívida pública remonta a períodos anteriores à Constituição de 1988. A atual Constituição, como apontou o então Constituinte José Serra, pretendeu "uma verdadeira redenção do Poder Legislativo quanto à sua participação no processo decisório do País". Porém, esse segue sendo um dos aspectos mais sensíveis da Constituição Financeira.

---

[212] BRASIL. Câmara dos Deputados. Despacho 04/05 3A do Poder Legislativo. Sugestão: 02097 DT REC: 29/04/87. Autoria do Constituinte Gerson Camara (PMDB/ES). Disponível em http://www6g.senado.gov.br/apem/data/SGCO/2093.html. Acesso em 21/05/2017.

[213] BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI da Dívida Pública. Relatório Final. Relator Deputado Pedro Novais. Maio de 2010. Disponível em https://goo.gl/jwnP3p. Acesso em 10/10/2017.

A emergência econômica certamente tem uma especial influência na exclusão do Legislativo da elaboração orçamentária. Além da reclamada flexibilidade para o Executivo conduzir a gestão da dívida pública, há uma percepção de que o Legislativo não é capaz de deliberar sobre o tema, dado o seu suposto "aspecto técnico", ainda que isso, paradoxalmente, limite significativamente o exercício de parte daquela que é sua principal função: deliberação e controle orçamentário.

A limitada atuação do Legislativo tem lastro em uma visão "procedimental" do orçamento ou, ainda, em uma visão pretensamente "neutra" da própria Constituição Financeira, segregando-a da ordem econômica e social[214]. Nessa perspectiva, a dívida pública configura-se como uma decisão meramente técnica, restrita aos órgãos executivos de gestão orçamentário-financeira, excluindo-a, portanto, da deliberação política. O resultado é que o Legislativo pouco diz sobre um dos principais (senão o principal) conflitos distributivos no âmbito do orçamento. Nazaré da Costa Cabral constata que a forma de orçamentação se transformou numa tarefa administrativa que envolve "um conjunto de atores que constituem a máquina burocrática do Estado, ou que com eles se relacionam de forma direta ou indireta"[215]. Nega-se, assim, a funcionalidade das Finanças Públicas como forma de transformação da sociedade, rejeita-se a discricionariedade orçamentária e a pretensão de ativismo financeiro e apenas uma pequena parte do Orçamento se traduz em verdadeiras alterações, em decisões de transformação política do *status quo*.

Ademais, tende-se a uma concepção de que a dívida pública representa um mero instrumento particular que regulamenta interesses de credor e devedor, e não um amplo mecanismo de política pública, envolto, portanto, em interesse público e que deveria ser submetido ao controle jurídico-político[216]. Há uma fuga para o direito privado, a partir do qual os credores da dívida pública constrangem a capacidade de processamento dos mais diversos interesses sociais envolvidos com a assunção de endividamento pelo Estado.

---

[214] Para uma crítica sobre a pretensa neutralidade da Constituição Financeira e a limitação da intervenção estatal, vide BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica.* Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Suplemento. Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006.

[215] CABRAL, Nazaré da Costa. *Programa e decisão orçamental: da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 375.

[216] Para um debate sobre a natureza do empréstimo público, vide ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed. 2007; ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973; e CAMPOS, Francisco. Orçamento - natureza jurídica - lei material e lei formal - exposição e crítica da doutrina de Leband - direito comparado - elevação do impôsto de vendas e consignações em São Paulo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 447-467. Rio de Janeiro, out. 1948.

Reduzem-se, nessa medida, os espaços para o "exercício das tensões sociais e para a administração democrática das mesmas"[217].

Paradoxalmente, cria-se um regime de direito privado que prevalece sobre o regime público. A "contratualização" da dívida pública que a submete a um regime privado acaba por garantir seu pagamento prioritário, em face do princípio da *pacta sunt servanda*. Ao contrário, os demais gastos públicos (primários – ou seja, todos os demais excluídos aqueles com o serviço da dívida), seja com direitos fundamentais (que em tese possuiriam posição privilegiada na Constituição), seja com infraestrutura, são tratados do ponto de vista de um regime público, cuja flexibilidade é ampla e o descumprimento orçamentário-legal é mais facilmente aceito pelo sistema posto. O regime jurídico de direito privado certamente se tornou mais seguro do que o regime jurídico de direito público, ao menos para a execução do gasto. A flexibilização do regime privado significa o temido calote, a moratória, com grave repercussão jurídica, política e econômica; a flexibilização do regime público e constitucional é juridicamente aceita, politicamente permitida e, dessa perspectiva, economicamente desejável.

Com a restrita possibilidade de intervenção do Legislativo no debate sobre a dívida pública, exclui-se, por tabela, toda a sociedade. Nesse sentido é a crítica de Elida Graziane Pinto:

> Sem instrumentais normativos tomados à seara publicística, toda a administração da dívida pública fica refém de uma descontrolada acumulação primitiva de capital por parte dos credores, os quais mal reconhecem estarem submetidos a um ordenamento constitucional com primazia sobre todas as esferas da vida social e econômica. (...) [há] verdadeira interdição do debate sobre a necessidade de reformular as condições (como o são perfil do indexador, vinculação estreita com a política monetária, prazo de recuperação dos títulos etc.) de gestão da dívida pública brasileira[218].

Não se defende aqui o simples não pagamento da dívida e o descumprimento contratual pela Administração Pública. A crítica é no sentido da submissão quase que irrestrita de todos os gastos a ela, sem que sobre isso seja possível um debate legislativo e democrático. Como aponta Leda Paulani, a "colocação da dívida pública como um problema gerado pela impaciência da sociedade (que quer andar mais rápido do que permitem as condições concretas) (...) cria um ambiente em que o questionamento da política econômica

---

[217] PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 358.
[218] Ibidem, p. 360.

toma ares de crime de lesa-pátria, de coisa de irresponsáveis"[219]. Há, assim, uma espécie de "interdição do debate" sobre as condições dessa submissão irrestrita dos demais gastos ao pagamento da dívida. O endividamento não pode ser uma questão meramente matemática, mas deve levar em conta os diversos parâmetros jurídicos, sociais e econômicos em questão[220], e um dos principais espaços desse debate deveria justamente ser o Legislativo.

Discussão semelhante tem sido feita na União Europeia desde a recente crise. Em muitos países da Europa, com o processo de integração e a adoção de novas regras de governança, a participação do Legislativo na elaboração do orçamento também está em xeque.

Dentre as medidas que já vinham sendo adotadas em âmbito fiscal, o Pacto de Estabilidade e Crescimento de 1997, parte da terceira fase da União Econômica e Monetária, teve por objetivo garantir a manutenção da sanidade das finanças públicas por parte dos países da UE após a introdução da moeda única. O Pacto de Estabilidade e Crescimento envolveu, originalmente, um conjunto de regras formado por uma resolução e dois regulamentos do Conselho Europeu. Com o aprofundamento da crise, modificaram-se as regras do Pacto de Estabilidade, especialmente em relação às finanças públicas dos Estados-membros, fortalecendo a supervisão supranacional.

Nesse contexto, destacam-se o "Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária" (TECG), que continha o denominado "Pacto Orçamentário" (ou Pacto Orçamental[221]); e dois outros pacotes de legislação que alteraram o Pacto de Estabilidade e Crescimento e que ficaram conhecidos por *Six Pack* e *Two Pack*. Os pacotes de reforço das "regras de governança" (oito regulamentos e um tratado internacional) estão diretamente relacionados à crise econômica e financeira de 2008. Em breve resumo, o *Six Pack* "introduziu um sistema para monitorar as políticas econômicas em sentido *lato*, de modo a detectar problemas como as bolhas no mercado imobiliário ou a queda precoce da competitividade" [222]; já o *Two Pack* envolveu um "novo ciclo de monitorização para a área do euro, com a apresentação, por parte dos países, exceto aqueles com programas de ajustamento macroeconômico, dos seus projetos de planos orçamentários

[219] PAULANI, Leda. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 65.
[220] Vide SCAFF, Fernando Facury; ATHIAS, Daniel Tobias. Dívida Pública e Desenvolvimento: do equilíbrio orçamentário à sustentabilidade financeira. *Revista Científica FAGOC-Jurídica*, v. 1, n. 1, p. 85-96, 2016.
[221] Conforme denominação no português de Portugal.
[222] EUR-LEX. Glossário. Pacto de Estabilidade e Crescimento. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability_growth_pact.html?locale=pt. Acesso em 05/05/2017.

à Comissão Europeia no outono de cada ano"[223]. Por último, o Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governação de 2012, que continha o Pacto Orçamentário, "introduziu disposições de natureza orçamentárias mais rigorosas do que o Pacto de Estabilidade e Crescimento"[224]. As medidas são brevemente resumidas na tabela 1.

Embora já houvesse normas relativas à governança macroeconômica na União Europeia antes da crise, é certo que, após ela, houve um reforço desse aspecto. Antes do *Six Pack*, a estabilidade orçamentária já pressupunha um controle da política orçamentária dos Estados membros; posteriormente a ela, ficou mais evidente sua influência na política econômica e seus resultados, incidindo diretamente sobre todas as medidas materiais adotadas pelos Estados[225]. As reformas impuseram também a adoção de um novo conceito de estabilidade orçamentária.

Diferentemente do antigo princípio do equilíbrio, ao enquadrar-se no projeto de moeda única europeia, referido princípio não se limita apenas à elaboração do orçamento ou a seus resultados, mas passou a se constituir como um instrumento de coordenação de políticas econômicas no âmbito europeu. Esse novo marco jurídico afeta tanto os resultados orçamentários (dívida e déficit) quanto os procedimentos orçamentários. Tais procedimentos ficam incorporados a um nível comunitário, do que decorre uma crescente "interferência da União Europeia nas medidas materiais a serem adotadas pelos Estados-membros[226]. Se, de um lado, as medidas foram justificadas como necessárias para responder à grave crise que tomou conta da Europa; de outro lado, elas também foram objeto de duras críticas, seja pela forma como foram conduzidas e impostas aos países-membros, seja pelos efeitos que geraram nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais.

Uma das principais críticas é a de que as regras de governança macroeconômica adotadas pela União Europeia refletiram essencialmente uma posição hegemônica da Alemanha, e não um acordo coletivo dos países do bloco.

---

[223] Ibidem.

[224] Ibidem. Vide também CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, n. 165, pp. 57-86. Madrid, julio-septiembre, 2014.

[225] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *La estabilidad presupuestaria en la Constitución española*. In V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale: "*La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*", 2012. Disponível em http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Violeta.pdf. Acesso em 05/08/2015, p. 04.

[226] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, n. 41. 2012.

Tabela 1. Pacotes de normas europeias de governança macroeconômica e estabilidade orçamentária

Pacote de medidas	Principais aspectos	Normas	Objeto
***Six pack* (13 de dezembro de 2011)**	Previsão de instrumentos para a supervisão das políticas orçamentárias dos Estados-Membros (vertente preventiva) e a correção de déficit excessivo (vertente corretiva).	Regulamento nº 1175/2011	Reforço da supervisão orçamentária
		Regulamento nº 1177/2011	Aceleração do procedimento de déficit excessivo
		Regulamento nº 1173/2011	Regime de sanções
		Regulamento nº 1176/2011	Supervisão dos desequilíbrios macroeconômicos
		Regulamento nº 1174/2011	Correção dos desequilíbrios macroeconômicos e regime de sanções
		Diretiva nº 2011/85	Regras específicas relativas ao quadro orçamentário dos estados-membros
Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária" (TECG) (12 de março de 2012)	Pacto Orçamental, que regulamenta dois aspectos principais: correção do déficit (princípio da estabilidade orçamentária) e correção da dívida (princípio da sustentabilidade).	Artigo 3º (limite de déficit)	Compromisso ao orçamento equilibrado (limite de déficit estrutural de 0,5 % do PIB)
		Artigos 4º e 6º (limite da dívida)[227]	Limite máximo da relação entre dívida pública e PIB de 60 %. Em caso de excesso, deve ser reduzida a uma taxa média de um vigésimo por ano. Submissão do plano de emissão de dívida pública ao Conselho da União Europeia e à Comissão Europeia.
***Two pack* (21 de maio de 2013)**	Reforçar a governança econômica na área do euro, prevendo calendários orçamentários comuns e regras para acompanhar e avaliar os planos orçamentários dos Estados-Membros. Normas para Estados-Membros em graves dificuldades.	Regulamento 473/2013	Avaliação dos projetos orçamentários e correção do déficit excessivo
		Regulamento 472/2013	Supervisão dos estados-membros em graves dificuldades

Fonte: elaborado pelo autor[228].

[227] Para o limite de déficit trazido pelo TECG/Pacto Orçamentário, foi previsto um alcance a médio prazo, sendo possível "desviar-se temporariamente do respetivo objetivo de médio prazo ou da respetiva trajetória de ajustamento apenas em circunstâncias excecionais" (artigo 3º, 1, 'c´ do TECG). Entende-se por "circunstâncias excecionais" o caso de ocorrência excepcional não controlável pela Parte Contratante em causa e que tenha um impacto significativo na situação das finanças públicas ou períodos de recessão económica grave tal como constam do Pacto de Estabilidade e Crescimento revisto, desde que o desvio temporário da Parte Contratante em causa não ponha em risco a sustentabilidade das finanças públicas a médio prazo (conforme artigo 3º, 3, 'b', do TECG).

[228] Elaborado conforme informações obtidas em EUROPA. Parlamento Europeu. Fichas Técnicas sobre a União Europeia. O quadro da UE para políticas orçamentais. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.1.html. Acesso em 19/05/2017; SOARES, António Goucha. A reforma da governação económica da UE: O colete de regras europeias. *Relações Internacionais*, n. 48, pp. 79-97. Lisboa, dez. de 2015; RUIZ ALMENDRAL, Violeta. La estabilidad presupuestaria en la Constitución española. In: *V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto*

A imposição para que os países-membros da zona do Euro, em especial os "devedores", adotassem regras constitucionais de redução do déficit público e de prioridade no pagamento das dívidas revelariam uma preferência alemã por medidas automáticas e vinculantes de controle e aplicação de sanções, reduzindo a "autonomia constitucional dos Estados-membros"; uma "europeização" das disposições constitucionais alemãs[229].

A Alemanha realizou suas reformas constitucionais antes mesmo do Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária (TECG). Denominadas de I e II Reformas do Federalismo, as alterações na Constituição Alemã ocorreram em 2006 e 2009: a primeira, revisando o sistema constitucional de distribuição de competências legislativas, e a segunda, centrada nos aspectos financeiros da Constituição[230]. As modificações feitas na segunda reforma constitucional, em especial nos artigos 109 e 115, posteriormente inspiraram a redação da norma europeia acerca dos limites de dívida e déficit, incluídas no Pacto Orçamentário (parte do Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança da União Econômica e Monetária, assinado em 12 de março de 2012)[231]. Daí a crítica de que o modelo constitucional alemão fora transferido para a União Europeia e, depois, para as constituições nacionais[232]. Antonio Avelãs Nunes afirma que o *Tratado Orçamental* é um modelo político de marca alemã, aprovado à porta fechada e que transformou em normas jurídicas pontos de vista doutrinários em matéria de política econômica[233]. Na mesma linha são as críticas de que a constitucionalização desse modelo derivou não de um compromisso a favor do melhor funcionamento da democracia, mas de uma opção a favor da maior rigidez na proteção de determinadas políticas macroeconômicas e fiscais, cujo objetivo essencial e quase único passou a ser a estabilidade orçamentária[234].

---

costituzionale: "La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale", 2012. Disponível em http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Violeta.pdf. Acesso em 05/08/2015.

[229] CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 165. Madrid, julio-septiembre, 2014, p. 64.

[230] GONZÁLEZ, Eva María Cordero. La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la federación y los länder. *Teoría y realidad constitucional* nº 29, 2012 pp. 289-324.

[231] FABBRINI, F. The fiscal compact, the 'golden rule' and the paradox of European federalism. *Boston College International & Comparative Law Review*, v. 36, n. 1, 2013, p. 8.

[232] CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 165. Madrid, julio-septiembre, 2014, p. 66.

[233] NUNES, António José Avelãs. Setenta anos depois da derrota do nazi-fascimo, 'na Europa fala-se alemã'. *In*: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto *et. al*. *Progresso e regresso político: a democracia em risco.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 180.

[234] CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 165. Madrid, julio-septiembre, 2014, p. 73. O autor aponta que, para além da ideologia ortodoxa alemã, há outros argumentos a favor da

A partir das alterações alemãs e do TECG, os países membros passam a internalizar as regras trazidas pelo Pacto Orçamentário. O próprio Tratado, visando garantir a efetividade das medidas, determinou que as normas deveriam produzir "efeitos no direito nacional das Partes Contratantes o mais tardar um ano após a entrada em vigor do presente Tratado, através de disposições vinculativas e de caráter permanente, de preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais" (conforme artigo 3º, 2, TECG).

Diversos países procederam a reformas de suas Constituições, a exemplo de Espanha, Itália, Alemanha, Eslováquia e Hungria[235]. Outros países inseriram as reformas em normas infraconstitucionais, alguns dos quais em leis orgânicas consideradas parte do "bloco constitucional"[236/237]. Ou seja, as novas normativas adotadas em âmbito europeu impuseram modificações relevantes nos sistemas nacionais orçamentários, inclusive no nível constitucional.

A Espanha foi um dos países que incorporou em seu ordenamento jurídico de maneira mais completa e com maior rigor as normativas europeias. A alteração do artigo 135 da Constituição Espanhola (reforma de 27 de setembro de 2011) e a "constitucionalização do

constitucionalização: os efeitos sistêmicos gerados pelas decisões de cada país e o aspecto de justiça intergeracional justificariam a constitucionalização e europeização dessas regras. Tais argumentos são questionáveis, segundo o mesmo autor, sendo certo que mal foram discutidos em razão dos processos de constitucionalização de muita rapidez e escassa qualidade.

[235] Para o quadro geral sobre a internalização das reformas orçamentárias dos países membros da União Europeia, vide EUROPEAN COMISSION. The Fiscal Compact – Taking Stock. Disponível em https://ec.europa.eu/info/publications/fiscal-compact-taking-stock_en. Acesso em 13/06/2017.

[236] Na França, por exemplo, a despeito da impossibilidade política de modificação da Constituição, as regras de estabilidade orçamentária foram incluídas em uma Lei Orgânica (*Loi organique nº 2012-1403, 17 Decembre 2012*), que faz parte do "bloco constitucional", apto, portanto, a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Assim, o Conselho Constitucional francês decidiu que a constitucionalização do equilíbrio orçamentário seria desnecessária, sendo suficiente sua inclusão numa lei orgânica (*Décision n° 2012-653*) (FASONE, Cristina. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/37. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/08/LAW_2015_37.pdf. Acesso em 04/04/2016, p. 07-08).

[237] Em Portugal também não se conseguiu a aprovação de emenda constitucional razão pela qual as reformas foram introduzidas na Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 151/2015), que, entretanto, menciona que a política orçamentária portuguesa "resulta da Constituição da República Portuguesa e das disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, do Pacto de Estabilidade e Crescimento em matéria de défice orçamental e de dívida pública e, bem assim, do disposto no Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação da União Económica e Monetária" (artigo 6º da Lei nº 151/2015). Assim, embora não tenha sido uma reforma constitucional, as regras impactaram profundamente o processo orçamental português, uma verdadeira mudança de "paradigma da Lei de Enquadramento Orçamental" (Vide SARMENTO, Joaquim Miranda. A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental. *Revista JULGAR* – online. Setembro de 2015. Disponível em http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/. Acesso em 23/03/2017, p. 05).

limite do déficit" é um bom exemplo para se compreender a "autêntica transformação do Direito Financeiro e, em particular, do Direito do gasto público e do papel do orçamento"[238].

Antes mesmo da crise, o regime jurídico do gasto público espanhol já vinha sendo alterado. Havia uma espécie de pacto interno de estabilidade (leis de estabilidade aprovadas em 2001), cuja compatibilidade com a Constituição já havia sido até objeto de discussão no Tribunal Constitucional (conforme decisão STC 134/2011, de 20 de julho de 2011)[239]. Com a reforma do artigo 135 da Constituição Espanhola, ocorrida em 2011 e em um dos momentos mais drásticos da crise, aprofundam-se as modificações em curso no âmbito do Direito Financeiro espanhol: "o novo artigo 135 (...) pressupôs uma transformação da Constituição Espanhola, tanto no orçamento como na própria repartição de competências financeiras (...) e finalmente na dívida pública como recurso para financiamento do Estado"[240]. A despeito de sua função não ser exatamente inovadora (em parte já cabia ao artigo 135, em sua antiga redação), a nova redação foi também uma reforma para "acalmar os mercados"[241], fato que transparece a influência da emergência econômica no contexto europeu.

Na nova redação da Constituição espanhola, destaca-se a exigência de que "todas as Administrações Públicas" adequem sua atuação ao princípio da estabilidade orçamentária, de forma que este recaia não apenas sobre o Governo central, mas sobre os entes subnacionais. Tal aspecto, aliás, é comum nos demais países em que há entes subnacionais com autonomia (ou um sistema federativo), tais como Itália e Alemanha.

A nova redação da norma constitucional espanhola delegou, ainda, competência para que uma "lei orgânica"[242] estabelecesse os percentuais máximos de déficit e de dívida em

---

[238] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, n. 41. 2012, p. 103.

[239]RUIZ ALMENDRAL, Violeta. CUENCA, Alain. Reforma de la Constitución y del modelo de federalismo fiscal en España. In RUSSO, Anna Margherita (ed.). *Los escenarios móviles del derecho regional europeo. Reflexionando en el palácio de Godoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2015, pp. 118-119. Os autores apontam que depois da modificação constitucional, sobrevieram outras manifestações da Corte Constitucional espanhola no mesmo sentido, embora todas analisassem a legislação anterior à reforma (conforme SSTC 157/2011, de 18 de outubro; 187, 188 y 189, todas elas de 23 de novembro de 2011; 195, 196, 197, 198 y 199, todas de 13 de dezembro de 2011; 203/2011, de 14 de dezembro).

[240] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional (Fiscal Compact and Constitutional Reform in Spain). *REDE nº 41*. Enero-Marzo –2012, p. 36.

[241] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, n. 41. 2012, p. 103. Destaca-se, ainda, que a constitucionalização do princípio da estabilidade orçamentária pode representar uma ampliação da competência do Tribunal Constitucional sobre as questões orçamentárias, alterando a dinâmica orçamentária. Ao se tornar constitucional o equilíbrio orçamentário, seus desdobramentos passam a se submeter ao controle do Tribunal Constitucional, inclusive quanto, por exemplo, às situações excepcionais que autorizam a inobservância dos limites de dívida e gasto.

[242] Segundo a Constituição Espanhola (artigo 81), leis orgânicas são aquelas relativas ao desenvolvimento dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, além daquelas relativas à aprovação de Estatutos de Autonomia

relação ao produto interno bruto, bem como regulamentasse o princípio da estabilidade orçamentária, tratando da distribuição dos limites entre os entes subnacionais, da metodologia de cálculo e das sanções. Obviamente, essa regulamentação já estava delimitada pelas normativas europeias, muitas das quais seriam tão somente internalizadas.

A Lei Orgânica de Estabilidade Orçamentária e Sustentabilidade Financeira foi aprovada em abril de 2012 (LOEP, na sigla em espanhol, para *Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, correspondente à *Ley Orgánica 2, de 27 de abril de 2012*), sendo posteriormente modificada em 2012 e 2013. Cabe ressaltar que as modificações na LOEP intensificaram a disciplina fiscal e endureceram o regime de sanções[243]. Os principais aspectos da legislação espanhola estão resumidos na tabela 2.

A aplicação da LOEP espanhola exige participação fundamental do Ministério da Fazenda e Administração Pública e também da Autoridade Independente de Responsabilidade Fiscal, criada posteriormente pela *Ley Orgánica 6/2013, de 14 de novembro de 2013 (LOAIRF)*, o que demonstra uma aproximação a órgãos executivos e um afastamento dos órgãos legislativos de controle. Tal Autoridade configura-se como ente de Direito Público com personalidade jurídica própria, dotada de independência funcional perante as Administrações Públicas (artigo 1º da LOAIRF), cuja finalidade é garantir o cumprimento efetivo do princípio da estabilidade orçamentária previsto no artigo 135 da Constituição Espanhola, mediante avaliação do ciclo orçamentário, do endividamento público e análise das previsões econômicas (artigo 2º). A criação da AIRF é uma das exigências da União Europeia e causou inclusive confusão institucional sobre a divisão de competências entre os órgãos de controle[244].

Assim como no Brasil, na Europa, há uma crítica à ausência de qualidade, de participação e de pluralidade no debate sobre as medidas tomadas em resposta à crise. Como pontua Thomas Beukers, embora haja bastante divergência sobre as propostas adequadas para combater a crise, há um consenso geral entre os juristas sobre os muitos problemas democráticos associados a estas propostas[245].

---

e regime eleitoral, devendo ser aprovadas por maioria absoluta do Congresso. O artigo 135, que trata da estabilidade orçamentária, exigiu lei orgânica para que se regulassem as disposições relativas ao tema.

[243] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. CUENCA, Alain. Reforma de la Constitución y del modelo de federalismo fiscal en España. In RUSSO, Anna Margherita (ed.). *Los escenarios móviles del derecho regional europeo. Reflexionando en el palácio de Godoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2015, p. 125.

[244] Ibidem p. 123.

[245] BEUKERS, Thomas. Legal Writings on the Eurozone Crisis. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/11*. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/04/LAW_2015_11-Beukers.pdf. Acesso em 05/04/2016.

Tabela 2. Disposições da Lei Orgânica de Estabilidade Orçamentária e Sustentabilidade Financeira da Espanha

Norma	Conteúdo	Considerações e desdobramentos	Referência
Princípio da Estabilidade Orçamentária	Equilíbrio ou superávit estrutural (anual) entre receitas e despesas.	Vedação ao déficit como regra geral. Exceção em caso de reformas estruturais de longo prazo (limite de 0,4% do PIB nacional), considerando-se em conjunto todos os entes e respeitada a normativa europeia ou em caso de catástrofes naturais, recessão econômica grave ou emergência extraordinária (aprovada pelo Congresso).	Artigos 3º e 11
Princípio da Sustentabilidade Financeira	Capacidade do ente de financiar compromissos presentes e futuros, dentro dos limites de déficit e dívida (refere-se ao pagamento e rolagem da dívida e dos demais gastos).	O limite de dívida é de 60% do PIB para toda a Administração Pública, com as seguintes subdivisões: 44% para Administração Central; 13% para comunidades autônomas; 3% para corporações locais.	Artigos 4º e 13
Regra do gasto	Variação do gasto público não poderá exceder o crescimento do PIB a médio prazo	Aplicável a todos os entes. Exceção no caso de desequilíbrio estrutural das contas públicas, devendo o gasto, nesses casos, adequar-se aos planos econômico-financeiros e de reequilíbrio.	Artigo 12
Prioridade absoluta no pagamento da dívida	Créditos para pagamento da dívida e juros pressupõem-se incluídos no orçamento, não podendo ser objeto de emenda e modificação. Gozam de prioridade absoluta frente a outros gastos.	Pagamento da dívida pública e respectivos juros são elevados ao patamar máximo de prioridade no gasto público.	Artigo 14 (também no artigo 135.3 da Constituição Espanhola)
Coordenação e controle no sistema autonômico	Ministério da Fazenda propõe a divisão dos limites dos entes nacionais, observadas as normativas europeias e índices econômicos, e efetua medidas de acompanhamento e prevenção em relação aos limites de déficit e dívida dos entes subnacionais.	Medidas de prevenção: vedação de novas operações de crédito (para o caso de 95% do limite máximo) e advertência. Medidas de retorno: autorização do governo central para todas as operações de endividamento, elaboração de um plano econômico-financeiro e de reequilíbrio.	Artigos 15 a 24
Sanções	Medidas coercitivas e de cumprimento forçado, estabelecidas aos entes subnacionais em caso de descumprimento do plano econômico-financeiro e dos princípios da estabilidade e sustentabilidade.	Medidas coercitivas: assunção das competências normativas tributárias das comunidades autônomas em relação aos tributos cedidos; exigência de depósito de percentual do PIB por solicitação do Ministério da Fazenda; intervenção de comissão de *experts* para avaliar a situação econômico-orçamentária.	Artigo 25
		Caso insuficientes, são adotadas medidas de cumprimento forçado para observância de uma das sanções (devem ser aprovadas pelo Senado, por maioria absoluta). Descumprimento pode ser considerado ainda "*gestión gravemente dañosa para los intereses generales*".	Artigo 26

Fonte: elaborado pelo autor

Conforme se apresenta a seguir, grande parte das críticas ao déficit democrático das medidas se referiram às restrições aos Parlamentos (nacional e também comunitário) e à sua incapacidade e/ou impossibilidade de intervenção. As críticas se desdobram, ainda, em dois aspectos: primeiro, relativamente ao caráter emergencial das medidas orçamentárias e de

transformação do Direito Financeiro e que foram pouco debatidas em âmbito nacional e supranacional; segundo, uma preocupação quanto ao futuro, sobre qual passa a ser o papel do Legislativo no tocante às decisões orçamentárias. A princípio, as reformas deixam ao Legislativo um papel cada vez mais restrito em relação a tais decisões[246].

Entende-se que, em larga medida, o nível de participação do Legislativo dependerá de sua relação com o princípio do equilíbrio orçamentário, constitucionalizado em diversos países e ponto central da integração orçamentário-financeira. A questão é saber em que medida conseguirá o Parlamento intervir no debate sobre o equilíbrio orçamentário, sobre os limites de dívida e déficit, uma vez que o orçamento será moldado a partir desse eixo. No Brasil, como visto, há uma considerável limitação do Legislativo nesse debate. Na União Europeia, parece haver um quadro semelhante.

Não se tem dúvidas de que a incorporação do princípio constitucional do equilíbrio orçamentário muda a dinâmica orçamentária na comunidade europeia. Cria-se com ele uma "fase zero no ciclo orçamentário": além das fases de elaboração, aprovação, execução e controle, tem-se uma fase prévia em que se delimita o objetivo de equilíbrio orçamentário, que será respeitado na posterior elaboração e aprovação do orçamento. Isso implica que "antes" da elaboração do orçamento será fixado o limite de gasto não financeiro que o orçamento deve respeitar. Referido limite é indicado pelo Ministério da Economia e Fazenda (via de regra) e proposto pelo Governo, com observância das previsões do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia[247]. Há aqui alguma similaridade com as metas de resultado fiscal estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias brasileira.

Na Europa, os limites são remetidos ao Parlamento, onde devem ser aprovados (se rechaçados, o governo deverá fazer nova proposta). Com essa fase prévia, anterior ao ciclo orçamentário clássico, o Legislativo ganha uma nova função: adianta-se o debate parlamentar a uma fase em que antes não havia participação do órgão. Não se trata apenas de uma mudança procedimental, uma vez que o estabelecimento de limites de dívida e déficit, prévio à decisão orçamentária, pode esvaziar as decisões políticas que seriam tomadas no Parlamento, substituindo-as por indicadores econômicos[248].

---

[246] FASONE, Cristina. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/37. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/08/LAW_2015_37.pdf. Acesso em 04/04/2016, p. 01.

[247] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. Madrid: La Ley, 2008, p. 240.

[248] Vide RUIZ ALMENDRAL, Violeta. La estabilidad presupuestaria en la Constitución española. In*: V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale:* "*La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*", 2012. Disponível em http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Violeta.pdf. Acesso em 05/08/2015, p. 21.

Como dito, as mudanças decorrentes da integração europeia e dos novos limites orçamentários colocam uma interrogação sobre o futuro papel do Legislativo: abre-se um novo espaço de participação parlamentar ou se enterram de vez as possibilidades de sua atuação no orçamento.

As consequências da introdução da denominada "regra de ouro"[249] sobre a relação Executivo e Legislativo e, mais destacadamente, sobre o papel do Parlamento, pode depender muito do papel que já era exercido no âmbito orçamentário. Se o Legislativo atuava efetivamente na elaboração orçamentária ("*decision-maker*"), a introdução da "regra de ouro" tende a fortalecer o papel do Executivo em detrimento do Parlamento. De outro lado, se era baixa a capacidade de decisão durante a elaboração, mas há poderes de controle e fiscalização na execução, pode-se até esperar que o Legislativo tenha mais um elemento para se fazer ouvir, embora, nesse segundo modelo, as consequências dependam das condições políticas e sejam mais difíceis de previsão[250].

Há, ainda, quem identifique de forma mais conclusiva que as reformas levadas a cabo a partir da União Europeia representam uma ameaça ao modelo democrático até então constituído. Álvaro Bereijo identifica que, embora o orçamento estivesse no centro do debate sobre a crise, há uma perda da importância política do debate parlamentar de aprovação do orçamento (como ato de autorização), em favor do Executivo. Para o autor, essa crise é decorrente de uma "racionalização" do procedimento parlamentar, com pouca possibilidade de intervenção, prazos curtos, voto em bloco de matérias e de limitações ao direito de emendar e interferir no orçamento elaborado pelo Governo[251]. Fernando Losada aponta que os novos procedimentos de coordenação orçamentária, embora voltados a alcançar um objetivo comum entre os países membros, não trazem mecanismos suficientes de pesos e contrapesos, de modo que a decisão orçamentária, uma das mais relevantes em termos de soberania nacional, fica com sua legitimidade democrática ameaçada. Na tentativa de prevenir crises, houve uma opção em dar mais efetividade aos mecanismos de coordenação. Porém, essa opção sacrifica a legitimidade democrática, concentrando poderes em órgãos

---

[249] Sobre a denominada "regra de ouro", é importante esclarecer que no contexto europeu o termo (*golden rule; regla de oro*) está relacionado aos limites de déficit e dívida em relação ao PIB, visando o equilíbrio orçamentário exigido aos Estados-membros desde principalmente o Pacto Orçamentário (parte do Tratado intergovernamental sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária, assinado em 12 de março de 2012).

[250] FABBRINI, Fabricio. The fiscal compact, the 'golden rule' and the paradox of European federalism. *Boston College International & Comparative Law Review*, v. 36, n. 1, 2013, p. 15.

[251] BEREIJO, Álvaro Rodríguez. Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional. In: *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Associación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2015. pp. 157-218, p. 164.

executivos (*executive dominance*) e transferindo poder para instituições independentes (Comissão Europeia e Banco Central - *non-majoritarian institutions*)[252].

No mesmo sentido, essa opção indicaria a "falta de densidade democrática do espaço público europeu"[253], cuja consequência é a incapacidade de resposta das cidadanias nacionais, a limitação da ordem constitucional interna e o risco de continuidade dos pactos constituintes nacionais (baseados no Estado Social e na intervenção pública sobre a economia)[254].

Ainda que não seja possível uma conclusão definitiva sobre o futuro da participação legislativa e da legitimidade das decisões orçamentárias, já se aponta uma transformação no papel do Legislativo: as decisões orçamentárias são cada vez mais urgentes e exigem cada vez mais rapidez; o orçamento está cada vez mais focado no eixo do equilíbrio orçamentário; há uma nova fase decisória, prévia à própria alocação de despesas (e determinante para esta); há uma transferência das decisões para o âmbito supranacional e para instituições "técnicas"/não democráticas. No contexto de emergência econômica, portanto, agrava-se a exclusão do Legislativo da decisão orçamentária, seja qual for o país afetado pela crise.

3.2.2. O afastamento do Legislativo da execução orçamentária: os decretos de programação financeira e o orçamento de restos a pagar

No item anterior, demonstrou-se o reduzido nível de interferência do Legislativo na discussão e definição do serviço da dívida pública, seja pelo arranjo normativo (artigo 166, § 3º da Constituição e artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal), seja pela predominância de uma determinada visão "neutra" e "técnica" do orçamento (marcadamente em relação à dívida pública). Consequentemente, entende-se como limitada a interferência deste Poder

[252] LOSADA, Fernando. Exacerbated Economic Governance in the European Union-Or When Did We Forget About Democratic Legitimacy?. *Legal Studies Research Paper Series*, nº 24. University of Helsinki, 2013. Disponível em http://ssrn.com/abstract=2261123. Acesso em 14/06/2017. Para o autor, trata-se de uma opção desequilibrada pela eficiência em detrimento da legitimidade, qualificada como "*exacerbated governance*".

[253] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 91-107, 2013, p. 105.

[254] Como consequência da redução da legitimidade, menciona-se também a própria percepção da população sobre a democracia. Conforme pesquisa realizada entre 2007 e 2011 na Europa: "Not surprisingly, deteriorating (evaluations of) economic performance eroded support for national democracy in Europe during the crisis. But more importantly and worrisome, we find strong evidence that the way the crisis has thus far been handled politically (through the imposition of austerity policies from above and by largely neglecting national arenas of democratic decision making) seems to have made things worse for democracy in Europe" (ARMINGEON, Klaus; GUTHMANN, Kai. Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007–2011. *European Journal of Political Research*, v. 53, n. 3, p. 423-442, 2014, p. 439).

em relação a uma de suas principais competências e no tocante a um dos aspectos centrais do conflito distributivo que permeia o gasto público. Avançando à execução orçamentária, a situação agrava-se e a exclusão do Poder Legislativo do âmbito orçamentário torna-se ainda mais evidente. Esse o objeto da presente seção.

Olhando para o ciclo orçamentário, verifica-se que, após aprovada a Lei Orçamentária e iniciado o exercício financeiro, tem-se a fase de execução orçamentária. Nela, a execução da despesa segue uma programação financeira, estabelecida pelo Poder Executivo. Dispõe o artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal que, após a elaboração e publicação da Lei Orçamentária Anual, deve o Poder Executivo, em até 30 dias, estabelecer a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso[255]. Referida programação financeira é veiculada via decreto, permitindo agilidade na gestão orçamentária, mas devendo ser respeitados os limites delineados pela lei orçamentária.

A programação financeira é fundamental para que haja uma correlação mínima entre o gasto e o gradual ingresso das receitas ao longo do exercício. A programação tem por função "ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos", nos termos do que dispõe o artigo 17 do Decreto-Lei nº 200/67.

Além do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, a execução orçamentária tem como pilar o artigo 9º da mesma lei, que estabelece os requisitos para o contingenciamento. Se houver risco (motivado) de não cumprimento das metas fiscais (estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias), os Poderes promoverão limitação de empenho e movimentação financeira (contingenciamento), impedindo o prosseguimento da execução orçamentária.

No tocante ao artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, a primeira observação a ser feita é a de que ele coloca a meta fiscal (fundamentalmente o resultado primário) no centro da execução orçamentária. É o indicador máximo para o gasto público e que, portanto, condiciona todas as demais categorias de despesa. Considerando que o resultado primário indica o montante que se pretende pagar em relação à dívida pública (ou montante que se pretende aumentar em relação ao endividamento), e considerando que o serviço da dívida não é objeto de contingenciamento (artigo 9º, § 2º da LRF), este se coloca como a categoria de despesa dotada de maior proteção no sistema jurídico-financeiro brasileiro.

A segunda observação a ser feita não se limita ao aspecto normativo, mas avança ao âmbito de aplicação da norma. Em estudos anteriores deste autor, foram analisados os

[255] "Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea *c* do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso".

impactos do contingenciamento no gasto púbico, destacando-se as distorções geradas na execução orçamentária e no orçamento aprovado pelo Poder Legislativo[256]. Tais distorções refletem uma prática na qual as receitas e as despesas da Lei Orçamentária são geralmente infladas; realizam-se contingenciamentos prévios (sem preocupação com o motivo do ato), seguidos de descontingenciamentos seletivos; contingencia-se tudo para depois liberar aos poucos, sem observância da proporcionalidade exigida pela própria LRF[257].

Na raiz do problema está a ausência de controle do contingenciamento (e de seu motivo)[258] e cujas consequências são, dentre outras, (i) inexecução das políticas públicas e prejuízos ao planejamento orçamentário (dificilmente executa-se a despesa discricionária fixada em lei, sendo que para algumas funções e órgãos não se executa nem metade do previsto)[259]; (ii) prejuízos à transparência (não se tem clareza sobre os critérios de liberação de recursos, aumentando-se o risco de desvio de finalidade nos atos de descontingenciamento)[260]; e (iii) desconfiguração do orçamento aprovado pelo Legislativo, em prejuízo ao controle e à legitimidade do gasto. Esse último aspecto merece algumas considerações adicionais.

A legalidade e a legitimidade do gasto público pressupõem não apenas a fase de aprovação do orçamento pelo Legislativo, mas também a possibilidade de que este órgão exerça controle (do que foi aprovado) durante a execução orçamentária[261]. O que se tem

---

[256] Vide SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *A concretização do Direito Financeiro: os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014; SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. Problemas e Diagnósticos na Execução do Planejamento Orçamentário. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 59-78, 2015.

[257] Lei de Responsabilidade Fiscal. Art. 9º, § 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

[258] O "excesso" de despesas obrigatórias e as dificuldades de governabilidade também são apontadas como razões para as distorções na execução orçamentária e no contingenciamento (vide MENDES, Marcos J. Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. *Texto para discussão 39*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008). Se de um lado, há que reconhecer a influência desses elementos, de outro lado, estes não podem legitimar uma prática orçamentária distorcida e em afronta a parâmetros constitucionais.

[259] Vide PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

[260] Vide GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. C*adernos Aslegi*s, n. 39, p. 61-72, jan/abr 2010.

[261] No âmbito legislativo, há uma série de competências relevantes, a exemplo das emendas parlamentares que podem modificar o orçamento, mas também da atuação da Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), a quem cabe "examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais" (Artigo 166 da Constituição Federal). No âmbito legislativo, possibilita-se ainda "(i) a avaliação, fiscalização e controle da execução orçamentária; (ii) a avaliação da receita; (iii) a avaliação das informações sobre obras e serviços com irregularidades graves; e (iv) a admissibilidade de emendas" (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 25-41). O Legislativo pode ainda realizar audiências públicas, com participação

verificado na prática orçamentária brasileira é um distanciamento cada vez maior entre o orçamento aprovado e o orçamento executado. Entre essas duas fases, tem-se justamente o decreto Executivo de programação financeira e de contingenciamento (e "descontingenciamento"). Se o(s) referido(s) decreto(s) transfigura(m) o orçamento aprovado, transforma-se todo o processo de aprovação em mera formalidade, evidenciando a concentração de poderes no Poder Executivo, em prejuízo aos atos do Poder Legislativo. Abre-se, ainda, maior espaço para arbitrariedades e afasta-se o gasto público do controle democrático.

Sobre este aspecto, diversos estudos demonstram a utilização do contingenciamento (e da posterior liberação de recursos, especialmente aqueles relacionados às emendas parlamentares) como forma de manutenção do apoio político das propostas do Executivo, o que ocorre justamente pelo contingenciamento prévio e imotivado das despesas, com o descontingenciamento sem observância da proporcionalidade exigida em lei[262].

Outro reflexo que comprova essa prática é a aprovação da Emenda Constitucional nº 86/2015, alterando os artigos 165, 166 e 198 da Constituição e modificando regras relativas

---

de Ministros de Estado, representantes dos órgãos de Planejamento, Orçamento e Fazenda e representantes dos demais órgãos do Poder Público, com o objetivo de debater projetos de interesse nacionais ou regionais.

[262] "O Executivo subestima a receita porque sabe que o Congresso reestimará para cima (...) Depois o Executivo faz o contingenciamento das verbas, de modo a controlar a base de apoio e manter o equilíbrio fiscal. Mas executa parcialmente as demandas do Legislativo. Ao final do ano, a execução dos investimentos fica em um meio termo entre a proposta do Executivo e o desejo do Legislativo" (MENDES, Marcos J. *Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público*. Texto para discussão 39. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008, pp. 14-15). No mesmo sentido, José Maurício Conti aponta que a distorção no uso do contingenciamento, aliado à liberação oportuna de recursos públicos, "transformou o processo orçamentário em verdadeiro instrumento de 'compra' de apoio político do Legislativo por parte do Executivo" (CONTI, José Maurício. *Emendas ao Orçamento e o Desequilíbrio de poderes*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/contas-vista-emendas-orcamento-desequilibrio-poderes. Acesso em 07/05/2013). Para Cesar de Moraes Sabbag, "no modelo atual (que não se distingue dos orçamentos unilaterais do passado neste aspecto), as restrições financeiras funcionam como argumento de poder e eficiente artifício de controle político", de modo que os critérios para contingenciar e liberar recursos expressam "preferências pessoais, punições ou reconhecimentos" (SABBAG. Cesar de Moraes. Breves Considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 456). No mesmo sentido, vide ainda: BARROS, Maurício. Orçamento e Discricionariedade. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; BEZERRA, Marcos O. *Em nome das "bases". Política, favor e dependência pessoal*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999; VESELY, Thiago Andrigo. *Emendas orçamentárias como instrumento de coordenação no legislativo brasileiro*. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/CEFOR. Brasília, 2012; LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A *execução do orçamento público: flexibilidade e orçamento impositivo*. São Paulo: Blucher, 2016. Em 2017, são diversos os exemplos de liberação de emendas às vésperas de votações relevantes. Cita-se, por exemplo, que em abril de 2017 antecipou-se liberação de emendas individuais que, segundo o próprio Governo Federal, inicialmente somente seriam liberadas no final do ano (conforme <https://goo.gl/Ev9spv>). Tal prática tem sido recorrentemente apontada durante 2017, conforme apontou a organização Contas Abertas (disponível em <http://contasabertas.com.br/site/orcamento/liberacao-de-emendas-atinge-r-42-bilhoes>).

à execução orçamentária. Referida emenda ficou conhecida como "Emenda do orçamento impositivo". No entanto, apenas pretendeu tornar expressamente impositivas as despesas relacionadas às emendas parlamentares individuais, qualificando-as como de "execução obrigatória" (conforme artigo 166, §§ 9º e 11)[263]. Foi prevista uma "exceção": em casos de "impedimentos de ordem técnica", não haverá a execução de tais emendas (conforme artigo 166, § 12). Porém, foi imposto que o Executivo apresente justificativa do impedimento e de eventuais remanejamentos (conforme §14 do referido artigo). Por último, exige-se que, no caso de ameaça ao cumprimento da meta fiscal, haja proporcionalidade entre a inexecução das despesas de emendas parlamentares e a inexecução das demais despesas discricionárias (conforme §17 do mesmo artigo).

Uma interpretação não muito rigorosa do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal já permite concluir que todas as despesas discricionárias devem ser executadas, exceto se a realização de receita ameace o cumprimento da meta fiscal. Seria um "impedimento de ordem técnica", tal como previsto na Emenda Constitucional mais recente. No caso de retomada da arrecadação, retomam-se também a execução das despesas, de forma proporcional ao que foi contingenciado. É o que já estava previsto em lei, de modo que esses aspectos já deveriam ser controlados pelo Legislativo, a quem cabe exigir justificativas/motivação da inexecução da Lei Orçamentária, do eventual remanejamento de gasto e do correspondente cumprimento do artigo 9º da LRF. Isso direcionado não apenas a um tipo específico de despesa, mas à totalidade delas.

Como a prática orçamentária apontava para a inobservância dessas regras, resolveu-se constitucionalizá-las. Porém, a incidência dessas regras, agora constitucionais, ficou restrita aos recursos de emendas parlamentares individuais[264]. Criou-se mais uma categoria de despesa com a tentativa de escapar dos contingenciamentos.

---

[263] A título histórico, menciona-se que, na Assembleia Constituinte, havia preocupação com o aumento da participação do Legislativo com relação à execução das emendas parlamentares e respectiva atuação do Legislativo. Vide, por exemplo, debate sobre Destaque nº 6335-87 – Emenda nº ES 28115-1, do Sr. Bonifácio de Andrada, que pretendia que as emendas parlamentares ao orçamento pudessem ser levadas ao plenário do Congresso, e não ficassem apenas na Comissão Mista. No debate, o Constituinte José Serra afirma: "Há uma frase famosa do Ministro San Thiago Dantas, quando, no Ministério da Fazenda, foi procurado por um Deputado que dizia: 'Mas a minha emenda foi aprovada. Está no Orçamento'. O Ministro respondeu: 'Está no Orçamento, mas não temos verbas' (...). A emenda do Constituinte Bonifácio de Andrada nos remete à realidade orçamentária pré-64. Temos de evitar tanto a realidade orçamentária da Constituição de 1967 como a da anterior a 1964, que, na verdade, favorecia a manipulação do Legislativo pelo Executivo. Por isso é que encaminho enfaticamente – e esta questão é essencial para o fortalecimento do Legislativo – pela manutenção do texto do Relator e contra a emenda do nobre Constituinte Bonifácio de Andrada" (BRASIL. Diario da Assembliea Nacional Constituinte (Suplemento "C"). Comissão de Sistematização III).

[264] Para uma crítica da criação do "orçamento impositivo à brasileira", vide SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em <https://goo.gl/vXU3hz> . Acesso em 24/05/2017.

Mantida a prática orçamentária e dada a fragilidade do controle sobre o contingenciamento, a "transferência" parcial da regra da lei para a Constituição não irá alterar o quadro de concentração de poderes no Executivo (e eventuais arbitrariedades), especialmente quando permeada pelas justificativas de emergência econômica.

Aliás, o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a "relativa obrigatoriedade da execução orçamentária e financeira" dos recursos oriundos de emendas parlamentares, já que "sua execução depende de condicionantes (inexistência de impedimentos de ordem técnica e de contingenciamento)"[265]. Embora a manifestação tenha sido proferida em debate sobre a natureza desses recursos – se transferências obrigatórias ou voluntárias –, as considerações do Tribunal deixam claro que é apenas *relativa* a obrigatoriedade das despesas decorrentes de emendas parlamentares ao orçamento e que tais despesas também se sujeitam ao contingenciamento. Em outra ocasião, foi constatado pelo mesmo órgão que "a execução orçamentária e financeira das ações decorrentes de emendas parlamentares individuais, no exercício de 2016, ficou abaixo do limite mínimo obrigatório de 1,2% da RCL do exercício anterior, assim como a parcela dessas despesas destinadas a ações e serviços públicos de saúde não atingiu o montante mínimo exigido de realização". Porém, o próprio Tribunal de Contas considerou que a "não execução do montante mínimo obrigatório se deu em virtude de impedimentos de ordem técnica que inviabilizara a consecução integral da programação aprovada"[266]. O contexto de crise e de emergência econômica aparece como fundamento (ainda que não explicitamente) para tornar juridicamente aceitável a modificação da lei orçamentária, porém, contribui para um processo gradual de perda de relevância do processo de elaboração e aprovação do orçamento, o que, por sua vez, estimula a criação de novos carimbos para as despesas.

A criação cada vez maior de categorias de despesas de executoriedade e impositividade distintas (obrigatórias, obrigatórias sujeitas a contingenciamento, discricionárias não contingenciáveis, discricionárias contingenciáveis, etc.) não supõe uma política de aproximação entre lei orçamentária aprovada e execução orçamentária. Ao contrário, dificulta o controle e facilita práticas clientelistas e corporativistas, pouco transparentes. Transforma a execução orçamentária em um "salve-se quem puder" no âmbito da despesa pública. Cada grupo e cada categoria pretende aprovar, de preferência em âmbito

[265] BRASIL, Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão nº 287/2016. Processo 017.019/2014-1. Relator José Múcio Monteiro. Julgamento em 17/02/2016.
[266] BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 012.659/2017-7. Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas da Presidência da República. 2016, p. 390.

constitucional, um novo "carimbo" para que a sua despesa não fique no bloco comum daquelas despesas que não serão executadas. Há com isso um comprometimento do planejamento e também da legitimidade do orçamento[267]. Sem controle da execução, a discussão e aprovação da lei orçamentária perde importância.

Há, ainda, outro aspecto relacionado a essa dinâmica orçamentária que merece destaque: o surgimento de um "orçamento paralelo" de restos a pagar, cujo controle legislativo é ainda mais afastado e que também favorece a concentração de poderes no Executivo.

Como se tem argumentado, o contingenciamento impedirá a execução orçamentária (das "despesas discricionárias" e correlatas) e, portanto, impedirá o empenho e/ou a liberação do pagamento. Se as despesas são empenhadas, mas não são pagas até o final do exercício, serão inscritas como *restos a pagar*, conforme determina o artigo 36 da Lei nº 4.320/64. É relevante esclarecer que o resultado primário apenas é afetado "negativamente" quando a despesa é paga, o que estimula sua postergação para atingimento da meta[268]. Empenha-se, atinge-se a meta e não se paga a despesa. Despesas empenhadas e não pagas são inscritas em restos a pagar.

O desajuste orçamentário, a pressão pelos resultados fiscais e os recorrentes contingenciamentos têm culminado em uma inscrição de significativos montantes de despesas em restos a pagar[269] que, consequentemente, são postergadas para o ano seguinte: "a inscrição 'abusiva' de Restos a Pagar implica a acumulação de obrigações em volume superior à real capacidade de pagamento (...), comprometem-se as receitas futuras com obrigações de orçamentos pretéritos e imobilizam o governo quanto ao orçamento corrente no início de cada exercício"[270]. Conforme identifica Élida Pinto, o atraso da execução

---

[267] Sobre a relação entre planejamento e orçamento, vide SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Orçamento e Planejamento: tensões entre os poderes. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 31-58, 2015; MACHADO E SILVA, Isabela Morbach. O sistema orçamentário brasileiro, planejamento e políticas públicas. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 109-122, 2015.

[268] "As despesas afetam o resultado primário, negativamente, somente quando são efetivamente pagas. (...). Assim, há um estímulo para que o governo retenha o pagamento das despesas do exercício para o ano seguinte, a fim de garantir o esforço fiscal apurado pelo resultado primário daquele exercício." (ALVES, Gustavo Henrique Tardelli. A credibilidade do orçamento federal: um desafio à transparência da despesa pública no Brasil. *Revista da Controladoria-Geral da União*, v. 7, n. 11, 2015, p. 137).

[269] Para a evolução dos restos a pagar entre 2001 e 2014, vide FGV. DAPP. *Estudos estratégicos – vol. 04.* A evolução dos restos a pagar nas leis orçamentárias de 2001 a 2014. Disponível em <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2016/02/DAPPestudos_vol4_final_com_capa.pdf>. Acesso em 24/05/2017.

[270] ALVES, Gustavo Henrique Tardelli. *O orçamento federal entre a realidade e a ficção: as armadilhas à transparência da despesa pública no Brasil.* Monografia (especialização Curso de Orçamento Público). Instituto Serzedello Corrêa (ISC), 2012, p. 40. No mesmo sentido, Mansueto Almeida, Alexandre Manoel e Helder Rebouças destacam que, quando as previsões de receitas e despesas são "equivocadas" ou "inconsistentes", o contingenciamento "acaba postergando para muito próximo do final do ano a efetiva

orçamentária em razão das dotações contingenciadas restringe a capacidade dos gestores responsáveis pelas obras, serviços e contratações na ponta descentralizada/desconcentrada da administração pública, já que que estes ficam sem a certeza e a segurança de quando receberiam a autorização do gasto. Assim, o que a autora denomina de "gestão por 'restos a pagar'" promove falhas no planejamento e na execução do gasto (solicitação da compra, serviço ou obra; licitação; contrato ou convênio; empenho; liquidação e pagamento)[271].

Além dos efeitos nocivos sobre o planejamento orçamentário, cria-se um "orçamento paralelo de restos a pagar", termo utilizado em razão do relevante montante de despesas inscritas em restos a pagar e da ausência de transparência quanto aos seus critérios de execução e controle[272]. Com esse orçamento paralelo, fica ultrapassada a etapa de aprovação do orçamento, já que os valores inscritos em restos a pagar não são objeto de nova deliberação, ou seja, não passam pelo debate do orçamento no ano seguinte. Trata-se assim de recursos cuja transparência é reduzida: os restos a pagar podem ser pagos, cancelados ou inscritos em "restos a pagar a pagar" (nem pagos nem cancelados)[273].

Os restos a pagar representam tanto causa como consequência da concentração de poderes orçamentários no Executivo e do fraco controle exercido sobre ele, alimentando um ciclo de limitação contínua da atuação do Legislativo. Esse quadro, já bastante arraigado na prática orçamentária nacional, é justificado e impulsionado pela emergência econômica, traduzida nesse caso pela incessante busca de metas fiscais. Gera-se, inclusive, uma situação paradoxal: a meta fiscal é tratada como principal parâmetro da confiabilidade das contas públicas; concomitantemente, sua busca incessante gera distorções no gasto público (inexecução de despesas obrigatórias e contratadas, inobservância do planejamento e/ou

---

liberação de recursos, para que as unidades orçamentárias empenhem, liquidem e paguem as despesas orçadas". Surgem, então, os restos a pagar, decorrentes justamente da ausência de tempo hábil para executar várias dessas despesas (ALMEIDA, Mansueto; MANOEL, Alexandre; REBOUÇAS, Helder. Os impasses do contingenciamento. *Valor Econômico.* São Paulo, 02 de março de 2012). Vide, ainda, CONTI, José Mauricio. O final de anos, as dívidas e os restos a pagar. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-dez-17/contas-vista-final-ano-dividas-restos-pagar. Acesso em 24/05/2017.

[271] PINTO, Élida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* - RFDFE, v. 3, p. 71-100, 2014.

[272] Vide, por exemplo, BICALHO, Lucídio. Jogos orçamentários. *Nota Técnica n. 176*. Brasília: INESC, dezembro de 2011; CONTI, José Mauricio. O final de anos, as dívidas e os restos a pagar. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-dez-17/contas-vista-final-ano-dividas-restos-pagar. Acesso em 24/05/2017; MENEZES, Dyelle. Recorde: "Orçamento Paralelo" deve somar R$ 240,1 bilhões em 2014. Contas Abertas. Disponível em http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/7413. Acesso em 24/05/2017.

[273] Os restos a pagar a pagar, que não são inscritos nem pagos, formam um estoque crescente, conforme FGV. DAPP. *Estudos estratégicos – vol. 04. A evolução dos restos a pagar nas leis orçamentárias de 2001 a 2014.* Disponível em http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2016/02/DAPPestudos_vol4_final_com_capa.pdf. Acesso em 24/05/2017.

incremento de restos a pagar) o que, por sua vez, alimentará a desconfiança nas contas públicas.

Sobre esse aspecto, são ilustrativas as próprias declarações dos governantes[274] e ainda as decisões do órgão fiscalizador. O Tribunal de Contas da União exige o alcance da meta fiscal, impondo mais contingenciamento, mas, ao mesmo tempo, o órgão também indica o próprio contingenciamento como razão para o descumprimento de outros parâmetros, como o descumprimento do planejamento orçamentário e de metas estabelecidas para políticas públicas[275]. Há, assim, uma dinâmica orçamentária pressionada pela emergência econômica, com uma execução orçamentária distante do orçamento aprovado, com opacidade de critérios de bloqueio e liberação de recursos, significativo montante de restos a pagar e fraco controle legislativo.

Evidencia-se que o decreto executivo importa significativamente mais do que a própria lei orçamentária, demonstrando uma concentração de poderes orçamentários no Executivo em detrimento do Legislativo. Uma vez que a separação de poderes e a legitimidade do gasto público são objetivos do Direito Constitucional Financeiro, a prática da execução orçamentária indica uma transformação em prejuízo a tais objetivos.

3.2.3. A abertura de crédito extraordinário e a renovação da emergência

A execução orçamentária pressupõe mecanismos de flexibilização como forma de ajustar a lei orçamentária a eventos e riscos incertos. Ou seja, o processo de execução orçamentária possui mecanismos que permitem adaptar a Lei Orçamentária às alterações surgidas ao longo do exercício financeiro. Entretanto, há que se ter como premissa a

[274] A título ilustrativo, menciona-se a seguinte notícia: "O que vai recuperar a economia é cumprir meta fiscal, diz Meirelles". Disponível em http://www.valor.com.br/brasil/4920692/o-que-vai-recuperar-economia-e-cumprir-meta-fiscal-diz-meirelles. Acesso em 25/07/2017.

[275] BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 012.659/2017-7. Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas da Presidência da República. 2016. A título de exemplo, no referido Parecer consta sobre o contingenciamento: "embora o relatório de acompanhamento tenha encontrado evidências da superestimativa de receitas e subestimativa de despesas apenas em alguns casos, em razão das limitações inerentes a qualquer processo fiscalizatório, observa-se que a situação era mais abrangente e, de fato, resultou em um contingenciamento da despesa, naquela oportunidade, significativamente menor que o necessário, em afronta às disposições do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal." (p. 206). Já sobre os prejuízos ao planejamento do PPA e à execução de metas do Sistema Único de Assistência Social, por exemplo, consta que não houve "a implantação ou expansão do cofinanciamento à oferta do serviço de convivência e fortalecimento de vínculos - SCFV (meta 00IU), dos Centros de Referência da Assistência Social - CRAS (meta 00J0), Equipes Volantes (meta 00J1), Proteção Social Básica no Domicílio (meta 049S) e ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Aepeti (meta 049Y)" e que, "diante do contingenciamento, não houve evolução no desempenho das referidas metas." (Ibidem, p. 121).

manutenção, ainda que parcial, dos objetivos e os programas fixados pelo Poder Público[276]. O contingenciamento é possivelmente o principal mecanismo de ajuste, contudo, sua dinâmica tem causado uma distorção irrazoável no orçamento originalmente aprovado, conforme estudado nas seções anteriores. Há outros exemplos de instrumentos de flexibilização orçamentária, tais como a reserva de contingência e a margem de remanejamento.

A reserva de contingência é referente ao montante da lei orçamentária anual destinado ao atendimento de passivos contingentes, riscos e eventos fiscais imprevistos. Referida dotação não tem destinação específica prévia, mas deve representar uma reserva de recursos para eventuais contingências que ocorram ao longo do exercício, a exemplo de condenações judiciais sofridas pelo Poder Público. Interessante notar que seguidas leis de diretrizes orçamentárias vinculavam previamente parte da reserva de contingência para emendas parlamentares[277], o que contraria o próprio objetivo do mecanismo. Após a Emenda Constitucional nº 86/2015, que reservou montante específico para as emendas parlamentares, a princípio sem relação com a reserva de contingência, essa prática restaria impedida de forma mais explícita. A Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017 – Lei nº 13.473/2017 – traz previsão que a LOA 2018 conterá reserva específica para atendimento das emendas individuais, o que indica que seria uma reserva diferente da reserva de contingência[278].

Outro exemplo de instrumento de flexibilização orçamentária é a margem de remanejamento, que se refere a uma autorização prévia para que o Executivo possa remanejar, por decreto e ao longo do exercício financeiro, um percentual da despesa. Tal remanejamento se dá por meio da abertura de créditos adicionais. Nesse sentido, a Lei nº 4.320/64, em seu artigo 7º, dispõe que a "Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para abrir créditos suplementares até determinada importância". Trata-se de

---

[276] CONTI, José Maurício. *A autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 96.

[277] Vide, por exemplo, Lei de Diretrizes Orçamentárias para elaboração da LOA 2014 (Lei nº 12.919, de 24/12/2013): "Art. 13, § 3º A parcela primária da reserva de que trata o *caput*, equivalente a 1% da Receita Corrente Líquida, será destinada exclusivamente para apropriação em programações incluídas por emenda individual".

[278] A norma, entretanto, constou em parágrafo do artigo que trata justamente da reserva de contingência, o que coloca em dúvida se de fato não se utilizará da reserva de contingência para as emendas parlamentares:
Art. 12. A Reserva de Contingência, observado o inciso III do caput do art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal, será constituída, exclusivamente, de recursos do Orçamento Fiscal, equivalendo, no Projeto e na Lei Orçamentária de 2018, a, no mínimo, dois décimos por cento da receita corrente líquida constante do referido Projeto. § 3º O Projeto de Lei Orçamentária de 2018 conterá reservas específicas para atendimento de:
I - programações decorrentes de emendas individuais estabelecidas no § 2º do art. 59; e
II - programações decorrentes de emendas de bancada estadual de execução obrigatória e de despesas necessárias ao custeio de campanhas eleitorais.

exceção à regra geral, uma vez que a abertura de créditos adicionais, por importar modificação na lei orçamentária anual, deve ser aprovada pelo Legislativo. Sem adentrar em casos extremos, de entes subnacionais com margens de remanejamento superiores a 50% do total da despesa prevista [279], tem-se no âmbito federal, ao longo das últimas Leis Orçamentárias Anuais um percentual de 20% da despesa desde que dentro do mesmo subtítulo[280]. Porém, uma série de outras possibilidades foi sendo estabelecida ao longo dos anos. Na LOA 2017 (Lei nº 13.414/2017), há diversas disposições autorizativas da abertura de créditos adicionais pelo Executivo, parte das quais em percentual de 30% da despesa (desde que dentro do mesmo subtítulo). O remanejamento segue o Identificador de Resultado Primário, indicando a prioridade da execução do orçamento. Podem ser remanejados para suplementação de despesas financeiras (RP 0), recursos oriundos de anulação de dotações classificadas como RP 1 e RP 2 (despesa primária obrigatória e despesa primária discricionária) no limite de 20% do total dessa categoria (artigo 4º, I, a, 2 da LOA 2017). Há significativo aumento da complexidade da execução, concedendo-se ao Executivo cada vez maior flexibilidade na abertura de créditos adicionais.

No entanto, o instrumento de flexibilização orçamentária a ser analisado na presente seção, e com relação direta com a consolidação da emergência econômica, é o crédito extraordinário. O crédito extraordinário pertence ao gênero de créditos adicionais, forma de autorização de despesa, cuja dotação não constava originalmente prevista na Lei Orçamentária (conforme artigo 40 da Lei nº 4.320/64). Como alteram as dotações do orçamento – e o orçamento é lei –, os créditos adicionais devem ser abertos por lei ou por medida provisória. Dentro do gênero créditos adicionais, os créditos suplementares e especiais são autorizados por lei, tendo, portanto, a anuência do Poder Legislativo. Os primeiros servem para reforçar uma dotação insuficiente e os segundos destinam-se a despesas para as quais não havia dotação específica. Os créditos extraordinários, por sua vez, destinam-se "a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção

[279] O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sugere como adequada uma margem de remanejamento próxima à inflação. Conforme cartilha para gestão municipal, "tal comedimento prende-se ao fato de a realidade mostrar elevadas margens orçamentárias, superiores, às vezes, a 70% do orçamento total; isso, enquanto a inflação não supera a casa dos 5%. Eis um "cheque em branco" para o Executivo, a desestimular e, muito, a produção de bons orçamentos (...). Em nível elevado, aquela prévia concessão descaracteriza a função do Legislativo, abrindo portas para o déficit orçamentário" (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual. O Tribunal e a Gestão Financeira dos Prefeitos*. Fevereiro, 2012).

[280] Na LOA de 2016 (Lei nº 13.255/2016), foi inicialmente prevista uma margem de remanejamento de 10% do total da despesa, dentro de cada subtítulo. Porém, no decorrer do exercício, alterou-se para 20% (Lei nº 13.332/2016).

interna ou calamidade pública", razão pela qual podem ser abertos por medida provisória (conforme artigo 167, § 3º da Constituição de 1988).

Os créditos extraordinários devem servir a situações extraordinárias, conforme requisitos previstos constitucionalmente. A regra é que despesas com dotação insuficiente ou inexistente sejam resolvidas com a aprovação do Poder Legislativo. Em situações excepcionais, permite-se a abertura de crédito via Medida Provisória. Essa é a sistemática dos créditos adicionais.

A dinâmica orçamentária no âmbito federal, por outro lado, tem demonstrado uma utilização recorrente dos créditos extraordinários como mecanismo regular de execução do orçamento. Trata-se de outro elemento que contribui significativamente para a concentração de poderes no Executivo e a exclusão do Legislativo de um relevante montante de recursos. Sob o fundamento da urgência e da imprevisibilidade, abrem-se créditos extraordinários com surpreendente frequência.

Entre os anos de 1995 e 2016, foram editadas 198 Medidas Provisórias para abertura de créditos extraordinários, sendo 59 MP´s de 1999 a 2002, 111 MP´s de 2003 a 2012[281] e 28 MP´s entre 2013 e 2016[282]. Além da quantidade de medidas provisórias, os valores são expressivos. Olhando para os últimos cinco anos (2012 a 2016), verifica-se que a abertura de créditos extraordinários foi, em média, de 45 bilhões anuais, conforme tabela 3, elaborada pelo Tribunal de Contas da União[283]:

Tabela 3 – Créditos Adicionais – Orçamento Fiscal e Seguridade Social

Créditos Adicionais - Orçamento Fiscal e Seguridade Social (R$ bilhões)					
Créditos Adicionais	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Suplementares	200,8	269,8	324,9	257,3	155,1
Especiais	3,8	2,1	1,7	1,7	96,5
Extraordinários	**59,1**	**50**	**17,8**	**53,3**	**11,7**
Total Bruto	263,7	321,9	344,4	312,3	263,3
Cancelamentos	-157,5	-132,3	-119,2	-250,8	-213,5
Total Líquido	106,2	189,6	225,2	61,5	49,8

Fonte: Tesouro Gerencial

[281] CORREIA NETO, Celso de Bastos. *O STF, o orçamento e os créditos extraordinários. In Conjur – Observatório Constitucional.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-fev-23/observatorio-constitucional-stf-orcamento-creditos-extraordinarios#_ftn3. Acesso em 01/11/2017.

[282] Levantamento feito a partir do site do Ministério do Planejamento (http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais). Acesso em 03/11/2017.

[283] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. TC 012.659/2017-7. Tomada de contas Presidência. Julgado em 28/06/2017.

Nota-se também, nesses anos, que quase a totalidade das Unidades Orçamentárias (essencialmente os Ministérios) foram contemplados em algum momento com créditos extraordinários, demonstrando que o uso excessivo se dá em diferentes competências[284].

Como principais elementos para a prática reiterada de uso de créditos extraordinários estão a não aprovação do crédito adicional pelo Legislativo (no prazo desejado pelo Executivo), as falhas no planejamento orçamentário e a ausência de controle pelo Legislativo ou Judiciário[285]. Esses dois últimos elementos não são apenas causa, mas também consequência, ou seja, forma-se um ciclo em que as falhas de controle e planejamento estimulam os créditos extraordinários, os quais, por sua vez, criam mais dificuldades para o próprio controle e planejamento. Na medida em que os créditos extraordinários substituem a execução de despesas que já estavam no orçamento, o planejamento dos exercícios seguintes será prejudicado pela inexecução do ano anterior. Aumentam-se restos a pagar e a execução do exercício seguinte começa com despesas dos anos anteriores. Ao mesmo tempo, dada a "prioridade" na execução dos créditos extraordinários, a sua utilização excessiva abre um "orçamento paralelo", de execução imediata, cujo controle será ainda mais improvável[286].

É também extremamente questionável o cumprimento dos requisitos de imprevisibilidade e urgência, salvo poucas exceções[287]. A emergência aparece predominantemente de forma retórica quando o tema é a utilização de créditos extraordinários abertos via Medida Provisória. Dada a periodicidade e o volume dos créditos,

---

[284] Levantamento feito a partir do site do Ministério do Planejamento (http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais). Acesso em 03/11/2017.

[285] Conforme DA ROCHA, Diones Gomes; MARCELINO, Gileno Fernandes; SANTANA, Cláudio Moreira. Orçamento público no Brasil: a utilização do crédito extraordinário como mecanismo de adequação da execução orçamentária brasileira. *Revista de Administração*, v. 48, n. 4, p. 813-827, 2013; PEDERIVA, João Henrique; LUSTOSA, Paulo Roberto Barbosa. Créditos Extraordinários e Medidas Provisórias no Brasil: uma Análise Sistêmica. *RAC-Eletrônica*, v. 1, n. 2, p. 97-113, 2007.

[286] DA ROCHA, Diones Gomes; MARCELINO, Gileno Fernandes; SANTANA, Cláudio Moreira. Orçamento público no Brasil: a utilização do crédito extraordinário como mecanismo de adequação da execução orçamentária brasileira. *Revista de Administração*, v. 48, n. 4, p. 813-827, 2013, p. 822. No mesmo sentido, vide BARRETO, Érica de Santana Silva. Os créditos extraordinários e sua excessiva utilização pelo Poder Executivo Federal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 79-92, 2015.

[287] Para Da Rocha *et al*., "salvo os anos de 2000 e de 2009, em que os percentuais de despesas consideradas imprevisíveis e urgentes ficaram em 18% e 10%, nos demais casos, de maneira geral, 100% dos créditos extraordinários abertos por medida provisória, no período compreendido entre janeiro de 1995 e dezembro de 2010, não obedeceram aos requisitos constitucionais da imprevisibilidade e da urgência.praticamente 100% dos créditos extraordinários abertos por medida provisória entre 1995 e 2010 não obedeceram aos requisitos constitucionais da imprevisibilidade e da urgência. Apenas nos anos de 2000 e 2009 é que esse percentual ficou abaixo de 96% (Ibidem, p. 821).

há uma "emergência programada", prejudicial ao planejamento, e que cria um déficit de legitimidade democrática[288].

Não se desconhece a dificuldade de controle dos referidos requisitos, porém, é problemático que não se imponha maior rigor à sua utilização, tornando-os inócuos. O excessivo uso de medidas provisórias para abertura de créditos extraordinários, diante de duvidosa frequência na ocorrência de situações de calamidade ou comoção interna (guerra não houve), fez com que algumas medidas provisórias fossem questionadas no Supremo Tribunal Federal. Cita-se, nessa linha, a já referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048, julgada em 2008, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional a abertura de créditos extraordinários por medida provisória. No caso, estavam sendo "destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência", configurando, assim, "um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários", conforme trechos da própria ementa[289]. No entanto, a decisão não foi suficiente para conter a prática, já consolidada nos governos pós-1988.

Outras ações foram propostas com objeto semelhante, a maioria das quais não é apreciada em razão do entendimento do STF de que há perda de objeto pouco depois da edição da Medida Provisória. Nos termos colocados pelo próprio Tribunal em um dos casos: "a jurisprudência do STF é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto, a qual tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato impugnado como do exaurimento de sua eficácia"[290].

Como observa Rafael Fonseca, a jurisdição constitucional tem se mostrado inefetiva para amenizar ou coibir a utilização abusiva e inconstitucional dos créditos extraordinários[291]. Sem controle, os requisitos não são cumpridos e a própria distinção entre

---

[288] FONSECA, Rafael Campos Soares da. *O orçamento público e suas emergências programadas: um estudo sobre a abertura de créditos extraordinários por medida provisória (2008-2015)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2016, p. 140.

[289] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relatora Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008. Cita-se também recente decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, que deferiu cautelar para suspender Medida Provisória, na parte em que abria créditos extraordinários para Comunicaçao Institucional – Nacional' da Presidencia da Republica (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Moncrática. Ministro Gilmar Mendes. ADI 5513/MC. Decisão de 30/04/2016).

[290] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.365/DF. Relatora Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 05/03/2015. Na referida Ação até houve concessão parcial de cautelar por decisão monocrática, porém, não se levou à análise do mérito ao Supremo.

[291] FONSECA, Rafael Campos Soares da. *O orçamento público e suas emergências programadas: um estudo sobre a abertura de créditos extraordinários por medida provisória (2008-2015)*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2016, p. 140.

os tipos de créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários) perde sentido. A escolha é feita não com base em critérios jurídicos, mas somente pela conveniência[292].

A Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU (Semag) tem recorrentemente criticado a abertura dos créditos extraordinários sem a observância de seus requisitos. Recentemente, o órgão indicou preocupação em relação ao aprofundamento do uso abusivo de tal medida, pois os créditos extraordinários não estão sujeitos ao Novo Regime Fiscal ("teto de gastos"). No entanto, o Tribunal de Contas entende que a apreciação dos requisitos para abertura de créditos extraordinários é essencialmente constitucional, sendo da competência do Legislativo e do Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, inclusive, eventual descumprimento dos requisitos não são qualificados como irregularidades no âmbito dos julgados do TCU[293].

Outro reflexo do uso abusivo dos créditos extraordinários é a tentativa de limitar a interpretação constante do texto constitucional via alteração legislativa. Tramita, no Congresso, por exemplo, Propostas de Emenda Constitucional para vincular diretamente a abertura de crédito extraordinário aos casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública (e não qualquer outro caso de imprevisibilidade e urgência) e também para incluir a abertura irregular de créditos extraordinários no rol de crime de responsabilidade. Conforme justificativas constantes nas propostas, as alterações pretendem reduzir as interferências abusivas do Executivo e a limitação imposta ao Legislativo[294].

Portanto, mesmo após a paradigmática decisão do STF, permanece a prática reiterada de abertura de créditos extraordinários, contribuindo para a exclusão do Legislativo das decisões orçamentárias. Se não há efetivamente uma situação de urgência e imprevisibilidade, a emergência é utilizada como justificativa (ainda que retórica) para a abertura dos créditos extraordinários via medidas provisórias, transformada em instrumento regular de governo e contribuindo para a concentração de poderes no Executivo.

---

[292] LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A *execução do orçamento público: flexibilidade e orçamento impositivo*. São Paulo: Blucher, 2016, p. 123.

[293] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. TC 012.659/2017-7. Tomada de contas Presidência. Julgado em 28/06/2017. Constam no mesmo processo recomendações para que seja adotado plexo normativo regulamentando o uso de créditos extraordinários, bem como que a exposição de motivos das medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário no âmbito do Ministério das Cidades seja mais bem fundamentada, com discriminação do ente beneficiário, dos valores e das situações de emergência e calamidade.

[294] BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2008. Disponível em http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88675. Acesso em 20/11/2017. Em sentido semelhante é a PEC 550/2006 (com PEC 102/2007 apensada). BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 550/2006. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=326652. Acesso em 20/11/2017. Também no mesmo sentido a PEC 330/2009, já arquivada.

3.3. A precária proteção dos direitos fundamentais no âmbito orçamentário-financeiro

Um dos principais efeitos da constitucionalização das finanças públicas foi a relação que se pretendeu estabelecer entre o Direito Financeiro e os direitos fundamentais. A efetividade das obrigações constitucionalmente estabelecidas, dentre as quais está a garantia de direitos fundamentais, passa a ser objetivo central da atividade financeira. Considerando que a implementação dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 requer emprego de recursos, em especial dos direitos que exigem prestações positivas do Estado (normalmente concretizadas através de políticas públicas), há especial interesse do Direito Financeiro nessa seara[295]. Ademais, não basta ao Direito Financeiro estabelecer meras regras de financiamento de direitos sociais. É preciso que o orçamento seja republicano e atenda aos objetivos constitucionais de redução das desigualdades, uma vez que o orçamento republicano é "aquele que arrecada progressivamente mais dos ricos, e gasta progressivamente mais com os pobres", de modo a garantir aos grupos socialmente mais vulneráveis um mínimo de dignidade e isonomia socioeconômica[296].

Há uma série de normas de natureza constitucional e infraconstitucional com objetivo de traduzir, no campo do Direito Financeiro, os objetivos de um orçamento republicano, que garanta financiamento mínimo dos direitos fundamentais[297]. Na Constituição de 1988, o amplo rol de direitos sociais e econômicos previsto foi acompanhado pelo estabelecimento de fontes específicas de financiamento e pela previsão de gastos mínimos obrigatórios para determinadas áreas elegidas como prioritárias. Foram estabelecidas, por exemplo, obrigação de os entes realizarem percentuais mínimos de gastos com educação e saúde (artigos 212 e 198). Há, ainda, tributos cuja característica é a vinculação do produto de sua arrecadação a

---

[295] Nunca é demais lembrar que todos os direitos necessitam do dispêndio de recursos públicos para serem garantidos, seja o direito à propriedade, sejam os direitos sociais – na conhecida expressão de Stephen Holmes e Cass Sustein, tanto direitos de 1ª geração (como a liberdade) quanto os direitos de 2ª e 3ª geração (como seriam os direitos sociais e econômicos) não podem ser protegidos sem gasto público: "os direitos custam dinheiro" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depend on taxes*. New York: W.W.Norton & Company, 1999, p. 15).

[296] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 385.

[297] É certo que a função distributiva tem relação não apenas com o orçamento, mas também com a arrecadação e, portanto, com o Direito Tributário, daí o princípio constitucional da progressividade no Imposto de Renda e o da seletividade no ICMS.

determinadas áreas sociais, a exemplo das contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico[298].

No âmbito infraconstitucional, também houve um movimento de se estabelecer vinculações de receitas e percentuais mínimos obrigatórios[299], amarrando as escolhas orçamentárias a finalidades constitucionalmente asseguradas. Essas escolhas reduziram a discricionariedade do legislador, pretendendo vinculá-lo a objetivos constitucionais.

Ademais, do ponto de vista da aplicação e interpretação dessas normas, há uma série de princípios que integram o sistema constitucional de Direito Financeiro, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do mínimo existencial. Tais princípios tornam as vinculações orçamentárias para custeio dos direitos fundamentais em cláusulas pétreas orçamentárias[300].

De outro lado, concomitantemente ao estabelecimento de normas que pretendem concretizar os objetivos constitucionais, há uma série de mecanismos impondo exceções, ressalvas e suspensões à aplicação das normas concretizadoras dos direitos fundamentais. Em um contexto de emergência econômica, predominam situações conjunturais que, exatamente justificada na sua momentaneidade, bloqueiam a concretização dos direitos fundamentais, provocando uma transformação no Direito Financeiro. Verificam-se, sobre o tema, sobreposições e contradições entre instrumentos que pretendem ampliar a garantia de direitos fundamentais, e outros que pretendem restringi-los.

Desta forma, a presente seção analisa as transformações do Direito Financeiro no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, trazendo novamente o estado econômico de emergência como perspectiva de estudo. A análise das repercussões nos direitos

---

[298] O próprio fundamento para a instituição dessa modalidade de tributo é o financiamento de determinada área para a qual a receita arrecadada deve ser destinada, do qual são exemplos as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico.

[299] Importante mencionar a distinção feita por André Castro Carvalho entre vinculação de receitas e despesas obrigatórias. Para o autor, o texto constitucional utiliza impropriamente o termo "vinculação", como por exemplo, nos casos de gastos mínimos de educação e saúde. Para ele, a despesa obrigatória "obriga o gasto no exercício financeiro", enquanto que a vinculação "estabelece um elo normativo entre uma fonte e destino". (CARVALHO, André Castro. *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 119-120). Ainda conforme o autor, "as vinculações de receitas são positivadas por instrumentos constitucionais ou legislativos de forma alheia à lei orçamentária, e são utilizadas para individualizar uma fonte e destinação mediante o estabelecimento de um elo jurídico entre receitas e escopos predeterminados, possuindo margem relativa de abolição do ordenamento e constituindo uma excepcionalidade à dinâmica orçamentária" (Ibidem, p. 37).

[300] Sobre o tema, vide SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, pp. 427 e seguintes; SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodium, 2016.

fundamentais será feita em três situações: as desvinculações de receitas da União; a mitigação da execução orçamentária e a limitação de despesas (teto de gastos).

3.3.1. Desvinculações de receitas, restrições de direitos e garantia do serviço da dívida

Os percentuais sobre o total do orçamento já comprometido com gastos obrigatórios e vinculados variam conforme a metodologia de cálculo, porém, sem dúvida, houve, desde a Constituição de 1988, uma diminuição da discricionariedade orçamentária (ou aumento da rigidez), dando início ao debate sobre os seus benefícios e malefícios[301].

A escolha entre estabelecer ou não um gasto mínimo obrigatório ou uma vinculação representa, certamente, um *trade-off*. Envolvem benefícios ou malefícios que não são aferíveis de forma absoluta, mas dependem da realidade que se está analisando: de um lado, perde-se em flexibilidade no orçamento e, de outro lado, ganha-se em controle na alocação dos recursos segundo os diversos interesses políticos envolvidos. Ao se estabelecer um "liame" entre despesas e receitas, a vinculação tende a uma maior eficiência na alocação de recursos, reconectando tributos e serviços públicos, reforçando o princípio do benefício na tributação e atribuindo maior controle e transparência no gasto. Impõe também amarras aos governantes, protegendo o gasto das vicissitudes políticas. De outra parte, tanto a vinculação como os gastos mínimos diminuem em alguma medida a discricionariedade do administrador público[302]. O período que se seguiu à Constituição foi marcado pelo aumento do estabelecimento de vinculações e gastos mínimos obrigatórios. Alguns fatores explicam esse quadro.

---

[301] Conforme cálculos elaborados pelo Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, em 1988, os recursos da União de livre alocação representavam 55,5% do total das receitas do Tesouro. Em 1993, o percentual caiu para 22,9%, e no exercício de 2002, já considerada a Desvinculação das Receitas da União (DRU), caiu para 19,4% (BRASIL. Secretaria de Orçamento Federal. *Vinculações de Receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e o Poder Discricionário de Alocação dos Recursos do Governo Federal* – Volume 1, n. 1 (2003) – Brasília. Secretaria de Orçamento Federal – SOF). Marcos José Mendes aponta que 92% das despesas primárias são de execução obrigatória (conforme dados de 2006) (MENDES, Marcos J. Sistema orçamentário brasileiro**:** planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. *Texto para discussão 39*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008). Mansueto Almeida aponta que do total das despesas previstas em orçamento, apenas 10% são de despesas discricionárias (conforme dados de 2013) (ALMEIDA, Mansueto. Qual a importância do orçamento? *Valor Econômico*. 03/04/2013. Disponível em https://mansueto.wordpress.com/tag/orcamento/. Acesso em 19/06/2016).

[302] CARVALHO, André Castro. *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 86-90.

Em primeiro lugar, a vinculação de receitas e o estabelecimento de despesas mínimas obrigatórias é fruto da própria Constituição Federal de 1988. Para o extenso rol de direitos sociais nela previstos, foram estabelecidos mecanismos financeiros para implementá-los. A Constituição incorporou uma concepção do Direito não apenas como garantidor das liberdades individuais, mas também como implementador de políticas públicas[303] e, para tal, seja em seu texto original, seja via constituinte reformador, levou em consideração o "aspecto financeiro" dos direitos, prevendo dentre os mecanismos para implementá-los, gastos mínimos obrigatórios com saúde e educação e a previsão de contribuições sociais com arrecadação destinada à seguridade social, dentre outros. A alegada rigidez orçamentária decorre da própria lógica da Constituição Federal de 1988 e dos mecanismos de financiamento do extenso e custoso rol de direitos.

O legislador pós-1988, ao menos em um período inicial, tratou de reforçar o volume de receitas a serem aplicadas em algumas áreas, aprovando, por exemplo, a Lei Complementar nº 141/2012 (que estabeleceu os recursos mínimos a serem aplicados com saúde) e a CPMF (cuja arrecadação seria destinada à saúde).

Aliás, outro fator que contribuiu fortemente para a alegada rigidez é a política tributária após a Constituição de 1988. O crescimento da carga tributária foi amparado no aumento das contribuições, cuja arrecadação, ao contrário dos impostos, têm destino certo. A escolha em aumentar contribuições e não impostos é decorrente, em grande parte, de propostas vindas do próprio Poder Executivo federal (via Medidas Provisórias). O que explica essa opção é que "o governo optou por elevar suas receitas via contribuições sociais como uma estratégia de não repartir recursos com estados e municípios"[304]. Tributos como o Imposto sobre a Renda (IR) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), bem como o imposto de competência residual (artigo 154, inciso I da Constituição), são repartidos com Estados e Municípios. Essa repartição não é verificada nas Contribuições[305], como a

[303] "A Constituição Federal surgiu como um instrumento de defesa do cidadão contra o poderio do Estado, mas também como um instrumento construtor de uma nova cidadania, implementadora de políticas públicas que permitissem a realização de diversas finalidade estabelecidas na Carta: sociais, educacionais, previdenciárias, ambientais, de proteção às minorias, etc." (SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. In: Antonio G. Maués (org.). *Constituição e Democracia*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 62).

[304] MENDES, Marcos J. *Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público*. Texto para discussão 39. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008, p. 41.

[305] Ressalva-se nesse grupo a CIDE-combustíveis que, após a Emenda Constitucional nº 42/2003, passou a ter percentual de sua arrecadação repassado aos Estados e Municípios (artigo 159, III, CF).

Contribuição ao PIS, a COFINS, a CSLL, a CPMF, grandes responsáveis pelo aumento da carga tributária[306].

Essa tendência no aumento das contribuições foi também permitida pela DRU (Desvinculação das Receitas da União), que autorizava a desvinculação de parte da arrecadação dessas contribuições. Na prática, "o aumento de receita de contribuições sociais, desde seu início, visava a geração de receitas para pagar despesas em geral, tanto que os recursos só foram contabilizados no Orçamento da Seguridade Social por uma questão formal"[307]. O fato de a receita das contribuições sociais serem vinculadas às áreas sociais "foi usada como mera retórica para impor uma arrecadação que, a pretexto de ser efetuada através de contribuições, foi, na realidade, efetuada através de impostos travestidos de contribuições"[308].

Portanto, são dois os fatores principais para o aumento da rigidez orçamentária: a opção do constituinte originário e do legislador pós-1988 em estabelecer vinculações/despesas mínimas obrigatórias para financiar o rol de direitos constitucionais; e a política de aumento da carga tributária via Contribuições (tributos federais não repartidos com Estados e Municípios, mas cuja arrecadação possui destinação predeterminada), com desvinculação garantida pela DRU.

Concomitantemente às opções de aumento de vinculações e gastos obrigatórios, a Desvinculação das Receitas da União – DRU foi a solução proposta para o alegado excesso de rigidez orçamentária. A desvinculação foi originalmente instituída com a Emenda nº 01, de 1 de março de 1994, com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE), cujo objetivo era "sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e manter a estabilidade econômica". O referido Fundo foi estabelecido via acréscimo de norma ao Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, com vigência inicial para os exercícios financeiros de 1994 e 1995. Dentre outras fontes, o Fundo contaria com "vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União". Findo o prazo do FSE, a Emenda Constitucional nº 10, de 04 de março de 1996, estabeleceu uma prorrogação, então com o

[306] Dados do Tesouro Nacional apontam que, de 1997 a 2006, a arrecadação da União com Contribuições aumentou de 4,8% para 8,2% do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto que as receitas obtidas com Impostos aumentaram apenas de 6,7% para 7,8% do PIB. Ou seja, as receitas da União com impostos, que em 1997 eram significativamente maiores do que as com contribuições, passaram a ser menores em 2006 (MENDES, Marcos J. *Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público*. Texto para discussão 39. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008).
[307] Ibidem, p. 41.
[308] SCAFF, Fernando Facury. Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos. *Revista de Direito Público da Economia* - RDPE, Belo Horizonte, v. 3, n. jul / set, p. 67-101, 2003, p. 60.

nome de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), com vigência até 31 de dezembro de 1997, mantendo a "desvinculação" de 20%.

Nota-se, desde o início, o caráter emergencial e "provisório" da medida, tanto que foi inserido no ato das disposições transitórias, com vigência delimitada e supostamente para solucionar uma situação de instabilidade econômica momentânea. Foi, inclusive, qualificado inicialmente como "fundo de emergência". Porém, a provisoriedade não se cumpriu. A Emenda Constitucional nº 17, de 22 de novembro de 1997, prorrogou novamente o fundo, estabelecendo vigência até 31 de dezembro de 1999. Chama atenção o fato de essa prorrogação ter sido retroativa, de modo que a desvinculação tivesse continuidade de 1994 até 1999. Em 2000, pela primeira vez com o nome de Desvinculação das Receitas da União (DRU), com o mesmo patamar de 20%, as desvinculações vigeriam pelo período de 2000 a 2003, conforme disposição da Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000[309]. Na última década, a DRU foi prorrogada pelas Emendas Constitucionais nº 42, de 19 de dezembro de 2003 (vigência da DRU de 2003 a 2007), pela Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007 (vigência de 2008 a 2011) e, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011, que prorrogou sua vigência até 2015.

Em 2016, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 93, de 08 de setembro de 2016, que aprofundou sobremaneira a desvinculação e seus efeitos, dando nova redação ao artigo 76 do ADCT. Destaca-se, em primeiro lugar, que a desvinculação passa a valer até 2023, abrangendo não mais 4 ou 5 anos (como nas últimas prorrogações), mas 8 anos. Portanto, reduzem-se ainda mais as expectativas de provisoriedade. A desvinculação contou também com um aumento significativo e passou a ser de 30% (e não mais de 20%) da arrecadação das contribuições. Houve também a eliminação das ressalvas contidas nos parágrafos 1º e 3º do artigo 76 do ADCT. A única ressalva mantida diz respeito à contribuição social do salário-educação, destinado à educação básica (§ 2º do artigo 76 do ADCT).

Como se não bastasse, a nova emenda constitucional incluiu os artigos 76-A e 76-B ao ADCT, instituindo a Desvinculação de Receitas dos Estados (DRE) e a Desvinculação de Receitas dos Municípios (DRM), ambas também no montante de 30% das receitas de impostos, taxas e multas. Para a DRE e DRM, há uma ressalva para os gastos mínimos obrigatórios com saúde e educação, além das transferências obrigatórias e das voluntárias com previsão de destino específico. As desvinculações estaduais e municipais também têm vigência até 2023. A desvinculação, que já se indicava permanente, aprofunda seus efeitos,

[309] SCAFF, Fernando Facury. Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU. In: Octávio Campos Fischer. (Org.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 63-79.

desprendendo-se da suposta lógica emergencial e provisória do momento de sua criação. Atinge todos os entes e em percentual maior do que o inicialmente estabelecido.

A DRU (e variações) ilustra bem o processo de consolidação de um estado econômico de emergência, que torna permanente mecanismos que excepcionalmente e temporariamente retirariam recursos relativos aos direitos fundamentais, permitindo sua utilização para pagamento do serviço da dívida. Rompe-se o vínculo entre orçamento e direitos fundamentais para se estabelecer o vínculo entre orçamento e o serviço da dívida.

Sobre este aspecto, apesar de não estar explicitada essa relação na exposição de motivos das reiteradas prorrogações, ao se mencionar a necessidade de manter o equilíbrio orçamentário ou, como inicialmente trazido no Fundo de emergência de 1994, "sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e manter a estabilidade econômica", não há dúvidas sobre a correlação entre a desvinculação e a necessidade de gerar superávit primário e, consequentemente, destinar recursos ao serviço da dívida.

A própria exposição de motivos da última prorrogação da DRU (PEC nº 87/2015, posteriormente anexada à PEC nº 4/2015) argumenta pela necessidade de "racionalização da gestão orçamentária", atendendo demandas da sociedade, mas "sem comprometer o equilíbrio fiscal das contas públicas":

> 2. A prorrogação na vigência da DRU justifica-se porque a estrutura orçamentária e fiscal brasileira possui **elevado volume de despesas obrigatórias, tais como as relativas a pessoal e a benefícios previdenciários, e também vinculação expressiva das receitas orçamentárias a finalidades específicas**. Esse delineamento tende a extinguir a discricionariedade alocativa, pois reduz o volume de recursos orçamentários livres que seriam essenciais para implementar projetos governamentais prioritários. 3. Nesse cenário, a desvinculação de receitas, **vigente desde o ano de 1994, foi instrumento de racionalização da gestão orçamentária**, que ampliou as possibilidades de atuação dos gestores públicos e **possibilitou atender, de forma célere e tempestiva, as demandas da sociedade, sem comprometer o equilíbrio fiscal das contas públicas.** Nesse ínterim, **a DRU tem permitido à Administração Pública Federal não só estabelecer prioridades**, mas também prover e alocar recursos para torná-las exequíveis [grifos nossos][310].

Nesse sentido, Fernando Álvares Correia Dias identifica que, desde que foi adotada, em 1994, quando da implementação do Plano Real, a DRU teve por finalidade aumentar a flexibilidade na alocação de recursos e "permitir a geração de superávit nas contas do

[310] BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 4/2015. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946734. Acesso em 18/10/2017.

governo, elemento fundamental para ajudar a controlar a inflação"[311]. No mesmo sentido, Marcos José Mendes aponta que a DRU permite que se façam ajustes de curto-prazo e tem a função de "permitir o uso de contribuições sociais e econômicas (que deveriam ser aplicadas em despesas às quais estão vinculadas) no pagamento da dívida pública e no financiamento de outras despesas" [312]. Marcelo Guerra Martins, ao defender a constitucionalidade da DRU, aponta para a necessidade de gerar superávit primário e manter regularidade nos pagamentos aos credores da dívida pública, sob pena de recessão econômica[313].

O equilíbrio fiscal é um valor relevante a ser alcançado, porém, não se pode colocá-lo como princípio superior aos demais parâmetros estabelecidos constitucionalmente. Com a DRU, alteram-se as prioridades originalmente estabelecidas na Constituição. Ao seguir essa lógica, a DRU promove um redesenho profundo do modelo constitucional de financiamento da seguridade social, por meio do seguinte processo:

> 1º - reconhecimento da necessidade de se buscar o equilíbrio fiscal por meio do aumento de receita tributária, além do contingenciamento de despesas; 2º - descarte da hipótese do aumento de impostos, porque tal incremento de receitas se sujeita às regras de repartição constitucional; 3º - proposta da arrecadação de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico como alternativa à majoração dos impostos; e, por fim, 4º - superação do problema da destinação vinculada das contribuições do art. 149 da CR/1988 com a instituição da desvinculação de receitas[314].

Para além dos efeitos da desvinculação, a transformação da DRU em regra (e não mais exceção) subverte os objetivos constitucionais e, sob o escudo da tese da ingovernabilidade financeira, ameaça a concretização constitucional desde a promulgação da Constituição de 1988[315]. Desta forma, seja pela sua falsa temporariedade, seja pela

---

[311] DIAS, Fernando Álvares Correia. O que é e para que serve a DRU? (2011). Disponível em https://goo.gl/BGLrta. Acesso em 22/06/2016.

[312] MENDES, Marcos J. Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. *Texto para discussão 39*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008, p. 32-34.

[313] MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das receitas públicas no orçamento. A Desvinculação das Receitas da União (DRU). As contribuições e a referibilidade. *In* CONTI, J. Maurício; SCAFF, Fernando F. (coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 821-845.

[314] PINTO, Élida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* - RFDFE, v. 3, p. 71-100, 2014.

[315] SCAFF, Fernando Facury. Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU. In: Octávio Campos Fischer. (Org.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2004. Vide, ainda, BELLEGARDE, Marina Tanganelli. Qual a relação entre a Suma Teológica, DRU e retrocesso social?. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE,* ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

permanente restrição aos direitos fundamentais, a DRU, especialmente na sua nova configuração, revela-se inconstitucional.

Portanto, o estado econômico de emergência impôs não apenas a implementação da DRU, mas sua conversão em um instrumento permanente de redução do gasto mínimo social e das vinculações a áreas sociais, tredestinando recursos para o pagamento do serviço da dívida. Essa "suspensão temporária", que já dura mais de 20 anos (e promete durar ao menos 29 anos), evidencia uma transformação do Direito Financeiro em sua relação com o estado econômico de emergência.

3.3.2. Contingenciamento, resultado primário e a mitigação da execução orçamentária

Considerando que a implementação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais e econômicos, depende do gasto público, lança-se novamente um olhar para a dinâmica da execução orçamentária a fim de avaliar alguns entraves na implementação desses direitos e sua relação com a emergência econômica.

Conforme analisado no item 3.2.2, na fase de execução orçamentária, a despesa segue uma programação financeira, estabelecida pelo Poder Executivo, conforme determina o artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Mencionou-se também que a execução orçamentária tem como pilar o artigo 9º da mesma lei, que estabelece os requisitos para o contingenciamento: em caso de ameaça ao cumprimento das metas fiscais (estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias), os Poderes promoverão limitação de empenho e movimentação financeira, impedindo o prosseguimento da execução orçamentária.

Na dinâmica da execução orçamentária, o pagamento das despesas (especialmente despesas discricionárias) fica condicionado ao cumprimento da meta fiscal (fundamentalmente o resultado primário – indicador do montante que se pretende pagar da dívida pública).

O item 3.2.2 teve como objeto analisar, durante a execução orçamentária, a profunda transfiguração do orçamento aprovado pelo Legislativo por meio dos decretos de programação/contingenciamento e liberação de recursos: diante de um controle fraco na execução, a lei orçamentária tem se tornado mera formalidade diante dos decretos executivos, que efetivamente elegem a despesa pública a ser paga, evidenciando a perda de protagonismo do Legislativo e a concentração de poder no Executivo.

Outro aspecto da mencionada dinâmica orçamentária, e que será aprofundado nesta seção, diz respeito ao papel secundário a que ficou submetida a implementação dos direitos fundamentais na execução orçamentária. Cita-se novamente trabalho anterior deste autor, no qual se demonstrou os efeitos do contingenciamento na inexecução de políticas públicas: há elevado grau de inexecução das políticas públicas previstas na lei orçamentária e dificilmente executa-se a despesa discricionária fixada em lei, sendo que para algumas funções e órgãos não se executa nem metade do previsto (aprovado). A consequência é uma insuficiente implementação de direitos fundamentais, especialmente direitos sociais e econômicos[316]. O papel central que o resultado primário ocupa na dinâmica orçamentária bloqueia a prioridade constitucional atribuída aos direitos fundamentais no âmbito do Direito Constitucional Financeiro. Na dinâmica orçamentária, os direitos fundamentais não possuem o suficiente protagonismo que um gasto público prioritário deveria ter[317].

Há uma questão complexa, que se refere à centralidade do pagamento da dívida na dinâmica orçamentária. Como dito, o serviço da dívida condiciona a execução orçamentária dos demais gastos e goza de prioridade quase absoluta dentre as variadas categorias de obrigatoriedade/discricionariedade das despesas. Sobre essas categorias de despesas, há uma divisão tradicional e recorrente entre despesas obrigatórias e despesas discricionárias: as primeiras seriam, como diz o próprio nome, de execução obrigatória, ou seja, não poderiam ser contingenciadas; as segundas podem ser objeto de contingenciamento e, na visão

---

[316] SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *A concretização do Direito Financeiro: os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. No referido trabalho, foram apresentados diversos exemplos relativos aos anos de 2010 a 2013 de programas e unidades orçamentárias cuja execução de despesas (discricionárias) é irrisória quando comaparado ao previsto e aprovado na lei orçamentária. Em sentido semelhante, há o trabalho de Eduardo Mendonça, também com exemplos variados de gritante inexecução orçamentária (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 94); o trabalho de Michel Haber Neto, com relação à inexecução de políticas públicas na área de saúde, com risco ao descumprimento do orçamento mínimo (HABER NETO, Michel. *A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 203) e a análise de Fernando Facury Scaff com relação ao orçamento mínimo da educação (SCAFF, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos? In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Estudos Constitucionais*, v. 01. São Paulo: Renovar, 2007).

[317] De se mencionar que o gasto do país com juros superou 8% do PIB em 2015 (530 bilhões de reais). Em períodos anteriores à crise (entre 2006 e 2012), variou entre 4% e 6% do PIB. Mesmo que realizadas todas as reformas de corte de gastos propostas pelo Governo (cenário otimista), a dívida voltaria a cair apenas em 2023 (BRASIL. Senado Federal. Instituição Fiscal Independente. Relatório de Acompanhamento Fiscal. Junho de 2017. Disponível em https://goo.gl/HCYk37. Acesso em 26/07/2017). Trata-se de indicação da permanência da crise e, mesmo diante do significativo gasto com dívida pública e respectivos juros, os dados apontados pela Instituição Fiscal Independente não deixa alternativa para uma mudança no paradigma da emergência econômica: "Praticamente, toda a piora observada nos oito anos encerrados em 2022, seria revertida nos oito anos subsequentes. O resultado nominal do setor público consolidado passaria a ser superavitário entre 2029 e 2030, superando 1% do PIB". Com ou sem crise, prosseguir-se-á com a dívida e respectivos juros ocupando grande parcela do montante do orçamento. O percentual depende da referência e da metodologia.

tradicional e na adotada pelo Governo Federal, consistem apenas em autorização, não havendo, na prática, imposição para sua execução.

No entanto, essa divisão em duas categorias (despesas obrigatórias e não obrigatórias/discricionárias), tomando por critério a possibilidade de serem contingenciadas, passou a ser insuficiente diante da complexidade orçamentária atual. A observância de parâmetros constitucionais de proteção de determinadas categorias de despesas se mostra igualmente insuficiente diante do protagonismo do decreto do Executivo na definição do que é efetivamente gasto. Observando o arcabouço constitucional e legal e, especialmente, a prática refletida nos decretos de execução orçamentária, há mais categorias de despesas, com proteções distintas em relação à obrigatoriedade de sua execução. Por meio da tabela 4, ilustram-se algumas dessas diferentes categorias de despesas.

Como dito, ao longo dos anos, sobrevieram modificações legislativas que impuseram "carimbos" de proteção distintos nas despesas. Para além das despesas com salários e previdência, e das despesas com saúde e educação (que contavam com algum grau mínimo de obrigatoriedade), as demais despesas com direitos fundamentais ficam para o fim da fila. Com o teto de gastos, também as despesas com saúde e educação não possuem mais o mínimo garantido (pelos próximos 20 anos). Mais do que priorizar uma determinada categoria de despesa, pela relevância no sistema constitucional, os diversos "carimbos" e ressalvas feitas representam uma tentativa de salvar despesas do limbo da inexecução orçamentária.

Também é ilustrativo da complexidade dessa categorização a criação, no âmbito da Contabilidade Pública, do Identificador de Resultado Primário (RP), a partir do qual se pretendeu explicitamente vincular categorias de despesas ao resultado primário, justamente com o objetivo de segregar as despesas que o afetam. A identificação é feita em cada Lei de Diretrizes Orçamentárias. Na LDO 2017 (Lei nº 13.408/2016), consta que sua finalidade é "auxiliar a apuração do superávit primário (...), devendo constar no Projeto de Lei Orçamentária de 2017 e na respectiva Lei em todos os grupos de natureza de despesa".

Tabela 4. Categorias de despesas conforme proteção jurídica e obrigatoriedade de execução

Tipo de despesa	Proteção constitucional	Proteção legal	Decreto de execução/contingenciamento	Controle/fiscalização
Serviço da dívida pública	Decisão exclusiva do Poder Executivo (artigo 166, §3º, II, b)	Não contingenciável (art. 9º, § 2º, LRF) e ancorada na meta fiscal.	Pagamento não limitado pelo decreto de execução orçamentária. Não sujeito ao cronograma de desembolso.	Controle parlamentar fraco. No caso da União, não está sujeita a limite máximo.
Dotação para pessoal e seus encargos	Decisão prévia ao orçamento e impossibilidade de alteração por emenda constitucional (artigo 166, §3º, II, a)	Não contingenciável. (artigo 9º, § 2º, LRF)	Não sujeito ao cronograma de desembolso do decreto de execução orçamentária.	Sujeita aos limites máximo da Lei de Responsabilidade Fiscal.
Gastos mínimos obrigatórios com saúde e educação	Percentual da receita corrente líquida (artigo 197, § 2º e artigo 212) (artigo 76, § 2 da ADCT)*	Como obrigação constitucional/legal, não seriam contingenciáveis (artigo 9º, § 2º, LRF).	Sujeito ao cronograma de desembolso, com parte das despesas não pagas alocadas em restos a pagar.	Controle dos limites mínimos pelo TCU.
Despesas com emendas parlamentares individuais	Mínimo de 1,2% da receita corrente líquida (§ 9º do art. 166)	Sujeitas a impedimento de ordem técnica ("equiparado a contingenciamento")	A princípio, estão sujeitas ao contingenciamento, embora a não execução do mínimo imponha justificativa especial a ser enviada ao Legislativo.	Controle especial pelo Legislativo sobre a execução do mínimo (§ 14 do art. 166)
Despesas com precatórios judiciais	Obrigatoriedade de inclusão no orçamento. Para atrasados, regime de pagamento mínimo com vinculação de receita.	Como obrigação constitucional, não seriam contingenciáveis (artigo 9º, § 2º, LRF).	Não estão sujeitas ao contingenciamento.	Controle específico. Inclusão no endividamento do atraso (se posterior a 2001).
Despesas discricionárias ressalvadas pela LDO	Sem proteção constitucional	LDO estabelece anualmente as despesas não contingenciáveis (artigo 9º, § 2º, LRF).	Não sujeitas ao contingenciamento.	Controle geral.
Demais despesas discricionárias com vinculação a uma fonte tributária específica (ou fundo)	Garantia de destinação da arrecadação para determinada finalidade.	Não há garantia do gasto em determinado exercício. É vedada apenas a tredestinação.	Sujeitas ao contingenciamento. Possibilidade de inscrição em restos a pagar.	Controle geral e controle sobre a destinação.
Demais despesas discricionárias - não ressalvadas pela LDO	Sem proteção constitucional	Sem proteção legal.	Sujeitas ao contingenciamento.	Controle geral.

Fonte: elaborada pelo autor

* Com a aprovação do teto de gastos (Emenda Constitucional nº 95/2016), o gasto mínimo obrigatório fica suspenso por 20 anos, congelando o orçamento mínimo com base no que foi gasto em 2017, somado à inflação.

As diversas categorias de "identificador de resultado primário" acabam por sinalizar diferentes "níveis de executoriedade" e a possibilidade de serem contingenciados. É quase uma fila de prioridades. Em primeiro lugar, aparece a despesa financeira, que não é considerada no resultado primário. Depois, há uma divisão entre despesas primárias consideradas e não consideradas no resultado primário, também indicando obrigatoriedade ou não e a abrangência pelo PAC ou não[318].

Além das proteções legais e constitucionais, os instrumentos de execução orçamentária indicam que a eleição de prioridades do gasto público é feita em função do resultado primário. Como a execução se dá em função do resultado, há uma tentativa de "salvar" alguns grupos de despesas da alta inexecutoriedade a que está condenada a categoria geral de despesas discricionárias: ou excluindo do cálculo do resultado primário, o que induz a uma opacidade ainda maior do sistema de gastos; ou atribuindo alguma "obrigatoriedade" artificial, um frágil carimbo dado pela LDO.

Essa segregação em diversas modalidades de despesa tem reflexo no Decreto de programação financeira e nas despesas com direitos fundamentais. Olhando para um dos Decretos de execução orçamentária de 2017, o Decreto nº 8.961/17, Élida Graziane Pinto observa que "o fluxo de pagamento dos gastos mínimos em saúde e educação foi bifurcado em duas espécies de despesas, as designadas 'obrigatórias' (...) e as 'demais', cujo rito de execução orçamentária parece caminhar no limbo dos limites de pagamento". O "limbo" é o que deveria se configurar justamente no rito ordinário de execução orçamentária. Nele, estão as despesas sem garantia de saldo financeiro para quitação correspondente, com alta probabilidade de gerar restos a pagar. Conclui a autora:

---

[318] Lei nº 13.408/2016 - Art. 7º (...) § 4º O identificador de Resultado Primário (RP) tem como finalidade auxiliar a apuração do superávit primário previsto no art. 2o, devendo constar no Projeto de Lei Orçamentária de 2017 e na respectiva Lei em todos os grupos de natureza de despesa, identificando, de acordo com a metodologia de cálculo das necessidades de financiamento, cujo demonstrativo constará em anexo à Lei Orçamentária de 2017, nos termos do inciso IX do Anexo I, se a despesa é:
I - financeira (RP 0);
II - primária e considerada na apuração do resultado primário para cumprimento da meta, sendo:
a) obrigatória, cujo rol deverá constar do Anexo III (RP 1);
b) discricionária não abrangida pelas demais alíneas deste inciso (RP 2);
c) discricionária abrangida pelo PAC (RP 3);
d) discricionária decorrente de programações incluídas ou acrescidas por emendas individuais e de execução obrigatória nos termos do art. 166, §§ 9o e 11, da Constituição (RP 6); ou
e) discricionária decorrente de programações incluídas ou acrescidas por emendas de bancada estadual e de execução obrigatória nos termos do art. 72 (RP 7); ou
III - primária constante do Orçamento de Investimento e não considerada na apuração do resultado primário para cumprimento da meta, sendo:
a) discricionária e não abrangida pelo PAC (RP 4); ou
b) discricionária e abrangida pelo PAC (RP 5).

> não se justifica a expressiva segregação entre o fluxo de pagamento das despesas consideradas "obrigatórias" (Anexo XII) e o limite de pagamento das "demais" despesas (Anexo II), que foi feita pelo aludido decreto. Ora, a única razão possível para essa inédita discriminação reside no risco de que essas últimas estarão ainda sujeitas a toda sorte de adiamentos (a pretexto de contingenciamento), mesmo que façam parte do volume global de gastos computados no dever de aplicação mínima em saúde e educação. Há (...) uma deliberada estratégia de postergar a realização plena da despesa para exercícios futuros, comprometendo o destino da arrecadação dos anos seguintes com desarrazoada fatura de restos a pagar e negando efetividade presente às demandas da sociedade[319].

Aqui, observa-se o risco de efeitos permanentes da prática orçamentária centrada no resultado primário, em especial porque o exercício de 2017 servirá de parâmetro para o reajuste das despesas pelos próximos 20 anos, inclusive saúde e educação.

Dentro dessa sistemática, nota-se também que nem mesmo os recursos cuja destinação é vinculada a uma determinada finalidade possuem garantia de se converter em pagamento. Ou seja, a vinculação não é exatamente garantia de efetivo gasto, já que se tornou recorrente a prática de não efetuar o pagamento no exercício a que se refere aquela receita, a fim de provocar efeito positivo no resultado primário. Se são apenas empenhados e não pagos, transformam-se em restos a pagar, submetendo-se a um controle frágil[320].

Em verdade, a (des)vinculação de recursos orçamentários acabou por se tornar instrumento fundamental para a composição do superávit primário, "uma benção para a gestão financeira", como observam José Roberto Afonso e Vilma da Conceição Pinto[321]. Há uma prática de entesouramento dos recursos vinculados, que são arrecadados, mas não são efetivamente gastos. Tais recursos são acumulados anualmente no caixa do Tesouro, com a falsa sensação de que sobre o caixa haveria um excesso de recursos[322]. Aproximadamente 85% dos recursos do caixa não podem ser usados livremente para qualquer tipo de pagamento, o que cria uma espécie de paradoxo da vinculação de receitas. Os tributos com arrecadação vinculada a determinadas funções, como contribuições e taxas, permanecem no caixa por anos, "remuneram" o caixa e se transformam em pagamento da dívida: "a inflação

---

[319] PINTO, Élida Graziane. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos. Acesso em 26/05/2017.

[320] Para um debate sobre as consequências jurídicas da tredestinação de receitas vinculadas, vide BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. Para o autor, não há competência para arrecadar contribuição para fim diverso daquele previsto, que deu causa à sua instituição, de modo que a tredestinação dá causa ao indébito tributário e à sanção para o administrador público

[321] AFONSO, José Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. Disponibilidade e Desvinculação Financeira. *Texto de Discussão*, n. 39. Junho, 2014. FGV – IBRE, p. 17. Disponível em https://goo.gl/fEm2tA. Acesso em 31/03/2015.

[322] Ibidem.

seria o maior ou melhor dos aliados do gestor financeiro, porque retira valor real dos recursos carimbados, e transforma em recursos vinculados para dívida porque a remuneração do caixa é integralmente para esse outro fim"[323].

Ao realizar seguidos entesouramentos, deixa-se de gastar com a finalidade para a qual se arrecadou, transfere-se receita para uma nova finalidade: reduzir a dívida líquida e, assim, gerar superávit primário. Cabe mencionar que a tredestinação desse tipo de receita já foi considerada inconstitucional no caso da CIDE-combustíveis (conforme ADI nº 2.295) e também no caso do Fundo Penitenciário Nacional (conforme ADPF nº 347). Porém, com o entesouramento, "receitas arrecadadas e não desembolsadas vão se acumulando, ano após ano, no caixa do governo, e o que se cobrou a um pretexto acaba atendendo a outro pretexto, sem que a sociedade saiba claramente para que paga os tributos"[324].

Observa-se também que o artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que "os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão utilizados exclusivamente ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso". Uma interpretação mais literal da referida norma legitimaria o entesouramento, já que ele não impediria a destinação do recurso vinculado à finalidade prevista em outro exercício. Entretanto, o entesouramento recorrente coloca em risco o atendimento ao objeto da vinculação, subvertendo a finalidade da vinculação ou mesmo do próprio tributo.

Toda a dinâmica orçamentária aqui descrita reflete uma emergência econômica, a partir da qual o objetivo do sistema orçamentário é a garantia do resultado primário, deixando as sobras para o financiamento de direitos fundamentais e demais serviços públicos. As dificuldades de financiamento dos direitos fundamentais não decorrem apenas da adoção de medidas de austeridade temporárias, mas são resultado da reprodução de uma dinâmica que tem adiado de forma permanente a concretização dos direitos fundamentais.

O serviço da dívida compõe o quadro de despesas orçamentárias e, como tal, deve sobre ele haver controle, inclusive para que fique claro o conflito distributivo dentro do orçamento:

> Não se questiona aqui o fato de que a dívida pública seja indiretamente utilizada como meio de absorção das disponibilidades financeiras no mercado e que essa seja uma estratégia de controle das pressões inflacionárias. O que não se pode perder de vista é que os juros que remuneram a dívida pública e a própria dívida são itens regulares do orçamento da União, ou seja, são despesas públicas que devem se ater aos limites legais e cuja motivação e finalidade podem, aliás, devem ser avaliadas desde o ponto de vista de sua conformidade com o texto

[323] Ibidem.
[324] Ibidem.

> constitucional vigente e com o preceito fundamental da máxima eficácia dos direitos fundamentais[325].

Se, de um lado, os superávits primários são importantes para manter um equilíbrio na política fiscal e na relação entre dívida e PIB, de outro lado, significa que menos recursos estão sendo empregados na execução orçamentária dos demais órgãos e programas, ou seja, políticas públicas deixam de ser executadas e direitos deixam de ser concretizados. Ainda conforme Élida Pinto, não há um debate democrático sobre as dotações orçamentárias, uma vez que não se apresentam claramente os motivos sobre as oscilações no orçamento da União. Não há, por exemplo, limites sobre os pagamentos da dívida e, não havendo limite, tais gastos são expandidos discricionariamente: "o debate jurídico político sobre o seu custo e sobre a origem dos recursos que lhe fazem frente não se abrem à sociedade"[326].

Trata-se do único gasto que não é limitado orçamentariamente. Ao final, tais pagamentos são relacionados à "necessidade" de manter a confiabilidade das finanças públicas perante o mercado e pouco se discute sobre sua interferência nas prioridades constitucionais. Escondem uma maior proteção das atividades rentistas em detrimento das atividades produtivas e, ainda, em detrimento do interesse social e dos objetivos constitucionalmente estabelecidos de redução das desigualdades sociais. Daí um dos motivos por que as atividades bancárias/financeiras mantêm significativo lucro mesmo na emergência econômica[327].

Portanto, constata-se uma dinâmica orçamentária cada vez mais afastada dos direitos fundamentais e, essencialmente, vinculada ao atendimento de emergências econômicas, ainda que para favorecer determinados grupos, subvertendo as promessas constitucionais de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos (conforme artigo 3º).

---

[325] PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 21.

[326] Ibidem, p. 25.

[327] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 484. Conforme ainda aponta Fernando Scaff, com base nas informações do Relatórioda CPI da Dívida Pública sobre os credores da dívida interna brasileira, "se constata uma situação paradoxal, pois quem aproveita dos juros de mercado quando faz aplicações bancárias é, por assim dizer e a grosso modo, o mesmo grupo que reclama dos juros altos de mercado quando pega dinheiro emprestado no sitema financeiro. O problema é a distância entre essas duas 'pontas' da operação financeira no Brasil, pois, euqnanto os títulos públicos pagam taxas altas, os banqueiros emprestam a taxas altíssimas, sendo a atividade econômica que obtém os maiores e seguidos lucros, mesmo em tempos de crise" (Ibidem, p. 486).

3.3.3. A limitação das despesas primárias pelos próximos 20 anos (*teto de gastos*)

Uma das principais e mais recentes alterações na Constituição Financeira, essa efetivamente no texto, diz respeito à limitação de despesas imposta pela Emenda Constitucional nº 95/2016. A referida Emenda incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) os artigos 106 a 114, estabelecendo o que ficou conhecido como "teto de gastos", justamente por estabelecer um limite máximo para o crescimento das despesas.

O texto da norma denominou as alterações constitucionais de "Novo Regime Fiscal para os orçamentos fiscal e da seguridade social da União". O novo regime vigorará por vinte exercícios financeiros (artigo 106), começando por 2017. A partir do décimo exercício de vigência da norma, poderá haver alteração do método de correção do limite por aprovação de lei complementar de iniciativa do Presidente. Não se trata de uma extinção do regime e dos limites, mas da possibilidade de alteração do método de correção.

O "teto de gastos" é estabelecido em relação às despesas de todos os Poderes[328], equivalendo sempre à "despesa primária paga no exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – IPCA" (artigo 107) [329]. Ou seja, um limite ao crescimento das despesas conforme a inflação.

O artigo 107 deixa expresso que as propostas orçamentárias de cada Poder/órgão devem estar sujeitas ao referido limite, o que deve ser demonstrado na mensagem de encaminhamento do projeto de lei orçamentária. Há referência, ainda, à necessidade de que os créditos suplementares ou especiais abertos durante o exercício respeitem os limites do novo regime fiscal.

Em caso de inobservância dos limites por cada Poder/órgão, incidem algumas vedações: em geral, estão vedadas medidas que impliquem aumento da despesa obrigatória, tais como a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração dos

[328] Conforme artigo 107, são os seguintes: Poder Executivo; do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário; do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo; do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e da Defensoria Pública da União.

[329] Conforme artigo 107, § 10º, para fins do limite, serão consideradas "despesas primárias pagas, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário no exercício".

membros do Poder; a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa (artigo 109). Tais vedações vigoram até que se retorne ao limite.

No tocante às exceções, os § 6º e 7º do artigo 107 do ADCT trazem algumas hipóteses, parte das quais em verdade se configuram como exclusões para o cálculo do limite. No § 6º, inciso I, excluem-se do cálculo do limite os diversos valores obrigatoriamente transferidos pela União aos demais entes federados (transferências constitucionais obrigatórias de diversas áreas[330]). Por tal razão, não se trata efetivamente de uma exceção, mas de mera exclusão de um valor que não é uma despesa propriamente dita da União. A própria exposição de motivos da Emenda apontou que a maioria delas "já não consta efetivamente como despesa federal, e sim como dedução de receita"[331].

No inciso II do mesmo § 6º, excetuam-se dos limites os créditos extraordinários, já que se pressupõe que sua abertura decorre de uma situação excepcional ("despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública"). Nesse caso, como já alertado na seção 3.2.3, há risco de se estimular ainda mais o uso de créditos extraordinários sem a observância dos requisitos, como uma espécie de fuga ao teto de gastos.

Há duas outras exceções: as despesas não correntes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições, de modo justamente a se evitar riscos com as eleições; e as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes, permitindo liberdade à União para capitalizar esse tipo de pessoa jurídica[332].

---

[330] Excluem-se as transferências constitucionais relativas (i) aos royalties/participação/compensação financeira da exploração mineral (art. 20, § 1º), (ii) à arrecadação no âmbito do regime simplificado destinadas aos demais entes (parágrafo único do art. 146); (iii) ao IOF incidente sobre ouro pertencente aos Estados e Municícpios (§ 5º do art. 153); (iv) as repartições de receitas previstas nos artigos 157 e 158 ("repartição" do IR, do IPI, ITR e do imposto de competência residual); (v) as repartições de receitas destinadas ao FPM e FPE (artigo 159); (vi) as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação (§ 6º do art. 212); (vii) as despesas com polícia, bombeiros e demais serviços públicos do Distrito Federal mantidos pela União (art. 21, XIV); (viii) as complementações dos fundos de educação para que Estados que não alcancem o mínimo de gasto por aluno definido nacionalmente (incisos V e VII do *caput* do art. 60 do ADCT).

[331] BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 241/2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em 28/03/2017.

[332] Sobre o tema, durante o processo legislativo, questionou-se se a referida exceção estava relacionada à tentativa de aprovar o PLS nº 204/2016, que permite "aos entes da federação, mediante autorização legislativa, ceder direitos creditórios originados de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, inscritos ou não em dívida ativa, a pessoas jurídicas de direito privado" (Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125723). As pessoas jurídicas de direito privado referenciadas na exceção seriam justamente "empresas estatais não dependentes", com sócios de direito público, mas regidas pelo direito privado, responsáveis pela gestão e negociação de títulos oriundos de tais créditos no mercado financeiro. Alguns Estados e municípios já realizam tais operações. Durante o processo legislativo, foi proposta, inclusive, alteração da redação do texto da emenda constitucional para que fosse expressamente "vedada a destinação de recursos ou bens públicos a empresas estatais que realizem operações financeiras que envolvam direitos creditórios relativos a dívida ativa ou outras receitas

No § 7º do artigo 107, há uma exceção que é limitada apenas aos três primeiros exercícios, qual seja, a permissão para que o Poder Executivo compense (com redução de suas despesas) a inobservância do limite pelos demais poderes/órgãos quando da aprovação do orçamento. Essa exceção temporária reflete a concessão de um prazo maior para que os demais poderes se acomodem aos limites do Novo Regime Fiscal.

Quanto às aplicações mínimas em serviços de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino, foi incluída previsão específica para cálculo durante a vigência do Novo Regime Fiscal. Como se vê do artigo 110, há uma alteração relevante do orçamento mínimo dessas áreas. No primeiro exercício (2017), a aplicação mínima deve respeitar o quanto disposto no § 2º do artigo 198 e no *caput* do artigo 212 da Constituição. Ou seja, dos mínimos que já se encontravam vigentes[333]. Entretanto, a partir de 2018, o gasto com saúde e educação passa a ter o mesmo tratamento das demais receitas, crescimento limitado à inflação. Houve, assim, verdadeira revogação (ou suspensão por 20 anos) do orçamento mínimo da saúde e da educação.

A partir de 2018, os recursos mínimos passam a ser uma mera atualização monetária dos recursos alocados em 2017. Não mais serão uma função da receita corrente líquida (15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro) no caso da saúde, tampouco uma função da arrecadação com impostos (18% no caso da União) na educação[334]. Diversos estudos têm sido produzidos mostrando o grave impacto do novo regime fiscal sobre o financiamento da educação, da saúde e dos direitos fundamentais de modo geral.

Na educação, estudo conduzido por Claudio Tanno aponta que haverá grandes dificuldades em se manter os níveis de gastos nos próximos exercícios, ainda que sejam implementadas reformas fiscal, tributária e previdenciária de redução de despesas obrigatórias: "ao longo das próximas décadas, mostra-se de difícil implementação a tese defendida pelo Governo de que as despesas em educação não serão reduzidas, mas poderão ser acrescidas, por definição do Congresso Nacional, desde que haja remanejamento de

---

públicas" (Conforme proposta de emenda nº 46 ao Porjeto de Emenda Constitucional nº 55/2016, rejeitada pela CCJ em 09/11/2016. Disponível em http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337). Sobre o debate sobre a inclusão desse tipo de pessoa jurídica dentre as exceções do limite de gasto, vide as seguintes notícias veiculadas pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, disponíveis em: https://goo.gl/UYp8rA

[333] No caso da saúde, havia ainda outra redução, já que o mínimo para 2017 não seria o originalmente estabelecido, de 15% da receita corrente líquida, conforme artigo 198 da Constituição. O artigo 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015 instituiu uma aplicação progressiva do mínimo com saúde ("subpisos progressivos") e um prazo de 5 anos até que se chegasse ao total de 15%. A norma foi posteriormente revogada.

[334] JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. As inconstitucionalidades do "Novo Regime Fiscal" instituído pela PEC n° 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). *Boletim Legislativo nº 53*. Núcleo de Estudos e Pesquisas Legislativas da Consulltoria Legislativo do Senado Federal. Novembro, 2016, p. 35

recursos de outras áreas"[335]. O referido estudo, ao projetar o gasto para os próximos anos, evidencia que o Novo Regime Fiscal, considerada a expansão das despesas obrigatórias, "compromete a execução das políticas educacionais previstas na Constituição, no Plano Nacional de Educação e no Plano Plurianual". Considerando os efeitos positivos da educação no próprio crescimento econômico (aumento da produtividade da força de trabalho, aumento da renda do trabalhador, retornos privados e sociais), a nova norma "pode gerar um paradoxo para as próximas décadas: recolocar a economia em trajetória de crescimento, com geração de renda e empregos, ainda que se prejudique a execução das políticas educacionais (...) elemento de fundamental importância para que se viabilize o pleno desenvolvimento do País e o próprio sucesso do Novo Regime Fiscal"[336].

Um estudo da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados aponta que os novos limites de despesa impostos pela norma podem acarretar a efetiva redução do piso destinado à educação, em caso de recuperação da economia após 2018: as premissas adotadas no novo regime fiscal tendem a reduzir o piso da União destinado à educação e, "ainda que se possa justificar a redução temporária do ritmo de crescimento das despesas com o piso da educação, em prol do ajuste das finanças públicas, é forçoso reconhecer que o prazo de vinte anos proposto pela PEC parece longo demais"[337].

No tocante à área da saúde, o mínimo estabelecido era calculado a partir do empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) do ano anterior, e não podia ser inferior a 15% da receita corrente líquida (conforme artigo 198, § 2º da Constituição Federal e artigo 5º da Lei Complementar nº 141/2012). Com o "teto de gastos" da Emenda Constitucional nº 95/2016, como já exposto, o mínimo passa a ser o gasto do ano anterior corrigido pela inflação. Assim, os novos limites de despesa também tendem a representar uma redução do piso da saúde a partir de 2018, em especial se houver retomada do crescimento econômico[338].

Em outro estudo, elaborado pelo IPEA, é demonstrado que, "desde 2002 não houve aumento da participação das despesas com ASPS [Ações e Serviços Públicos de Saúde] nas

---

[335] TANNO, Claudio Riyudi. *Novo regime fiscal constante da pec nº 241/2016: análise dos Impactos nas políticas educacionais*. Estudo Técnico nº 18, de agosto de 2016. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. 2016, p. 04.

[336] TANNO, Claudio Riyudi. *Novo regime fiscal constante da pec nº 241/2016: análise dos Impactos nas políticas educacionais*. Estudo Técnico nº 18, de agosto de 2016. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. 2016, p. 10.

[337] TANNO, Claudio Riyudi *et alli*. *Impactos do "Novo Regime Fiscal"Subsídios à Análise da Proposta de Emenda à Constituição–PEC nª 241/2016.* Estudo Técnico nº 12, de agosto de 2016. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. 2016, pp. 37-38. Disponível em https://goo.gl/1GkZ5L. Acesso em 29/03/2017.

[338] Ibidem.

despesas primárias da União, pelo contrário, observou-se queda da participação (...) sendo de forma acentuada a partir de 2013"[339]. Considerando que, com a referida queda na participação, o gasto público com saúde parte de um patamar muito baixo para fins de cálculo para o futuro; considerando o já existente déficit de saúde no Brasil; considerando a previsão de aumento cada vez maior nas demandas por serviços públicos de saúde, o estudo conclui que o teto de gastos impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. É provável que se reduza o grau de acesso e qualidade dos serviços à população brasileira ao longo desse período, já que a população tende a aumentar e envelhecer de forma mais acelerada. Por fim, o estudo afirma que "a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetará os grupos mais vulneráveis, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país"[340].

O IPEA também avaliou os efeitos do "teto de gastos" sobre a assistência social. Os cálculos realizados demonstram que, ao longo de 20 anos, pode-se levar a uma "regressão da participação dos gastos com as políticas assistenciais em relação ao PIB a patamares inferiores ao de 2006"[341]. Caso não sejam realizados ajustes, é alta a probabilidade de que as políticas de assistência sejam revistas no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Isso implicaria numa "priorização de determinadas políticas em detrimento de outras, forçando, no limite, a extinção de programas do Ministério para se adequar ao limite da área"[342]. É esperado um maior acirramento político nas disputas por recursos e, considerando programas – a exemplo do Benefício de Proteção Continuada (BPC) – que possuem proteção constitucional, haverá ou deterioração dos diversos programas no âmbito da Assistência Social, ou então a deterioração do próprio Benefício de Prestação Continuada.

Conforme destacado pelo mesmo estudo, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) atende idosos (65 anos ou mais) e pessoas com deficiência (PcD) em situação de extrema pobreza (renda familiar per capita inferior a ¼ de salário mínimo). A Nota do IPEA

---

[339] Ademais, segundo a nota, "o gasto público *per capita* com saúde do Brasil é um dos mais baixos entre países que possuem sistema universal de saúde e mesmo quando comparado ao de países vizinhos nos quais o direito à saúde não é um dever do Estado" (conforme VIEIRA, Fabiola Sulpino; SÁ E BENEVIDES, Rodrigo Pucci de. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. *Nota Ténica n. 28*. Brasília: IPEA, 2016, pp. 16-17).

[340] VIEIRA, Fabiola Sulpino; SÁ E BENEVIDES, Rodrigo Pucci de. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. *Nota Ténica nº 28*. Brasília: IPEA, 2016, p. 22.

[341] PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. "O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de Assistência Social no Brasil". *Nota Ténica nº 27*. Brasília: IPEA, 2016, pp. 14-15.

[342] Ibidem, p. 16.

afirma que o referido programa foi fundamental para o expressivo avanço na proteção social aos idosos, garantindo-lhes "uma renda de substituição à renda do trabalho"[343]. Nesse sentido, trata-se de valor que "corresponde ao próprio piso constitucionalmente garantido aos trabalhadores para o atendimento a suas necessidades básicas de subsistência, ou seja, um salário mínimo". O teto possivelmente exigirá que o referido benefício seja revisto e corrigido, por exemplo, com base na inflação (na linha dos demais gastos e na premissa que não se farão ajustes substanciais), o que tornaria o benefício em substituição à renda do trabalho inferior ao mínimo, deixando "os beneficiários do BPC em uma cidadania de segunda classe, escolha sabiamente recusada pelos constituintes" [344].

O estudo avalia também os efeitos da norma sobre outros Programas de Assistência Social, como o Bolsa Família e outros serviços socioassistenciais no âmbito do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), revelando impactos negativos consideráveis na área social. Ao final, conclui o estudo haver "uma desresponsabilização do Estado com a situação social do país, com impactos em uma progressiva – e deletéria – desvinculação entre a atuação pública no campo social e a dinâmica de desenvolvimento do país", parecendo a nova norma apoiar-se "em uma concepção de progresso que desconsidera o papel proeminente dos investimentos públicos em educação, saúde, assistência social e cultura no desenvolvimento" [345]. Não por outra razão, o novo regime fiscal pode ser considerado como promotor de um eventual crescimento econômico com um ajuste fiscal permanente que deixa profundos impactos sociais[346].

Em sentido oposto, defendendo a constitucionalidade da medida, Paulo Freitas e Francisco Schertel não visualizam violações aos direitos e garantias individuais. Os autores citam dois julgados do STF para considerar que a "instituição das chamadas cláusulas pétreas pelo Constituinte de 1988 não significa a impossibilidade de realização de qualquer alteração nos objetos alcançados por essas cláusulas, mas sim a definição de uma esfera mínima de proteção, que preserve os seus elementos essenciais" e, ainda, que "o princípio do não-retrocesso não pode significar a cristalização de expectativas de direito"[347].

---

[343] Em 2014, o Brasil havia praticamente abolido a pobreza neste segmento populacional, uma vez que apenas 8,76% das pessoas com 65 anos ou mais viviam com renda abaixo de ½ salário mínimo (Ibidem, p. 18).
[344] Ibidem, p. 19-21.
[345] Ibidem, p. 27.
[346] ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.
[347] FREITAS, Paulo Springer de; MENDES, Francisco Schertel. Comentários sobre a PEC do teto dos gastos públicos aprovada na Câmara dos Deputados: necessidade e constitucionalidade da medida. *Boletim Legislativo nº 55*. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Novembro de 2016.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade das disposições em questão em face de suposta violação às cláusulas pétreas. Primeiramente, o questionamento foi feito antes mesmo da entrada em vigor da Emenda Constitucional, ou seja, quando ainda estava em discussão no Congresso a PEC nº 55, de 2016. Houve indeferimento da medida liminar, consignando-se em decisão uma tendência de não se interferir na discussão parlamentar[348]. Posteriormente à aprovação, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658, ainda sem decisão definitiva. A análise dos demais aspectos de tais ações será feita na seção 4.3 desta Tese.

Adianta-se que, por representar uma inversão dos objetivos constitucionais, no tocante às áreas da saúde e educação, em que há revogação do orçamento mínimo e, portanto, violação de direitos fundamentais protegidos por cláusula pétrea, o teto de gastos se revela inconstitucional, ao menos quanto a esse aspecto. Nesse mesmo sentido, analisando o impacto no custeio de direito fundamentais, Élida Pinto qualifica o novo regime de um "estado de sítio fiscal", que suspende a eficácia de tais direitos por 20 anos e, portanto, representa uma afronta ao arranjo sistêmico de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que amparam os direitos fundamentais, notadamente por meio de vinculações de receita ou dever de gasto mínimo[349].

Verifica-se, ainda, que o Novo Regime Fiscal está expressamente fundamentado na necessidade de conter o "aumento sem precedentes da dívida pública federal" e "estabilizar o crescimento da despesa primária"[350], fundamentos que ilustram a influência da emergência econômica nesse tipo de alteração. A limitação das despesas primárias por 20 anos, com graves prejuízos ao financiamento dos direitos fundamentais e com revogação do orçamento mínimo das áreas da saúde e da educação, representa bem uma transformação do Direito Financeiro decorrente do estado econômico de emergência.

A profundidade da transformação em análise revela ainda outras discussões, dentre as quais aquela relacionada à separação de poderes. Tamanha a limitação, alega-se redução do espaço para o Legislativo decidir sobre o orçamento, tolhendo deste aspecto essencial de

---

[348] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Mandado de Segurança nº 34.448/MC/DF, Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/10/2016.

[349] PINTO, Elida Graziane. Novo Regime Fiscal e a mitigação dos pisos de custeio da saúde e educação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, 2016, p. 2-3.

[350] BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 241/2016. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em 28/03/2017.

sua competência[351]. A redução é significativa e não afeta somente o Legislativo, mas o Governo como um todo (inclusive o Executivo) nos próximos 20 exercícios, de modo que o argumento de violação à separação de poderes se mostra menos consistente.

Cabe destacar, ainda, o fato de a referida Emenda Constitucional ter adicionado artigos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pretendendo dar roupagem de transitória a uma regra cuja vigência é de vinte anos. Além do caráter transitório, como o próprio nome diz, as normas do ADCT também têm caráter de exceção às regras da Constituição, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal[352]. No caso do teto de gastos há uma inadequação no suposto caráter transitório que se pretendeu atribuir à norma, o que contraria o devido processo legal aplicado ao processo legislativo e também o princípio da razoabilidade, especialmente diante da abrangência e da vigência temporal das regras do Novo Regime Fiscal, aspecto incompatível com o perfil de normas temporárias e transitórias, conforme expõe Ronaldo Vieira Júnior[353].

Por fim, cumpre ilustrar que, no Brasil, a medida combina dois aspectos que não se identificam conjuntamente em outros países: "a experiência comparada mostra que os países costumam adotar alternativamente (i) um teto de gastos mais rígido por um período relativamente curto ou (ii) um teto mais flexível com vigência permanente ou por período mais longo". No Brasil, combina-se "um sistema de crescimento real nulo dos gastos públicos por um período de 20 anos"[354].

A forma de variação é também um aspecto que diferencia o Brasil de outros países, a exemplo dos países da União Europeia. Aqui se estabelece um limite em relação à inflação, enquanto na Europa há uma variação atrelada ao PIB. No Brasil, em momentos de crescimento econômico e, portanto, provável crescimento da arrecadação, a despesa primária continuará limitada. Persegue-se, portanto, um aumento do superávit primário durante a vigência do Novo Regime Fiscal, conforme, aliás, consta da própria exposição de motivos[355],

---

[351] JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. As inconstitucionalidades do " Novo Regime Fiscal" instituído pela PEC n° 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). *Boletim Legislativo nº 53*. Núcleo de Estudos e Pesquisas Legislativas da Consulltoria Legislativo do Senado Federal. Novembro, 2016, p. 11.

[352] Conforme ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 829, de 14 de abril de 1993: "contendo as normas constitucionais transitórias exceções a parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção depende".

[353] JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. As inconstitucionalidades do " Novo Regime Fiscal" instituído pela PEC n° 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). *Boletim Legislativo nº 53*. Núcleo de Estudos e Pesquisas Legislativas da Consulltoria Legislativo do Senado Federal. Novembro, 2016, p. 28

[354] Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658.

[355] Segundo o texto da exposição de motivos, "a gravíssima situação fiscal e o risco não desprezível de perda de controle sobre a dívida pública nos obriga a continuar perseguindo, nos próximos anos, o maior resultado primário possível. Assim, trabalharemos conciliando o limite de despesa aqui instituído com o já existente

Na Europa, como o limite é vinculado ao crescimento do PIB, coma retomada do crescimento e da arrecadação, seria possível um aumento das despesas que acompanhe tal crescimento.

Aliás, na Europa, diante das medidas de austeridade, em especial da limitação de despesas (e também do déficit e da dívida), houve um intenso debate sobre a deterioração do Estado Social (ou Estado de Bem-estar Social, ou *Welfare State*) e do correspondente sistema de proteção social construído especialmente nos denominados "trinta anos gloriosos do pós-guerra". Adicionalmente, nos países em que houve ajuda financeira, as limitações de crescimento da despesa (já descritas na seção 3.2.1) foram acompanhadas de uma série de medidas de austeridade e de reformas, detalhadas em Memorandos de Entendimento[356]. Criou-se um "novo espaço jurídico-constitucional" de discussão em razão das medidas tomadas durante a crise na União Europeia, em que estão em conflito as condições dos empréstimos e ajudas financeiras realizadas (incluído a limitação de despesas), de um lado, e os compromissos relativos aos direitos sociais no âmbito do direito constitucional nacional e comunitário, por outro lado[357]. Portugal, Espanha e Itália são exemplos interessantes dessa discussão em razão da gravidade dos impactos da crise no financiamento dos direitos fundamentais.

Em Portugal, um dos países em que os cortes tiveram maior impacto, a "fase de austeridade" como resposta à crise foi inaugurada com o Programa de Estabilidade e Crescimento 2010-2013 (PEC I). O objetivo principal era reduzir o déficit orçamentário, especialmente a partir da diminuição das despesas (as medidas permitiriam uma redução da despesa total em 2,7 pontos percentuais do PIB). Ao referido Programa, durante o próprio ano de 2010 e nos anos seguintes, seguiram-se medidas de reforço à austeridade (denominadas de PECs II, III e IV), com ampliação dos cortes de despesas, incluídos programas sociais, redução, revisão e congelamento das pensões e da remuneração de servidores[358]. Tais medidas, entretanto, não alcançaram o objetivo de redução de déficit

---

arcabouço institucional de fixação e perseguição de metas de resultado primário, como previsto no § 1º do art. 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 241/2016. Disponível em https://goo.gl/z67HBh. Acesso em 28/03/2017).

[356]GINSBORG, Lisa. The impact of the economic crisis on human rights in Europe and the accountability of international institutions *Global Campus Human Rights Journal*, pp. 97-117, 2017.

[357] KILPATRICK, Claire. Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/34. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/06/LAW_2015_34.pdf. Acesso em 04/04/2016).

[358] OSTA, Ana; CALDAS, José Castro. A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas. In *A Anatomia da Crise: Relatório do Observatório sobre Crises e Alternativas. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra*. Dezembro de 2013. Disponível em http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/Relatorio_Anatomia_Crise_final__.pdf#page=72. Acesso em

esperado e, com o aprofundamento da crise, Portugal recorreu à ajuda externa. Como consequência dos acordos com a União Europeia, em maio de 2011, é divulgado um Memorando de Entendimento, em que o país se compromete à adoção de outras medidas de redução de despesas[359].

Na Espanha, as medidas de austeridade não tiveram a mesma intensidade daquelas ocorridas em Portugal. De qualquer modo, as medidas frearam o aspecto expansivo do Estado de Bem-estar espanhol, com impactos na cobertura e amplitude do sistema de proteção, bem como em áreas específicas (por exemplo, a restrição na cobertura de saúde de imigrantes irregulares). Apesar do aumento do gasto social em relação ao PIB, este foi insuficiente diante do crescimento das demandas e não evitou impactos negativos na desigualdade, na pobreza e no número de indivíduos sem proteção[360]. Em termos absolutos,

05/05/2017. Segundo os autores, a redução total pretendida pela PEC I para o déficit se assentaria na redução de despesa (49%), no aumento da receita (15%), e na recuperação econômica (36%). Dentre os cortes de despesas, destacam-se a revisão e dominuição de despesas na área da Seguridade Social, diminuição de salários, gestão e controle de despesas em Saúde, redução das transferências para o setor empresarial do Estado, redução das remunerações de titulares de cargos políticos, gestores públicos e equiparados, congelamento de admissões e redução do número de contratados; congelamento das pensões , suspensão da aplicação da regra automática de indexação das pensões, dentre diversas outras.

[359] Ibidem, pp. 85-88. Dentre as medidas de redução de despesas contidas no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica de 17 de maio de 2011 estão: Melhoria do funcionamento da Administração Central (redução do número de serviços, reorganização da administração local e regional, mobilidade dos trabalhadores da administração pública, revisão das políticas remuneratórias); Redução de custos na área da educação (agrupamentos escolares, diminuição da contratação de recursos humanos, redução de transferências para escolas privadas com contrato de associação); Redução de despesas com pessoal da administração pública (limitar admissões para obter decréscimos anuais em 2012-2014 de 1% ano na Administração Central e 2% na Administração Regional e Local, congelar salários no sector público em termos nominais em 2012 e 2013); Redução dos custos com sistemas de saúde dos trabalhadores da administração pública; Redução de pensões acima de 1500 Euros (manter as regras de indexação das pensões, em 2013); Reforma das prestações de desemprego; Redução de despesas sociais (alargar o uso da condição de recursos); Redução das transferências para a administração local e regional; Redução de custos com os Serviços e Fundos Autónomos e com o SEE (custos operacionais, remunerações, investimento e tarifas); Redução do investimento público.

Sobre as medidas do citado Memorando de Entendimento, vide BRITO, Miguel Nogueira de. Putting Social Rights in Brackets?: The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, pp. 69-71.

[360] GUILLÉN, Ana M.; GONZÁLEZ-BEGEGA, Sergio; BALBONA, David Luque. Austeridad y ajustes sociales en el Sur de Europa. La fragmentación del modelo de bienestar Mediterráneo. *Revista Española de Sociología (RES)*, v. 25, n. 2, p. 261-272, 2016.

entre 2009 e 2011, a queda do gasto social espanhol foi mais acentuado quando comparado a outros países da União Europeia[361/362].

Na Itália, além de reformas nos sistemas laboral e de pensão, houve significativos cortes de despesas nas áreas da saúde[363], da educação[364] e de assistência social[365], principalmente a partir de 2010. Muitos dos cortes, inclusive, afetaram transferências para os entes subnacionais (*regiões*), responsáveis por grande parte das políticas públicas na área social, trazendo problemas também no financiamento desses entes[366].

Embora não se possa prever se as restrições orçamentárias serão "repostas" em orçamentos futuros, verificam-se alguns efeitos permanentes sobre o Estado Social e a distribuição do gasto público no contexto europeu. Mesmo em áreas em que não necessariamente houve uma reforma do sistema de proteção, as próprias reformas do Direito Constitucional Financeiro provocaram efeitos permanentes e exigiram, como consequência,

---

[361] PAVOLINI, Emmanuele; LEÓN, Margarita; GUILLÉN, Ana, M.; ASCOLI, Ugo. From austerity to permanent strain? The EU and welfare state reform in Italy and Spain. *Comparative European Politics*, v. 13, n. 1, p. 56-76, 2015, p. 136. Conforme exemplifica o citado estudo, na União Europeia, o gasto social médio por habitante caiu 0,6% no período, e na Espanha a queda foi de 1,2%. Na Espanha também houve pedido de ajuda financeira externa direcionada à reestruturação e recapitalização do setor bancário espanhol, aprovado sob condições de um *Memorandum* de Entendimentos (de 23 de julho de 2012) com 33 medidas específicas para o setor financeiro (Ibidem, p. 142).

[362] Sobre os impactos dos cortes em direitos sociais como saúde, habitação, pobreza energética e serviço social, vide MÀS, Joaquín Tornos. Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica. Instituto de Derecho Publico de Barcelona. *Informe Comunidades Autónomas 2016*. Disponível em https://www.foroautonomias.es/. Acesso em 10/12/2017.

[363] Em termos de gasto público, houve uma queda anual de 2,2 pontos percentuais entre 2009 e 2011 e a distância para os demais páises da União Europeia aumentou. O gasto público per capita com saúde na Itália em 2000 era de 85,5% da média da União Eruopeia (EU-15); em 2011, houve uma queda para 77,1% (Eurostat 2012–2014). (PAVOLINI, Emmanuele; LEÓN, Margarita; GUILLÉN, Ana, M.; ASCOLI, Ugo. *From austerity to permanent strain? The EU and welfare state reform in Italy and Spain*. Comparative European Politics, v. 13, n. 1, 2015, p. 148).

[364] "In Italy, very low growth took place since 2000 and cuts began with the crisis (...). National data on 2011 tell us that the freeze became even more pronounced with a −3.4 per cent decrease in expenditure between 2010 and 2011 and a more general −5.5 per cent between 2007 and 2011" (Ibidem, p. 149).

[365] "Italy did not develop any real minimum income protection programme, although the number of individuals at risk of poverty or unemployment rose significantly (...) Recent budget planning laws (2010–11) have deliberated quite draconian expenditure cuts. For example, the central state financing for social care and social assistance between 2008 and 2012 was cut by 91 per cent (...); between 2009 and 2012 social care and social assistance expenditure dropped by 3.5 per cent (...) Public expenditure for family and children contracted between 2009 and 2011 on a yearly average by 2.7 per cent. The result was that, in 2011, this expenditure was around 56 per cent of that for western Europe and the social exclusion expenditure remained down at 15 per cent, even if the economic situation of many households has deteriorated dramatically (Eurostat 2012–2014)" (Ibidem, p. 150).

[366] Em relação aos fundos nacionais, cujos recursos deveriam ser distribuídos às regiões para financiar políticas e serviços sociais, os cortes foram bastante significativos, como relata Dilleta Tega: "the fund for welfare policies amounted to 656,4 million in 2008 and was reduced to 518,2 in 2009, to 380,2 in 2010, to 178,85 in 2011 and to 10,8 in 2012; the fund for equal opportunities was reduced from 64,4 million in 2008 to 11 million in 2012; the fund for family was cut down from 346,4 million in 2008 to 31,9 million in 2012; the national health fund experienced reductions of 900 million in 2011, 1,8 billion in 2012, 2 billion in 2013 and 2,1 billion from 2015". (TEGA, Diletta. Welfare Rights In Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 58).

uma reformulação da proteção social. Nas áreas da saúde e educação, ainda que nenhuma reforma explícita e ampla tenha sido realizada (principal gasto público do Estado depois das pensões), as medidas de consolidação fiscal e controle do gasto público (conduzidas pela União Europeia) foram base para intervenção nesses setores[367].

Para além dos cortes de despesas, as reformas legais e constitucionais aprovadas para fazer frente à crise econômica afetaram profundamente o Estado Social e, como afirma Tomás de la Quadra-Salcedo, o próprio modelo de Estado previsto constitucionalmente[368]. Assim, há uma percepção na doutrina de que houve significativo impacto de tais medidas sobre os direitos fundamentais, em especial direitos sociais e econômicos, destacando-se ainda seus efeitos sobre a população mais vulnerável[369].

Como já tratado na seção 3.2.1, a introdução e o reforço dos princípios da estabilidade orçamentária e da sustentabilidade financeira, dentre outras normas, e que, por sua vez, tiveram por consequência a introdução de regras de redução do déficit e do endividamento tendem a atribuir efeitos permanentes ao financiamento de direitos fundamentais na Europa. Embora a adoção do princípio da estabilidade orçamentária, por si só, não resulte necessariamente em uma redução do volume de gasto público, a limitação do gasto tem sido a consequência mais aceitável para o princípio da estabilidade[370]. Por essa razão, grande parte da doutrina relaciona de forma direta os impactos das reformas constitucionais com as restrições ao Estado Social.

---

[367] PAVOLINI, Emmanuele; LEÓN, Margarita; GUILLÉN, Ana, M.; ASCOLI, Ugo. From austerity to permanent strain? The EU and welfare state reform in Italy and Spain. *Comparative European Politics*, v. 13, n. 1, 2015. Analisando especificamente os cortes de despesas nas áreas da saúde e da educação na Espanha e na Itália, os autores questionam em que medida seria possível a preservação ao acesso universal e de qualidade a esses serviços públicos e observam: "the EU request to reduce public deficits has been translated at the national level in cutting expenditure in two of the most prominent sources of state spending, without the need for naming healthcare and education explicitly. At the same time when, since 2010, Spanish and Italian governments introduced severe cuts to both these policy areas, they clearly stated that it was to respect EDP rules." (Ibidem, pp. 149-150).

[368] QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In: *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2015. pp. 75-155.

[369] Sobre o tema, vide GINSBORG, Lisa. The impact of the economic crisis on human rights in Europe and the accountability of international institutions *Global Campus Human Rights Journal*, pp. 97-117, 2017. Para uma discussão sobre as violações de direitos humanos pelas medidas de austeridades, especialmente de direitos sociais, vide SALOMON, Margot E. Of Austerity, Human Rights and International Institutions. *European Law Journal*, Vol. 21, nº 4, pp. 521–545, July 2015.

[370] Vide RUIZ ALMENDRAL, Violeta. Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional (Fiscal Compact and Constitutional Reform in Spain). *REDE nº 41*. Enero-Marzo –2012, pp. 92-93. No mesmo sentido, afirma a autora: "Por un lado, la estabilidad no implica necessariamente una reducción del gasto, aunque ésta haya sido la forma de hacerla cumplir. Ello se debe a que es menor la consecuencia política de la reducción del gasto que del incremento de la presión fiscal, al menos a corto y medio plazo, que es como en ocasiones tienen a actuar los gobiernos." *(Ibidem,* p. 100).

Maribel Pascual verifica que, embora as medidas demandadas pela União Europeia não necessariamente exigissem cortes nas políticas sociais e que a decisão de como implementá-las coubesse a cada país, seria difícil atender os limites de déficit sem mudanças nos gastos sociais, os quais de fato acabaram sendo atingidos de forma significativa[371]. Em países como Itália e Espanha, as reformas adotadas impactaram de maneira significativa o gasto social, havendo que se reconhecer as graves consequências sobre a distribuição de recursos e a efetividade dos direitos sociais. Porém, reitera-se, para parte da doutrina, não necessariamente esse impacto negativo importaria em violação dos parâmetros constitucionais – seria necessário verificar se há permanência desses impactos negativos ou se sua relação é apenas com o período de emergência e de crise[372].

A despeito de inexistir unanimidade acerca das implicações (especialmente para o futuro) das medidas de austeridade e das reformas no Direito Constitucional Financeiro europeu, há uma percepção acerca de um grau bastante significativo de transformação do Estado Social a partir da centralidade que passou a ter o princípio da estabilidade orçamentária. Para além dos princípios e das limitações numéricas impostas, também chama a atenção, a disposição que estabeleceu prioridade no pagamento da dívida pública em alguns países, a partir do Pacto Orçamentário.

Na Espanha, a disposição foi introduzida no artigo 135 da Constituição Espanhola, que, em sua nova redação, atribuiu "prioridade absoluta" no pagamento da dívida e respectivos juros, levando esse tipo de despesa a uma categoria distinta. O pagamento da dívida pública passou a ter o mais alto grau normativo, impondo-se sobre outros créditos, inclusive salários de servidores públicos ou outras despesas previstas na lei orçamentária. Percebe-se que, por se tratar de determinação constitucional, o pagamento da dívida prevaleceria sobre as disposições da lei orçamentária (ainda que não seja exatamente claro de que tipo de dívida a Constituição esteja fazendo referência)[373].

A legislação portuguesa, por sua vez, prevê que os excedentes gerados na execução orçamentária sejam destinados à amortização da dívida. Segundo Joaquim Sarmento, "o Governo fica obriga a utilizar os excedentes orçamentais que possam vir a verificar no futuro

---

[371] PASCUAL, Maribel González. Welfare rights and euro crisis – the Spanish case. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 96.

[372] TEGA, Diletta. Welfare Rights In Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (eds.). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 52.

[373] ECHEVESTE, José Luis Burlada. Límites y garantías constitucionales de la Deuda pública. In: LEÓN, José Maria Baño (coord.). *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado.* Madrid: Centro de Estudios Politicos Constitucionales, 2016. p. 2883-2909. P. 2900.

na amortização da dívida pública enquanto se verificar o incumprimento do limite de 60% do PIB". Caso a dívida esteja abaixo do limite de 60%, "aos excedentes orçamentais o Governo poderá continuar a amortizar dívida pública, ou em alternativa, criar uma reserva de estabilização, destinada a desempenhar uma função anticíclica em contextos de recessão econômica"[374].

A priorização do pagamento da dívida constitui um vetor claro para a execução orçamentária, o que importa uma nova compreensão sobre o Estado Social, tornando legítimo o questionamento sobre a centralidade dos direitos fundamentais na dinâmica orçamentária também no âmbito do Direito Financeiro europeu. O que se nota, seja no contexto europeu, seja no contexto brasileiro, é que as limitações de despesas adotadas como respostas às crises e em atendimento à emergência possuem efeitos permanentes, representando verdadeiras reformas no Direito Constitucional Financeiro e no sistema de proteção de direitos fundamentais.

3.4. Os desequilíbrios no federalismo fiscal: autonomia conjuntural dos entes subnacionais

Apresentadas as transformações do Direito Financeiro no âmbito da separação de poderes e da garantia de direitos fundamentais, resta analisá-las frente ao federalismo, cabendo antes algumas considerações introdutórias e históricas sobre o tema.

O Brasil nasceu um Estado unitário, que só foi convertido ao federalismo num "gesto de mágica, com o advento da República dos Estados Unidos do Brasil (15/11/1889)"[375]. Ao contrário de outras Federações que decorreram de uma união de entes autônomos, a exemplo dos Estados Unidos, o federalismo brasileiro partiu do centro para as demais unidades, mas tampouco poderia ser considerado um federalismo por agregação, porquanto não preexistiam entes dotados de estatalidades. O federalismo brasileiro nasceu "por simples conversão *ex lege* das províncias em Estados Federados (...), como um federalismo normativo" [376], aspecto histórico que ainda tem consequências para o seu atual funcionamento.

---

[374] SARMENTO, Joaquim Miranda. A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental. *Revista JULGAR* – online. Setembro de 2015. Disponível em http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/. Acesso em 23/03/2017, p. 23

[375] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 37.

[376] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 247.

O surgimento da federação a partir de um Estado Unitário e por "conversão *ex lege*" contribui para a instabilidade do federalismo brasileiro, não por ameaças significativas de separatismo, mas por recorrentes movimentos de centralização de poder ao longo de nossa história. Se, de um lado, a ausência de divisões culturais, étnicas ou religiosas no processo de formação do federalismo reduz ameaças a movimentos separatistas, de outro lado, o processo de formação desde um Estado unitário, sem tais elementos, provoca a sensação de que é sempre possível recentralizar e remodelar o federalismo conforme as circunstâncias do momento. Há, ao longo da história nacional, um movimento pendular entre centralização e descentralização, em grande parte determinado pelas pressões orçamentário-financeiras.

Desde a adoção do modelo federativo, a autonomia dos entes subnacionais, então "províncias", foi bastante limitada. A Constituição de 1824 asfixiou as províncias e a Constituição de 1891, embora tenha estabelecido um regime mais abrangente de divisão de competências entre União e Estados-membros, logo foi submetida à Reforma de 1926 e a limitações à competência dos estados[377]. A Reforma Constitucional de 1926 é um dos exemplos históricos da centralização do federalismo brasileiro, já nos seus primórdios, justificado, dentre outros motivos, pela necessidade de controlar a dívida e as finanças públicas. Com o propósito de pôr fim ao "descalabro financeiro reinante em várias unidades federadas"[378], admitia-se que a União interviesse nos estados cuja incapacidade para a vida autônoma se demonstrasse pela cessação do pagamento de sua dívida fundada por mais de dois anos.

Mesmo durante a República Velha, marcada pelo poder dos estados e das regiões na condução do Estado Nacional, somente alguns poucos estados (destacadamente Minas Gerais e São Paulo) detinham efetivamente poder, sendo esse período determinante para a construção de uma visão pró-centralização, com resquícios que ainda influenciam o debate federalista atual.

O processo de construção do federalismo brasileiro concentrou a autoridade decisória de gasto (e de poder regulatório) no governo central, o que é decorrente de uma percepção das elites de que a descentralização traz riscos para o conjunto da nação e de que as províncias são incapazes de desempenhar funções governamentais. Mesmo em períodos posteriores, como o regime militar de 1964, a supressão da autonomia dos estados é

---

[377] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 38.

[378] FAGUNDES, M. Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 99:01-11, jan.-mar., 1970, p. 04

justificada no combate à corrupção e ao clientelismo locais[379]. Dadas as fortes raízes históricas, prossegue-se, ainda hoje, com a noção de que a "intervenção federal na política local pode ser uma maneira eficiente de proteger os cidadãos contra elites políticas atrasadas e corruptas"[380].

Esse sentimento de atraso e corrupção nas elites locais, que ainda interfere nos moldes do federalismo, certamente tem origem na República Velha, período no qual ficou exacerbada a política de controle pelas oligarquias regionais. Durante este período, o poder estadual adquiriu especial independência, o que, para Fernando Abrucio, constituiu "a base original do federalismo brasileiro". O governador era a peça central da política praticada na República Velha, pois estabelecia o elo entre o controle de votos pelos chefes políticos locais ("coronéis") e o pacto político no plano nacional[381].

O processo de construção do federalismo, com forte influência da República Velha, também moldou as relações ente União e estados e o próprio desequilíbrio federativo, sendo que "o surgimento da estrutura federativa no Brasil também não conseguiu estabelecer uma relação de interdependência entre a União e os estados" [382]. Havia, de um lado, dois estados muito fortes (Minas Gerais e São Paulo) e, de outro, uma evidente fragilidade da União e de mais de uma dezena de unidades estaduais que dependiam de auxílio do Tesouro federal. Mesmo que esse momento de suposto "enfraquecimento" da União pudesse representar uma descentralização do federalismo brasileiro, o que de fato ocorria era uma mudança do centro de poder da União para dois estados, que comandavam a política e, consequentemente, as finanças públicas daquele momento. Os demais entes estavam a eles subordinados, sem efetiva autonomia e sem uma estrutura federativa adequada.

A resposta ao clientelismo, ao coronelismo e à política dos governadores foi a centralização ou, melhor dizendo, a mudança do centro de poder novamente para a União, a partir da Revolução de 30 e da Era Vargas. A Revolução de 30 inaugura uma nova fase do federalismo brasileiro, de perfil mais centralizado. Vargas, entretanto, reacomodou as elites regionais, incluindo outros personagens (a exemplo dos tenentes)[383]. Além da corrupção e do clientelismo, aspectos relativos à eficiência na provisão de políticas públicas também

---

[379] ARRETCHE, Marta. Federalismo e Igualdade Territorial: Uma Contradição em Termos?*Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, no 3, 2010, p. 594.
[380] Ibidem.
[381] ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 34. Dentre as razões apontadas para o exercício do poder dos governadores, estão a fragilidade do poder federal nesse momento, a pouca autonomia dos municípios e o compromisso coronelista nas votações (Ibidem, p. 34).
[382] Ibidem, p. 41.
[383] Ibidem, p. 40.

serviram para justificar uma nova centralização de poder. Construiu-se, desde esse período, uma visão negativa do federalismo brasileiro, relacionado à inefetividade do Estado brasileiro na provisão de políticas públicas desde um modelo federal. A desconfiança nas elites locais fornece elementos para justificar a autoridade da União na regulação das políticas executadas pelos governos subnacionais[384]. Assim, a centralização de poder durante a história do federalismo transformou-se em um movimento quase inercial, seja pelas origens do modelo, seja por justificativas calcadas na corrupção, no clientelismo e na ineficiência dos entes subnacionais[385].

Durante o regime militar, o federalismo brasileiro é reduzido a um modelo "unionista-autoritário", servindo, em verdade como um dos pilares do próprio regime. Financeiramente, centralizavam-se ao máximo as receitas tributárias nas mãos do Executivo Federal, dando-lhe controle quase que completo das transferências de recursos para os estados e municípios. A partir de receitas centralizadas, o regime militar favorecia estados mais ricos conforme seus interesses, alimentando o desequilíbrio na relação entre entes subnacionais em troca de apoio ao próprio regime: mudanças no ICM que favoreceram os estados mais industrializados e mudanças no controle sobre o endividamento externo estadual e municipal, facilitando a tomada de empréstimos estrangeiros sobretudo para estados mais ricos e para as capitais, estão entre as características do período[386]. O modelo "unionista-autoritário" sofreu, entretanto, um importante impacto em 1974, com a derrota eleitora da Arena. Nesse momento, o modelo entra em crise, culminando no restabelecimento do poder dos estados no jogo federativo, já em fase de redemocratização do país[387].

Durante os anos 80, com a redemocratização, constatou-se novamente uma retomada do poder político pelos governadores. O pêndulo de poder, que oscilou entre a "descentralização concentrada" da República Velha e a forte centralização dos períodos ditatoriais, move-se nesse período para uma maior autonomia dos entes subnacionais. Os resquícios do modelo descentralizado da República Velha, entretanto, não são

---

[384] ARRETCHE, Marta. Federalismo e Igualdade Territorial: Uma Contradição em Termos? *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, no 3, 2010, p. 613.

[385] Para muitos autores, a exemplo de Seabra Fagundes, a centralização de poder é uma tendência: "o poder político, qualquer que seja a sua origem ou modalidade de exercício, tende sempre, ainda que com intesidade variável, para o fortalecimento da autoridade central" (FAGUNDES, M. Seabra. "Novas perspectivas do federalismo brasileiro". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 99, p. 01-11, jan.-mar., 1970, p. 01)

[386] ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 86. Trata-se de medidas não apenas de cunho financeiro, mas que tinha por trás a estratégia do governo Geisel em fortalecer governos arenistas.

[387] Ibidem, p. 63.

completamente abandonados. Sobre o período, Fernando Abrucio ressalta que os chefes dos Executivos estaduais exerceram um amplo domínio sobre as instituições e grupos políticos, "um poder sem contrapesos, antirrepublicano e por diversas vezes avesso à submissão a uma autoridade maior"[388].

Há um impulso político, em conjunto com ajustes nas finanças públicas, que movimenta o pêndulo em prol dos governadores. Uma combinação entre "federalismo estadualista" e "ultrapresidencialismo estadual" conferiu protagonismo aos governadores durante a redemocratização. Ao mesmo tempo, um aumento de recursos financeiros, tributários e o inadimplemento da dívida com a União forneceram melhores condições para que "os Executivos estaduais distribuíssem verbas e/ou construíssem obras para cooptar o grande contingente de governistas existentes nos estados"[389].

Durante a redemocratização, a capacidade de os entes subnacionais se endividarem foi um dos pontos fortes da "recuperação" da autonomia. Também o foram a redivisão de competência, a garantia jurídica de autonomia para estados e municípios, dentre outros aspectos que transformaram o quadro federativo brasileiro.

A Constituição de 1988, ao menos no plano teórico, adotou um modelo cooperativo de federalismo, com uma considerável redivisão de competências e também das fontes de recursos. A Constituição traduziu, ao menos parcialmente, o anseio pela descentralização compartilhado pelas forças democráticas predominantes, sendo a federação redesenhada para atender tais anseios em benefício dos estados e também dos municípios, estes finalmente transformados em entes federativos[390].

Logo em seu artigo 1º, a Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela "união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal". E, como já referido, o artigo 60, § 4º, atribui à forma federativa a qualidade de cláusula pétrea, vedando alterações tendentes a aboli-la[391].

---

[388] Ibidem, p. 20-21. Ressalta-se que o autor tem como ponto central de sua análise o poder dos governadores na redemocratização, destacando a atuação destes a partir das eleições de 1982, mas tendo "o momento privilegiado da pesquisa" o quadriênio 1991-94, exatamente porque nesse período se pode ver tanto a manifestação do poderio dos governadores em sua forma mais inacabada (...), como também a criação das condições para posterior crise dos governos estaduais"

[389] Ibidem, p. 21.

[390] ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba: 2005, n. 24, p. 29.

[391] Conforme artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal:
Art. 60 (…)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;

Do ponto de vista do Direito Financeiro, o federalismo (qualificado como federalismo fiscal) implica em uma fórmula financeira para rateio das receitas públicas visando a melhor distribuição entre os entes[392]. Implica também na divisão de competências para o exercício das funções públicas pelos entes subnacionais. Na Constituição Financeira, o federalismo fiscal pressupõe uma medida de descentralização financeira. Mas não basta prever mera descentralização, pois concretizar o projeto constitucional do federalismo fiscal implica na garantia de autonomia, distribuição do produto da arrecadação e participação nas decisões de órgãos federais. Como cláusula pétrea, é vedada a redução do federalismo cooperativo à centralização da União[393].

Dessa forma, concretizar o federalismo da Constituição Federal de 1988 é alcançar equilíbrio entre os entes, com garantia de sua autonomia e da capacidade de que cada um possa exercer adequadamente suas competências, bem como alcançar o objetivo de redução das desigualdades regionais[394]. Trata-se, portanto, dos objetivos do Direito Constitucional Financeiro no âmbito do federalismo fiscal.

De outra parte, apesar do impulso federativo dado pela Constituição de 1988, há ainda enorme fragilidade na confirmação dessa fórmula. As seguidas crises econômicas desde a Constituição de 1988 impactaram significativamente no equilíbrio federativo e na autonomia dos entes subnacionais.

Alguns desses impactos serão analisados nas seções seguintes. Antes, porém, é relevante apontar que o enfraquecimento do federalismo em momentos de crise não é exclusivo do Brasil. Na recente crise europeia, também as transformações do Direito Financeiro provocaram impactos na divisão de poder dentro de cada país e, consequentemente, na autonomia dos entes subnacionais. Esse também é um dos principais temas de debate durante a crise. Países como Espanha, Alemanha e Itália possuem um estado com divisão interna de competências entre ente central e entes subnacionais (Estado Federal, ou "autonômico" no caso espanhol). Tanto as reformas realizadas quanto as medidas de austeridade afetaram diretamente os entes subnacionais no contexto europeu. Os limites de dívida e déficit se impunham não apenas sobre o governo central, mas sobre todos os entes da Administração Pública, de modo que as medidas adotadas em resposta à crise obrigaram

---

[392] SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e Energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

[393] TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 234 e 262.

[394] Sobre o tema, vide, ainda, FREITAS, Leonardo Buissa; BEVILACQUA, Lucas. Atividade financeira do Estado, transferências intergovernamentais e políticas públicas no federalismo fiscal brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

uma revisão das políticas dos entes subnacionais – em muitos Estados europeus são eles os principais responsáveis pela execução de políticas públicas na área social (a exemplo de Itália e Espanha), sendo esta uma das áreas mais afetadas pela contração das despesas. Soma-se a isso o fato de que tais entes têm menos saídas para aumentar suas receitas, seja pela tributação, seja pelo endividamento.

Considerando a urgência e a intensidade com que muitas das medidas foram adotadas, acirraram-se os conflitos e impasses federativos/autonômicos. Há uma percepção de que a questão federativa foi subestimada no âmbito da União Europeia, ao menos nos órgãos oficiais. Do ponto de vista procedimental, os entes regionais não participam das decisões e pouco conseguiram participar do debate. Do ponto de visa substantivo, foram pouco "privilegiados" pelas decisões tomadas, de modo que foram afetados sem uma preocupação com o exercício de sua autonomia[395]. Prevaleceram as respostas à crise a partir de limitações orçamentárias que pouco se preocuparam com a autonomia dos entes nacionais. O resultado, em geral, é que a saída da crise europeia foi via recentralização.

Na Alemanha, por exemplo, o modelo federativo foi transformado em 2006 e 2009, com as denominadas I e II Reformas do Federalismo. Na segunda reforma, dentre outras modificações, impôs-se equilíbrio para os orçamentos da "federação" (governo central) e dos "*Lander*" (entes subnacionais); a adoção de limites mais restritos de endividamento estrutural (financiamento regular dos gastos públicos exigidos por falta de receitas tributárias ou patrimoniais) tanto para o governo central quanto para os entes subnacionais; aspectos que acabaram com a capacidade de endividamento destes[396]. Antes mesmo do Pacto Orçamentário europeu, já havia questionamentos sobre o enfraquecimento do federalismo alemão. A proibição de endividamento pelos entes subnacionais (*Lander*) colocou em dúvida se eles poderiam prosseguir com o exercício adequado das competências constitucionalmente asseguradas na Federação Alemã (considerando que, no texto original da Constituição, tais entes possuíam plena capacidade de endividamento). Essa dúvida provavelmente levou a uma série de reduções das competências dos *Lander*, indicando um enfraquecimento do federalismo alemão pós-reformas[397] e uma saída recentralizadora para

[395] MARTINICO, Giuseppe. The Impact of the Treaty on Stability, Coordination, and Governance on the National Constitutional Structure: A Regional Example. *Michigan Journal of International Law. Emerging Scholarship Projecto.* Julho, 2013.
[396] Há um período de *vacatio* para que a norma entrasse em vigor (conf. KÖLLING, Mario. Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental alemana de 2009. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 16, 2012, p. 93).
[397] Para uma análise das críticas das reformas de 2006 e 2009, vide KÖLLING, Mario. Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental alemana de 2009. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 16, p. 74-106, 2012.

a crise. Em severa crítica às reformas, Roland Sturm afirma que atualmente o federalismo alemão se caracteriza pela ignorância de seu potencial e pela escassa dotação financeira dos entes subnacionais e, em decorrência, pela insuficiente responsabilidade atribuída aos *Länder*[398].

O processo foi semelhante em outros países, marcadamente após o Pacto Orçamentário e a internalização das novas regras de governança e estabilidade. Na Itália, onde a Constituição também limitou a possibilidade de os entes regionais e locais se endividarem (artigo 119), estes precisaram adotar planos de amortização sujeitos ao princípio do equilíbrio orçamentário. Por conseguinte, a partir das alterações constitucionais, o governo central passou a adotar uma série de medidas impactantes para as estruturas regionais, a exemplo da redução do número de membros dos órgãos Legislativos, dentre outras medidas, apontadas até como medidas de chantagem financeira[399]. As medidas de urgência para a estabilização impostas ao longo da crise representam, também na Itália, uma saída via centralização.

Do mesmo modo, na Espanha, o novo princípio constitucional da estabilidade orçamentária (e seus desdobramentos) expressamente previu seu alcance a "todas as Administrações Públicas" (incluindo, portanto, as comunidades autônomas e demais entes locais). Para o seu cumprimento, a legislação estabeleceu um sistema de coordenação a partir do Ministério da Fazenda, que deve não apenas propor limites e objetivos individuais para cada uma das comunidades autônomas, mas também executar as medidas de acompanhamento, prevenção e sanção em relação aos limites de déficit e dívida dos entes subnacionais. Especialmente a partir da modificação do artigo 135 da Constituição Espanhola, o governo central reassumiu um papel de protagonista, tanto para a concretização dos limites fiscais, quanto para supervisão e cumprimento das restrições orçamentárias. Atribuiu-se ao governo central um conjunto de instrumentos e faculdades de intervenção e interferência na autonomia financeira que, conforme observa Manuel Guerrero, muito dificilmente seria conciliável com o marco constitucional anterior[400/401].

---

[398] STURM, Roland. El federalismo en Alemania hoy. In HOFMEISTER, Wilhelm; ARANDA, José Tudela (editores). *Sistemas Federales: una comparación internacional.* Fundación Konrad Adenauer/ Fundación Manuel Giménez Abad. España, 2017, p. 203.

[399] MARTINICO, Giuseppe. The Impact of the Treaty on Stability, Coordination, and Governance on the National Constitutional Structure: A Regional Example. *Michigan Journal of International Law. Emerging Scholarship Projecto.* Julho, 2013.

[400] GUERRERO, Manuel Medina. El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal. *Revista española de derecho constitucional*, v. 33, n. 98, 2013, p. 145.

[401] Francisco Villar Rojas exlica que o endividamento local já vinha sofrendo restrições antes da crise: "Inicialmente, este mecanismo de captación de ingresos descansaba, essencialmente, em la discricionalidad de las autoridades locales (...) La exigência de autorización ministerial para las operaciones a largo plazo constituía

É interessante notar que uma das formas de controle instituídas foi a dos mecanismos extraordinários de financiamento dos entes subnacionais. Quando uma comunidade autônoma ou uma entidade local se beneficia de tais mecanismos, acaba por se submeter a um plano de ajuste para cumprir os objetivos de estabilidade e controle da dívida pública. Em caso de descumprimento desse plano, aplicam-se medidas coercitivas. Trata-se de um mecanismo global de resgate das comunidades autônomas e entidades locais em troca de maior controle[402]. A despeito de inicialmente ter sido instituído como um mecanismo de "adesão voluntária", resultou de fato obrigatória, impondo ao final uma substituição do poder decisório das entidades locais pela Administração central, ameaçando, por conseguinte, a garantia constitucional da autonomia[403]. Desta forma, na Espanha, por importar em uma considerável intervenção, com impactante restrição na autonomia dos entes subnacionais, os mecanismos de controle e sanção foram objeto de duras críticas doutrinárias, parte da qual questionou inclusive sua compatibilidade com a Constituição[404]. Não houve, entretanto, decisões rechaçando diretamente esses mecanismos.

A discussão é bastante complexa e há que levar em conta que o Pacto Orçamentário implicou na própria redução da autonomia dos governos nacionais. Esse movimento era, em parte, esperado, inclusive como resultado do processo de integração europeia. Houve, entretanto, a mudança de alguns paradigmas. Como dito, a incorporação da estabilidade orçamentária acabou por instituir uma fase anterior à elaboração/aprovação do orçamento e uma fase posterior ao próprio controle interno, respectivamente de aprovação e verificação do cumprimento dos limites de déficit e de dívida. Tais fases, relacionadas ao princípio da estabilidade orçamentária, inserem uma nova lógica do ciclo orçamentário e permitem maior "intervenção" e atuação dos órgãos comunitários e, posteriormente, dos governos centrais, reduzindo-se, por decorrência, o espaço de atuação dos entes subnacionais: "a consequência

---

el único motivo de polémica. Sucesivas modificaciones de esa normativa fueron reduciendo esse margen de discricionalida con requisitos y limitaciones cuantitativas, hasta que, en plena crisis económico-financiera, el legislador impusola prohibición de endeudamiento a larga plazo" (ROJAS, Francisco José Villar. El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios. In LEÓN, José Maria Baño. *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. 2016. p. 2589-2882. P. 2877).

[402] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. CUENCA, Alain. Reforma de la Constitución y del modelo de federalismo fiscal en España. In RUSSO, Anna Margherita (ed.). *Los escenarios móviles del derecho regional europeo. Reflexionando en el palácio de Godoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2015

[403] ROJAS, Francisco José Villar. El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios. In LEÓN, José Maria Baño. *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. 2016. p. 2589-2882. P. 2880

[404] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. CUENCA, Alain. Reforma de la Constitución y del modelo de federalismo fiscal en España. In RUSSO, Anna Margherita (ed.). *Los escenarios móviles del derecho regional europeo. Reflexionando en el palácio de Godoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2015, p. 122.

dessas novas regras é que facilitam a centralização de poder (...). A ideia é coerente com a centralização em curso conduzida pelo Pacto Fiscal. É também coerente com a Constituição Econômica da União Europeia, que implica uma centralização de poder e uma transformação da constituição econômica dos estados membros"[405].

Ainda que se considere juridicamente possível tal reconfiguração dos sistemas de poder e, inclusive, positivo do ponto de vista do objetivo de estabilidade orçamentária, há que se apontar os impactos negativos no federalismo. O federalismo é um fenômeno histórico e a estabilidade política de muitos países europeus depende de seu adequado funcionamento (vide o exemplo espanhol e o separatismo catalão).

A descentralização é também relevante do ponto de vista da eficiência na prestação do serviço público e de seu potencial democrático, usualmente ignorado. Quando há uma desvinculação entre sistema de poder e sistema de participação e, portanto, entre democracia e federalismo, há também o abandono de seu potencial democrático. Como consequência, tem-se o próprio enfraquecimento do federalismo, especialmente em períodos de crise econômica, quando é forte a desconfiança acerca dos benefícios (econômicos) de um sistema federal[406]. A saída da crise na Europa tem sido, assim, não pelo fortalecimento do modelo federativo, mas por seu enfraquecimento e pela centralização.

No Brasil, da mesma forma, as respostas às constantes crises são acompanhadas por um processo de centralização de poderes. Assim, o estado econômico de emergência impacta no alcance à concretização de um federalismo cooperativo, equilibrado e com entes dotados de autonomia suficiente a cumprir seus desígnios constitucionais. Nesse sentido, também se pode estabelecer uma relação entre as mudanças no federalismo fiscal e o estado econômico de emergência.

Na presente seção, apresentam-se três dinâmicas em que se constata uma ameaça ao modelo cooperativo de federalismo fiscal, em relação com a emergência econômica: as renegociações de dívida dos entes subnacionais, os decretos de calamidade financeira e os mecanismos alternativos de endividamento.

---

[405] RUIZ-ALMENDRAL, Violeta. *Curbing the Deficit in Spain and its Autonomous Communities: a Constitutional Conundrum*. Center for Constitutional Studies, Madrid, October, 2012.

[406] STURM, Roland. El federalismo en Alemania hoy. In HOFMEISTER, Wilhelm; ARANDA, José Tudela (editores). *Sistemas Federales: una comparación internacional*. Fundación Konrad Adenauer/ Fundación Manuel Giménez Abad. España, 2017, p. 204/213.

3.4.1. Financiamento e renegociações de dívida dos entes subnacionais: a recentralização do federalismo fiscal

Após a redemocratização, ao lado da capacidade de endividamento dos entes subnacionais, da redivisão de competência e da garantia jurídica de autonomia para os entes subnacionais, prevaleceu no debate institucional a "doutrina da Escolha Pública", na qual a descentralização, junto com o Estado Mínimo, era tida como a opção também mais eficiente. Conforme Neide César Vargas, a descentralização da Escolha Pública trouxe a ideia de que cada jurisdição executa e financia seus encargos com independência frente às outras (com nível mínimo de intervenção federal) e o mercado político local controlaria o governo subnacional. Tal controle promoveria o uso eficiente de recursos e as situações de desequilíbrio seriam exceção. O foco na eficiência e na autonomia reduziria o papel das transferências federais e, portanto, da ingerência do governo federal nas esferas subnacionais. Ademais, a competição entre as jurisdições promoveria uma redivisão dos encargos federativos, cabendo determinada função à esfera que o eleitor/consumidor considerar a mais eficiente. Para a mesma autora, essa perspectiva teórica de descentralização foi também decisiva na montagem do Estado Mínimo durante os anos 80 e intensificada nos anos 90, notadamente na América Latina. Foi, inclusive, a teoria hegemônica presente nos relatórios do Banco Mundial em meados dos anos 90, segundo a qual "a descentralização fiscal e política nos governos subnacionais potencializaria a democracia e os mecanismos concorrenciais, promovendo plena vigência de mecanismos democráticos e a livre mobilidade do trabalho, do capital e dos recursos". Esse quadro seria suficiente para criar uma "lógica de disciplina fiscal sobre os governos subnacionais" [407].

O direcionamento para o Estado Mínimo durante os anos 90 não levou à esperada lógica de disciplina fiscal dos entes subnacionais. A ausência de controles claros sobre endividamento e despesas, dentre outros motivos, desencadeou uma "desorganização" das finanças públicas estaduais e municipais, culminando na aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal [408]. Dentro do contexto de privatizações e redução do Estado,

[407] VARGAS, Neide César. A descentralização e as teorias do Federalismo Fiscal. *Ensaios FEE*, Porto Alegre: 2011, v. 32, p. 60.

[408] O processo de endividamento dos entes subnacionais durante a década de 90 foi um dos motivos que levou à revisão da teoria anteriormente utilizada pelo FMI e pelo Banco Central. Autores relacionados aos referidos órgãos passaram a defender a necessidade de ajustes estruturais na descentralização fiscal, especialmente porque empréstimos obtidos por entes subnacionais, seja com aval, seja diretamente do governo central, encorajaria o aumento de despesas, provocando impactos macroeconômicos indesejáveis (Ibidem, p. 62).

referida lei representou um novo marco nas finanças públicas, com tendência ao retorno da centralização.

A Lei de Responsabilidade Fiscal teve como um de seus principais aspectos a imposição de limites mais rígidos ao endividamento e às despesas dos entes subnacionais, dentre outras mudanças, quase sempre relacionadas à necessidade de disciplina fiscal e austeridade. A aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, como explica Neide Vargas, tem profunda influência dos organismos internacionais (Banco Central e o FMI) e da consequente revisão das ideias anteriores, promovida pelos próprios órgãos. As crises financeiras da década de 90, notadamente nos países da América Latina e no Leste Europeu, desencadearam críticas acerca da descentralização preconizada pela teoria da Escolha Pública. Houve, ainda que não explicitamente, reconhecimento de que a postura descentralizante, com intervenções mínimas, privatização e desregulamentação, não levou à condição idealmente prevista e intensificou a preocupação com efeitos danosos que uma descentralização fiscal mal desenhada poderia ocasionar [409].

No final dos anos 90, o debate já se inseria em um contexto distinto daquele que influenciou a forte descentralização do final dos anos 80, que passou a ser qualificada novamente como danosa à esfera macroeconômica[410]. Não mais se tem a expectativa de que a descentralização provocaria automaticamente a austeridade fiscal, mas ela deveria estar atrelada a instituições e elementos que garantissem a austeridade: impunha-se um "federalismo fiscal de segunda geração". Esse novo modelo agregou à esfera fiscal outras áreas de estudo (dimensão política, por exemplo), surgindo a concepção de que a descentralização fiscal não seria automática, mas "qualificada por meio de ações coordenadoras no campo das receitas, dos encargos e do endividamento, denotando que a autonomia fiscal subnacional não se verifica sem restrições"[411].

A partir desse período, constata-se uma redução da capacidade real de os governos subnacionais exercerem sua autonomia, seja pelas restrições macroeconômicas impostas pelo governo federal, seja pelo atendimento aos novos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal[412].

---

[409] Ibidem, p. 61.
[410] Ibidem, p. 67.
[411] Ibidem, p. 70.
[412] Fernando Abrucio, em texto de 1998, nota a recentralização do federalismo com a recuperação do protagonismo pela União: "um fortalecimento da União no plano intergovernamental, colocando em xeque o federalismo estadualista", tendo como principal motivo a crise do endividamento dos entes subnacionais (ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998, p. 24).

O período que antecedeu a aprovação da LRF é marcado por uma forte influência da emergência econômica, especialmente em razão do endividamento dos Estados e da crise financeira dos anos 90. A preocupação maior era limitar o endividamento e o crescimento das despesas dos Estados[413]. Os debates sobre a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal foram acompanhados, ou até mesmo dependentes, das renegociações da dívida pública dos estados e, posteriormente, dos municípios. Nesse sentido, Maria Hermínia Tavares de Almeida verifica:

> Durante o governo Cardoso, os termos da negociação da dívida dos estados mudaram radicalmente. Em novas rodadas de negociação, o governo federal terminou impondo condições restritivas. A perda de controle de muitos estados sobre seus bancos foi uma das consequências desse processo. À negociação das dívidas estaduais seguiu-se a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), proposta pelo Executivo federal e votada pelo Congresso em 2000. A LRF foi uma resposta específica – e centralizadora – ao desafio de coordenar o comportamento fiscal dos governos em um sistema federativo[414].

O Programa de Reestruturação proposto pela União envolvia o refinanciamento e assunção pelo ente central de praticamente todo estoque de dívida estadual (Lei nº 9.496/97). A Medida Provisória nº 1.811, de 1999, estendeu o acordo de refinanciamento para os municípios (beneficiando especialmente os municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro). A Lei de Responsabilidade Fiscal foi praticamente um desdobramento de tal Programa, que envolvia três grandes eixos: além da "venda de ativos estaduais (particularmente a desestatização de concessionárias estaduais de distribuição de energia elétrica)" e a "privatização/liquidação dos bancos estaduais", incluía também um ajuste fiscal (para viabilizar o pagamento das prestações associadas ao refinanciamento), justamente a ideia da LRF[415]. A amplitude das medidas revela o contexto de emergência econômica à época.

---

[413] É bem verdade que, em relação à dívida pública, a Resolução nº 40/2001, editada pelo Senado Federal, postergou pelo período de 15 exercícios as sanções a serem aplicada em caso de descumprimento dos limites:
Art. 3º A dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta Resolução, não poderá exceder, respectivamente, a:
I - no caso dos Estados e do Distrito Federal: 2 (duas) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2; e
II - no caso dos Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2.
Parágrafo único. Após o prazo a que se refere o caput, a inobservância dos limites estabelecidos em seus incisos I e II sujeitará os entes da Federação às disposições do art. 31 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

[414] ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação? *Revista de Sociologia e Política* n. 24. Curitiba, 2005.

[415] MORA, Mônica; GIAMBIAGI, Fabio. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual e municipal. *Texto para Discussão nº 1142*. IPEA, 2005. Esse aspecto fica claro também pela leitura da Exposição de motivos da norma que instituiu o Programa.

Posteriormente à Lei de Responsabilidade Fiscal, apesar do protagonismo ainda exercido pela União, o Brasil passou por um ciclo de crescimento com aumento significativo da arrecadação, o que permitiu algum espaço para expansão das despesas dos entes subnacionais, ainda que com o amparo de receitas transferidas pela União. No entanto, com a aproximação do prazo concedido para observância do limite de endividamento, juntamente com o fim do ciclo de crescimento, a pressão por ajuste fiscal e por um período ainda mais rígido de austeridade acirrou novamente as relações federativas nos últimos anos, fazendo com que houvesse uma retomada do debate sobre o federalismo fiscal[416]. Dentre esses debates, destacam-se a nova rodada de "renegociação do endividamento dos entes subnacionais" e o "regime de recuperação fiscal" instituído aos estados, normas determinantes para os rumos do federalismo.

Para o processo de renegociação da dívida, primeiro foram aprovadas as Leis Complementares nº 148/2014 e nº 151/2015, esta última modificando a primeira. Referidas leis determinam que a União adote novas condições nos contratos de refinanciamento de dívidas com estados e municípios firmados na década de 1990. A União fica autorizada a adotar uma série de novas condições relativas a juros, atualização monetária e descontos para as dívidas dos entes federativos. De outra parte, as mesmas leis autorizam a União a

[416] Heleno Torres menciona alguns propostas legislativas nesse contexto: (i) em 2012, a Resolução 13/2012 contra a chamada "guerra dos portos", que pretendeu modificar a alíquota do ICMS na importação, bem como as posteriors Resoluções sobre o tema; (ii) a Emenda Constitucional 87/2015, que reparte entre estados de origem e de destino o ICMS da venda pela internet (a partir de 2019, a alíquota será 100% do estado de destino); (iii) a instituição do Fundo de Auxílio Financeiro para Convergência de Alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - FAC-ICMS; (iv) a criação do Fundo de Desenvolvimento Regional e Infraestrutura (FDRI), com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas regionais, custear a execução de projetos de investimento em infraestrutura e promover maior integração entre as diversas regiões do país; (v) a Lei Complementar 143/2013, que instituiu novas regras de rateio do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e, posteriormente, a Emenda à Constituição 84/2014, que aumentou em 1% o repasse de recursos da União para o Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Além desses, menciona também o autor diversos projetos em andamento no Congresso Nacional: PEC 172/2012, do deputado Mendonça Filho (DEM-PE), que veda qualquer transferência, feita pela União, de encargo ou prestação de serviços a estados, Distrito Federal ou municípios sem a previsão dos repasses financeiros necessários ao seu custeio; PLS 86/2013, do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), o qual reduz a zero a contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre receitas arrecadadas por estados e municípios, inclusive as transferidas pela União; PLS 312/2013, de autoria do então senador Pedro Simon, que determina à União a entrega aos estados, em parcelas mensais, do montante equivalente às perdas de arrecadação decorrentes das desonerações de exportações de produtos primários e semielaborados (isenções previstas na Lei Kandir, Lei Complementar 87, de 1996); PLS 95/2015, do senador José Serra (PSDB-SP), o qual institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico, afasta a obrigação das empresas de saneamento de recolherem PIS/Pasep e de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins); e PLS 375/2015, do senador Fernando Bezerra Coelho (PSB-PE), que institui o ambicioso programa de Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), para conferir meios para reduzir as desigualdades regionais e fortalecer a coesão social, econômica, política e territorial do Brasil (TORRES, Heleno Taveira. *Reformas do federalismo fiscal avançam no Brasil. Conjur* - Consultor Jurídico. Disponível em https://goo.gl/Y5yF3o. Acesso em 27/11/2015).

firmar Programas de Acompanhamento Fiscal, sob a gestão do Ministério da Fazenda, com os municípios das capitais e com os estados que não estão obrigados a manter Programa de Reestruturação e de Ajuste Fiscal. Ou seja, ainda que não estejam em recuperação fiscal, em troca da renegociação, haverá um "acompanhamento fiscal" do governo central em face dos entes subnacionais

Trata-se de mecanismo muito semelhante àquele adotado no final dos anos 1990 e início dos anos 2000 (quando da aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal). Ou seja, em troca da renegociação das dívidas subnacionais, impõe-se um determinado conjunto de ajustes. No caso do atual Programa, estabelece-se, para a unidade da Federação, metas ou compromissos quanto à dívida consolidada, ao resultado primário, à despesa com pessoal; quanto às receitas de arrecadação própria; e quanto à disponibilidade de caixa (artigo 5º, *caput* e §1º da Lei Complementar nº 148/2015). Posteriormente, a Lei Complementar nº 156/2016, além de modificar a Lei Complementar nº 148/2014, estabeleceu um Plano de Auxílio aos Estados, permitindo, além da troca do indexador, novas condições para pagamento das dívidas entre Estados e União.

Interessante observar a exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei Complementar nº 156/2016 e que destaca a necessidade do Programa de Ajuste Fiscal, instituído originalmente no final da década de 1990, bem como a necessidade de se socorrer dele mais uma vez, agora em novas condições. Há, na lei, um reconhecimento do sucesso da primeira fase do Programa, porém, diante de nova emergência econômica, há necessidade de um novo socorro. Veja-se o seguinte trecho da exposição de motivos:

> 2. Entre meados da década de 1990 e o início dos anos 2000, a União promoveu uma reforma fiscal que incluiu planos de reestruturação e refinanciamento de dívidas dos Governos Regionais, entre outras medidas. O contexto de surgimento dessas medidas foi o estado deficitário insustentável das contas públicas brasileiras. (...)
> 4. Em linhas gerais, a renegociação em questão contribuiu para a redução do saldo devedor da dívida financeira dos Estados e do Distrito Federal, por meio da concessão de um subsídio inicial, do alongamento do prazo de pagamento, bem como da redução dos encargos financeiros. Em contrapartida a estes benefícios, os Estados e o Distrito Federal comprometeram-se a observar o adimplemento no pagamento das prestações da dívida refinanciada e a estabelecer e cumprir seus respectivos PAF, que são parte integrante dos contratos de refinanciamento de dívidas, consistindo em um documento por meio do qual um Estado se propõe a adotar ações que possibilitem alcançar metas ou compromissos. (...)
> 9. (...) com a deterioração do cenário internacional, houve retração da economia brasileira impactando a arrecadação do setor público. Somado a isso, a elevação das despesas obrigatórias, especialmente despesas com pessoal, gerou desequilíbrios fiscais nos entes subnacionais da

> Federação. Em tal cenário, esses efeitos vêm implicando em dificuldades de ajuste de despesas aos novos patamares de receita[417].

A contrapartida ao resgate aos Estados é, portanto, a aprovação de medidas de austeridade, redução de gasto e de endividamento, as quais certamente restringem a autonomia dos Estados de forma drástica. Destaca-se a exigência de publicação de leis estaduais com adoção de medidas para reduzir ou não aumentar o gasto: redução de 10% da despesa mensal com cargos de livre provimento, não concessão de aumento de remunerações dos servidores a qualquer título, suspensão da contratação de pessoal, limitação do crescimento das outras despesas correntes à variação da inflação, vedação à criação de programas que concedam ou ampliem incentivo ou benefício de natureza tributária ou financeira. Ademais, deve-se editar lei com a instituição do regime de previdência complementar, com a reforma do regime jurídico dos servidores e com monitoramento fiscal contínuo das contas do ente.

Pode-se dizer que tanto nos anos 90 quanto agora, o contexto de emergência econômica justificou a redução da autonomia dos entes subnacionais, submetidos às condições impostas pelo governo central, em troca de socorro financeiro. Não se vislumbra, nessas condições, um federalismo fiscal que indique um equilíbrio entre União e entes subnacionais, tampouco se verifica um caminho rumo à autonomia dos referidos entes. O federalismo fiscal brasileiro, como se vê, segue fragilizado mesmo após a Constituição de 1988.

Além da renegociação e reformulação do programa de ajuste fiscal, foi recentemente publicada a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, que estabelece o "regime de recuperação fiscal dos Estados". Trata-se de um nível ainda mais drástico de ajuste e recuperação dos Estados. A exposição de motivos resume bem o objetivo, os requisitos e as diversas medidas excepcionais e de emergência envolvendo a referida lei. O seu objetivo é "viabilizar o reequilíbrio das contas públicas de estados em situação de grave desequilíbrio fiscal". Para tanto, são criados mecanismos de refinanciamento de passivos desses entes, tendo como contrapartida a adoção de um Plano de Recuperação. A adesão ao referido programa, também conforme a exposição de motivos, é para entes que possuam um "quadro de dívida excessiva, elevado nível de rigidez de gastos com pessoal e serviço da dívida, que redundam em grave crise de liquidez e insolvência". Como instrumentos para a recuperação,

---

[417] BRASIL. Câmara dos Deputados. PLP nº 257/16. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080237. Acesso em 05/12/2017.

mais especificamente para o "reequacionamento de passivos", possibilita-se a "redução temporária no pagamento da dívida com a União, como também maior flexibilidade para contratar operações de crédito".

Em contrapartida, exige-se a adoção de medidas mais drásticas do que aquelas mencionadas na legislação anterior, denominadas de "medidas estruturais" e "medidas emergenciais" para ajuste das contas (Plano de Recuperação). Dentre o conjunto mínimo de medidas – condição para programa, conforme descrição da exposição de motivos, estão:

> privatização de empresas dos setores financeiro, de energia e de saneamento; elevação da alíquota de contribuição previdenciária dos servidores; adaptação do regime próprio de previdência do Estado às regras vigentes no Regime Geral de Previdência Social; redução de incentivos fiscais; revisão do regime jurídico único dos servidores estaduais visando a convergência para regras similares às vigentes para a União; instituição de previdência complementar para os novos servidores; regularização no uso de recursos de depósitos judiciais no financiamento de despesas públicas; e uso de leilões de pagamento para redução dos débitos relativos a restos a pagar e despesas em atraso (grifos nossos)[418].

Para além do conjunto mínimo de medidas, a norma traz ainda uma série de vedações relacionadas ao aumento de gastos com pessoal, de despesas de caráter continuado e também à perda de arrecadação. Cita-se, por exemplo, as vedações à concessão de reajuste de remuneração, à criação de cargos, à expansão de despesa obrigatória além da variação do IPCA; à concessão de incentivos fiscais; à despesa com publicidade; e à contratação de operações de crédito que não estejam explicitamente autorizadas no âmbito do Regime de Recuperação Fiscal.

No âmbito do referido regime, o Estado deve "recolher à conta única do tesouro estadual todas as disponibilidades de caixa dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como do Tribunal de Contas e do Ministério Público", e ainda "devolver ao caixa único do tesouro estadual, ao final do exercício, as sobras de recursos não despendidos", sob pena de o Executivo "descontar os valores não devolvidos de parcelas de repasses futuros àqueles poderes e órgãos". Há, assim, uma verdadeira intervenção do governo central sobre o ente subnacional em recuperação fiscal.

Além da suspensão e das reduções no pagamento da dívida dos Estados com a União, outro ponto controverso é a suspensão das "restrições e respectivas penalidades contidas em dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal". Mais especificamente, ficam suspensas o

[418] BRASIL. Câmara dos Deputados. PLP nº 343/2017. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124451. Acesso em 15/11/2017.

cumprimento do limite de despesa com pessoal (art. 23 da LRF) e as sanções relativas à extrapolação do limite de endividamento (art. 31 da LRF). Conforme a exposição de motivos, trata-se de uma "liberalidade que visa dar ao Estado o espaço necessário para renegociar seus passivos, ajustar suas contas e voltar a cumprir as exigências da Lei". Evidencia-se aqui a suspensão da normalidade e, portanto, do regime regular, por um regime de exceção durante o período de emergência, ou no caso, de recuperação fiscal.

Se nas leis de renegociação já ficava clara a submissão dos entes subnacionais ao determinado pela União, no programa de recuperação fiscal fica ainda claro não apenas os impactos sobre a autonomia dos entes, mas uma reconfiguração do federalismo fiscal em limites bastantes questionáveis quando se discute a autonomia dos entes.

Ainda, na esteira das citadas leis complementares – do programa de ajuste e regime de recuperação – foi editada Medida Provisória nº 801/2017, estabelecendo uma série de dispensas para a contratação de operações de crédito, justamente para os entes que estiverem sob os citados regimes/programa. Tem-se, assim, seguidas flexibilizações, inclusive esta, veiculada via Medida Provisória, demonstrando o caráter conjuntural e emergencial das regras de controle do federalismo.

Em resumo, o que se constata, seja nos anos 90, seja no atual contexto, é uma constante dependência dos entes subnacionais em relação à União, em que programas de ajuste e de submissão são impostos em troca de auxílio financeiro e da suspensão do regime de normalidade. Prevalece ainda um estado de emergência que fragiliza o federalismo brasileiro, dificultando a tarefa do Direito Constitucional Financeiro na concretização de um modelo equilibrado e com entes dotados de autonomia suficiente à execução das políticas públicas de sua competência.

3.4.2. Os decretos de calamidade financeira dos entes subnacionais

Além do programa de ajuste e do regime de recuperação dos Estados – medidas emergenciais (conforme referenciado na própria exposição de motivos de uma das normas), o estado econômico de emergência refletiu também no reconhecimento formal de um "estado de calamidade financeira" em alguns entes subnacionais. Uma série de decretos de calamidade financeira foram expedidos nos últimos dois anos, pretendendo se configurar como um recurso jurídico excepcional às dificuldades financeiras de tais entes e demonstrando também a fragilidade do modelo federativo.

Desde a segunda metade de 2016, vários Municípios nas mais diversas regiões e três Estados – Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais – decretaram estado de calamidade financeira. De modo geral, decretar calamidade financeira teria dois objetivos principais: primeiro, suspender ou afastar temporariamente a eficácia de regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial dos prazos e sanções relativas aos limites de despesas com pessoal e de endividamento e também da obrigação de atingir os resultados fiscais, na linha do que prevê o artigo 65 da mencionada lei[419]; em segundo lugar, recorrer à União por auxílios financeiros, repasse de recursos e renegociação de dívida[420].

Com relação ao segundo objetivo, trata-se de uma medida de pressão política por ajuda financeira, conforme restou claro em reunião realizada entre governadores e o Ministério da Fazenda, em setembro de 2016[421]. Esse comportamento teve como precedente o Estado do Rio de Janeiro que, ao decretar calamidade financeira, fundamentando-a inclusive na realização dos Jogos Olímpicos, recebeu auxílios da União de forma emergencial[422]. A pretensão de muitos dos entes era também se enquadrar no Decreto nº 895/1993, que prevê uma série de mecanismos, ações, competências e estruturas para os casos de calamidade pública, desastre e situação de emergência. Cita-se, por exemplo, o artigo 10, inciso V do referido decreto, que estabelece ao Ministério da Fazenda competência "para adotar medidas de caráter financeiro, fiscal e creditício, destinadas ao atendimento de populações e de áreas em estado de calamidade pública ou situação de emergência". A norma prevê a atuação dos demais Ministérios e órgãos federais, dentro de suas competências, na

---

[419] Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:
I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;
II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

[420] Pode-se cogitar, ainda, um terceiro motivo, qual seja, de flexibilização das regras para licitação, na linha do que prevê o artigo 24, IV da Lei nº 8.666/93. No entanto, ainda que alguns entes possam ter utilizado da referida norma, parece haver aqui uma flagrante contradição com a própria situação de calamidade financeira, no qual se pretende restringir novos gastos, e não fazer novas contratações com dispensa de licitação. Veja-se:
Art. 24. É dispensável a licitação:
IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

[421] Nesse sentido, relata a Agência Brasil: "Governadores de pelo menos 14 estados do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste ameaçaram decretar situação de calamidade financeira, caso o governo federal não conceda a ajuda de R$ 7 bilhões para repor as perdas com os repasses federais. Por cerca de duas horas e meia, eles se reuniram com o ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, e pressionaram pela concessão de um auxílio para compensar a queda de receitas" (Disponível em https://goo.gl/44BcpN. Acesso em 25/05/2017).

[422] Nesse sentido, a Medida Provisória nº 734, de 21 de junho de 2016, que obriga a União a prestar apoio financeiro, e a Medida Provisória nº 736, de 29 de junho de 2016, que abre crédito extraordinário para transferência dos recursos ao Rio de Janeiro.

reconstrução, proteção e implementação de medidas variadas nas áreas de calamidade/desastre.

Ocorre que o referido Decreto "dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa Civil" e, portanto, é claramente voltado a eventos com danos concretos/materiais. Refere-se a "desastres naturais ou provocados pelo homem" (conforme artigo 2º) e define calamidade pública como "situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes" (conforme artigo 3º, IV). Ou seja, é inadequado enquadrar a situação de "calamidade financeira" de que tratam os atuais decretos estaduais e municipais no Sistema Nacional de Defesa Civil. Implicaria numa interpretação demasiadamente extensiva.

Quanto ao primeiro objetivo, relativo ao artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal e a suspensão de prazos e sanções, predominam as incertezas sobre as consequências jurídicas da decretação da calamidade financeira. Dentre as principais questões, estão (i) a necessária "aprovação" da calamidade pelo Poder Legislativo e os efeitos de sua não aprovação; (ii) a possibilidade de que a situação fática de "calamidade financeira" se subsuma à hipótese normativa de "calamidade pública"; (iii) as limitações temporais e materiais da declaração da calamidade (como evitar abusos no prazo e nas medidas adotadas).

Sobre a aprovação do Legislativo, esse aspecto parece claro na Lei de Responsabilidade Fiscal. Ou seja, a calamidade declarada via decreto do Executivo requer aprovação do Legislativo para gerar os efeitos do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Como bem aponta Marcus Abraham, a falta de reconhecimento do Legislativo não afeta a validade do decreto do estado de calamidade pública, mas impediria que o Estado se beneficie da suspensão temporária dos mecanismos da Lei de Responsabilidade Fiscal. O reconhecimento do Legislativo decorre, segundo o autor, da "democracia fiscal, pelo qual os representantes do povo são chamados (...) a autorizar a adoção de um regime de exceção na aplicação das normas gerais e regulares constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal"[423]. Veja-se a referência do autor ao regime de exceção, que é o que alguns entes pretendem com o decreto de calamidade financeira.

[423] ABRAHAM, Marcus. Estado de calamidade financeira e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In *JOTA*. Disponível em https://jota.info/colunas/coluna-fiscal/coluna-fiscal-estado-de-calamidade-financeira-e-lrf-07072016. Acesso em 25/05/2017.

Quanto à subsunção da situação de calamidade financeira à hipótese normativa "calamidade pública"[424], tem-se que, historicamente, o termo calamidade pública sempre esteve relacionado a desastres naturais ou provocados pelo homem, à atuação da Defesa Civil, ou a situações de "ameaça à ordem pública ou a paz social". Essa é a previsão da Constituição, quando trata do estado de defesa e do estado de sítio, e também o sentido do Decreto nº 895/1993. Seguir nessa interpretação afasta a aplicação do artigo 65 às situações de calamidade financeira. Em uma interpretação sistemática, faz mais sentido entender que a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao se referir ao termo "calamidade pública", tenha adotado o mesmo sentido das demais normas. A Lei de Responsabilidade Fiscal, mesmo tratando de temas financeiros, não fez expressa referência a situações de crise econômica. É dizer, se a Lei de Responsabilidade Fiscal, como norma que trata justamente da "previsão de riscos e de desvio que afetem o equilíbrio das finanças públicas", assim pretendesse, teria trazido expressamente a instabilidade econômica como exceção aos prazos para o limite de dívida e despesas com pessoal e respectivas sanções. Seria uma espécie de *escape rule*, tal como está previsto para o limite da dívida da União. No artigo 30, § 6º da Lei de Responsabilidade Fiscal, há referência expressa à instabilidade econômica[425].

Portanto, considerando a compreensão do sistema, seria necessário grande esforço interpretativo e argumentativo para subsumir a calamidade financeira ao artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não parece ter sido esse o objetivo da lei e não é este o caminho apontado por uma interpretação sistemática[426].

Nesse sentido, alguns Tribunais de Contas estaduais (ou seus representantes) já manifestaram preocupação sobre o afastamento de regras da Lei de Responsabilidade Fiscal com base na decretação de calamidade financeira. De maneira formal, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 22 de fevereiro de 2017, emitiu Comunicado alertando "sobre os riscos assumidos por Prefeituras Municipais quando da edição de decretos, sob o argumento de calamidade financeira, suspender temporariamente pagamentos de despesas do exercício de 2016 e anteriores". O ato afirma expressamente que esse tipo de decreto "não encontra amparo no artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal e viola inúmeras regras do

[424] Interessante notar que o Decreto do Estado de Rio de Janeiro faz referência diretamente ao "estado de calamidade pública" (artigo 1º do Decreto n° 45.692, de 17/06/2016), e não à calamidade financeira (como no caso de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, por exemplo).

[425] Lei de Responsabilidade Fiscal. Art. 30 (...) § 6º Sempre que alterados os fundamentos das propostas de que trata este artigo, em razão de instabilidade econômica ou alterações nas políticas monetária ou cambial, o Presidente da República poderá encaminhar ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional solicitação de revisão dos limites.

[426] Diferentemente do Brasil, na Argentina, desde os anos 80, era comum a edição de decretos de necessidade e urgência com fundamento na emergência econômica (vide seção 4.2.4).

direito financeiro", dentre as quais, a quitação de Restos a Pagar e a ordem cronológica de pagamentos. Alerta o Tribunal que a utilização desse mecanismo pode trazer implicações no exame de contas anuais[427]. O Estado do Piauí também emitiu Nota Técnica sobre os Decretos de Emergência, porém, alertando para os riscos da adoção desse mecanismo como fundamento para a dispensa de licitação (artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93)[428].

O terceiro ponto é referente às limitações do decreto de calamidade financeira. É certo que, por se tratar de situação excepcional, deve haver uma limitação temporal. Minas Gerais e Rio Grande do Sul, por exemplo, não delimitaram período ao emitir o decreto. A presunção seria de que o decreto vigore enquanto prosseguir a calamidade financeira, porém, essa premissa dificulta o controle de eventuais abusos. A situação de exceção não pode se manter prolongadamente. No Rio de Janeiro, por sua vez, o Decreto fez expressa referência à realização dos Jogos Olímpicos, o que traria um problema adicional – passados os Jogos, continua havendo fundamento para o decreto? Posteriormente, a Lei Estadual (Lei Estadual nº 7.483/16) reconhece que o estado decretado deveria vigorar até o final de 2017 (artigo 2º). Da lei fluminense também se destacam algumas exigências e limitações materiais relevantes para o controle das medidas adotadas. A lei fluminense estabelece, por exemplo, que o Poder Executivo deve enviar à Assembleia plano e relatório detalhados sobre as medidas, veda expressamente à utilização da dispensa de licitação do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93 e estabelece prioridade para aplicação de créditos orçamentários com Saúde, Educação, Assistência Social e pagamento de servidores ativos, inativos e pensionistas. Nessa linha, a lei fluminense estabelece delimitações mais claras e permite maior controle da atuação do Poder Executivo. De outro lado, a resolução mineira (Resolução da Assembleia Legislativa de Minas Gerais nº 5.513, de 12/12/2016) apenas reconhece a situação de calamidade, o que indica menor possibilidade de controle.

Ainda quanto aos eventuais abusos, preocupa o fato de os referidos decretos de calamidade serem adotados para servir de escudo ao descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Como já discutido, preocupa a criação de precedentes que

[427] SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Comunicado SDG nº 06/2017. Disponível em https://www4.tce.sp.gov.br/6524-comunicado-sdg-062017-alerta-sobre-decretos-calamidade-financeira. Acesso em 24/05/2017.

[428] PIAUÍ. Tribunal de Contas. Nota Técnica nº 001/2017. Disponível em https://goo.gl/oWByUa. Acesso em 24/05/2017. O então Presidente do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro afirmou em evento do órgão "Não apostem na alegação de calamidade, por si só, como meio de apelar por socorro (...) Um decreto não pode amparar a adoção de procedimentos em desconformidade com as exigências legais.". Disponível em https://goo.gl/t3i6oC. Acesso em 25/05/2017.

permitam cada vez mais uma flexibilização das regras, até que se chegue a uma normalização da emergência.

Em resumo, os decretos de calamidade representam o ápice da emergência econômica no âmbito do federalismo. Demonstram-se como uma tentativa de excepcionar as regras e o controle e como uma falsa solução para a emergência econômica. Novamente, há riscos de efeitos permanentes ou duradouros para as medidas adotadas. Se a conclusão dos órgãos de controle for pela legitimidade de tais decretos, a Lei de Responsabilidade Fiscal permanecerá suspensa em parte significativa do país, estimulando que outros entes adotem a mesma providência. As consequências do uso de tais decretos sobre o modelo federativo são preocupantes, em especial pela dependência que mais uma vez se estabelece em relação ao governo central e pela abertura de espaços de obtenção de recursos não sujeitos a controle jurídico.

3.4.3. Mecanismos alternativos de obtenção de recursos e os riscos ao federalismo: precatórios, depósitos judiciais e securitização da dívida

Os instrumentos de renegociação e resgate de dívidas e os decretos de calamidade financeira denotam tentativas de os entes subnacionais criarem regimes de exceção às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, normas estas que, em sua maioria, eram especialmente voltadas aos Estados e Municípios. A Lei de Responsabilidade Fiscal teve como um de seus principais objetivos impor limites ao endividamento dos entes subnacionais e para isto estabeleceu regras, prazos e sanções. A competência para estabelecer os limites, entretanto, é do Senado, conforme artigo 52, incisos VI e VII, da Constituição.

Atualmente, estão em vigor as Resoluções do Senado Federal nºs. 40 e 43 de 2001, que estabeleceram os limites globais de dívida consolidada para Estados em 2 vezes a Receita Corrente Líquida, e para os Municípios em 1,2 vezes a Receita Corrente Líquida. Estabeleceram-se, ainda, limites e condições para as operações de crédito. Foi dado, entretanto, um prazo de carência de 15 exercícios, de modo que esses limites passariam a incidir efetivamente em 2016.

O artigo 31 da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que, se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o limite ao final de um quadrimestre, deverá ser reconduzida ao limite nos 3 quadrimestres subsequentes, sendo que no primeiro trimestre

deve reduzir o excedente em pelo menos 25%. Ademais, enquanto perdurar o excesso, o ente fica proibido de realizar novas operações de crédito e deverá obter o resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, inclusive promovendo contingenciamento. Caso não retorne ao limite, terá como sanção a proibição de receber transferências voluntárias. Também podem estar sujeitos a sanções a instituição financeira e o próprio chefe do Executivo (Prefeito ou Governador).

A dívida consolidada foi definida na própria lei (artigo 29) como o "montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses". Já as operações de crédito foram definidas como o "compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros". A princípio, trata-se de definições amplas, que pretendiam submeter um variado grupo de operações aos controles do endividamento.

No entanto, desde a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, há um debate sobre o conceito de dívida consolidada para fins de aplicação dos limites de endividamento. Apesar do prazo de 15 exercícios para que os entes se adequassem aos novos parâmetros, havia, já naquele momento, uma preocupação dos Estados e Municípios quanto a sua capacidade para cumprir a nova legislação[429]. Identifica-se, assim, a existência de mecanismos de obtenção de recursos de terceiros que se pretende deixar fora do conceito de endividamento e, consequentemente, dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscais. São, em geral, mecanismos não bancários de obtenção de recursos. Conforme analisa Fernando Facury Scaff, até a década passada, as dívidas dos Estados e dos Municípios eram essencialmente com o sistema financeiro. A Lei de Responsabilidade Fiscal pretendeu equacionar o problema, ao passo que surgiram novos modos de financiamento – para além do sistema tributário formal e do sistema financeiro –, dentre os quais o atraso no pagamento de precatórios, a utilização imediata dos valores depositados judicialmente e a não devolução

[429] Ao final de 2002, por exemplo, havia 8 Estados com dívida acima do limite de 2 vezes a Receita Corrente Líquida (AL, GO, MA, MG, MS, RJ, RS, SP). Atualmente (relatório de setembro de 2017), apenas Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro estão acima do limite. Conforme dados do Tesouro Nacional. Disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/indicadores-fiscais-e-de-endividamento. Acesso em 02/11/2017.

de crédito do ICMS nas operações de exportação: "tudo indica que os entes subnacionais não estão registrando estas dívidas no sistema de contabilidade públicas"[430].

Tem-se, além de normas pretendendo criar regimes que excepcionam o regime regular da Lei de Responsabilidade Fiscal, justificada em uma suposta situação conjuntural, há também uma disputa conceitual pela exclusão de determinados mecanismos de obtenção de recurso da definição de operação de crédito e, portanto, dos controles de endividamento.

O objetivo dessa seção é apresentar três desses mecanismos, ainda pouco transparentes e utilizados como alternativas aos parâmetros de endividamento dos entes subnacionais. São eles: o não pagamento de precatórios, a utilização imediata dos depósitos judiciais e a securitização da dívida. Não se ignora que os limites da dívida podem ser inadequados para alguns entes, tampouco que tem havido transferência de obrigações da União para os entes subnacionais (como é o caso da saúde[431]). Porém, a solução desse impasse federativo não pode ser através de mecanismos ou bem que não se sujeitam a controles suficientes, ou bem que aumentam ainda mais o risco à estabilidade e à cooperação federativa. Parece ser esse o caso dos instrumentos a seguir: soluções conjunturais e emergenciais diante da incapacidade de soluções permanentes para o impasse federativo.

Quanto aos precatórios, não se trata de um cenário novo, mas que permanece e se agrava. As seguidas alterações legislativas, inclusive constitucionais, demonstram as dificuldades em se resolver o problema.

À época da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, muitos entes subnacionais já possuíam um histórico de não pagamento de seus precatórios[432]. Na Constituição Federal de 1988, houve uma primeira tentativa de solucionar os precatórios em atraso - o artigo 33 do ADCT concedeu um prazo de oito anos para pagamento dos precatórios pendentes. O "calote" no pagamento dos precatórios seria, ainda, renovado pela

---

[430] SCAFF, Fernando Facury. Recuperação de créditos acumulados de ICMS na exportação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2012. v. 16, p. 52-74. P. 56.

[431] Vide PINTO, Élida Graziane; DE MORAES BAHIA, Alexandre Melo Franco; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, n. 66, p. 209-237, 2017.

[432] Conforme levantamento do CNJ feito em 2012, o valor histórico de precatórios acumulados (Estados, Municípios, Autarquias e Administração Indireta) na Justiça Estadual era de R$ R$ 87.570.492.923,93. BRASIL. CNJ. Relatório Precatórios. Reestruturação da Gestão dos Tribunais. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/precatorios/realtorio_precatorios_CNJ_FINAL1.pdf. Acesso em 02/11/2017. Dados atuais indicariam um montante de 100 bilhões de reais (conforme informado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados criada para avaliar novo regime especial de precatórios. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1596983&filename=SBT+2+PEC 21216+%3D%3E+PEC+212/2016. Acesso em 04/11/2017.

Emenda Constitucional nº 30/2000, que estabeleceu prazo de 10 anos para pagamento dos precatórios em atraso; pela Emenda Constitucional nº. 62/2009, que dispôs sobre novo regime especial de pagamento e novo prazo de 15 anos; pela Emenda Constitucional nº 94/2016, que fixou prazo até 2020 para pagamento de precatórios em atraso; e, finalmente, pela Emenda Constitucional nº 99/2017, que estendeu o prazo para 2024. Além dos diversos "parcelamentos" instituídos para os precatórios em atraso, as referidas alterações constitucionais também trouxeram outros mecanismos para tentar solucionar a questão, tais como a fixação de um percentual mínimo de receita a ser destinado ao pagamento de precatórios, a possibilidade de sequestro nas contas do ente (em algumas situações específicas), leilões de pagamento antecipado com deságio e obrigatoriedade de compensação com débitos tributários do beneficiário antes da expedição do precatório.

Verifica-se, entretanto, que a constante postergação do prazo final para pagamento dos precatórios em atraso acabou legitimando o "calote" dos entes devedores. Além disso, a exclusão dos precatórios em atraso do conceito de dívida consolidada e, portanto, dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, contribuiu para que os precatórios (em verdade, seu não pagamento) também se transformassem numa via transversa de financiamento dos entes subnacionais. Afinal, melhor não pagar precatório do que realizar operações de crédito.

É verdade que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu, no artigo 30 § 7º, que "os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites". Ocorre que, contrariamente ao quanto disposto na lei complementar, a Resolução do Senado nº 40/2001, ao dispor sobre os limites da dívida consolidada, incluiu no conceito apenas "os precatórios judiciais emitidos a partir de 05 de maio de 2000" e não pagos na execução do orçamento em que incluídos. Ou seja, pela definição da Resolução, os precatórios que já estavam em atraso antes da Lei de Responsabilidade Fiscal não seriam incluídos na dívida consolidada para fins de aplicação dos limites.

A referida Resolução modificou o conceito da LRF, sem que o Senado tivesse competência para tanto. Fernando Facury Scaff e César de Andrade apontam três razões principais para a ilegalidade e inconstitucionalidade da referida Resolução: (i) é da lei complementar a competência para dispor sobre dívida pública interna e externa, conforme artigo 163, II, da Constituição; (ii) a competência normativa do Senado em relação à dívida pública (artigo 52, incisos VI a IX da Constituição) não o autoriza a criar regimes distintos para a dívida consolidada, tampouco criar definição diferente da lei complementar; (iii) a

Resolução não é o veículo normativo adequado para modificar o conteúdo da Lei Complementar, devendo-se respeitar a hierarquia entre as normas[433].

A distinção temporal cria um incentivo para que os entes que possuíam precatórios em atraso continuem não comprometidos com a solução desse passivo, tendo em vista que não recairia sobre eles quaisquer consequências. Nessa linha, fica explicitado o intento de criar mais espaço para o endividamento dos Estados: "a distinção temporal criada pela Resolução 40/2001 do Senado da República, e tão pouco republicana, surgiu na tentativa de aumentar o endividamento público dos entes subnacionais, e conseguiu seu intento" [434]. Por essa razão, o regime excepcional criado por Resolução pode ser qualificado como um mecanismo alternativo de endividamento que escapou ao controle dos limites da dívida.

Juntamente com os descritos parcelamentos/regimes especiais de pagamento, a Resolução, ainda que de forma transversa, legitimou que alguns entes subnacionais se utilizassem dos precatórios em atraso para seu financiamento. A gravidade da situação dos precatórios refletiu no número de propostas normativas sobre o tema desde a Constituição de 1988 [435] e evidencia a emergência econômica que atinge os entes subnacionais, prejudicando o atendimento de uma despesa básica no funcionamento do Estado – o pagamento de decisões judiciais transitadas em julgado.

O não pagamento de precatórios (ou a fixação de regimes especiais) implica em uma série de violações constitucionais, razão pela qual a questão foi diversas vezes judicializada. A mais recente, na ADI nº 4.357, decidiu-se pela inconstitucionalidade da "nova moratória" da Emenda Constitucional nº 62/2009, sob o fundamento de violar a cláusula constitucional

---

[433] SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, César Augusto Seijas de. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução nº 40/2001 caloteou a República. In SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Orgs.). *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 64.

[434] SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, César Augusto Seijas de. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução nº 40/2001 caloteou a República. In SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Orgs.). *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 75.

[435] Conforme Justificação da PEC nº 407/1996 (transformada na Emenda Constitucional nº 30/2000), "a questão dos precatórios judiciais foi objeto da atenção do Congresso Revisor, tendo recebido duzentas e setenta e cinco propostas revisionais oriundas de todos os partidos". Há ainda uma série de propostas de emenda à Constituição dispondo sobre os precatórios: propostas de exclusão da "fila" de pessoas portadoras de deficiência (PEC 215/2013 e PEC 153/2007), de idosos (PEC 250/2004), de créditos trabalhistas e previdenciários (PEC 529/2007); proposta de limitação do percentual de despesa com precatório para municípios localizados em bolsões de pobreza (PEC 326/2001); proposta de penhorabilidade de bens públicos em caso de descumprimento das normas com precatórios (PEC nº 290/2004); proposta de criminalizar o não pagamento de precatórios pelos chefes do Executivo estadual e municipal (PEC nº 467/2005) e de "reiterar" a possibilidade de intervenção judicial em caso de não pagamento de precatório (PRC nº 467/2005), dentre outras (conforme numeração dada na Câmara dos Deputados). Nas justificativas de cada uma das propostas apresentadas, há referência ao prosseguimento da situação de não pagamento de precatórios, inclusive o crescimento da dívida.

do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)[436]. Em seu voto, o Ministro Relator, Luiz Fux, bem observou a permanência de uma "solução excepcional", a manutenção de uma "vergonhosa realidade que marca a trajetória do instituto do precatório", um "círculo vicioso" que "em essência serve para mascarar a realidade, dobrando as instituições jurídicas segundo a conveniência do poder". E conclui: "a moratória de hoje é o prenúncio da moratória de amanhã"[437].

Ainda não se encontrou solução para a quitação dos precatórios, que já se arrasta por décadas. A mera declaração de inconstitucionalidade deixaria um vácuo normativo sobre o regime aplicável aos precatórios em atraso. Por essa razão, o Supremo modulou os efeitos de sua decisão e manteve a vigência do "regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros, a contar de primeiro de janeiro de 2016", manteve a regra de vinculação de recursos mínimos, a possibilidade (e não obrigatoriedade) de compensação tributária e "a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios"[438].

Na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 94/2016, estabelecendo justamente até 2020 o prazo para a quitação dos precatórios em atraso. Assim, o prazo da Emenda Constitucional nº 62/2009, que iria até 2024, seria abreviado até 2020. Entretanto, exatamente um ano depois da última alteração, em 14 de dezembro de 2017, foi publicada a Emenda Constitucional nº 99/2017, que estendeu novamente o prazo para 2024, aspecto que confronta a decisão do STF. Novamente, entretanto, a conjuntura justifica o descumprimento da regra e a exceção prossegue[439].

A Emenda Constitucional nº 99/2017 modificou parcialmente os dispositivos que haviam sido introduzidos pela Emenda Constitucional nº 94/2016. Essas Emendas modificaram os artigos 101, 102 e 103 do ADCT para estabelecer um "novo" regime especial de pagamento de precatório, permitindo a utilização de parte dos depósitos judiciais e dos

---

[436] BRASIL. STF. Pleno. ADI 4.357. Relator Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão Ministro Luiz Fux. Julgado em 14/03/2013.
[437] Ibidem, trechos do voto do Ministro Relator Luiz Fux.
[438] BRASIL. STF. Pleno. ADI 4.425. Questão de Ordem. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 25/03/2015.
[439] Conforme destacou o autor do projeto, Senador José Serra, após a aprovação do Senado, "tendo em vista a crise econômica, a PEC será um alívio aos estados e municípios endividados". (conforme https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/12/senado-aprova-pec-que-cria-novo-regime-especial-de-pagamento-de-precatorios).

depósitos administrativos em dinheiro para quitação dos precatórios. Mais especificamente, na atual redação, podem ser utilizados 75% dos "depósitos judiciais e dos depósitos administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários", nos quais sejam parte o ente público. E também podem ser utilizados "30% dos demais depósitos judiciais" (na emenda anterior, o montante era de 20%). Autoriza-se também a contratação de empréstimos, que serão excetuados dos limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do art. 52 da Constituição Federal e de quaisquer outros limites de endividamento previstos em lei[440]. Veja-se que, desde a decisão do STF, os percentuais de utilização de depósitos vão ano a ano aumentando. Cria-se um verdadeiro regime de emergência, em tese, temporário (até 2024), mas cujos efeitos podem prosseguir devido ao risco de substituir um problema por outro, trocando-se uma dívida por outra.

Como uma das soluções para a dívida com precatórios, autoriza-se que os entes obtenham recursos a partir de empréstimos que não serão computados nos limites de dívida, que não será submetida aos controles regulares. E mais, permite-se que os entes se utilizem de depósitos judiciais e administrativos. Tais recursos não representam ingressos definitivos, pois pendentes de decisão judicial ou administrativa definitiva. Se há possibilidade de que sejam devolvidos, há risco de gerar uma nova dívida, que tampouco será incluída nos controles de endividamento.

Aproveita-se, então, para adentrar no segundo mecanismo de obtenção de recursos fora dos controles da dívida: a utilização imediata (e antecipada) de depósitos bancários. Os depósitos judiciais e administrativos são feitos quando uma pessoa física ou jurídica pretende discutir a legitimidade de um determinado débito face ao Poder Público e, para manter a exigibilidade suspensa, efetua o depósito do valor objeto da lide. No caso dos débitos tributários, por exemplo, a suspensão da exigibilidade está prevista no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. Trata-se de mecanismo relevante para a obtenção e renovação de certidão de regularidade fiscal e para impedir a adoção, pela Fazenda Pública, de mecanismos expropriatórios de satisfação do débito. O valor ficará depositado até que se encerre definitivamente a lide: se o ente público credor for vencedor, o depósito se converte em renda, isto é, receita pública; se o particular obtém resultado favorável, levanta-se o depósito.

[440] Artigo 101, § 2º, incisos I, II e III do ADCT.

São esses depósitos – um ingresso provisório –, que a Emenda Constitucional passou a permitir que fossem utilizados para pagamento de precatórios (em percentuais limitados, mas em montante elevado, de 75% dos depósitos em dinheiro).

A Emenda Constitucional nº 94/2016 já havia sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República: a ADI nº 5.679, que questiona justamente a utilização antecipada dos depósitos judiciais para pagamento de precatórios. Conforme relatado em decisão liminar proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, os argumentos centram-se "no risco de que o levantamento dos depósitos judiciais de particulares possa ser comprometido com a sistemática estabelecida pela norma, o que violaria o direito de propriedade dos depositantes, seu direito fundamental de acesso à justiça, o devido processo legal substantivo, bem como o direito à razoável duração do processo, já que tais depositantes teriam de litigar, com o propósito de reaver as quantias depositadas". O Ministro, entretanto, em decisão monocrática, entendeu não estar demonstrado o risco de solvabilidade do sistema, destacando, ainda, a "crise por que passa o país, o que torna improvável o pagamento de tais débitos sem o referido mecanismo". Entretanto, foi concedida parcialmente a cautelar, para atribuir interpretação conforme a Constituição, esclarecendo que a sistemática da nova Emenda está sujeita a prévia constituição de fundo garantidor e determinando que os "valores sejam transpostos das contas de depósito diretamente para contas vinculadas ao pagamento de precatórios, sob a administração do Tribunal competente, afastando-se o trânsito de tais recursos pelas contas dos Tesouros estaduais e municipais"[441]. Na citada decisão se vê a explicitação de que a conjuntura de crise é fundamento para uma medida com consequências permanentes.

A discussão do tema, entretanto, não veio com a Emenda Constitucional nº 94/2016. Antes disso, a Lei Complementar nº 151/2015, em seus artigos 2º e 3º, já havia permitido a transferência para a conta do Tesouro do Estado, do Distrito Federal ou do Município de 70% (setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos judiciais e administrativos. No caso da Lei Complementar, também se estabeleceu a prioridade para pagamento de precatórios judiciais, embora o percentual fosse menor, se comparado à atual Emenda Constitucional.

Apenas nos casos em que as dotações fossem suficientes para pagamento de precatórios (do exercício vigente e de anteriores), é que os valores poderiam ser utilizados para outras despesas, na seguinte ordem de prioridade e sempre tendo como requisito a

[441] BRASIL. STF. Decisão Monocrática. ADI nº 5.679. Medida Cautelar. Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 07/06/2017.

suficiência dos recursos para o item anterior: dívida pública fundada; despesas de capital ou recomposição dos fluxos de pagamento e do equilíbrio atuarial dos fundos de previdência referentes aos regimes próprios de cada ente federado (artigo 7º). Ressalta-se que a Lei Complementar nº 151 revogou a legislação ordinária anterior – Leis nº 10.482/2002, nº 10.819/2003 e Lei nº 11.429/2006 – que trazia autorizações semelhantes[442].

O debate já se encontrava judicializado através de uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis estaduais que autorizaram a utilização antecipada dos depósitos judiciais[443]. Nas ações, dentre outros temas, discute-se a violação ao direito de propriedade, a invasão da competência para legislar sobre direito civil e processual (fundamento no caso das leis estaduais); violação da suposta imposição constitucional de que o pagamento de precatórios seja feito com as receitas correntes do Estado, e não com valores de terceiros (art. 100, *caput*)[444].

Dentre as ações, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.072, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República para questionar a legislação do estado do Rio de Janeiro, na qual há decisão concedendo liminar e suspendendo os efeitos da lei. Interessante notar a exposição do contexto de emergência econômica, a substituição de uma dívida por outra e os riscos desse tipo de autorização. O Ministro Gilmar Mendes relata, após a realização de audiência pública, "o receio de que os Estados não consigam satisfazer suas obrigações no momento em que os depósitos forem sacados". O Ministro menciona Parecer Jurídico encaminhado pelo Banco Central, segundo o qual "a recepção e o gerenciamento dos depósitos judiciais, com transferência de recursos para entes estatais, expõem tais instituições a riscos de liquidez, operacional e de reputação". Relata, ainda, "a crise econômica por que passa o País e as dificuldades por que passam os Estados, especialmente o do Rio de Janeiro, com dificuldades para pagar a folha de salários de seus servidores", como motivos para a reapreciação urgente da matéria. E como fundamento da concessão da

---

[442] Uma série de leis estaduais também previam a possibilidade de uso de depósitos judiciais, a exemplo da Lei Complementar 42/15 do Estado da Bahia; Lei 1.952, de 19 de março de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul; Lei nº 21.720/2015 do Estado de Minas Gerais; Lei Complementar 147/2013 do Estado do Rio de Janeiro. Para um histórico das leis, vide BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SALDANHA, Daniel; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. A problemática do uso de depósitos judiciais e extrajudiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 69, pp. 501 - 550, Belo Horizonte, n. 69, pp. 501 - 550, jul./dez. 2016.

[443] ADIs nº 5.353, de relatoria do Ministro Teori Zavaski; nº 5.365, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; e nº 5.409, de relatoria do Ministro Edson Fachin, todas com liminares concedidas para suspender os efeitos da legislação estadual. Citam-se também as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 2.909 e 3.125, em que o STF acolheu a inconstitucionalidade formal das leis estaduais sobre o tema,

[444] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SALDANHA, Daniel; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. A problemática do uso de depósitos judiciais e extrajudiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 69, pp. 501 - 550, Belo Horizonte, n. 69, pp. 501 - 550, jul./dez. 2016.

liminar, aponta que "as informações apresentadas pelo Banco do Brasil noticiam o esgotamento do fundo de reserva para pagamento dos alvarás judiciais", e a situação de calamidade do Estado indica a "impossibilidade de arcar com os deveres previstos em lei e do risco de os titulares dos depósitos judiciais ficarem impossibilitados de levantar seus alvarás"[445].

O tema deve ser resolvido nacionalmente a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.361, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em face da Lei Complementar n. 151/2015[446]. Os fundamentos jurídicos apresentados na inicial – violação do devido processo legal e o confisco de valores que ainda não são receitas do ente público, dentre outros – tornam-se plausíveis em um cenário com elevado risco de que saldo seja insuficiente para levantamento dos depósitos.

Diferentemente do entendimento do Ministro Barroso, os elementos fáticos relatados na decisão do Ministro Gilmar Mendes com relação ao Estado do Rio de Janeiro alertam justamente para os riscos do novo mecanismo de obtenção de recursos. São ainda bastante questionáveis as garantias de solvabilidade do sistema. Muitos dos depósitos judiciais são relativos a causas repetitivas, a exemplo das causas tributárias. Nesses casos, considerando a sistemática dos Recursos Repetitivos ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma decisão de um Tribunal Superior pode favorecer, num mesmo momento, um elevado número de contribuintes que tenham depósitos sobre a mesma discussão. Nessas hipóteses, cada vez mais frequentes, o risco de insuficiência de saldo eleva-se[447].

Ademais, a própria Lei Complementar prevê, em seu artigo 8º, § 2º, "hipótese de insuficiência de saldo no fundo de reserva para o débito do montante devido" e estabelece regra de restituição parcial dos depósitos. Para os casos de "descumprimento da devolução" do depósito ou "não recomposição do fundo", haverá mera "suspensão do repasse das parcelas referentes a novos depósitos até a regularização do saldo". No caso de descumprimento por três vezes, haverá exclusão do ente federado (artigo 9º da Lei

---

[445] BRASIL. STF. Decisão Monocrática. ADI nº 5.072. Medida Cautelar. Ministro Gilmar Mendes. Decisão em 14/02/2017.

[446] Ainda sem decisão. Dentre os argumentos estão a violação o devido processo legal (artigo 5º, caput, inciso LIV, da CF), violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF) e a instituição de um empréstimo compulsório fora das hipóteses constitucionais (incisos I e II do art. 148 da CF). Para uma análise dos referidos argumentos, vide FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. O uso dos depósitos judiciais e administrativos como fonte de receita: uma análise acerca da constitucionalidade da Lei Complementar n. 151/2015. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFE*, ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

[447] Para uma crítica acerca do consequencialismo desses argumentos e da defesa da constitucionalidade das leis, vide BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SALDANHA, Daniel; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. A problemática do uso de depósitos judiciais e extrajudiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 69, pp. 501 - 550, Belo Horizonte, n. 69, pp. 501 - 550, jul./dez. 2016.

Complementar nº 151/15). Nota-se, entretanto, que são sanções bem mais frágeis que aquelas relativas ao controle da dívida pública.

Portanto, a despeito dos argumentos sobre o aumento de recursos decorrentes da transferência de depósitos aos entes públicos e a "necessidade econômica" de se criar um regime para pagamento de precatórios, antecipando-se uma receita, constata-se ainda uma significativa fragilidade no seu controle jurídico. Não há garantia suficiente que tal autorização leve à criação de uma nova dívida, em substituição à dos precatórios, especialmente porque não se reconhecem os depósitos judiciais utilizados antecipadamente como dívida. Tais valores estão sujeitos a um controle ainda mais frágil quando comparado aos precatórios em atraso. As decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não sinalizam um caminho único, prosseguindo o impasse.

O que se constata, sem dúvida, é a emergência econômica pretendendo legitimar um mecanismo alternativo de obtenção de recursos, que excepciona as regras de controle de endividamento, sugerem a solução das dívidas com precatórios a curto prazo, mas com elevado risco de criar novo problema nas finanças públicas dos entes subnacionais a médio prazo.

Além dos precatórios e dos depósitos judiciais, outro mecanismo tem sido utilizado para obtenção de recursos, ainda em fase de discussão, cujo controle permanece obscuro. Trata-se da securitização da dívida ativa ou da cessão de créditos da dívida ativa.

Os entes públicos possuem, no Brasil, um elevado estoque de dívida ativa, sendo que grande parte desse estoque é de arrecadação lenta ou de recuperabilidade bastante remota[448]. Boa parte dos valores inscritos em dívida dificilmente se transformarão efetivamente em receita pública. Além de propostas para reformulação do processo de Execução Fiscal, nos últimos anos foram criados instrumentos de securitização ou de cessão da dívida ativa, os

[448] No âmbito da União, o estoque de dívida ativa alcançou o montante de 1,84 trilhão de reais em 2016. Também dados de 2016 demonstram uma recuperação de 14,54 bilhões no ano (BRASIL. PGFN. PGFN em números. Edição 2017. Disponível em http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibiliza-edicao-2017-do-201cpgfn-em-numeros201d/201cpgfn-em-numeros201d-2017.pdf. Acesso em 04/11/2017). No âmbito dos Estados, comparando os valores divulgados de cobranças de dívida ativa com os saldos da dívida ativa calculado do final de cada período, Leandro de Oliveira et al. apresentam percentuais médios de recuperabilidade da dívida ativa, entre 2009 e 2012, de 1,47%, 1,25%, 1,67% e 2,11% (DE OLIVEIRA, Leandro Saraiva Dantas; LIMA, Roberto José Vieira de Sousa, PAULO, Edilson, LUCENA, Wenner Glaucio Lopes Lucena. *Dívida Ativa: Evidenciação e Fatores de Influência em sua Recuperabilidade*. In: 1º Congresso da UnB de Contabilidade e Governança. 2016). Analisando dados da dívida ativa de São Paulo, verifica-se que o percentual de recuperabilidade em 2016 permaneceu próximo de 1% do estoque total. Dados disponíveis em https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/D%C3%ADvida-Ativa.aspx. Acesso em 06/11/2017.

quais surgiram como alternativas para antecipação de parte dos valores a serem recebidos pelos entes públicos.

Há uma variedade de modelos para tais operações, desde a cessão direta até a constituição de uma sociedade responsável pela emissão de valores mobiliários (debêntures, em regra) junto ao mercado de capitais. O objetivo, em geral, é que particulares (investidores ou cessionários) adiantem os valores inscritos em dívida ativa ao ente público e assumam o risco de inadimplência (ou ao menos parte dele). Para tal, obviamente, ou bem há um deságio ou outra espécie de remuneração, ou bem uma garantia em face da arrecadação futura.

Cumpre esclarecer, ainda, que os créditos envolvidos nessas operações são, via de regra, aqueles de alta recuperabilidade, ou seja, objeto de confissão e de parcelamentos.

O Estado de São Paulo, por exemplo, constituiu uma sociedade anônima, denominada Companhia Paulista de Securitização (CPSEC) (Lei Estadual nº 13.723, de 29 de setembro de 2009)[449]. A CPSEC tem por objeto social a aquisição de direitos creditórios de titularidade do Estado de São Paulo, originários de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais e a estruturação e implementação de operações que envolvam a emissão de valores mobiliários, tais como debêntures, de emissão pública ou privada, ou outra forma de obtenção de recursos junto ao mercado de capitais, lastreadas nos referidos direitos creditórios[450]. Os créditos envolvidos na operação são aqueles objeto de parcelamentos, daí o reduzido risco de inadimplência. O parcelamento prévio é requisito legal para esse tipo de operação, conforme artigo 1º, § 1º da lei paulista.

Esse modelo pressupõe, portanto, a criação de uma sociedade de propósitos específicos, adquirente dos créditos e responsável pela emissão de debêntures, com lastro nesses créditos, e que serão negociadas com os particulares: a empresa estatal emite a debênture negociada e o Estado emite uma debênture subordinada, que representa a posição de garante do ente cedente. Nesse caso, há uma securitização propriamente dita, já que os créditos são convertidos em papéis e, posteriormente, negociados no mercado de valores mobiliários[451].

---

[449] No Estado do Rio de Janeiro, foi criada a Companhia Fluminense de Securitização (CFSEC), cuja atuação é objeto de Ação Civil Pública (nº 0297334-52.2017.8.19.0001) ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em 21/11/2017, questionando a constitucionalidade de sua criação, as transferências (via integralização de capital) feitas pelo Estado do Rio de Janeiro e pleiteando o reconhecimento da securitização como operação de crédito. Disponível em https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/51301. Acesso em 17/12/2017.

[450] Conforme descrito pela própria Secretaria da Fazenda de São Paulo. Disponível em <https://portal.fazenda.sp.gov.br/Institucional/Paginas/CPSEC.aspx>. Acesso em 06/11/2017.

[451] SALES, Pedro Henrique Ramos. PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista. In *JOTA*. Disponível em https://goo.gl/KJ5Vmx. Acesso em 29/10/2016.

Modelo semelhante foi adotado pela Prefeitura de Belo Horizonte e pela Prefeitura de Nova Iguaçu, cujos casos foram apreciados pelo Tribunal de Contas da União em 2016. Os referidos entes realizaram as operações por Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (FIDC-NP)[452]. Nesses casos, pode haver uma cessão da titularidade do ativo, no caso os créditos a receber (da Dívida Ativa) ao fundo, mediante uma taxa de desconto em relação ao valor de face dos créditos; ou pode haver também "uma modalidade não tradicional", em que a entidade titular do ativo (créditos) assume perante o FIDC o compromisso de entregar o fluxo de caixa decorrente do adimplemento de seus créditos, em troca de pagamento efetuado com a entrega de cotas emitidas pelo próprio Fundo[453].

Nesses casos, o Tribunal de Contas da União avaliou a natureza jurídica das operações para captar recursos financeiros – se operações financeiras ou não, na forma definida pelo inciso III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal – e, consequentemente, suposta irregularidade, já que os fundos não foram submetidos a apreciação prévia do Ministério da Fazenda, conforme exigido pelo art. 32 da LRF[454]. O entendimento inicial do TCU no referido processo foi por enquadrar as operações no conceito de operações de crédito do artigo 29, inciso III, da LRF[455]. O TCU também já exarou entendimento equiparando a criação de uma sociedade de propósitos específicos ao modelo do FIDC, também a enquadrando como operações de crédito[456].

Como discutido no processo que tramita no Tribunal de Contas, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu um conceito amplo de operações de crédito. Do que se depreende da redação do artigo 29, inciso III da LRF, não há um rol taxativo, inclusive porque está expressamente disposto que "operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros" também podem ser qualificadas como operações de crédito. Segundo o TCU, há uma "tipologia aberta" e um rol de operações meramente

---

[452] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão 772/2016. Processo 016.585/2009. Julgado em 06/04/2016.

[453] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão 772/2016. Processo 016.585/2009. Julgado em 06/04/2016. A questão ainda não foi definitivamente decidida. No referido acórdão, decidiu-se por ouvir "a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, para que, assim desejando, manifeste-se acerca da presente representação, consoante o Relatório que integra este Acórdão, especialmente no que tange à parte dispositiva da Resolução SF 43/2001, com redação dada pela Resolução SF 17/2015, em face dos objetivos declarados no Parecer CAE 1019, de 2015, relativo ao PRS 50/2015, que fundamentou a referida norma de alteração".

[454] Ibidem.

[455] Conforme exposto em BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 016.585/2009.

[456] SALES, Pedro Henrique Ramos. *PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista*. In JOTA. Disponível em https://jota.info/artigos/pls-20416-e-o-mito-da-securitizacao-da-divida-publica-um-mau-negocio-vista-16102016. Acesso em 29/10/2016.

exemplificativo. A interpretação deve levar em conta o termo compromisso financeiro: "o conteúdo dessa expressão 'compromisso financeiro' deve ser interpretado de forma ampla, pois esta é a tônica da legislação ao disciplinar o endividamento dos entes públicos"[457]. Sobre o FIDC de Belo Horizonte, o Ministro Relator manifestou-se no seguinte sentido:

> De fato, assiste razão à PGFN ao afirmar que a essência do conceito de operação de crédito da LC 101/2000 consiste na existência de compromisso financeiro no sentido de compromisso de pagar, isto é, o conteúdo material do conceito diz com a constituição de dívida financeira para o ente, considerando que a finalidade da disciplina das operações de crédito instituída pela LRF é "a de servir de instrumento normativo para uma, nos termos da própria lei, 'gestão fiscal responsável'" (Parecer PGFN/CAF/1612/2012, peça 44, p. 12, item 14). É exatamente o que se tem nessa operação, analisada sua essência, sua verdade econômica, mal disfarçada sob roupagem jurídica distinta.
> No caso de Belo Horizonte, não há cessão da dívida ativa. Ela continua de titularidade do município. Não há a alienação de um ativo, **há a assunção de entregar ao FIDC, prioritariamente, o fruto da arrecadação da aludida dívida, cabendo ao município o excedente arrecadado. Isso é claramente um compromisso financeiro.** (...) como demonstrado várias vezes, **a realidade econômica da operação consistente no volume de créditos postos à disposição do município, a abundância do fluxo de recebimentos por ele gerado e o carreamento prioritário desse fluxo para o FIDC eliminam qualquer risco para o FIDC e, por isso e apenas por isso, descreve-se a operação como se houvesse transferência de risco do município para o FIDC, com o intuito evidente de caracterizar a operação como não sendo uma operação de crédito sujeita aos ditames da LRF**, ao ponto de se declarar no Contrato de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avença, na cláusula 2.4 (peça 11, pp. 27/81), que não se cuida de operação de crédito referida pela LRF, como se a qualificação econômico-jurídica pudesse decorrer do enunciado do contrato e não da realidade econômica, do substrato fático que lhe dá vida (grifos nossos)[458].

Preocupado com as consequências desse tipo de operação, o Tribunal de Contas da União já determinou, em duas medidas cautelares de 2014, que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) suspendesse o registro do FIDC-NP de Nova Iguaçu e do Fundo Especial da Dívida Ativa do Distrito Federal – FEDAT-DF, bem como o registro de qualquer fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que não contenham autorização expressa do Ministério da Fazenda[459].

A própria CVM possui norma que exige, na constituição de fundos que envolvam direitos creditórios decorrentes de receitas públicas, "manifestação acerca da existência de

---

[457] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão 772/2016. Processo 016.585/2009. Julgado em 06/04/2016.
[458] Ibidem.
[459] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 043.416/2012-8 e Processo TC 016.585/2009-0.

compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito"[460] para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal e, em caso positivo, deve haver autorização do Ministério da Fazenda.

O Senado Federal, em sentido contrário ao que foi adotado pelo Tribunal de Contas, editou a Resolução nº 11/2015, alterando a Resolução nº 43/2001 (justamente aquela que fixou os limites globais de endividamento para os entes subnacionais), para "permitir que as estruturas de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), com base em recebíveis originados pelo parcelamento de dívida ativa, não sejam consideradas e enquadradas como operação de crédito.

Nova Resolução, nº 17, de 2015, modificou "as regras de cessão de recebíveis relativos aos direitos creditórios da dívida ativa", retirando restrições que a Resolução anterior havia imposto, e que vedariam "a venda dos direitos creditórios da dívida ativa de maneira indesejável"[461].

Demonstra-se inconstitucional a pretensão do Sendo Federal, via Resolução, de excluir as referidas estruturas do conceito legal de operações de crédito e, consequentemente, dos controles de endividamento. No mesmo sentido do que ocorrido com os precatórios em atraso, a mesma Resolução incorre em inconstitucionalidade quando extrapola a competência do Senado em dispor sobre a dívida pública.

É também preocupante que o novo mecanismo de obtenção de recursos seja instituído em diversos entes federativos, como vem ocorrendo, sem uma legislação nacional sobre o tema e com a pretensão de se afastar do controle. Conforme critica Rafael Fuso, no ordenamento jurídico atual não é juridicamente possível a securitização da dívida ativa, seja pelo cenário de insegurança jurídica, seja pelas contradições entre as normas dos variados órgãos (TCU, PGFN, CVM, Senado)[462].

Aparentemente ciente da fragilidade da Resolução (uma tentativa momentânea de resolver a situação), tramita no Congresso Projeto de Lei do Senado que visa alterar a Lei nº

---

[460] Instrução Normativa CVM nº 444/2006. Artigo 7º, § 9º: "Nos fundos que realizarem aplicações nos direitos creditórios referidos no inciso II do § 1º do art. 1º desta Instrução, ou em direitos creditórios cedidos ou originados por empresas controladas pelo poder público, deverá ser apresentada manifestação acerca da existência de compromisso financeiro que se caracterize como operação de crédito, para efeito do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo, em caso positivo, ser anexada competente autorização do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32 da referida Lei Complementar".

[461] Conforme BRASIL. Senado Federal. Projeto de Resolução do Senado nº 50/2015 (convertido na Resolução nº 17/2015). Disponível em http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3012410&disposition=inline. Acesso em 06/11/2015.

[462] FUSO, Rafael Correia. *Regimes tributário na securitização de títulos e valores mobiliários: lucro real e lucro presumido*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica. PUC-SP. São Paulo. 2016, p. 291.

4.320/64 e regulamentar a "cessão de créditos", excluindo de vez do conceito de operação de crédito e, portanto, dos controles e requisitos de endividamentos [463].

O modelo proposto pelo PLS 204/2016, entretanto, é mais simples e não envolve a criação de estatal ou emissão de debênture: "o Estado aliena um crédito futuro e já reconhecido (parcelamentos) sob deságio. Em seguida, recebe do contribuinte devedor e, posteriormente, repassa a importância ao cessionário que tiver onerosamente adquirido os direitos creditórios". É o deságio que remunera o risco do cessionário[464]. Mantém-se, no projeto, o requisito de que os créditos cedidos sejam objeto de parcelamentos.

O novo formato proposto enfrentou, ainda que parcialmente, alguns dos questionamentos jurídicos feitos nos modelos anteriores. Prevê, por exemplo, que a cessão seja definitiva, isentando o cedente de responsabilidade, compromisso ou dívida, tentando assim afastar a natureza de operação de crédito.

Desde que seja definitiva, o entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional é no sentido de que a cessão está fora do conceito de operação de crédito. Entende a Procuradoria que "a antecipação de recursos não é condição suficiente para a conceituação da medida como operação de crédito". Para o órgão, "não se pode definir a antecipação de recursos futuros como operação de crédito no sentido da LRF". A cessão de créditos, para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal, interpretada em "sentido finalístico" "de garantir a administração sustentável da dívida pública", "não constitui operação de crédito para os fins da LRF por não acarretar endividamento novo ou mais gravoso para o ente que cede tais direitos"[465].

O Projeto de lei dispõe também que fica mantida a natureza do crédito cedido, seus privilégios e garantias, bem como a competência da Fazenda Pública de exigi-lo, afastando assim as manifestações anteriores da Procuradoria sobre a inconstitucionalidade da denominada "terceirização da cobrança", intentados em outros instrumentos normativos[466].

A redação proposta pretende, ainda, "preservar a base de cálculo das vinculações constitucionais no exercício financeiro em que o contribuinte efetuar o pagamento dos direitos creditórios". Ainda é obscuro como será feita a correlação entre os valores

---

[463] BRASIL. Senado Federal. PLS nº 204/2016. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125723. Acesso em 01/11/2017. O projeto foi inicialmente aprovado pelo Senado em 13/12/2017.

[464] SALES, Pedro Henrique Ramos. PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista. In *JOTA*. Disponível em https://jota.info/artigos/pls-20416-e-o-mito-da-securitizacao-da-divida-publica-um-mau-negocio-vista-16102016. Acesso em 29/10/2016.

[465] BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CAF nº 1579/2014.

[466] Conforme manifestação da Procuradoria no Parecer PGFN/CDA nº 1505/2015.

adiantados (e possivelmente imediatamente utilizados) e os posteriores pagamentos feitos no âmbito dos parcelamentos. Se há créditos de tributos e naturezas distintas, com destinações diferentes, haverá dificuldade em controlar a prévia aplicação desses montantes às destinações legal ou constitucionalmente determinadas.

Ainda, remanesceria o problema da vedação de vinculação de receita de impostos, já que, ao arrecadar os valores inscritos em dívida ativa (incluindo impostos), há uma destinação previamente determinada dos valores ao cessionário, em violação ao artigo 167, inciso IV da Constituição Federal. Se as operações fossem caracterizadas como uma Antecipação de Receita Orçamentária (ARO), o que não é o objetivo da norma, estar-se-ia na exceção do próprio artigo 167, inciso IV da Constituição Federal. De outra parte, essa caracterização submeteria as operações aos controles de dívida e, mais especificamente as limitações do artigo 38 da LRF [467], específicos para a antecipação de receitas orçamentárias[468].

Ademais, ainda que nos casos de cessão definitiva inexista obrigação futura e, portanto, ausência de operação de crédito, remanesce uma questão de conveniência e oportunidade desse tipo de operação, o que foi evidenciado pelo citado Parecer PGFN nº 1579/2014: com a venda do ativo, o ente pode não se endividar, mas pode ficar mais pobre no futuro.

Há dúvidas se o negócio é de fato benéfico aos entes públicos. Apesar das vantagens da antecipação, abre-se mão de valores que seriam arrecadados no futuro, em montante superior. Há um contexto de emergência econômica e de urgência em se obter receitas antecipadamente, com perdas no médio prazo. Veja-se que os debates em torno do tema frequentemente mencionam argumentos conjunturais e de urgência na obtenção de recursos antecipadamente, isso como forma de solucionar a crise fiscal. O Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado em face do PLS nº 204/2016, por exemplo, ressalta a importância do projeto na "recomposição de caixa dos entes federativos, que passam por

---

[467] Art. 38. A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32 e mais as seguintes:
I - realizar-se-á somente a partir do décimo dia do início do exercício;
II - deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano;
III - não será autorizada se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir;
IV - estará proibida:
a) enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada;
b) no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal.

[468] SALES, Pedro Henrique Ramos. PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista. In *JOTA*. Disponível em https://jota.info/artigos/pls-20416-e-o-mito-da-securitizacao-da-divida-publica-um-mau-negocio-vista-16102016. Acesso em 29/10/2016.

momento de notória dificuldade financeira" e que representa um "caminho para minimizar os efeitos nefastos da crise fiscal"[469].

De se lembrar que os valores objeto de cessão são aqueles objeto de parcelamento, cujo índice de inadimplência é baixo – envolvem valores confessados e com desistência de qualquer discussão judicial ou administrativa. A depender do valor e da situação, pressupõem, inclusive, o oferecimento de garantia. Mesmo assim, a premissa é que a aquisição seja feita com deságio (ou algum outro tipo de remuneração para os entes privados), o que implica em uma primeira perda de recursos – há um preço pelo risco e pela antecipação[470]. Para Júlio Marcelo de Oliveira, "a arrecadação obtida no presente será muito pequena em relação ao fluxo de caixa futuro, transferindo grande parcela de riqueza do estado para os investidores e para as instituições responsáveis pela intermediação financeira"[471], prosseguindo a função e o custo da cobrança com os entes fiscais.

A perda de recursos relativamente a créditos em que há liquidez e também um mínimo de certeza de recebimento garantido é um dos fundamentos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público fluminense em face dos procedimentos de securitização. Nos modelos com criação de uma Companhia de Securitização, como a do Rio de Janeiro, há também custos de manutenção, remuneração por "serviço de apoio a cobrança", comissões, prêmios de performance, taxas e despesas gerais com a operação, todos arcados pelo Estado (conforme previsto em contrato). No caso fluminense, o Ministério Público estima que, para "aumentar em cerca de R$ 107 milhões a arrecadação de 2017, o Estado irá pagar cerca de R$ 80 milhões ao longo do período de REFIS (base para a securitização)", ou seja, o adiantamento dos valores pressupõe uma perda posterior de receita, de modo a não tornar vantajosa a operação[472].

No caso de tributos partilhados, como é o caso do ICMS, o principal tributo estadual, o montante apropriado pelo ente cedente será ainda menor, uma vez que não pode haver

---

[469] BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos ao PLS nº 204/2016. Disponível em http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4160898&disposition=inline. Acesso em 01/11/2017.

[470] A legislação não prevê limites para o deságio ou remuneração e os cálculos das operações realizadas ainda não apontam percentuais precisos, inclusive pela variedade de metodologia. A Unafisco (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal), contrária ao projeto, estima um deságio de 60%, "considerando uma inadimplência de 20%, uma taxa de administração de 10% ao ano e uma remuneração ao investidor de 0,5% ao mês superior à Selic". (conforme Cartilha de Perguntas e Respostas. Disponível em http://unafisconacional.org.br/img/publica_pdf/Cartilha_Securitiza__o2016.pdf. Acesso em 14/11/2017).

[471] OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Securitização da dívida ativa enfraquece a responsabilidade fiscal. In *Conjur – Contas à vista*. Disponível em https://goo.gl/T81MeJ. Acesso em 05/11/2017.

[472] RIO DE JANEIRO. Ministério Público Estadual. Ação Civil Pública nº 0297334-52.2017.8.19.0001. Petição Inicial. O Ministério Público estima que a probabilidade de recebimento da dívida parcelada é de 90%.

prejuízo às transferências obrigatórias, como prevê o próprio projeto de lei[473]. O valor a ser transferido deve desconsiderar o deságio, o que afeta o valor efetivamente a ser apropriado pelo ente cedente. No exemplo dado por Pedro Sales, no caso de um estado que receberia cem mil reais a título de ICMS parcelado, haveria a apropriação de setenta e cinco mil reais (25% é transferência obrigatória). Se ceder o crédito (cem mil reais) com deságio de 50%, vai receber apenas cinquenta mil reais, mas se apropriará de 25 mil reais, já que a transferência de 25 mil reais estaria resguardada, isto é, não pode ser afetada pelo deságio[474].

Outro aspecto a ser considerado é o incentivo ainda maior à instituição e à renovação de programas de parcelamentos incentivados/especiais. Tais parcelamentos já preveem descontos para estimular a adesão dos contribuintes. Como a cessão dos créditos e a securitização pressupõem débitos parcelados, certamente há um incentivo para criação de programas de parcelamentos incentivados para subsidiar as operações dessa natureza. Nesse caso, o ente público perde duas vezes com relação ao valor previsto originariamente – no desconto do parcelamento incentivado e no deságio para antecipação da receita. Fundamentado na emergência de antecipar receitas, há o risco de se criar um círculo vicioso, com entes dependentes de parcelamentos incentivados e antecipação de receitas, carentes da arrecadação própria e regular. Se as receitas que receberiam do futuro já foram em boa parte antecipadas, será necessário cada vez mais antecipar, o que gera, inclusive, um risco intergeracional. Na tentativa de aliviar difíceis situações presentes, flexibiliza-se a Lei de Responsabilidade Fiscal e criam-se situações futuras, possivelmente mais graves[475].

Mais uma vez, tem-se uma operação que poderia ser eventualmente utilizada, mas que tende a se transformar em uma necessidade recorrente para os entes subnacionais na obtenção de recursos. Chama atenção, nesse aspecto, a velocidade com que algumas leis foram aprovadas nos âmbitos dos Legislativos estaduais e municipais, sem aprofundamento da discussão, aspecto que deixa mais evidente a emergência econômica na condução do tema. Como descrevem Rafael Oliveira e Luiz Scarpino Júnior, no Estado de São Paulo, o projeto foi aprovado uma semana depois de sua apresentação; em Ribeirão Preto, foram apenas dois dias úteis entre a apresentação e a votação; e na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o projeto foi apresentado no dia 23 de junho de 2015 e votado no

[473] A redação proposta é: "A cessão de direitos creditórios não ocorrerá em detrimento de valores ou montantes que, por força de norma constitucional, devam ser destinados a outro ente da Federação, a pessoa, a fundo, a órgão ou a despesa".
[474] SALES, Pedro Henrique Ramos. PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista. In *JOTA*. Disponível em https://goo.gl/DHo9im. Acesso em 29/10/2016.
[475] OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Securitização da dívida ativa enfraquece a responsabilidade fiscal. In *Conjur – Contas à vista*. Disponível em https://goo.gl/dou4Ng. Acesso em 05/11/2017.

dia 30 de junho de 2015. Por essa razão, questionam os autores se a securitização é medida que vem para modernizar a administração ou se serve para que um administrador, sem poder recorrer a índices de endividamento superiores àqueles permitidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, busque uma saída "mágica" para minorar os problemas das contas públicas[476].

A despeito dos avanços do projeto de lei aqui discutido, as razões acima apontam para mais uma solução conjuntural e emergencial para as finanças públicas dos entes subnacionais, com elevado risco e com benefícios duvidosos. Tem-se, assim, mais um exemplo de instrumento jusfinanceiro sendo utilizado para atender à emergência econômica.

Em resumo, o não pagamento de precatórios, a utilização de depósitos judiciais e a securitização da dívida são mecanismos alternativos de obtenção de recursos, mas, embora ingressos de recursos de terceiros não definitivos (ao menos em parte, deve haver devolução de valores), escampam aos controles de endividamento. Tais recursos estão nitidamente envolvidos num contexto de emergência econômica em que os entes subnacionais buscam novas fontes de recursos, porém, dada a sua pouca transparência, o frágil controle, a ausência de regras e limites claros e os altos riscos envolvidos, representam uma mera autonomia conjuntural, sem sustentação no longo prazo.

3.5. Síntese sobre as transformações no Direito Financeiro brasileiro

No presente capítulo, apresentaram-se situações concretas para discutir as transformações do Direito Financeiro e sua relação com o estado econômico de emergência. Tais situações envolvem mudanças na Constituição, introdução de normas infraconstitucionais, interpretação e aplicação das normas vigentes ou a própria proposta de alteração normativa para consolidar uma determinada dinâmica. São situações complexas e que, em conjunto, apontam para a sujeição do Direito Financeiro à emergência econômica.

Tendo em vista que o capítulo foi subdividido em três campos de análise – separação de poderes, proteção dos direitos fundamentais e federalismo – pode-se extrair, em síntese, três transformações centrais no Direito Constitucional Financeiro:

[476] OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio. Securitização da dívida não pode ser simples política de governo. *Conjur*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jul-11/diario-classe-securitizacao-divida-ativa-nao-politica-governo. Acesso em 30/10/2017.

A) *Concentração de poderes no Executivo em detrimento do Legislativo, com risco à legitimidade da decisão orçamentária*, verificada a partir da:

A.1. Exclusão do Legislativo na elaboração do orçamento, essencialmente em razão da reduzida possibilidade de interferência parlamentar no tocante à definição do serviço da dívida pública e da meta fiscal.

A.2. Afastamento do Legislativo da execução orçamentária, em razão das modificações no orçamento aprovadas pelos decretos de contingenciamento e pelo elevado montante de restos a pagar ("orçamento paralelo").

A.3. Utilização excessiva de Medidas Provisórias para abertura de crédito extraordinário, sem observância dos requisitos para tal, excluindo o Legislativo de decisões significativas sobre o gasto público.

B) *Precária proteção dos direitos fundamentais no âmbito orçamentário, com risco de retrocesso e de violação ao núcleo mínimo de tais direitos, especialmente os direitos sociais*, verificada a partir de:

B.1. Prorrogações sucessivas da desvinculação das receitas da união (recentemente ampliadas aos demais entes), com tredestinação de recursos que financiariam a implementação dos direitos sociais.

B.2. Mitigação da execução orçamentária e consequente inexecução de políticas públicas previstas na Lei Orçamentária, haja vista a elevada interferência do contingenciamento e a inversão, na prática, das prioridades no gasto público.

B.3. Limitação do aumento das despesas por 20 anos (vinculada à inflação), freando a expansão dos direitos fundamentais e revogando (ou suspendendo por 20 anos) o orçamento mínimo da saúde e da educação.

C) *Autonomia conjuntural dos entes subnacionais, desequilíbrio no federalismo fiscal e recorrente centralização de poder*, verificada a partir de:

C.1. Sujeição dos entes subnacionais a pacotes de austeridade em troca de ajuda financeira.

C.2. Utilização de decretos de calamidade financeira como recurso jurídico de exceção à legislação orçamentário-financeira.

C.3. Utilização de mecanismos alternativos e pouco transparentes de obtenção de recursos, especialmente o não pagamento de precatórios, os depósitos judiciais e a

securitização da dívida ativa, itens que estão fora do controle de endividamento e com risco de criar nova necessidade de socorro financeiro.

A despeito das peculiaridades de cada um dos casos acima mencionados e que permitiram as conclusões destacadas, é possível identificar em todos eles uma relação com a emergência econômica.

Quanto à *concentração de poderes no Executivo*, tem-se que a exclusão do Legislativo dos processos de elaboração e execução orçamentária é justificada na necessidade de modificar o orçamento e na definição "técnica" do serviço da dívida, submetendo toda a dinâmica orçamentária ao resultado primário, uma vez que este seria o indicador máximo a permitir justamente a saída da emergência econômica. A abertura de créditos extraordinários, que, de modo direto, exige a urgência como fundamento, tornou-se técnica de governo e é utilizada indiscriminadamente e com frágil controle dos Tribunais de Contas e do Judiciário. Assim, é fundamental que a dívida pública seja incluída no debate legislativo e democrático, o que exigiria modificação constitucional aliada à efetiva participação cidadã. É essencial que reforçar o controle sobre a execução orçamentária, exigindo-se, por exemplo, maior motivação dos decretos de programação e contingenciamento e maior motivação quanto ao descumprimento da execução orçamentária [477] . É fundamental ainda impedir a utilização abusiva de créditos extraordinários sem os requisitos constitucionais, seja pelo controle judicial, seja pelo próprio controle do Tribunal de Contas.

A *precária proteção dos direitos fundamentais no âmbito orçamentário* também é justificada pela situação conjuntural de escassez de recursos e de necessidade de atendimento de outros gastos (essencialmente a dívida pública) como rota de saída da emergência econômica. Entretanto, as situações conjunturais se consolidam e os mecanismos orçamentário-financeiros de proteção de direitos fundamentais (e que elevariam tais direitos a categoria de gasto prioritário) são constantemente flexibilizados. Nesse sentido, as prorrogações (e ampliação) da desvinculação de receitas são expressamente justificadas na emergência econômica, e a DRU já dura 20 anos (e promete durar ao menos 29 anos); a dinâmica orçamentária centrada no contingenciamento e na busca pelo resultado primário é justificada ora na necessidade de manutenção de estabilidade, ora na necessidade de sair da

[477] Vide PINTO, Élida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* - RFDFE, v. 3, p. 71-100, 2014.

crise, e segue evidenciando que, na prática orçamentária, a prioridade deixa de ser os direitos fundamentais; a limitação de crescimento das despesas primárias pelos próximos vinte anos, suspendendo os orçamentos mínimos da saúde e da educação e retrocedendo o país no financiamento de tais direitos, é apresentada como o principal mecanismo para a saída da recente crise. Sobre este aspecto, a retomada dos direitos fundamentais como gasto prioritário implica no fim da desvinculação de receitas, que vigora desde os anos 1990, e do teto de gastos, cujo prazo é de 20 anos, a menos no tocante ao orçamento mínimo da saúde e da educação.

A *autonomia conjuntural dos entes subnacionais, o desequilíbrio no federalismo fiscal e a recorrente centralização de poder* se colocam também em relação à emergência econômica. A autonomia dos entes subnacionais tem se mostrado dependente dos momentos de elevado crescimento e, por isso, conjuntural, sendo que, nas seguidas crises, são retomadas as medidas de ajuda financeira e os pacotes de austeridade. Em regra, tais medidas instrumentalizam uma recentralização de poder no âmbito da União. Como forma de fuga da emergência econômica e da própria restrição em sua autonomia orçamentário-financeira, os entes subnacionais têm buscado novos mecanismos de financiamento e de antecipação de recursos, com risco elevado e de benefício duvidoso (ao menos no longo prazo). Essas novas modalidades de financiamento estão fora dos controles tradicionais de endividamento e, também por isso, podem agravar a sustentabilidade desses entes no futuro, provocando uma nova necessidade de ajuste e uma nova recentralização. Ademais, como expressão mais evidente do ciclo de desequilíbrios no federalismo fiscal e na emergência econômica, muitos entes nacionais têm decretado calamidade financeira, visando obter recursos do governo central e excepcionar as normas de responsabilidade fiscal.

Portanto, as situações apresentadas no presente capítulo se amoldam às características do processo de consolidação do estado de emergência referido na seção 2.3. Trata-se de uma emergência relacionada com o aspecto econômico (e não apenas com as tradicionais situações de violência física, guerra, desastres naturais, como positivado em grande parte dos ordenamentos jurídicos); de uma emergência em processo de consolidação, considerando a longevidade das medidas e das justificativas envolvidas; de uma emergência cujas consequências são concentração e centralização de poderes, flexibilização de procedimentos, direitos e garantias, exclusão de outros poderes (e da própria sociedade) no debate político-jurídico e risco aos próprios pilares constitucionais do Direito Financeiro e de mudanças de rumos no Direito Financeiro constitucionalmente delineado.

As lições de Fabio Konder Comparato sobre a origem do Direito Econômico ajudam a compreender o Direito Financeiro atual. Comparato identifica na Primeira Guerra Mundial a origem do Direito Econômico, momento em que todas as funções são monopolizadas pelo Estado e a partir do qual cumpria submeter toda a economia privada ao esforço de guerra: "daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas"[478]; de um direito econômico, portanto. No pós-guerra, uma variedade de fenômenos (corrida armamentista, concentração de poder econômico, integração de mercados, subdesenvolvimento) foi transformando a ação do Estado, que passa a ser voltar à expansão, ao aumento elevado e constante da renda nacional: "a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico"[479]. Essa ação sistemática do Estado voltada à expansão provocou, certamente, uma transformação paralela nas técnicas e instituições do ordenamento jurídico[480]. Ou seja, ocorreu uma transformação do Direito Econômico. Há, naquele momento, um Direito Econômico voltado à transformação das estruturas do sistema econômico (o que, no Brasil, corresponderia ao objetivo de superação do subdesenvolvimento), acompanhado de uma reflexão sobre os instrumentos jurídicos, fiscais, financeiros e administrativos, necessários ou à disposição do Estado para tal objetivo[481].

A reflexão feita para o Direito Econômico traz luz para o debate sobre a ação do Estado e seus reflexos também no Direito Financeiro. A profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao Welfare State (ou, ao menos, à sua tentativa de implementação), deu também novos fins à ação do Estado e modificou o próprio Direito, cujas inovações colocam em crise seus instrumentos tradicionais[482]. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a instituir uma ordem econômica em seu texto, o que expressou, durante os anos 40 e 50, "a compreensão da necessidade de adotar políticas desenvolvimentistas, no sentido de tentar transformar a economia brasileira então baseada exclusivamente no setor agrário", tendo o Estado se proposto a adotar políticas públicas de cunho atuante também no setor econômico[483]. No entanto, a ação de Estado voltada a alterar

---

[478] COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável direito econômico*. In Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 455-456.
[479] Ibidem, p. 464.
[480] Ibidem, p. 465.
[481] BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In BENEVIDES, Maria V. de M.; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 517-518.
[482] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito.* Trad. Daniela Versiani. Barueri, SP: Manoli, 2007, p. 02.
[483] PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DOS SANTOS, Larissa Dias Puerta. A atuação estatal desempenhada para fomentar o desenvolvimento brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 170-187, 2017, p. 173.

as estruturas do próprio Estado parou nos primeiros anos do regime miliar. Apesar de, nos primeiros anos do regime militar, ter havido uma busca por reformas estruturais no sentido de "liberalização" da economia brasileira, após o recrudescimento político do regime em 1968, as reformas são abandonas, "diminuindo a velocidade das transformações econômicas no Brasil, o que é totalmente interrompido com a crise do petróleo na década de 70, o que acaba por deixar o Brasil em uma postura defensiva em termos de política econômica"[484]. Porém, mesmo nesse período, as ditas reformas estruturantes apenas melhoraram a situação econômica da elite nacional, em prejuízo da população mais pobre.

A ação do Estado, voltada, primeiramente, ao esforço de guerra e, posteriormente, à "expansão" e transformação das estruturas de Estado, também foi determinante para a configuração do Direito Financeiro. No Brasil, com a Constituição de 1988, pretendeu-se não apenas a retomada da ação estatal voltada às estruturas do Estado e da sociedade, mas um Direito Financeiro vinculado a um Estado Social e Democrático de Direito. Um Direito Financeiro, assim como um Direito Econômico, capaz de impulsionar a concretização de direitos fundamentais, da igualdade, de princípios republicanos e democráticos. As seguidas crises e a emergência econômica, por sua vez, limitaram de forma decisiva o alcance a tais objetivos e, mais grave, colocaram em risco a própria configuração do Direito Financeiro.

O processo de consolidação do estado econômico de emergência tem provocado transformações na própria estrutura do Direito Financeiro, que se volta não às finalidades do Estado Social e Democrático de Direito, mas ao atendimento de conjunturas, ao atendimento da emergência econômica. Há risco de que as transformações descritas no presente capítulo – concentração e centralização de poderes, precária garantia de direitos fundamentais – alterem o próprio paradigma do Direito Constitucional Financeiro.

[484] SIQUEIRA NETO, José Francisco. Golpe Militar e Desenvolvimento Econômico. In LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto *et. alii*. *Progresso e regresso político: a democracia em risco.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 268.

4. AS REAÇÕES JUDICIAIS AO ESTADO ECONÔMICO DE EMERGÊNCIA

Na década de 1950, Learned Hand e Jerome Frank, ambos juristas e juízes da United States Court of Appeals for the Second Circuit, travaram uma interessante discussão sobre os limites da atuação do Judiciário em um período de crise. Segundo Hand, em uma sociedade tão fragmentada, na qual o espírito de moderação já não exista, nenhum Tribunal poderia salvá-la. Frank, então, respondeu: "o Juiz Hand pensa que é loucura acreditar que os Tribunais possam salvar a democracia. Certamente, eles não podem. Porém, parece-me que o Juiz Hand se satisfaz com um julgamento baseado em uma dicotomia ou tudo ou nada. Obviamente, os Tribunais não podem fazer todo o trabalho. Porém, também é certo que eles podem, por vezes, ajudar a impedir direções desastrosas desde a sua origem"[485].

O debate a ser feito no presente capítulo percorre justamente as reações do Judiciário às medidas adotadas em um contexto de emergência econômica. Conforme visto no capítulo anterior, as transformações do Direito Financeiro brasileiro decorrentes do estado econômico de emergência têm como um de seus elementos centrais o fato de serem conduzidas pelo Poder Executivo. Em regra, as inovações normativas são conduzidas por este Poder, que assume um protagonismo exacerbado, com uma atuação do Poder Legislativo restrita ou permissiva. Resta avaliar o papel do Poder Judiciário frente ao estado econômico de emergência e as correlatas transformações no Direito.

Questiona-se, no presente capítulo, qual a real capacidade de o Poder Judiciário reagir às transformações jurídico-constitucionais em um contexto de emergência econômica. O objetivo é avaliar a dinâmica do Judiciário frente ao estado de econômico de emergência, a fim de extrair perspectivas em relação às recentes transformações do Direito Financeiro brasileiro. Para isso, retomam-se as críticas de Carl Schmitt e, mais precisamente, o debate travado com Hans Kelsen sobre o g*uardião da constituição*[486]. O debate, ocorrido na

[485] Conforme DUGARD, John. The Judiciary in a State of National Crisis-With Special Reference to the South African Experience. *Wash. & Lee L. Rev*., v. 44, 1987, p. 477.

[486] Debate travado no início da década de 30, no contexto da crise alemã e da Constituição de Weimar, especialmente pelos seguintes textos: SCHMITT. Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editora Tecnos, 1998 (publicado originalmente em 1931 com o título *Der Hüter der Verfassung*, com tradução também para o inglês com o *The Guardian of the Constitution*) e KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237-298 (publicado originalmente em 1931 com o título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, com tradução para o inglês *Who should be the guardian of the Constitution?*).

Alemanha da década de 30, é um marco na discussão do tema. Enquanto, para Schmitt, apenas o Presidente teria a capacidade de defender a Constituição; para Kelsen, o Judiciário (Tribunal Constitucional) era o poder responsável pela defesa constitucional. Posto o debate, analisam-se quatro situações históricas envolvendo a emergência econômica e a respectiva atuação do Judiciário nesses períodos. Em seguida, olha-se para as respostas recentes do Judiciário brasileiro em casos envolvendo, direta ou indiretamente, transformações do Direito Financeiro. Ao final, discute-se o risco de mutação constitucional no âmbito do Direito Financeiro brasileiro e as perspectivas de um terceiro autor que, juntamente com Schmitt e Kelsen, participou ativamente do debate jurídico-político durante a crise de Weimar: Hermann Heller.

4.1. O debate entre Schmitt e Kelsen sobre o *guardião da Constituição*

Como já descrito, Schmitt entendia que somente o Presidente possuiria os atributos para defender a Constituição. O Legislativo e o Judiciário, por suas próprias características, não teriam tal capacidade. A crítica de Schmitt ao Poder Judiciário não se deve propriamente à existência de um Tribunal Constitucional responsável pela "proteção judicial da Constituição". Sua crítica deve-se principalmente à centralidade e à essencialidade atribuída ao órgão na defesa da Constituição. Para Schmitt, o Tribunal Constitucional é uma instituição de defesa e proteção judicial, mas seria de uma "notória superficialidade esquecer a limitação extrema que todo o Judiciário possui e que, além dessa proteção judicial, existem muitas outras classes e métodos de garantir a Constituição"[487].

A ideia de que os Tribunais representam a garantia máxima das Constituições foi equivocadamente concebida a partir de uma visão generalizada sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos – segundo Schmitt, uma espécie de mito para os juristas. A importação desse modelo não seria adequada, seja pelas diferenças entre os sistemas jurídicos (anglo-saxão e europeu continental), seja porque nunca se analisa a atuação da *Supreme Court* nos momentos críticos, quando se revela uma ameaça à autoridade do Tribunal, ou seja, momentos em que o Tribunal emite decisões que não possuem uma concordância geral[488]. Ademais, o mero fato de os Tribunais realizarem o controle judicial (acessório) de leis inconstitucionais não o torna o defensor da Constituição. Defender a Constituição não

[487] SCHMITT. Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editora Tecnos, 1998, p. 41.
[488] Ibidem, p. 44-45.

equivale a controlar a constitucionalidade de leis. O defensor da Constituição, para Schmitt, atua no limite entre o direito e o político, controlando, por exemplo, o direito à desobediência e à resistência ("direito revolucionário em caso de necessidade"):

> A função constitucional do protetor da Constituição radica precisamente em suprir este geral e eventualíssimo direito à desobediência e à resistência. Só então se pode dizer que existe um protetor da Constituição. Consequentemente, não podemos dizer que sejam defensores da Constituição todas aquelas entidades e pessoas que eventualmente, mediante a não aplicação de leis inconstitucionais (...) podem contribuir para que a Constituição seja respeitada e para que fiquem vulneráveis os direitos protegidos pela Constituição. Essa é a razão sistemática que justifica o fato de os Tribunais não serem considerados protetores da Constituição, mesmo nos casos em que exercem o controle judicial, acessório e difuso[489].

Se o Judiciário fosse o defensor da Constituição, precisaria agir politicamente, o que iria de encontro à própria "função judicial" estabelecida constitucionalmente[490]. Nesse sentido, Schmitt também demonstra um grande incômodo com o fato de haver uma ampla gama de legitimados para levar ao órgão "questões manifestamente políticas". O amplo acesso ao órgão é indicativo da impossibilidade de o Tribunal se configurar efetivamente como guardião da Constituição[491]. Lembre-se que uma das preocupações de Schmitt era justamente a ameaça do pluralismo à unidade política alemã. Aliás, esse é também o motivo que impede que o Parlamento seja o defensor da Constituição, na visão do autor.

Para demonstrar seu argumento sobre a incapacidade do Parlamento, Schmitt menciona os decretos econômico-financeiros com força de lei, uma "prática de estado de exceção no aspecto econômico-financeiro"[492] que não seria arbitrária nem casual, mas corresponderia a uma exigência (decorrente da transição do "Estado legislativo" para o "Estado econômico") que não é satisfeita com um Parlamento desintegrado por dissensos pluralistas.

Assim, para Schmitt, somente o Presidente pode ser considerado o guardião da Constituição: sua estabilidade e permanência relativa, o tipo de suas atribuições e sua relação com o conjunto do Estado levam-no a ser uma instituição neutral, protetora do sistema constitucional e de seu funcionamento adequado[493]. A neutralidade, para Schmitt, refere-se à capacidade de atuar como árbitro, de mediar, regular e, em geral, agir para preservar a

---

[489] Ibidem, p. 55-56.
[490] Conforme interpretação de DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 76.
[491] SCHMITT. Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editora Tecnos, 1998.
[492] Ibidem, p. 210.
[493] Ibidem, p. 250-251.

ordem normal – não necessariamente estabelecendo-se um consenso, mas colocando o peso de sua decisão em um dos lados da disputa política, quando necessário[494].

Para além da neutralidade, bastante mencionada por Schmitt, o Presidente possui atribuições suficientes para realizar, em caso de necessidade, uma defesa ativa da Constituição e, portanto, constitui-se a autoridade responsável pela unidade política alemã, impedindo a paralisia dos dissensos pluralistas: "A Constituição procura especialmente dar à autoridade do Presidente do Reich possibilidades de se vincular de modo direto com a vontade política do conjunto do povo alemão" [495] e, por isso, proteger a unidade constitucional e a integridade da nação.

Em oposição a Schmitt, Kelsen defendia, a partir de sua Teoria Pura do Direito, a ideia de uma Corte Constitucional como guardiã da Constituição. Kelsen argumenta que o controle da Constituição não poderia ser exercido pelos órgãos a que Constituição atribui o exercício de poder e cujos atos devem, não controlar, mas ser controlados. As garantias constitucionais existem para impor limites ao exercício de poderes, não sendo possível que tais garantias sejam asseguradas pelo mesmo órgão que exerce tais poderes – "nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria"[496].

Kelsen reconhece que o Presidente tem um papel na defesa da Constituição, porém, aponta que sua função é restrita, limitada a um tipo de defesa, aquela da situação de emergência (prevista no artigo 48 da Constituição de Weimar). Essa função, entretanto, por ser residual, não tem o condão de transformar o Presidente no *guardião da Constituição*[497]. Segundo Kelsen, Schmitt procura ampliar a competência do Presidente em uma "interpretação mais do que extensiva do artigo 48 [da Constituição de Weimar]", tornando-o senhor soberano do Estado, "uma posição de poder que não diminuiu pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como ditadura" [498].

Para o pensamento kelseniano, a função de controle constitucional é dada ao Judiciário porque ele não está envolvido com o exercício de poderes dividido pela Constituição entre parlamento e governo: "uma vez que, justamente nos casos mais

---

[494] Vide DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 118-119

[495] SCHMITT. Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editora Tecnos, 1998, pp. 250-251.

[496] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

[497] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 118-119

[498] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246.

importantes de violação constitucional, parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo"[499]. Desse modo, o que Schmitt definiria como a "neutralidade" do Chefe de Estado, aplica-se, para Kelsen, ao Judiciário: "De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro 'ao lado dos outros poderes': um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado?"[500].

Ainda respondendo às críticas de Schmitt sobre a "fictícia forma judiciária", o autor indica que, se a própria Constituição instituiu um tribunal constitucional, há uma instituição real e, se "algo aqui pode ser qualificado de 'fictício' é justamente a tal 'unidade do povo', a qual Schmitt – pretensamente imitando a Constituição – pressupões como real" [501].

Kelsen, entretanto, assume que o controle constitucional envolve, em alguma medida, um exercício de poder legislativo, ainda que um "exercício negativo de poder legislativo"; há uma "discricionariedade judicial", em alguma medida política. Segundo Kelsen, há um caráter político da jurisdição, que "é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder"[502].

A ideia de uma "moldura", dentro da qual cabem várias interpretações possíveis, é o que explica a perspectiva kelseniana: "o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem". Nessa linha, não há uma única solução correta decorrente da interpretação da lei, mas várias soluções possíveis, com igual valor. É no ato do Tribunal – órgão aplicador do Direito – que uma delas se tornará direito positivo: "dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa"[503]. Dentro dessas interpretações possíveis na moldura da lei, a escolha por uma delas pelo órgão aplicador do direito não decorreria de um critério exclusivamente jurídico, mas também de um critério político. Para Kelsen, portanto, quando o legislador autoriza o judiciário a julgar conflitos contrapostos e decidir a favor de um deles, está pressuposto um

[499] Ibidem, p. 275.
[500] Ibidem, p. 286.
[501] Ibidem, p. 280.
[502] Ibidem, p. 251.
[503] Ibidem, p. 247.

poder de criação do direito, "um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter 'político' que possui - ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa"[504].

Esse aspecto, conforme observa David Dyzenhaus, cria uma tensão no argumento de Kelsen, uma vez que, ao mesmo tempo que a defesa da Constituição envolve um exercício de poder político ("poder legislativo negativo" com "discricionariedade judicial"), o Tribunal Constitucional é o órgão adequado em razão de seu distanciamento do conflito político-partidário entre parlamento e governo[505]. Para Pedro Serrano, a fragilidade do argumento de Kelsen estaria nessa "discricionariedade político-judicial", uma vez que, dentro de sua concepção, o órgão jurisdicional poderia decidir livremente, inclusive contra a lei, e produzir decisões de exceção, aptas a suspender os direitos da sociedade[506]. Assim, o "pensamento político positivista (...) acaba por propiciar ao julgador a autoridade primária de que trata Schmitt, outorgando-lhe o poder soberano de quem pode decidir pela exceção e suspender os direitos da sociedade"[507].

Em última instância, e nessa perspectiva, o argumento kelseniano deixaria o Judiciário como responsável por decidir pela exceção, pela decisão política no momento da emergência ou, como coloca Pedro Serrano, com uma "discricionariedade sem peias, transformando-o no sujeito do Estado que tem a última palavra sobre a exceção" [508]. Há efetivamente um problema de legitimidade democrática nas decisões judiciais que atuam no

---

[504] Ibidem, p. 251.

[505] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 116-117. Conforme esclarece o autor: "On the one hand, then, Kelsen's argument tends in the following direction. Constitutional review is the technically appropriate means for bringing to expression the principle of legality, which is identified as a principle by legal science. The issue in the case, al-though it concerns an actual political conflict, is also a legal question and eminently justiciable, that is, decidable by a court. The appropriate judgment is one which would have upheld the democratic and federal structure of the Constitution. On the other hand, he wants to argue that legal science has little to say on this matter, because from its standpoint a judgment that a decree was constitutional and that it was unconstitutional are equally political acts of judicial legislation". (DYZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134, Março/1997, p. 128).

[506] Segundo o próprio Kelsen, "na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (...) a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 249).

[507] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção.* São Paulo: Almedina, 2016.

[508] Ibidem.

limite entre o político e o jurídico. Kelsen questiona a saída autoritária de Schmitt, mas persiste no risco de que o autoritarismo passe do Executivo ao Judiciário[509]. Lembra-se que a saída de Schmitt para a crise era pelo estabelecimento de um governo que, livre dos constrangimentos do parlamentarismo, pudesse acabar com a guerra entre os diferentes grupos sociais ou, melhor, pudesse afastar alguns grupos sociais do debate.

Sobre as críticas ao caráter antidemocrático da jurisdição, Kelsen considera que se trata de uma discussão não de sua natureza, mas da mera forma de nomeação. Ou seja, "o caráter democrático de um tribunal constitucional, não diferente daquele do chefe de Estado, só poderá depender do modo de sua nomeação e de sua posição jurídica". E conclui o autor que, "caso se queira dar uma configuração democrática a esse tribunal, nada impede que o façamos ser eleito pelo povo, como o chefe de Estado"[510]. Ao final, entretanto, o próprio Kelsen admite que, nesse eventual modelo, remanesceria a questão se esta seria a forma mais conveniente, considerando justamente a função do Judiciário como mediador do conflito daqueles que exercem o poder.

Em grande parte das democracias ocidentais, o Poder Judiciário foi desenhado como responsável pela defesa da Constituição, atribuindo-se a uma Corte Suprema ou a um Tribunal Constitucional a competência de "guardião da constituição". Adotou-se predominantemente a posição de Kelsen[511] e, em sua maioria, sem uma forma de eleição democrática.

No Brasil, o artigo 102 da Constituição de 1988 dispõe expressamente que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição", sendo frequentes as decisões em que o STF reafirma sua função de guardião da Constituição, de "preservar a supremacia da Constituição", de "monopólio da última palavra sobre a interpretação constitucional" e até da "dimensão política da atividade do STF", referências diretas ao debate entre Kelsen e Schmitt. Nesse sentido são as decisões referenciadas pelo próprio STF sobre o artigo 102 da Constituição no *link* "A Constituição e o Supremo", por exemplo:

> A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em

[509] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 82.
[510] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 291.
[511] SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Conjur – Contas à vista*. Disponível em https://goo.gl/LdA26C. Acesso em 28/10/2017.

> última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (grifos nossos)[512].

Ainda assim, isso não evitou que a doutrina continuasse debatendo as limitações do Poder Judiciário no controle da exceção e da emergência. No segundo capítulo da presente Tese, foram analisadas duas correntes sobre a limitação do exercício de poderes no estado econômico de emergência. Um primeiro conjunto de propostas pretendia conferir previsibilidade ao sistema jurídico, regulando o máximo possível o fenômeno da exceção e da emergência. Tal modelo, entretanto, pressupõe um reconhecimento formal da situação de emergência e da observância aos limites preestabelecidos, premissas que são cada vez mais difíceis de serem identificadas em situações de emergência econômica (conforme características analisadas no capítulo 2). Um segundo grupo atribui ao Judiciário a capacidade de limitar o exercício do poder estatal durante a emergência.

Nesse segundo grupo, David Cole identifica um papel positivo do Judiciário frente ao estado de emergência. Para o autor, a despeito de o controle ser sempre *a posteriori*, o Judiciário desenvolveria, ao longo do tempo, um papel protetivo dos direitos constitucionais, estabelecendo limites ao menos para a próxima crise. Se, de um lado, a lentidão do processo judicial impediria impor limitações contemporâneas à situação em curso, por outro lado, faz-se uma apreciação do tema quando as paixões já se reduziram, permitindo um julgamento fundamentado – inclusive porque o Judiciário, em oposição aos braços políticos do Poder, está obrigado a expor seus fundamentos de maneira formal. As decisões judiciais, portanto, criariam precedentes e estabeleceriam limites ao exercício do poder para o futuro[513].

---

[512] STF. *A Constituição e o Supremo - artigo 102, caput, CF*. ADI 3.345, Relator Ministro Celso de Mello**,** julgado em 25/08/2005. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079. Acesso em 04/10/2017.

[513] COLE, David. Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2565-2595, 2003, p. 2566. Segundo o Cole, cuja análise é restritra aos Estados Unidos, há uma relativa diferença entre analisar o papel do Judiário no meio da crise e analisar os efeitos da decisão judicial ao longo do tempo. Da primeira perspectiva, assume o autor haver razoáveis argumentos para se considerar fraca a atuação do Judiciário. Porém, quando se olha o papel judicial ao longo do tempo, faz-se uma avaliação bastante menos pessimista, verificando-se que as decisões judiciais exercem

Porém, em um processo de consolidação do estado econômico de emergência e com uma resposta frágil do Judiciário, o efeito seria oposto, hipótese que parece mais provável atualmente. Ou seja, a cada nova decisão não coibindo excessos em um momento de crise, ampliam-se os limites e se abre espaço para novas ações, gradativamente transformando os limites constitucionais. Cria-se um processo de normalização da exceção. Como ressalvam Oren Gross e Fionnuala Aoláin, "as decisões judiciais em temas relacionados a situações de emergência podem ser usualmente utilizadas como precedentes e seu impacto estendido a outros assuntos"[514].

Ademais, uma vez que o Judiciário só age se provocado e sua decisão envolve procedimentos mais lentos[515], é possível que a própria omissão judicial contribua para a ampliação dos limites jurídicos do exercício de poder. Assim, a permissão (ou omissão) do Judiciário em face de transformações jurídicas em momentos de crise contribui para a "normalização" da exceção e para a consolidação da emergência.

Embora não haja consenso sobre a efetividade do Poder Judiciário no controle da emergência, há, sem dúvida, uma desconfiança de sua atuação no controle dessas situações. Essa desconfiança também é partilhada por esta Tese, razão pela qual, na próxima seção, avança-se à dinâmica do poder judicial na emergência econômica, avaliando-se sua atuação em crises ocorridas ao longo do século XX.

4.2. A dinâmica do Judiciário: reações judiciais ao estado econômico de emergência

Ao tratar do processo de consolidação da emergência econômica durante o século XX, William Scheuerman identifica se tratar de fenômeno verificado em diferentes partes do mundo. A flexibilização de procedimentos, direitos e garantias como medidas necessárias à superação da crise ocorreu com relativa frequência tanto na Europa quanto nos países periféricos. Porém, entre os países centrais e os países periféricos ("novas democracias"), haveria uma importante diferença: nas "novas democracias" raramente havia um

um efeito limitador sobre a atuação dos governos nas crises seguintes (Ibidem, p. 2577). Também reconhecendo a centralidade do papel do Judiciário: DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?. *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005.

[514] GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 237.

[515] Mark Tushnet, por exemplo, identifica um papel limitado do Judiciário tanto pelo aspecto temporal quanto pela matéria em análise (TUSHNET, Mark. The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation. *International Journal of Law in Context*, 3, 4. Cambridge University Press, pp. 275–288., 2008, p. 286).

constrangimento por parte das instituições jurídicas, uma resposta contrária do Poder Judiciário restringindo o uso de determinadas medidas[516].

Na maioria dos sistemas jurídicos, o Judiciário prevalece como poder responsável pela defesa da Constituição, daí o questionamento sobre sua capacidade de exercer o controle da emergência econômica e das decorrentes transformações jurídicas. Scheuerman argumenta que há uma diferença na atuação do Poder Judiciário entre países desenvolvidos (Estados Unidos e Europa Ocidental) e países em desenvolvimento (ou "novas democracias", como denominado pelo citado autor) durante períodos de emergência econômica. É provável que, de fato, haja graus distintos de atuação, porém, a emergência econômica também é percebida nos países centrais, como reconhece o próprio Scheuerman, o que fornece motivos para questionar o papel do Judiciário no controle da emergência em ambos os contextos.

Na presente seção, reúnem-se quatro situações históricas – as quais se entende que envolvem situações de crise aguda – para discutir as reações judiciais ao estado econômico de emergência. O objetivo não é uma revisão jurisprudencial desses quatro momentos, mas apresentar uma visão sobre a dinâmica do Judiciário (e suas limitações) face à emergência econômica. Trata-se das seguintes situações: Alemanha durante a crise de Weimar durante os anos 30, os Estados Unidos pós-crise de 1929 (e o período do *New Deal*), a Europa pós-crise de 2007 e a América Latina dos anos 90 (casos de Brasil e Argentina).

4.2.1. Alemanha na crise de Weimar

Durante a década de 30, a Alemanha vivia um contexto de grave crise econômica e política, sem dúvida um período de emergência econômica que mergulhou o país na exceção[517]. Em 1930, já era constante o uso de decretos de emergência (com base no artigo 48 da Constituição de Weimar - norma que autorizava a adoção de medidas de emergência sem a interferência do Parlamento) pelo gabinete presidencial de Heinrich Brüning. No entanto, naquele momento, o Parlamento ainda teve forças para invalidar alguns desses decretos, mostrando que ainda funcionava o sistema constitucional. Em julho de 1930,

[516] SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000, p. 1.882.
[517] Para um histórico dos acontecimentos político-econômicos que antecederam a crise econômica alemã, vide SCHACHT, Hjalmar. *Setenta e seis anos de minha vida: a autobiografia do mago da economia alemã da República de Weimar ao III Reich*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

entretanto, o Parlamento foi dissolvido e novas eleições foram convocadas. Nas eleições de setembro de 1930, o partido nacional-socialista se transformava no segundo maior do Parlamento (aumentando de 12 para 107 cadeiras). Entre 1930 e 1932, a utilização de decretos de emergência foi ainda mais intensa, havendo cada vez menor resistência dos demais poderes. As eleições de julho de 1932 transformaram o partido nacional-socialista no maior do Parlamento (230 cadeiras): "formou-se uma 'maioria negativa', que impedia o funcionamento do Poder Legislativo, juntamente com as constantes intervenções do Presidente Hindenburg, que continuava nomeando os 'gabinetes presidenciais' à revelia do Parlamento"[518].

Com o Parlamento cada vez menos capaz de controlar abusos do Executivo, restaria ao Judiciário impor controle sobre a atuação executiva. Um momento crucial da crise foi o julgamento do decreto de 20 de julho de 1932. Nesta data, o governo federal alemão (pelo Presidente Marshal von Hindenburg) editou um decreto com base no artigo 48 da Constituição de Weimar, visando a restauração da segurança pública no território (*Land*) da Prússia. O decreto respondia à suposta incapacidade do governo da Prússia – formado por uma coalização dominada pelos sociais democratas (*SPD* – maior partido socialista) – em lidar com a violência. O decreto concedeu ao chanceler do *Reich,* Franz von Papen, o controle sobre a máquina política alemã e acabou se confirmando como o primeiro movimento da direita para excluir o *SPD* do poder. O *SPD*, por sua vez, questionou a validade do decreto perante o Judiciário, mas não obteve sucesso. A Corte responsável pela resolução de conflitos entre *Land* e governo federal confirmou a validade do decreto, em episódio considerado crucial na derrocada da primeira experiência democrática da Alemanha[519].

Para a Corte, o decreto de 20 de julho foi editado em momento de quebra da ordem pública, próxima de uma guerra civil que ameaçava a própria ordem constitucional. Nesse contexto, o Presidente estava autorizado a adotar medidas para tomar o controle de toda a máquina político-administrativa da Prússia. Quanto ao suposto abuso de discricionariedade, a Corte considerou que as alegações não estavam provadas, mantendo, portanto, amplos poderes para o governo central, e deixando pouco para o governo prussiano[520].

---

[518] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 120.
[519] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 02.
[520] DYZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134, Março/1997.

Com a ascensão do nazismo e de Hitler ao poder, tampouco houve capacidade do Judiciário em exercer algum controle sobre o Presidente. Em verdade, houve apoio. Em 1933, logo depois de Hitler ter revogado direitos básicos da Constituição, a Confederação de Juízes Alemães declarou sua inteira confiança no governo. Em 1934, quando Hitler transferiu a jurisdição de casos de *crime de traição* da Corte Suprema (*Reichsgericht*) para o Tribunal do Povo (*Volksgerichtshof*), ele ainda deixou claro que não toleraria independência judicial[521]. Michael Stolleis observa que, com o agravamento da crise em Weimar, sucederam-se soluções autoritárias, não havendo mais espaço político nem para o Legislativo, nem para o controle judicial[522/523].

Em 1942, nas ”Cartas aos Juízes” distribuídas pelo Ministério da Justiça, revela-se o papel assumido pelo Judiciário na Alemanha nazista, conforme relata Ingeborg Maus. Nelas, consigna-se que os juízes não deveriam se “utilizar servilmente das muletas da lei”, pois eram também auxiliares direto da condução do Estado; “o juiz representa a incorporação da consciência viva da nação”. Conforme destaca a autora, “uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente face às necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”[524]. Assim, o Judiciário na Alemanha de 30 não representou obstáculo para a instalação do regime de exceção. A legalidade passa a funcionar não como um obstáculo, mas como instrumento em favor dos sistemas totalitários, “decorrente daí o papel de juízes, membros de ministérios públicos e agentes de investigação”[525].

---

[521] DUGARD, John. The Judiciary in a State of National Crisis - With Special Reference to the South African Experience. *Wash. & Lee L. Rev*., v. 44, 1987, pp. 483-484. Sobre a independência judicial, Arthur Kaufmann ironize a opinião de Schmitt em 1934: “Schmitt assured us that the principles of the court's independence and the legitimacy of the government would ‘of course’ be recognized-but of course! Only they must ‘first be rid of their earlier association with the legal concepts of the liberal state system’ and be embedded in the ‘overall structure of our National-Socialist state’. (KAUFMANN, Arthur. National Socialism and German Jurisprudence From 1933-1945. *Cardozo Law Review*, v. 9, 1987, p. 1.640).

[522] STOLLEIS, Michael. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 266-280, 2003. Nas palavras do autor: “politicians and the masses turned increasingly towards authoritarian solutions, yearning for a ‘leader’ who would promise them a ‘salvation’ from all evils. The legislature no longer had any authority. There was no longer any interest in controlling it. Help was expected only from the executive, and there was no longer any thought of controlling it through the courts.” (Ibidem, p. 279).

[523] Sobre o tema, dentre os diversos artigos, cita-se DUBBER, Markus Dirk. Judicial Positivism and Hitler's Injustice. *Columbia Law Review*, 1993; KAUFMANN, Arthur. National Socialism and German Jurisprudence From 1933-1945. *Cardozo Law Review*, v. 9, 1987.

[524] MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos estudos CEBRAP*, v. 58, pp. 183-202, 2000.

[525] LIMA, Martônio Mont´alverne Barreto; LEITÃO, Rômulo Guilherme; CHAVES, Daniel, Rocha. Risco de Sempre: Poder Judiciário na Democracia. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CARMO, Valter Moura do; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (Org.). Progresso e Regresso político. 1ª ed. Rio de Janeiro: A Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, v. 01, p. 327-338. 2017, p. 335.

A despeito de se tratar de um momento bastante peculiar da história, é possível extrair lições da crise de Weimar. No debate judicial sobre a validade do Decreto de julho de 1932, participaram, direta ou indiretamente, três grandes juristas da época: Schmitt, Kelsen e Heller. Como visto na seção anterior, a posição de Schmitt representava uma saída autoritária, do Presidente como único guardião da Constituição. A posição de Kelsen era a favor da imposição de limites ao exercício de poder pela Constituição e pelo controle do Judiciário, porém, um positivismo formal, em que o conteúdo das leis poderia ser preenchido por qualquer substância. Já Heller adicionava um conteúdo democrático ao exercício de poder e se preocupava com as consequências da decisão da Corte à democracia[526]. Em outras palavras, a crise de Weimar demonstrou na prática a incapacidade de o Judiciário reagir à exceção, mas do ponto de vista teórico, o debate ocorrido em Weimar sobre a atuação do Judiciário colocou luz sobre os diferentes caminhos para a solução da emergência. Esse debate será retomado ao final do capítulo.

4.2.2. Estados Unidos pós-crise de 1929

A crise de 1929 nos Estados Unidos é também frequentemente lembrada como um momento de emergência econômica, tendo como característica a significativa concentração de poderes no Presidente. Trata-se de momento histórico a partir do qual a emergência passa a ser preponderantemente relacionada à crise econômica, ao invés das situações de violência física e conflitos armados, conforme aponta Scheuerman. Segundo o autor, a partir desse período, na "guerra contra a crise econômica", as democracias liberais garantiram uma ampla discricionariedade para o Executivo, antes vista apenas durante a guerra ou em insurreições civis[527].

Diferentemente de outros períodos de emergência econômica, a década de 30 nos Estados Unidos é marcada pela ampliação de direitos coletivos, porém, aproximando-se de outros momentos de crise, há significativa concentração de poderes no Executivo[528].

[526] Vide DYZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134, Março/1997.
[527] SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000, p. 1.871.
[528] "New Deal constitutionalism self-consciously rejected the common law. It held that a new conception of legal rights was necessary to protect workers, the poor, the elderly, consumers, and others disadvantaged by the marketplace. Above all, New Deal constitutionalism recognized that baselines derived from the common law or the status quo no longer provided neutral or natural standpoints from which to make legal decisions."

Agamben lembra que Franklin D. Roosevelt conseguiu, em 1933, assegurar poderes extraordinários para enfrentar a grande depressão, conduzindo ações "como a de um comandante durante uma campanha militar"[529].

Com uma forte concentração de poderes, diversas medidas foram adotadas por Roosevelt para combater a crise (*New Deal measures*), aumentando significativamente a regulação e o controle de setores fundamentais da sociedade e da economia. Processos envolvendo a ação das agências estatais, fundamentais à política de Roosevelt, estavam no centro da disputa judicial. Os defensores do New Deal tinham como premissa a necessidade de que o Judiciário deveria ficar fora dos assuntos administrativos (de Estado), já que não possuiria conhecimento técnico para tal. Houve reação de grupos contrários, como a *American Bar Association*, acusando as agências governamentais de não seguirem a "*rule of law*", violando direitos individuais (liberdade e propriedade essencialmente)[530].

A atuação das agências governamentais e diversas medidas do *New Deal* foram questionadas na Suprema Corte Americana e no Judiciário de maneira geral. Houve, em um primeiro momento, uma confrontação a tais medidas: de 1933 a 1936, a Corte derrubou ou limitou medidas do New Deal em 11 de 13 casos analisados, além de 1600 *injuctions* concedidas contra normas federais por juízes de instâncias inferiores. Porém, entre dezembro de 1936 e maio de 1937, a Corte validou todas as 18 medidas econômico-sociais do governo (*New Deal-style measures*), uma significativa mudança na postura da Suprema Corte[531].

Essa mudança demonstrou o sucesso de Roosevelt em influenciar a decisão da Corte em um momento de crise econômica (ou, na expressão em inglês, "*pack the Court*"[532]), mesmo diante de significativa controvérsia constitucional. Vários fatores podem explicar tal mudança, a exemplo do plano (parcialmente exitoso) de substituição de juízes da Suprema

(SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the new deal. *Harvard Law Review*, vol. 101, pp. 421-510, 1987, p. 508).

[529] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 37. Conforme analisa o mesmo autor, "segundo o paralelismo já apontado entre emergência militar e emergência econômica que caracteriza a política do seculo XX, o *New Deal* foi realizado do ponto de vista constitucional pela delegacão (contida numa série de *Statutes* que culminam no *National Recovery Act* de 16 de junho de 1933) ao presidente de urn poder ilimitado de regu1amentação e de controle sobre todos os aspectos da vida econômica do país" (Ibidem).

[530] SCHILLER, Reuel E. The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law. *Michigan Law Review*, p. 399-441, 2007.

[531] Conforme análise de COMISKEY, Michael. Can a President Pack or Draft the Supreme Court-FDR and the Court in the Great Depression and World War II. *Albany Law Review*, v. 57, 1993, p. 1.056. Segundo o mesmo autor, "*concerning the New Deal, Roosevelt unquestionably packed the Court* (...)" (Ibidem).

[532] A expressão *pack* é referente à capacidade de influência na composição do órgão, de modo a conseguir o resultado desejado (Ibidem).

Corte ("*Court-packing plan*"[533]) e o apoio popular ao Presidente (tendo em vista sua reeleição com ampla margem em 1936). Certamente, porém, o momento de grave crise econômica também contribuiu para a aceitação judicial de maior intervenção na economia e na sociedade, algo antes bastante questionável nos Estados Unidos à época[534].

Como observa Michael Parrish, a Suprema Corte dos Estados Unidos tinha, desde o final do século XIX, uma ampla autoridade para conformar as medidas econômicas do país, ponderando o poder regulatório do Estado sobre a propriedade e os direitos individuais. Nos anos 30, uma "'revolução constitucional' fecha um capítulo na história jurídica americana; (...) os anos de New Deal marcam o fim de uma era de '*substantive economic due process*'"[535] em que o Judiciário passou a não mais vetar políticas econômicas. Reuel Schiller observa uma significativa mudança da atuação judicial nos anos 20, impondo limitações às intervenções estatais, para os anos 40, em que os "impulsos normativos/regulatórios da Administração" não são mais revisados pelo Judiciário como antes[536]. Anna da Cunha Ferraz observa que a política do *New Deal*, traduzido em grande quantidade de leis de caráter social, ao lograrem aprovação da Corte Suprema, provocaram verdadeira mutação constitucional nos Estados Unidos, sem mudança formal do texto da Constituição[537].

Portanto, embora em um momento inicial tenha havido certa resistência judicial às mudanças propostas pelo Executivo, verificou-se uma posterior aceitação de transformações constitucionais significativas, qualificadas como introdutórias de um novo período do constitucionalismo dos Estados Unidos ou, nas palavras de Cass Sustein, um *New Deal*

---

[533] Michael Nelson relata o epsódio da seguinte forma: "On 5 February 1937, Franklin D. Roosevelt, reacting to a long string of Supreme Court decisions that were hostile to the New Deal, asked Congress to empower him to "pack" the Court with as many as six new justices, one for every sitting justice 70 years or older who, having served at least ten years, declined to retire. The proposal was highly controversial from the start, and whatever chance for passage it may have had was lost that spring when the Court abandoned its anti-New Deal posture in a series of cases that was instantly dubbed 'the switch in time that saved nine' A watered-down version of the Court-packing plan was tabled into oblivion on 22 July 1937 by a Senate vote of 70 to 20. In 1939, reflecting on two years experience with a now compliant Court, Roosevelt proclaimed that although he had lost the Court-packing battle, he had won the war" (NELSON, Michael. The President and the court: Reinterpreting the court-packing episode of 1937. *Political Science Quarterly*, v. 103, n. 2, pp. 267-293, 1988, p. 269).

[534] Vide, por exemplo, PARRISH, Michael E. The Great Depression, the New Deal, and the American Legal Order. *Washington Law Review*, v. 59, p. 723, 1983; NAGEL, Stuart S. Court-curbing periods in American history. *Vanderbilt Law Review*, v. 18, p. 925, 1964.

[535] Ibidem, p. 728. Conforme conclui o autor: "Instead of invoking the due process and commerce clauses to veto progressive laws, which it frequently did between 1880 and 1937, the Court retreated to the more secure redoubt of statutory construction, abandoning the attempt to veto national economic policy". (Ibidem, p. 726).

[536] SCHILLER, Reuel E. The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law. *Michigan Law Review*, p. 399-441, 2007.

[537] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* Osasco: EdiFIEO, 2015, p. 164.

constitucionalism, tendo como uma das características centrais uma nova perspectiva sobre a separação de poderes e a intervenção estatal no país[538].

4.2.3. Europa e a crise de 2007

A Europa da recente crise de 2007, e especialmente a partir de 2010, também fornece elementos importantes para uma reflexão sobre a atuação do Judiciário na emergência econômica[539]. Como já discutido ao longo desta Tese, as respostas à crise passaram por medidas de austeridade, reformas nos sistemas de financiamento de direitos fundamentais, regras de supervisão e disciplina orçamentária, limitações de dívida e déficit, introdução/reforço no princípio do equilíbrio orçamentário, mudanças nos processos de elaboração e aprovação dos orçamentos, dentre outras. Nesse contexto, também cabe avaliar a atuação judicial.

Embora a introdução de regras de disciplina e supervisão orçamentária já fosse uma tendência (talvez mundial)[540] e embora, na Europa, as regras estejam inseridas num contexto de integração comunitária (muitas dessas regras já vinham sendo exigidas pela União Europeia antes da crise[541]), certamente a crise acelerou e impulsionou uma série de transformações na ordem jurídica.

Dentre essas transformações, destacam-se os reflexos sobre a separação de poderes (concentração de poderes e exclusão do Legislativo nas respostas à crise), sobre o Estado

---

[538] SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the new deal. *Harvard Law Review*, vol. 101, pp. 421-510, 1987, p. 424. Conforme ressalta o autor, "[for New Deal reformers] the system of separated functions prevented the government from reacting flexibly and rapidly to stabilize the economy and to protect the disadvantaged from fluctuations in the unmanaged market. (…) the New Deal reformers believed that the distribution of powers among the three branches of government created political struggles that disabled officials in the executive branch from making regulatory policies free of partisan pressure" (Ibidem).

[539] A crise de 2007/2008, que teve início nos Estados Unidos, no mercado financeiro e de *subprime*, atingiu outras partes do mundo, sendo reconhecida na Europa como uma crise fiscal e da dívida pública a partir de 2010/2011 (ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de. La crisis de la deuda pública y la renovación de los conceptos del derecho público: notas para un debate. In GARCÍA, José Eugenio (dir.); MONTERO, Manuel Estepa. *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel, 2014); uma agregação e superposição de cinco crises: econômica, financeira, fiscal, de governo macroeconômico e política (MENÉNDEZ, Agustín José. La mutación constitucional de la Unión Europea. *Revista española de derecho constitucional*, v. 32, n. 96, p. 41-98, 2012, p. 44).

[540] Vide BUDINA, Nina; Schaechter, Andrea; Weber, Anke; Kinda, Tidiane. *Fiscal Rules in Response to the Crisis: Toward the" Next-Generation" Rules: A New Dataset*. IMF Working Paper/12/187. International Monetary Fund. Julho, 2012; LLEDÓ, Victor; YOON, Sungwook; FANG, Xiangming; MBAYE, Samba; KIM, Young. *Fiscal Rules at a Glance.* International Monetary Fund. Março, 2017.

[541] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. A Myopic Economic Constitution? Controlling the Debt and the Deficit without Fiscal Integration. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/12*. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/05/Law_2015_12.pdf. Acesso em 20/01/2016.

Social e sobre o financiamento dos direitos fundamentais. Nesses âmbitos, houve intenso debate doutrinário e judicial sobre a constitucionalidade das medidas (conforme analisado nas seções 3.2.1 e 3.3.3).

Em razão da urgência e da necessidade econômica, flexibilizaram-se procedimentos, com o Executivo se utilizando de medidas legislativas de urgência, a fim de aprovar com máxima rapidez as ações econômicas para responder à crise. Na Espanha, o abuso na utilização dos Reais Decretos-Leis, transformando-os na primeira ou quase única fonte normativa, demonstram a fraca intervenção parlamentar[542]. Na Itália, especialmente sob o governo Monti, uma série de modificações foram introduzidas por medidas provisórias (*decree laws*), tal como sugerido, inclusive, pelo Banco Central Europeu[543]. Instrumentos como "*Save Italy decree*" (um profundo pacote de ajuste) ou a modificação do artigo 135 da Constituição Espanhola (que constitucionalizou o princípio do equilíbrio orçamentário, impondo diversas consequências sobre o processo orçamentário) foram aprovados às pressas e com pouco debate legislativo. Muitas medidas de ajuda financeira e de "resgate" foram conduzidas através de "procedimentos secretos", sem envolvimento dos Parlamentos Nacionais, tudo feito também em nome de circunstâncias extraordinárias[544].

O redesenho dos procedimentos orçamentários, tema que estava no centro do debate sobre a crise, foi conduzido por instituições tecnocráticas e supranacionais (como o Banco Central Europeu), com pouca margem de atuação para o Legislativo, em especial nos países que receberam ajuda financeira (Grécia, Itália, Portugal e Espanha, por exemplo). Nesses países, há uma percepção de que a discricionariedade política dos Parlamentos foi de fato prejudicada: as medidas orçamentárias em resposta à crise, impostas pela União Europeia,

---

[542] ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de. La crisis de la deuda pública y la renovación de los conceptos del derecho público: notas para un debate. In GARCÍA, José Eugenio (dir.); MONTERO, Manuel Estepa. *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel, 2014. p. 1160.

[543] TEGA, Diletta. Welfare Rights In Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 53.

[544] FASONE, Cristina. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/37*. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/08/LAW_2015_37.pdf. Acesso em 04/04/2016, p. 19-20. Segundo a autora, "a regra na maioria dos Parlamentos europeus foi o da realização de procedimentos rápidos, unidos num único debate de implementação e ratificação dos acordos europeus em resposta à crise". Além dos exemplos de Itália e Espanha, também na França, aprovações relevantes foram reunidas num mesmo momento, sendo utilizado o procedimento acelerado previsto na Constituição Francesa (aprovação da emenda ao artigo 136 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, juntamente com a ratificação do Tratado ESM, que criou o mecanismo europeu de estabilidade). Em Portugal, o Pacto Orçamentário e o Tratado ESM foram debatidos conjuntamente e autorizados no mesmo dia. Até mesmo na Alemanha, em que o Parlamento gozava de alguma proteção do Judiciário, o debate foi restrito em razão do tempo. Durante o denominado "Semestre Europeu", percebeu-se uma melhora na atuação dos Parlamentos, especialmente se comparado ao período pré-crise, porém, sem a "proteção judicial", há real prejuízo na atuação do Legislativo (Ibidem, p. 21).

foram bastante restritivas, e os Parlamentos tiveram pouca margem e poucos mecanismos para contestar ou controlar as ações determinadas pela Troika[545].

É importante ressaltar que as críticas apresentam uma preocupação não apenas com o que já foi adotado. Há também uma preocupação quanto ao futuro da separação de poderes e com o papel do Parlamento nas decisões orçamentárias. A flexibilização da participação do Legislativo não foi apenas momentânea, durante a crise. Intensificou-se um processo no qual o Parlamento deixou de ser o palco principal para a discussão política sobre as medidas econômicas e orçamentárias: uma espécie de "'desparlamentarização' dos conflitos políticos"[546]. Ainda que não seja possível um diagnóstico definitivo, o caminho que se indica é, no futuro, uma participação parlamentar mais restrita em relação às decisões orçamentárias, conforme se expôs na seção 3.2.1. Parte desse debate foi judicializado perante os Tribunais Constitucionais, porém, a resposta judicial foi tímida.

A Alemanha seguramente é um dos poucos países em que houve alguma intervenção judicial em nome do princípio democrático e das prerrogativas do Parlamento no âmbito orçamentário. Em casos julgados a partir de 2010, o Tribunal Constitucional Alemão exerceu um papel contramajoritário, visando proteger os poderes do Parlamento em relação ao processo orçamentário. Houve decisões que questionaram a exclusão do Parlamento das reformas em curso (princípio democrático). Ao mesmo tempo, porém, tais decisões ressaltaram a própria inatividade do Parlamento diante da crise (responsabilidade orçamentária)[547]. A Corte alemã agiu para fortalecer o papel do Parlamento Nacional, considerando-o a autoridade responsável pelas decisões fundamentais em temas orçamentários e a única legitimada a decidir sobre questões financeiras[548].

Estônia e Irlanda também são países em que a questão foi judicializada. Na Estônia, o tema foi tratado diretamente pela Corte Constitucional. Ao confrontar, de um lado, o propósito do Tratado de Estabilidade (notadamente a estabilidade da área do Euro) e, de outro lado, princípios constitucionais tais como o direito de a Estônia decidir democraticamente sobre seus recursos públicos, a Corte Suprema pendeu para o primeiro,

---

[545] Ibidem, p. 2. A restrição atingiu também os próprios Executivos nacionais, afinal "Parlamentos Nacionais não foram as únicas vítimas e talvez nem as primeiras vítimas da governança na zona do Euro" (Ibidem, p. 11).
[546] Ibidem, p. 26-27.
[547] Ibidem, p. 28-29.
[548] FABBRINI, Federico. The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 32, 2014, p. 92. Conforme relata o autor, "the Court required the German government, at the act of the ratification of the ESM Treaty, to make a declaration interpreting the Treaty in a way 'which guarantees that with regard to their decisions, [both chambers of the German Parliament] will receive the information which they need to be able to develop an informed opinion'." (Ibidem).

entendendo que as normas europeias não violavam a Constituição. Na Irlanda, foi questionada a própria constitucionalidade do Tratado Europeu que instituiu os Mecanismos de Estabilidade (*ESM Treaty*), estando dentre os argumentos a perda de soberania nacional (caso *Pringle vs. The Gov't of Ireland, 2012*). O argumento foi rejeitado pelo Tribunal Constitucional do país e, após ser submetido à Corte Europeia de Justiça, restou afastada qualquer incompatibilidade do referido Tratado com as normas europeias[549].

Em outros países, a exemplo de França, Itália, Espanha e Portugal, o problema da concentração de poderes não foi, no mérito, tratado nos debates judiciais, de modo que a maioria das medidas foi aprovada com pouca resistência dos Tribunais Constitucionais[550]. Assim, com exceção da Alemanha, ao menos no tocante ao princípio democrático e à separação de poderes, a intervenção judicial foi tímida. Esse quadro contribuiu para um déficit de legitimidade na transferência das decisões do âmbito nacional para o âmbito supranacional. Fabbrini aponta para a necessidade de que as medidas sejam introduzidas via legislação ordinária do Direito Europeu (*legislation in the framework of the EU law*), evitando-se mecanismos contratuais fora dos contornos ordinários: mais de um *community method*, e menos de um *intergovernalism*. Isso reduziria tanto a preocupação com a legitimidade democrática das medidas, quanto com os riscos de crescimento da intervenção judicial sobre questões fiscais[551].

Outra perspectiva é que a limitação de ação dos Parlamentos nacionais não foi substituída adequadamente por uma democracia supranacional. Houve, de outra parte, uma substituição por órgãos "técnicos", sem legitimidade democrática. Para Habermas, continua-se adiando a promessa da democracia no âmbito europeu (*a supranational democracy*), colocando em risco o próprio processo de integração: "quando as restrições impostas pelo mercado encontram a tecnocracia europeia, surge um risco iminente de que o processo

---

[549] FABBRINI, Federico. The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 32, 2014, p. 79 e p. 93.

[550] Frederico Fabbrini, além de Alemanha e Estônia, analisou Portugal, França e Irlanda (Ibidem). Cristina Fasone, além da Alemanha, analisou Portugal, Espanha, Itália e França (FASONE, Cristina. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/37*). Para uma análise do papel da Corte de Justiça Europeia sobre o tema, vide FAHEY, Elaine; BARDUTZKY, Samo. Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in Eu Courts, Plural - A Casestudy of the European Stability Mechanism. *Amsterdam Centre for European Law and Governance - Working Paper Series 2013 – 06*. Disponível em http://ssrn.com/abstract=2287917. Acesso em 15/06/2017.

[551] FABBRINI, Federico. The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 32, 2014, pp. 122-123.

gradual de unificação, planejado para o povo (mas não pelo povo), seja interrompido antes que haja o esperado reequilíbrio entre Executivo e Legislativo"[552].

A falta de legitimidade e a concentração de poderes, entretanto, não é o único aspecto objeto de tensão judicial. A redução ou reconfiguração do Estado Social talvez seja o principal ponto de discussão judicial durante a emergência econômica europeia.

Conforme já relatado, muitas das reformas adotadas, em conjunto com medidas de austeridade, tiveram como consequência a restrição ao financiamento dos direitos sociais. Além das próprias alterações legislativas, os precedentes judiciais, em sua larga maioria, não se opuseram às medidas adotadas durante a crise, o que sugeriu a possibilidade de redução progressiva de tais direitos. O controle tanto das reformas quanto das medidas de austeridade específicas (cortes, restrições e congelamentos em programas sociais, pensões e salários) pelos Tribunais Constitucionais coloca dúvida sobre o Estado que restaria após a crise.

Os Tribunais Constitucionais permitiram a maior parte das medidas adotadas pelos governos como resposta à crise, seja julgando-as constitucionais, seja não admitindo as demandas. Os casos de Portugal, Espanha e Itália ajudam a compreendê-las, lembrando que o objetivo da Tese não é uma revisão da jurisprudência europeia, mas apenas exemplificar a (não) resistência do Judiciário ao estado econômico de emergência. A escolha de Portugal, Espanha e Itália se deu em razão das fortes restrições no financiamento de direitos, inclusive pelas imposições decorrentes das ajudas financeiras recebidas. Isso não significa, entretanto, a ausência de qualquer limitação.

Em Portugal, houve controle de constitucionalidade de medidas relativas ao aumento de receitas e também redução de despesas. Segundo Ana Maria Guerra Martins, a "jurisprudência da crise" em Portugal teve três fases: na primeira (durante 2010 e 2011), o Tribunal Constitucional entendeu que as medidas anticrise adotadas estavam em conformidade com a Constituição Portuguesa[553]; em uma segunda fase, as medidas de austeridade se tornaram "mais duras" e o Tribunal estabeleceu limites para os cortes (por exemplo, nos cortes de "pagamentos salariais" de Natal e feriados de servidores públicos e

---

[552] HABERMAS, Jürgen. Democracy, solidarity and the European crisis. In GROZELIER, Anne-Marie *et al*. *Roadmap to a Social Europe. Social Europe*. Brussels: Hans Böckler Stiftung, 2013, p. 06.

[553] Ana Maria Guerra Martins destaca duas decisões: uma que julgou constitucional o aumento "retroativo" do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - não houve violação da segurança jurídica, haja vista que a norma perseguia um objetivo constitucional legítimo (receitas fiscais para garantir o equilíbrio das contas públicas) e urgente; em outra decisão, foram julgados constitucionais os cortes em salários do setor público, entendendo-se que o direito constitucional ao salário não significava imutabilidade dos valores (Sentença nº 396/11) (MARTINS, Ana Maria Guerra. Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* v. 22, n. 5, 2015, pp. 681-682).

beneficiários do sistema de seguridade social), exigindo proporcionalidades entre o sacrifício daqueles submetidos à medida e aqueles não submetidos a ela, uma ponderação entre o necessário e urgente interesse público e o peso do sacrifício imposto aos diferentes grupos sociais[554]. Finalmente, em uma terceira fase, o Presidente de Portugal passou a submeter as normas a uma revisão *a priori* da Corte. Nessa terceira fase, o Tribunal entendeu inconstitucionais o Decreto que estabelecia cortes temporários em pagamentos de servidores públicos de 2014 a 2018 e o Decreto que estabeleceu uma "contribuição de sustentabilidade", este por violação da proteção da confiança legítima e do direito adquirido[555].

A diversidade e a complexidade dos casos tornam difícil uma leitura precisa sobre o posicionamento do Tribunal. Percebe-se, entretanto, um considerável peso da emergência econômica nas decisões, já que o Tribunal aceitou medidas de austeridade que pudessem colocar em risco alguns direitos fundamentais, sob o fundamento do caráter transitório das medidas. E, com o agravamento da crise, reservou-se ao legislador margem ainda maior de discricionariedade, "diante da absoluta urgência de controlar a dívida"[556].

Outro aspecto interessante da jurisprudência portuguesa é a ausência de revisão das medidas de austeridade com base na garantia constitucional aos direitos sociais. Somente exige-se sua "aplicação justa", por exemplo, avaliando a equidade entre os efeitos sobre trabalhadores privados, públicos e pensionistas e a proporcionalidade nas medidas: o parâmetro parece estar mais relacionado à proporcionalidade, e não aos direitos sociais constitucionais propriamente ditos[557]. A exceção seria um caso de violação, pela reforma trabalhista, de direitos do trabalhador constitucionalmente assegurados (*Acórdão* no 602/2013, de 20 de setembro de 2013). Entretanto, esse seria um "caso isolado, vez que os julgamentos subsequentes foram decididos novamente com base em princípios gerais, tais

---

[554] A decisão de inconstitucionalidade só valeu para frente, havendo uma espécie de modulação de efeitos, haja vista que a execução orçamentária já estava em curso. Em outras decisões de 2013, manteve-se o entendimento de que os cortes salariais eram possíveis; julgou-se ainda possível a instituição de uma Contribuição Salarial Extraordinária para pensionistas; porém, entendeu-se inconstitucional corte em benefícios como o de feriados (Ibidem, pp. 683-684).

[555] Ibidem, p. 685-686.

[556] Ibidem, p. 704-705. A autora entendeu que as diversas críticas recebidas pela jurisprudência do Tribunal – seja pela suposta falta de proteção aos direitos sociais, de um lado; seja pela o ativismo judicial, de outro – são improcedentes, já que "a jurisprudência da crise (*case law of the crisis*) apenas seguiu uma consistente e coerente tradição do Tribunal Constitucional português relacionado aos direitos sociais desde 1980" (Ibidem, p. 705).

[557] BRITO, Miguel Nogueira de. Putting Social Rights in Brackets?: The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, pp. 75-76.

como equidade (julgamentos nºs. 413 e 574/2014), proporcionalidade (julgamento nº. 413/2014) e expectativa legítima/direito adquirido (julgamento nº 575/2014)"[558].

A jurisprudência portuguesa, mesmo sendo destacada como uma das únicas que apresentou resistência às medidas (se comparada com outros países do bloco europeu), não representou uma grande transformação quanto à relação entre direitos sociais e o orçamento. As decisões em geral reconhecem a competência do Legislativo/Executivo para conformação e restrição dos direitos sociais e exige somente que o exercício de tal competência seja feito de forma mais equitativa[559]. Para António Avelãs Nunes, as medidas impostas pela *Troika* não tiveram a resistência esperada do Poder Judiciário português: "a gravidade dessa suspensão da democracia é tanto mais preocupante quanto é certo que ela vai tendo certa cobertura do Tribunal Constitucional (TC) e a concordância (ou o estímulo) de consagrados especialistas em Direito Constitucional"[560]. Para o autor, o Tribunal Constitucional português tem frequentemente invocado a "situação de emergência" para justificar suas decisões, "como quem invoca os poderes misteriosos de um deus oculto para legitimar a substituição do estado de direito democrático (o estado de direito constitucional) por uma espécie de estado de exceção"[561].

Na Espanha, o Tribunal Constitucional sempre foi considerado relutante em garantir direitos sociais – tendência que deve ser reforçada com a inclusão da regra de ouro na Constituição e com a manifestação expressa do órgão acerca da necessidade de redução de gastos[562] -, decidindo, muitas vezes, com um "caráter utilitarista" na ponderação entre direitos sociais e medidas de austeridade[563]. Cristina Fasone identifica uma continuidade da jurisprudência, qualificada como tradicionalmente fraca na garantia de direitos sociais[564].

---

[558] FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014, p. 29.
[559] CISOTTA, Roberto; GALLO, Daniele. The Portuguese Constitutional Court case law on austerity measures: a reappraisal. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, pp. 92-94.
[560] NUNES, António José Avelãs. *Quo Vadis, Europa?* São Paulo: Editora Contracorrete, 2016, p. 212.
[561] Ibidem, p. 217.
[562] PASCUAL, Maribel González. Welfare rights and euro crisis – the Spanish case. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 103.
[563] DÍEZ SÁNCHEZ, Leticia. Desconstitutionalisation of social rights and the quest for efficiency. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 120.
[564] FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014, p. 20.

Um dos casos que chamou a atenção analisou as restrições ao direito à saúde (*Setencia nº 139/2016,* que apreciou o *Real Decreto ley 16/2012 de 20 de abril*), no qual o Tribunal admitiu expressamente a redução de seu conteúdo (e a reversibilidade do direito social) em razão de circunstâncias econômicas: "o conteúdo do direito à saúde do artigo 43 pode ser reduzido por imperativo das correntes circunstâncias econômicas. Admite-se, portanto, a reversibilidade dos âmbitos subjetivo e objetivo de um direito social cujo conteúdo havia sido definido em seus elementos mínimos pelo legislador básico estatal"[565].

Em geral, com relação à Espanha, a doutrina identifica menos casos, quando em comparação a outros países. Em parte, isso pode ser explicado pela conformação dos direitos sociais na Constituição Espanhola como *princípios rectores*. Embora prevaleça o entendimento de que estes devem também ser garantidos (não sendo "meras indicações"), sua configuração seria mais frágil quando comparada a outras constituições[566]. Outro motivo apontado é a forma pela qual a discussão sobre os direitos sociais foi muitas vezes tratada no Tribunal, através de questionamentos sobre a competência dos entes subnacionais (comunidades autônomas) para instituir determinadas políticas públicas. Isso fez com que a discussão se centrasse em "aspectos competenciais", e não diretamente no (eventual) conflito entre estabilidade orçamentária e violação de direitos sociais[567/568].

Na Itália, desde os anos 90, o Tribunal Constitucional, especialmente em momentos de crise, já vinha reconhecendo o caráter financeiro e a discricionariedade legislativa no tocante à conformação dos direitos sociais. É dizer, o entendimento vigente durante os "trinta

---

[565] MÀS, Joaquín Tornos. Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica. Insituto de Derecho Publico de Barcelona. *Informe Comunidades Autónomas 2016*. Disponível em https://www.foroautonomias.es/. Acesso em 10/12/2017.

[566] FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014, p. 14.

[567] Sobre este aspecto, vide MÀS, Joaquín Tornos. Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica. Insituto de Derecho Publico de Barcelona. *Informe Comunidades Autónomas 2016*. Disponível em https://www.foroautonomias.es/. Acesso em 10/12/2017. Os julgamentos relacionados ao direito à habitação são bons exemplos do conflito que se estabelece no caso espanhol. Algumas comunidades autônomas adotaram medidas de forma a ampliar ou proteger o direito à habitação (reconhecimento como direito subjetivo, estabelecimento de sanções para descumprimento da função social da propriedade, aumento de tributos e limitação dos despejos). Parte das medidas foi objeto de suspensão ou declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal por razões de competência, a exemplo da lei basca que reconheceu direito subjetivo à habitação (*Asunto 1643-2016, fecha de 12 de abril de 2016*) e do decreto andaluz que tratava de expropriação de propriedades (*Sentencia 93, de 14 de mayo de 2015*), dentre outras. (Ibidem).

[568] A título ilustrativo, menciona-se que, em pesquisa realizada no âmbito do Tribunal Constitucional (realizada até junho de 2017), verificaram-se 132 decisões mencionando em seus fundamentos o termo "*estabilidad presupuestaria*", havendo um incremento muito grande dos questionamentos especialmente a partir de 2013. Porém, grande parte dos casos trata de "aspectos competenciais" em sentido amplo, conforme informa a própria "síntese analítica" dos casos (ao menos 50 casos). Verifica-se, também, grande número de casos em que se discutia a violação da irretroatividade em face de direito individual (ao menos 55 casos), grande parte com perda de objeto (decorrente, por exemplo, do julgamento do *STC nº 83/2015*). Muitos dos casos foram extintos por perda de objeto ou outras questões processuais, não tendo mérito efetivamente julgado.

gloriosos anos" do pós-guerra foi sendo aos poucos abandonado: "o problema principal era encontrar remédios frente às omissões legislativas de implementação das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais" e passou a ser, já nas crises dos anos 80 e 90, sobre o impacto financeiro das decisões judiciais sobre os "direitos financeiramente condicionados"[569].

A tendência de autolimitação judicial e de reconhecimento da discricionariedade do legislador foi mantida na crise mais recente, cuja diferença primordial foi a reestruturação da governança econômica da União Europeia e os compromissos assumidos pelos países membros. No recente contexto, a Corte somente teria atualizado sua doutrina, com a introdução de dois novos elementos – a "estabilidade orçamentária" e o "compromisso europeu" – que serviram como justificativas para legitimar medidas ainda mais perenes[570].

Diletta Tega verifica que, de maneira geral, o Tribunal Constitucional italiano entendeu que as medidas adotadas em resposta à crise, mesmo quando importando em um corte severo de gastos públicos, seria compatível com o modelo de Estado de Bem-estar previsto na Constituição italiana. Seguindo a jurisprudência formada desde a década de 90, o Tribunal tem autorizado significativas reduções do gasto social, desde que mantido o seu núcleo essencial e desde que os cortes não violem um critério de razoabilidade[571]. Admite-se, assim, que, ao analisar a proteção de direitos caso a caso, a Corte Constitucional italiana

---

[569] MASALA, Pietro. El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria. In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20, p. 223-255, 2016. Conforme o autor: "Varias decisiones afirman que intervenciones dirigidas a redimensionar la legislación social pueden justificarse por la exigencia de contener el gasto público. En concreto, se confirma que, a la luz de los recursos disponibles, puede admitirse una reducción definitiva de los tratamientos de jubilación (consiguiente a la modificación de los criterios de cálculo o de los requisitos para conseguirlos), siempre y cuando no sea arbitraria. Ainda nesse período, ao longo dos anos 90 e sob pressão da integração europeia, Varias decisiones especifican que sacrificios, incluso gravosos, justificados por la exigencia de salvaguardar el equilibrio financiero, son legítimos siempre y cuando no sean irrazonablemente duraderos ni irracionalmente repartidos entre diferentes categorías de ciudadanos: conforme a estos criterios se consideran razonables unas disposiciones que reducen las rentas de los jubilados y de los empleados públicos. (...) La referencia a los requisitos de temporalidad y provisionalidad de las medidas regresivas se encuentra en la Sentencia 99/1995" (Ibidem, p. 234).

[570] Ibidem, p. 250. "El espacio para el legítimo ejercicio de la discrecionalidad legislativa es así ampliado. Puesto que 'la contención y la racionalización del gasto público, mediante las cuales puede llevarse a cabo una política de recuperación del equilibrio presupuestario, conllevan sacrificios gravosos, como los ya examinados, que encuentran justificación en la situación de crisis económica', la Corte especifica que 'en particular, a la luz de las necesarias actuales perspectivas plurianuales del ciclo presupuestario, tales sacrificios pueden referirse a periodos, ciertamente determinados, pero más largos' respecto a aquellos, considerados razonables en el pasado, previstos por la programación presupuestaria de 1992" (Ibidem, p. 245).

[571] TEGA, Diletta. Welfare Rights In Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 54.

esteja fundamentando suas decisões na doutrina do "estado de emergência", ainda que de forma implícita[572].

A análise da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália mostra que há algum controle sobre as medidas de austeridade e restrição a direitos sociais. Porém, esse controle é essencialmente em face de critérios como proporcionalidade, temporalidade, igualdade e direito adquirido, ou seja, princípios gerais de direito. São, entretanto, raros os julgamentos que utilizaram a proteção constitucional dos direitos sociais como parâmetro de inconstitucionalidade[573].

O reconhecimento da discricionariedade do legislador foi o que resultou, na maior parte dos casos, na manutenção das medidas (especialmente Itália, Espanha e França)[574]. Conforme conclui Fabbrini, Cortes Nacionais e supranacionais deram luz verde para as medidas que tornaram mais rígida a disciplina orçamentária, bem como para as medidas de estabilidade fiscal e de ajuste econômico; com exceção de algumas decisões do Tribunal Constitucional Português, validaram-se as medidas adotadas pelos órgãos políticos em resposta à crise[575].

Ainda que alguns fatores, como amplitude dos direitos sociais na Constituição, modelo processual e intensidade das medidas de austeridade, dificultem uma avaliação

---

[572] Ibidem, pp. 57-58.

[573] Segundo Cristina Fasone, "a common element underlies the case law of the three Constitutional Courts on Euro-crisis measures potentially affecting rights: cases have usually been solved on the ground of constitutional principles rather than on the enforcement of specific rights, in particular social rights". (FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014, p. 45). Sobre os limites constitucionais à restrição dos direitos sociais, vide ainda QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In: *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2015. pp. 75-155. Para o autor, a saída para a tensão entre crise e Estado Social está em considerar a própria Constituição como limite do se pode restringir em termos de direitos sociais. O autor propõe, por exemplo, com base na Constituição Espanhola, a aplicação do princípio da proporcionalidade para verificar a constitucionalidade das reduções ou supressões de direitos sociais já reconhecidos. A falta de recursos financeiros e orçamentários pode ser um motivo para a restrição de direitos, porém, não basta sua mera invocação, se não sua comprovação (aliada a outras etapas do "teste de proporcionalidade"). Aqui está o ponto de conflito com as reformas em curso, especialmente aquelas que estabeleceram os limites de déficit e dívida: sua invocação bastaria para justificar a restrição aos direitos sociais? No caso espanhol, por exemplo, a estabilidade orçamentária passa também a ser um objetivo constitucional, o que tornaria legítima a redução de direitos sociais para alcançar o objetivo de estabilidade. Entretanto, com a ressalva o citado autor, deve-se demonstrar que essa medida é inevitável e que não há outras medidas para se alcançar tal objetivo (o que remete para os outros passos do teste de proporcionalidade (Ibidem).

[574] FASONE, Cristina. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/37*, pp. 29-31. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/08/LAW_2015_37.pdf. Acesso em 04/04/2016.

[575] FABBRINI, Federico. The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 32, 2014, p. 105.

precisa sobre a jurisprudência da crise[576], arrisca-se a dizer que a liberdade do legislador em relação à configuração do Estado Social é ainda limitada pela Constituição, mas somente pelos princípios gerais. De outro lado, a crise faz surgir uma perspectiva distinta de como o Judiciário encara tais limitações: prevalece não mais a consolidação do Estado Social, mas a tentativa de salvar o que é possível; o sentido não é o da ampliação dos direitos, mas como restringi-los sem violar princípios gerais (equidade, proporcionalidade, direito adquirido); a preocupação é como retroceder menos, e não como avançar mais na garantia de direitos.

Essa perspectiva decorre da preponderância, ainda que implícita, de um "estado de emergência"[577]. Nos julgados dos Tribunais de Portugal, Espanha e Itália, argumentos como emergência, crise, urgência, situação econômica incomum e extraordinária foram constantemente citados, frequentemente para justificar restrição a direitos[578]. Kaarlo Tuori e Klaus Tuori constataram que, no conflito entre, de um lado, medidas de austeridade e as reformas trabalhistas e, de outro, direitos sociais, em geral os Tribunais nacionais decidiram a favor dos primeiros, acolhendo as alegações de emergência econômica e de necessidade de observância estrita das condições de ajuda financeira[579].

O recurso a esses elementos demanda uma atenção especial em relação ao funcionamento da *rule of law* na Europa[580], em especial, em razão dos efeitos duradouros que gera sobre o Estado Social de direito. Embora a referência à crise e ao estado de emergência como fundamentos da decisão seja de certa forma esperada, e não

---

[576] MASALA, Pietro. El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20, p. 223-255, 2016, p. 226. "La dificultad de reconocer una coherencia completa en la jurisprudencia constitucional reciente en parte depende de las diferencias entre las medidas examinadas, pero también parece ser el reflejo de las dificultades que la Corte costituzionale encuentra para desarrollar esta tarea tan delicada en el nuevo marco económico y jurídico".

[577] Conforme Diletta Tega, "It appears quite striking that the implementation of social rights at national level is referred to in a context in which the legislator decides to make cuts in an over-rapid, conflicting and confused way, and the Court is requested in a few months' time to decide those cases, thus playing a role that the legislator was not able to play". (TEGA, Diletta. Welfare Rights In Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 58).

[578] FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15. European University Institute*, 2014, p. 41.

[579] TUORI, Kaarlo; TUORI, Klaus. *The Eurozone crisis: a constitutional analysis.* Cambridge University Press, 2014, p. 240. Os autores apontam que, ao menos inicialmente, o Tribunal Constitucional de Portugal foi uma exceção, tendo decidido contra algumas medidas de austeridade em razão da violação à proteção social.

[580] KILPATRICK, Claire. On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, pp. 325-353, 2015, p. 353. Conforme afirma a autora: "Important normative questions about what should happen to the Rule of Law in the EU in times of economic emergency follow. There is certainly an important debate to be had on when an abridgement of social and economic rights which would otherwise be unlawful is justified by economic emergency" (Ibidem).

necessariamente nova, preocupa o fato de que autorizem transformações definitivas e persistentes no Estado Social, ao passo que sua premissa deveria ser de transitoriedade[581].

4.2.4. América Latina da década de 90: os casos de Brasil e Argentina

Como visto na seção 2.3, uma das características do estado de emergência é o seu processo de consolidação. Na América Latina, esse processo de consolidação do estado de emergência aparece como uma constante ameaça à estabilidade da democracia e do Estado Social[582]; há um decisionismo de emergência para salvar os mercados e um risco de perpetuação à dependência dos poderes econômicos de emergência[583].

A crise que se arrastava desde a década de 80 adentrou nos anos 90 sem solução para problemas como a da dívida externa, os desinvestimentos e a crescente fuga de capitais estrangeiros e nacionais, carregando estagnação econômica e um incontrolável processo inflacionário. Uma crise que, ao final dos anos 90, ainda avassalava todos os países da América do Sul[584].

A emergência econômica era evidente em boa parte da América Latina e, desde o início dos anos 90, impulsionou uma agenda neoliberal, apontada como a "única saída" para as emergências da região[585]. Essa agenda constituiu-se não apenas de medidas econômicas

---

[581] "On the one hand, the use of the 'crisis' in the constitutional reasoning of these Courts is not new, as arguments of crisis or emergency often reappear in periods of economic stalemate or recession and thus they are not particular to the present Eurozone crisis; on the other hand, however, it is an element of innovation insofar as the legal reaction to the Eurozone crisis, compared to past crises, will entail – regardless of the adoption of constitutional amendments – permanent or semi-permanent changes in national constitutional systems, as the Italian Constitutional Court has acknowledged." (FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014, p. 41). Vide, ainda, PAVOLINI, Emmanuele; LEÓN, Margarita; GUILLÉN, Ana, M.; ASCOLI, Ugo. From austerity to permanent strain? The EU and welfare state reform in Italy and Spain. *Comparative European Politics*, v. 13, n. 1, 2015. Para os autores, "it is too early to say if the actual austerity plans have changed the face of the Italian and Spanish welfare states. (...) Naturally 'distributive recalibration' is important, and 'subtractive recalibration' may be considered one of its facets. However, the freezing of any real 'functional recalibration' (between policies and needs) makes the whole welfare change weaker in terms of coverage". (Ibidem, p. 154).

[582] UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 49.

[583] BERCOVICI, Gilberto. O Estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 11, p. 95-99, 2006.

[584] BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise na América do Sul. *Revista brasileira de política internacional*. v. 45, n. 2, pp. 135-146. Brasília, Dezembro, 2002.

[585] PAULANI, Leda Maria. Capitalismo financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva do desenvolvimento. In: *I Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico*, Santiago, 2006, p. 13. Segundo a autora, "desde a crise do início dos anos 1980,

específicas e temporárias, mas de uma série de reformas constitucionais com efeitos duradouros: no Brasil, com as reformas que instrumentalizaram as privatizações; na Colômbia, com a reforma do artigo 58 da Constituição, que promoveu maiores garantias para o investimento estrangeiro; no México, com a modificação do artigo 27 da Constituição, que colocou limites nas iniciativas de distribuição de terras; no Peru, com a reforma constitucional que eliminou parte dos compromissos sociais assumidos na Constituição de 1979; na Argentina, com a reforma constitucional do governo Menem e a garantia ao valor da moeda[586].

Esse período de reformas, como indica Roberto Gargarella, foi marcado por uma extensa crise social e por um crescente desemprego, não compensados pela segurança pretendida pelas mudanças econômicas. A crise gerada nos anos 90, embora não tenha terminado em golpes militares, não foi resolvida de uma maneira institucionalmente adequada: "as instituições foram em parte responsáveis pela crise e não estavam preparadas para processá-la e lidar adequadamente com ela, de uma maneira não dramática e mais institucional"[587].

A transição para a democracia na América Latina não garantiu efetivamente que as crises fossem resolvidas de uma maneira institucionalmente democrática. Guillermo O´Donnel classifica como *democracia delegativa* os regimes adotados na América Latina (a exemplo de Argentina, Brasil e Peru) no final do século passado, nos quais há uma tendência anti-institucional e que ratifica uma tradição de personalização e concentração de poderes no Executivo. Enquanto, nas democracias mais institucionalizadas, as decisões são lentas, mas, uma vez tomadas, tendem a ser implementadas; nas *democracias delegativas*, as decisões são tomadas de um modo frenético, de forma unilateral e apressada (o que também se pode denominar *decretismo*), revelando uma paradoxal onipotência e impotência dos governos frente à crise[588].

---

particularmente depois da queda da ditadura militar e do estado de exceção jurídico que ela protagonizou, é um exemplo paradigmático de surgimento de um estado de emergência econômico" (Ibidem, p. 7).

[586] Conforme PISARELLO, Geraldo. *Um largo termidor: Historia y critica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011, p. 186.

[587] GARGARELLA, Roberto. *Latin America Constitucionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 153. O autor aponta a queda de diversos Presidentes durante os anos 90, nem sempre pelos mesmos motivos, mas tendo sempre a crise institucional como componente: Fernando Collor de Mello (Brasil, 1992), Carlos Andrés Perez (Venezuela, 1993), Abdala Bucaram (Equador, 1997), Raúl Cubas (Paraguai, 1999), Alberto Fujimori (Peru, 2000), além de outras ocasiões em que houve ameaça de *impeachment* ou renúncia de membros do governo.

[588] O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa. *Journal of Democracy en español*. Vol. 5, n. 1, pp. 55-69. Janeiro, 1994.

As reformas constitucionais na América Latina, desde os anos 80, tiveram justamente essas características contraditórias e paradoxais. De um lado, muitas das reformas ampliaram a previsão de direitos individuais e coletivos, dispondo sobre mais participação e cidadania. Por outro lado, frequentes crises econômicas bloquearam a implementação desses direitos e, em contextos políticos de alta fragmentação, mantiveram presidentes com amplos poderes legislativos, diminuindo a participação do Congresso na elaboração de políticas públicas[589].

Assim, mesmo nos momentos em que houve ampliação dos direitos individuais e coletivos, a manutenção da concentração de poderes no Executivo (ou, incluso, seu aumento) se colocou contra a própria implementação desses direitos. O "hiperpresidencialismo é compatível com a criação de novos direitos e, ao mesmo tempo, com a não aplicação e o enfraquecimento desses mesmos direitos"[590]. O avanço na concretização dos direitos sociais previstos e no combate à desigualdade não foi acompanhado por uma reforma na "sala de máquinas da Constituição", ou seja, na distribuição de poder[591], de modo que, nas seguidas emergências, sempre que "necessário", medidas bloqueadoras dos fins constitucionais foram adotadas.

Portanto, no contexto de emergência econômica latinoamericano dos anos 90, estavam marcadamente presentes a concentração de poderes no Executivo e o bloqueio na implementação dos direitos sociais. Para melhor avaliar as reações judicias desse momento, foca-se nos casos de Brasil e Argentina.

Especificamente no Brasil, Leda Paulani identifica que, desde a crise dos anos 80, a emergência econômica impõe planos de estabilização monetária, que visavam combater a hiperinflação sem passar pelo Congresso[592]. Nos anos 90, a "agenda neoliberal" – apresentada como "única saída" para as emergências nacionais – impõe a aprovação de uma série de medidas que, segundo a autora, apenas foram possíveis diante da alegada necessidade de salvar o país: "tudo se passa como se aos poucos estivesse sendo decretado um estado de exceção econômico que justifica qualquer barbaridade em nome da

[589] NEGRETTO, Gabriel. Paradojas de la reforma constitucional en América Latina. *Journal of Democracy en español*, v. 1, n. 1, pp. 38-54, 2009.
[590] GARGARELLA, Roberto. *Latin America Constitucionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 162.
[591] Ibidem.
[592] PAULANI, Leda Maria. Capitalismo financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva do desenvolvimento. In: *I Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico*, Santiago, 2006, p. 7. Disponível em http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/jec10/ponencias/713Paulani.pdf. Acesso em 17/06/2016.

necessidade de salvar o país, ora do retorno da inflação, ora da perda de credibilidade, ora da perda do bonde da história"[593].

Grande parte dessas medidas econômicas foram adotadas por meio de Decretos e Medidas Provisórias, conduzidas quase que exclusivamente pelo Executivo. Antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, que modificou o regime das medidas provisórias, uma das estratégias da Presidência era a de inundar o Congresso de medidas provisórias, reeditando-as quando não eram aprovadas pelo Legislativo[594].

Desde a Constituição de 1988, o número de medidas provisórias, cujo requisito é justamente a urgência, bem demonstra como a emergência tornou-se paradigma de governo durante os anos 90: no governo José Sarney foram 147 (em 17 meses, média de 8,6 MPs/mês), no governo Fernando Collor foram 164 (em 32 meses, média de 5,1 MPs/mês), no governo Itamar Franco foram 518 (em 24 meses, média de 21,6 MPs/mês) e no governo Fernando Henrique Cardoso foram 1.503 (em 96 meses, média de 15,7 MPs/mês)[595].

O próprio programa de privatizações, uma das principais ações em resposta à crise dos anos 90, foi conduzido por Medidas Provisórias e Decretos do Executivo. O marco legal foi o Programa Nacional de Desestatização – PND, instituído pela Medida Provisória nº 155/1990 (posteriormente convertido na Lei nº 8.031/90). A referida Medida Provisória definia as empresas a serem privatizadas, mas concedia ao Executivo a prerrogativa de incluir ou excluir empresas do programa e estabelecer suas regras gerais, como relativas à venda e destinação de recursos. Posteriores modificações no Programa foram também feitas

[593]Segundo Leda Paulani, dentre as medidas, estão: "a valorização injustificável da moeda brasileira até a verdadeira emergência trazida com a crise cambial de janeiro de 1999, que varreu do país em apenas 4 meses cerca de US$ 40 bilhões (ameaça do retorno da inflação); aprovar uma lei (LRF) em que os direitos dos credores são colocados acima de quaisquer outros direitos (ameaça da perda de credibilidade); abrir a economia estabanadamente, permitindo a quebra de várias empresas brasileiras e o aumento do desemprego (ameaça do atraso e da perda do bonde da história); vender ao capital internacional, com dinheiro público, empresas de setores essenciais e estratégicos, como as empresas de energia elétrica e as de telecomunicação (ameaça do desequilíbrio fiscal e da perda do bonde da história); elevar a taxa real de juros a níveis impensáveis (que chegou em algumas ocasiões a mais de 40%) em função das crises financeiras vindas de fora (ameaça da desvalorização da moeda e do retorno da inflação); aprovar uma emenda constitucional que isenta da incidência da CPMF os recursos aplicados em bolsas de valores (ameaça do atraso e da perda do bonde da história); isentar de imposto de renda a distribuição de lucros de empresas a seus sócios brasileiros ou estrangeiros e a remessa de lucros ao exterior (Ibidem, p. 15). Sobre a crise da década de 1990 no Brasil e nos demais emergentes e a tomada de decisões a partir da interferência do FMI, vide ainda BLUSTEIN, Paul. *Vexame: bastidores do FMI na crise que abalou o sistema financeiro mundial.* Rio de Janeiro: Record, 2002.

[594] SANTISO, Carlos. Judicial governance in Brazil. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 166-70.

[595] BALERA, Felipe Penteado. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 14, n. 1, pp. 25-52, 2009.

por medidas provisórias, a exemplo da MP nº 299/1991 e da MP nº 1.481-52/97 (convertida na Lei nº 9.491/97)[596].

Os planos de estabilização monetária foram igualmente implementados por Medidas Provisórias ou Decretos – Plano Bresser (Decretos-Lei nº 2335/87, nº 2336/87 e nº 2337/87), Plano Collor I (MP nº 168/90), Plano Collor II (MP nº 294/91), Plano Real (MP 434/94) – e se configuraram em meios de forte intervenção nas esferas individuais, levando a intenso debate judicial.

Quanto ao papel do Poder Judiciário brasileiro na emergência econômica dos anos 90, identifica-se alguma divergência na doutrina. Carlos Santiso, por exemplo, entende que o Brasil se difere dos demais países da região, já que, durante a década de 90, teria o Judiciário brasileiro, por diversas vezes, decidido contra o Executivo, protegendo direitos em detrimento de medidas econômicas de austeridade. Como exemplo, o autor cita a decisão do STF contra a reedição de medida provisória que havia sido rejeitada pelo Congresso, sob o fundamento de que o Executivo estava excedendo seus poderes (em 1990); o julgamento da inconstitucionalidade da CPMF por violação à anterioridade (1993); as decisões do STF julgando duas reformas fiscais inconstitucionais[597]. De outro lado, analisando mais exemplos, encontra-se uma perspectiva distinta.

A edição constante de Medidas Provisórias durante a década de 90, que se consolidou como instrumento regular de governo, também é decorrente da fragilidade de controle do Judiciário. Durante o período, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a avaliação dos requisitos de urgência e relevância (artigo 62 da Constituição Federal) está confiada à conveniência e à oportunidade do Executivo, muitas vezes qualificando tais requisitos como uma questão política. No entendimento da Corte, o Poder Judiciário apenas deveria intervir em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses requisitos for objetivamente verificada[598]. Trata-se de postura reconhecidamente permissiva à edição de Medidas Provisórias e que legitimou o excesso de edição de tais normas pelo Executivo.

---

[596] Vide DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro, 2005, p. 559-587.

[597] SANTISO, Carlos. Judicial governance in Brazil. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 166-70.

[598] Vide, por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ADI nº 1.717/MC, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 22-9-1999. Atualmente, a jurisprudência segue semelhante e "está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência" (Tema 33 da Repercussão Geral. STF. Pleno. RE 592377, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/02/2015).

Aliás, em 2004, em julgamento de outra Medida Provisória, o STF expressamente consignou a preocupação com a "crescente apropriação institucional do poder de legislar":

> A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes[599].

Interessante notar, entretanto, que, no caso acima, embora se afirme que cabe "ao Poder Judiciário (...) impedir o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória", o STF, mais uma vez, confirmou a constitucionalidade formal da Medida Provisória. Assim, a despeito da preocupação suscitada no caso, não se verificam decisões definitivas em que o STF acolheu a inconstitucionalidade de uma Medida Provisória em razão da ausência dos requisitos de urgência e relevância[600].

Sobre o tema, Paulo Bonavides afirma que o "pesadelo das medidas provisórias" destrói o princípio da separação de poderes e "instala, pouco a pouco, diante dos erros, recuos e omissões do Legislativo e do Judiciário, uma espécie de ditadura constitucional", que rege

---

[599] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 2213/MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/04/2002.

[600] Em cautelares concedidas na ADI nº 1753 e 1.910, que tratavam do mesmo tema, restou consignado que, no caso, a urgência e relevância das alterações processuais propostas seriam, ao menos, duvidosa, e fundamentariam a concessão da cautelar. Porém, não parece ter sido essa a *ratio decidendi* do julgado. Posteriorente, a Ação perdeu objeto e não foi julgada definitivamente (STF. Pleno. ADI 1753/MC, Relator Ministro Sepúvelda Pertence, julgado em 16/04/1998). Na ADI nº 4.048, o STF entendeu inconstitucional a abertura de créditos extraordinários por Medida Provisória, pois os recursos estavam sendo "destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência", configurando, assim, "um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários", conforme trechos da ementa. Porém, ainda que próximos, os requisitos considerados não atendidos foram os da abertura de créditos extraordinários (urgência e imprevisibilidade) e não os da Medida Provisória (Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relatora Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008).

a vida institucional do país e suspende garantias constitucionais do Estado democrático de Direito[601].

No caso do programa de privatizações, há igualmente uma percepção de que o STF, ao final, não contrariou as medidas adotadas. Apesar da intensa batalha judicial e da interrupção de leilões de privatização, nenhuma venda foi anulada por decisão judicial e a processo de privatização sempre prosseguiu[602]. Por essa razão, o entendimento de Cristina Pacheco é no sentido de que a atuação do STF ao longo do processo de privatização das empresas públicas pouco foi no sentido de proteger os preceitos estabelecidos na Carta Política brasileira[603].

No caso dos planos de estabilização monetária, também houve intensa judicialização. Como verifica José Eduardo Faria, ainda no início dos anos 90, a reforma monetária brasileira teve um grande potencial arbitrário, possivelmente violador da estrutura constitucional brasileira, razão pela qual demandaria um processo jurídico "capaz de impedir a perversão das garantias individuais e das liberdades públicas pelo 'despotismo esclarecido' da razão econômica"[604]. Porém, não se percebeu uma limitação concomitante aos planos. Em geral, mesmo diante de intensas ações judiciais em 1ª e 2ª instâncias, o controle judicial dos planos de estabilização foi realizado muito tempo depois. Muitos dos julgados do STF referentes aos planos heterodoxos (Cruzado de 1986, Bresser de 1987, Verão de 1989, Collor I de 1990 e Collor II de 1991) e ao plano Real ocorreram apenas no final dos anos 90 e já nos anos 2000, como constata pesquisa realizada por Camila Duran[605]. O STF não adotou uma postura ativa na contenção de abusos decorrentes desses planos.

O julgamento dos casos sobre o controle de salários (referentes aos planos Verão e Collor I), em que "o STF declarou que, por ser de ordem pública, a lei superveniente que introduza nova política monetária tem aplicação imediata e geral" e, ainda, afirmou "que não

---

[601] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 711.
[602] DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. *Revista de Ciências Sociais,* vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro, 2005, p. 586.
[603] Analisando os processos judiciais no STF envolvendo as privatizações (de 1989 a 1988), Cristina Pacheco observa que na grande maioria dos casos, a postura do Tribunal foi permissiva às exigências do Executivo. Conclui a autora que "a atuação do STF ao longo do processo de privatização das empresas públicas pouco foi no sentido de proteger os preceitos estabelecidos na Carta Política brasileira. Nos casos estudos é possível afirmar que as decisões proferidas permitiram a implementação das políticas estabelecidas pelo Executivo" (PACHECO, Cristina Carvalho. *Poder judiciario, reformas liberalizantes e construção democratica nos anos 90: alguns prismas desse confronto no ordenamento juridico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. IFCH – Unicamp. 2000).
[604] FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, p. 141-166. Abril, 1992.
[605] DURAN, Camila Villard. O Supremo Tribunal Federal e a construção jurisprudencial da moldura jurídica do poder monetário. *Direito, Gestão e Democracia.* Brasília: EAGU, 2011, p. 77.

há direito adquirido a regime jurídico estabelecido por lei" (casos Nitro e Sindiquímica) são exemplos da postura judicial[606].

No caso do bloqueio/confisco da poupança decorrente do Plano Collor I, a grande quantidade de ações judiciais em primeira e segunda instância levou o Governo a editar a MP nº 173/90, vedando e concessão de liminares que tratassem de assuntos relacionados a medidas econômicas. Houve, à época, expedientes unilaterais do Executivo visando "diminuir o poder das instâncias inferiores do Judiciário e concentrar a competência de controle constitucional no STF, com intenção de desobstruir o processo de tomada e implementação de decisões políticas"[607]. Mesmo diante de tamanha violência jurídica das medidas do Plano Collor, o STF entendeu, em 27/06/1991, por indeferir medida cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 534, que atacava justamente o "bloqueio dos cruzados novos" (Medida Provisória nº 168/90), sob o fundamento de ausência de *periculum in mora*. Posteriormente, em questão de mérito apreciada em 26/08/1992, julgou prejudicada a ação pelo exaurimento dos efeitos da medida[608]. Interessante destacar, no julgamento da cautelar, trecho do voto vencido do Ministro Celso de Mello, constante da própria ementa, que bem expressa o conflito em questão:

> O poder normativo reconhecido à União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários (...), quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição[609].

Assim, também no tocante aos planos econômicos, a postura do STF foi em geral permissiva quanto às medidas de urgência, ao menos na maior parte das decisões contemporâneas aos planos[610].

---

[606] Ibidem.
[607] ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, 54, pp. 27-41. Cebrap: São Paulo, 1999.
[608] STF. Pleno. ADI 534. Relator Ministro Celso de Mello. Medida cautelar julgada em 27/06/1991 e questão de ordem julgada em 26/08/1992.
[609] STF. Pleno. ADI 534/Medida Cautelar. Voto Vencido do Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 27/06/1991.
[610] No mesmo sentido, analisando decisões do STF do primeiro mandato de FHC, Cristina Pacheco conclui que o STF pouco utilizou seu poder de veto constitucional, bem como que há uma atuação "da não decisão sistemática, através do proferimento de sentenças que, em sua maioria, são arquivadas por motivos processuais, sem que haja, portanto, julgamento do mérito" (PACHECO, Cristina Carvalho. *O Supremo Tibunal Federal e a reforma do Estado: uma analise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998).* Tese de Doutorado. IFCH-Unicamp, 2006).

Sem o intuito de esgotar o tema, esta Tese coloca-se ao lado daqueles que entendem que, de um modo geral, foi frágil o controle do Judiciário em face das medidas adotadas no contexto de emergência econômica dos anos 90. Como consequência, a normalização da emergência nos anos 90 legitimou uma concentração de poderes no Executivo (a exemplo da utilização excessiva de Medidas Provisórias) e uma substancial alteração da Constituição (com redução da capacidade de intervenção do Estado).

Retornando aos casos mencionados por Carlos Santiso, para quem o Judiciário teve uma postura mais ativa na limitação do Executivo, verifica-se que o autor faz referência a um caso de reedição de Medidas Provisórias que havia sido rejeitada pelo Congresso – aqui sim uma hipótese específica em que o STF limitou a atuação do Executivo, mas insuficiente diante do excesso de utilização dessas normas durante os anos 90[611] – e outros casos relativos a medidas de natureza tributária. As lides envolvendo Direito Tributário talvez se configurem realmente como uma exceção à postura judicial acima apontada. Cita-se os casos da inconstitucionalidade da instituição do IPMF, inclusive com prévia concessão de cautelar suspendendo a exigência do tributo [612], a inconstitucionalidade do Finsocial [613], a inconstitucionalidade da majoração e do adicional de Contribuição Previdenciária (1999)[614]. Por se tratar de tema com uma amplitude muito grande de casos, torna-se difícil uma mensuração precisa. Há também grande quantidade de causas tributárias favoráveis ao Estado ou que apenas são julgadas muito tempo depois.

De qualquer modo, algumas pesquisas mostram de fato uma maior resistência judicial a novas medidas tributárias. Marcus de Castro, por exemplo, afirma que a política tributária se constituiria como uma exceção da jurisprudência na proteção de direitos constitucionais, possivelmente pela tradição de legalidade e de proteção do direito do contribuinte desenvolvida no Direito Tributário. A análise do autor, que envolveu a análise de acórdãos do STF (em 1994), levou-o a concluir que o Tribunal "preponderantemente não

[611] Até porque, antes da alteração da Emenda Constitucional nº 32/2001, o entendimento do STF era de que apenas as medidas rejeitadas não poderiam ser reeditadas. Já as medidas provisórias não apreciadas poderiam ser seguidamente reeditadas. Conforme Súmula Vinculante nº 54: "A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição".
[612] STF. Pleno. ADI 939. Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 15/12/1993.
[613] STF. Pleno. RE 150764. Relator Ministro SEpúvelda Pertence. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 16/12/1992.
[614] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.010/MC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 30/09/1999.

tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais, com exceção da política tributária[615].

Poder-se-ia dizer que há, no Brasil, uma tradição de maior cuidado com o jardim do que com a praça, como alerta Fernando Facury Scaff ao comparar respectivamente Direito Tributário e Direito Financeiro ou o espaço interno e o espaço público: "É imprescindível que seja realizado o equilíbrio entre o espaço do jardim e da praça, do âmbito privado e do público, do Direito Financeiro e do Direito Tributário, de forma dinâmica, permitindo que o Estado Social cumpra suas promessas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[616].

Ainda quanto ao Brasil dos anos 90, poder-se-ia apontar que a debatida judicialização da política representaria um argumento contrário à ausência de controle judicial do Executivo. Ou seja, se existe uma judicialização da política, isso significaria um eventual excesso de interferência judicial no Executivo/Legislativo e seu papel de realização de políticas públicas [617] . No entanto, o fenômeno da judicialização da política está principalmente relacionado à insuficiência da atuação de Executivo e Legislativo em atender às exigências da sociedade por meio de políticas públicas. Essa insuficiência conduz à demanda judicial por direitos, especialmente direitos sociais e econômicos. Nesses casos, não há propriamente a imposição de um constrangimento efetivo pelos controles institucionais (para usar a expressão de Scheuerman), mas uma substituição do Executivo pelo Judiciário na execução de políticas públicas.

Nesse sentido, o Judiciário não age como freio ou contrapeso dos eventuais excessos cometidos pelo Executivo, mas pretende substituí-lo, na maioria das vezes praticando uma justiça comutativa e não distributiva; fazendo microjustiça e não macrojustiça [618] . Essencialmente, nas ações que visam garantir direitos sociais, é uma "minoria com acesso ao Judiciário que passa a fixar – sem qualquer regra de representação política – uma grande

[615] CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, nº 34, pp. 147-156, 1997.
[616] SCAFF, Fernando Facury. O Jardim e a Praça ou a Dignidade Humana e o Direito Tributário e Financeiro. In: Heleno Taveira Tôrres (org.). *Direito e Poder - Nas Instituições do Público e do Privado Contemporâneos - Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005, p. 556.
[617] Sobre o tema da judicialização, vide VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999; TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
[618] SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

parte da agenda pública"[619], restringindo o papel constitucional de formulação das políticas públicas atribuído aos poderes com representação política (Executivo e Legislativo).

Analisando a judicialização da política, José Eduardo Faria afirma que o Judiciário brasileiro foi concebido para atuar em uma sociedade estável, sobretudo para conflitos interindividuais e com interesses unitários. A realidade brasileira, de instabilidade, desigualdade, crise econômica e social, é incompatível com tal modelo, gerando uma crise no sistema[620]. A judicialização da política aparece, assim, como mais um efeito do cenário de crise, do bloqueio constitucional e da atuação do Executivo: "o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do País e a consequente explosão da crise social provocaram intensa procura dos cidadãos ao Poder Judiciário"[621]. Um dos principais fundamentos para a judicialização da política é, portanto, "a incapacidade do Estado de controlar, disciplinar e regular uma economia complexa e globalizada". Nesse contexto, afirma o autor:

> Pressionado por fatores conjunturais e provocado por contingências que desafiam sua autoridade; condicionado por correlações circunstanciais de forças e obrigado a exercer funções incongruentes entre si, levado a tomar decisões em contradição com os interesses sociais vertidos em normas constitucionais, o Executivo legisla para coordenar, balizar e disciplinar o comportamento dos agentes produtivos. No entanto, essa legislação não só é muitas vezes produzida ao arrepio da Constituição, como também funde diferentes matérias em um mesmo texto ou fragmenta a mesma matéria em diferentes leis. O resultado dessa estratégia é paradoxal. Quanto mais o Executivo recorre a ela para disciplinar o funcionamento da economia, menos vê suas metas concretizadas e suas decisões acatadas. (...) O mesmo Executivo que legisla desenfreadamente para estabilizar a moeda acaba provocando instabilidade legal. Com isso, não só acirra os conflitos, multiplica as tensões e encurta seu horizonte decisório, como também dificulta o cálculo racional entre os agentes produtivos, distorce a formação dos preços relativos e dissemina a insegurança no sistema econômico, levando cidadãos e empresas a bater à porta dos tribunais. É aí que surge o fenômeno da judicialização da política[622].

Dessa maneira, a judicialização da política não necessariamente demonstra a existência de um controle adequado sobre a atuação do Executivo ou sobre a violação a direitos sociais em um estado de emergência. Ela representa, mais precisamente, a

---

[619] PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 140.

[620] FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil. In LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). *Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005, p. 25.

[621] VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 389-406, 2008.

[622] FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil. In LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop; Bagaço, 2005, p. 30.

substituição do Executivo e do Legislativo, decorrente da "incapacidade desses dois poderes de formular uma ordem jurídica com unidade e coerência". Esse quadro leva o Judiciário a ter que decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações socioeconômicas, convertendo-se numa instituição legislativamente ativa [623]. Um ativismo judicial, nesses termos, pode enfraquecer, ao invés de fortalecer, o Estado Democrático de Direito[624]. Assim, o que se critica é a frágil atuação judicial no seu papel contramajoritário durante a emergência econômica dos anos 90. Não se defende, por outro lado, que o Judiciário substitua os poderes eleitos ou o poder constituinte.

O caso argentino também oferece importantes reflexões para a emergência econômica. Diferentemente do Brasil, em que a emergência econômica não foi expressamente declarada[625], na Argentina, a série de crises (econômicas, sociais e políticas) que predominaram no país desde o fim da ditadura militar culminaram em um grande número de decretos de necessidade e emergência econômica[626].

No primeiro governo após a redemocratização, entre 1983 e 1989, o Presidente Raúl Alfonsín editou dez decretos de necessidade e urgência, dentre os quais o decreto 2.196/86, que declarava estado de emergência econômica no *sistema nacional de previsión social* e paralisava o trâmite de todos os juízos, inclusive a execução de sentenças e de cobranças contra as *Cajas Nacionales de Previsión*. O governo seguinte, de Carlos Menem, ainda mergulhado na emergência econômica, decretou estado de sítio em 1990 (Decreto nº 2.536/90), além de decretos de necessidade e urgência, que outorgaram ao governo um poder de polícia, que permitiu, segundo Horacio Gonzalez, que o Presidente atuasse à margem da Constituição[627]. O governo Menem se caracterizou por um hiperpresidencialismo ainda mais

---

[623] Ibidem, p. 31.

[624] Sobre o tema, vide PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antonio Paulo de Mattos. O papel do Judiciário, o Estado de Direito e o chamado ativismo judicial na doutina brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, p. 42-76, 2017.

[625] O estado de sítio "foi instaurado em três oportunidades na história brasileira do pós-1930: em outubro de 1930, imediatamente após a eclosão do movimento revolucionário chefiado por Getúlio Vargas, em novembro de 1935, durante a fracassada Revolta Comunista, e em novembro de 1955, no bojo da crise político-institucional que culminou na deposição de Carlos Luz e sua substituição por Nereu Ramos na presidência da República" (FGV. CPDOC. *Dicionário*. *Verbete Estado de sítio*. Disponível em http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/estado-de-sitio. Acesso em 12/10/2017).

[626] Entre 1989 e 1994, foram editados na Argentina 336 decretos de necesidade e urgência (LEGRAIN, Milli. *La crisis argentina de diciembre de 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado.* Universidad Complutense de Madrid, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2004). Entre 1983 e 2010, foram 1085 decretos de necessidade e urgência (AVALOS, Eduardo. Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días. *Revista de la Facultad de Derecho*, v. 3, n. 1. Universidad de Córdoba, 2013).

[627] GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 54.

exacerbado, um governo cujo poder foi exercido por decretos de necessidade e urgência, à época sem base constitucional[628].

Durante os anos 90, a Corte Constitucional Argentina legitimou (ou se recusou a exercer controle sobre) a maioria dos atos legislativos do Presidente (decretos executivos), pouco contribuindo para o controle do abuso de poderes presidenciais. Os casos *Peralta c. Nación Argentina* e *Cocchia c. Nación Argentina* são ilustrativos do posicionamento do Tribunal[629].

No caso *Peralta*, decidiu-se pela constitucionalidade do Decreto de necessidade e urgência nº 36/90 e, portanto, da limitação da retirada de depósitos bancários em dinheiro. Na decisão, restou expresso que "o fundamento das leis de emergência é a necessidade de colocar fim a situações de gravidade que obrigam uma intervenção na ordem patrimonial"; que "em situações de emergência, já foi reconhecida a constitucionalidade de leis que suspendem temporalmente os efeitos de contratos livremente convencionados (...) a fim de proteger o interesse público"; e que "em momentos de perturbação social e econômica (...) é possível o exercício do poder do Estado de forma mais enérgica que aquela admitida em períodos de normalidade"[630]. No caso *Cocchia* (decisão proferida em 02 de dezembro de 1993), discutiu-se a usurpação de poderes do Legislativo feita através do Decreto 817, que promovia uma reorganização administrativa e a privatização do transporte marítimo. Dentre os fundamentos utilizados para rejeitar a alegação de inconstitucionalidade, o Tribunal apontou que a interpretação da separação de poderes deve evoluir conforme a dinâmica dos tempos, observando-se os episódios críticos que demandam remédios excepcionais, o que não resulta incompatível com o marco normativo geral. A decisão consignou, ainda, que, com relação às "leis de emergência", é reservado ao legislador o controle e resguardo do interesse público, não cabendo aos juízes substituí-lo nessa função[631].

Portanto, durante esse período, verificou-se uma ampla anuência do Judiciário às medidas de emergência econômica e concentração de poderes extraordinários no Executivo. Para Horacio Gonzalez, o Judiciário contribuiu para a atuação arbitrária do Poder Executivo

---

[628] BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; CORRÊA, Flávio. Hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 2, p. 115-140, 2015, p. 127. Conforme observa Mili Legrain, "los decretos de necesidad y urgencia no eran autorizados por la Constitución, pero personalidades oficiales proclamaban que la República Argentina se encontraba ante una emergencia económica que requería métodos drásticos para afrontarla, con el pretexto de que 'Mañana puede ser demasiado tarde'" (LEGRAIN, Milli. *La crisis argentina de diciembre de 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado.* Universidad Complutense de Madrid, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2004).

[629] GARGARELLA, Roberto. What Courts should not do: Argentina. In GLOPPEN, Siri *et al.* (edtors). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004.

[630] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo Peralta. Julgado em 27/12/1990.

[631] ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallo Cocchia*. Julgado em 02/12/1993.

ao decidir os referidos casos, convalidando os poderes extraordinários independente de limites constitucionais. Os fundamentos da urgência e da necessidade econômica se transformaram em princípios supraconstitucionais, desfigurando a separação de poderes em seu sentido histórico: "o fortalecimento do Executivo subordinou os demais poderes e afogou a sociedade"[632].

A previsão dos decretos de necessidade e urgência foi formalmente incorporada na Constituição Argentina com a reforma realizada em 1994, tendo como um dos objetivos a própria redução do hiperpresidencialismo e a contenção no uso dessas normas. No entanto, se a reforma de 1994 pretendia atenuar o presidencialismo e fortalecer o Congresso e o Poder Judiciário, sua prática nos anos seguintes foi inversa: "acentuou-se uma forma de governo em que o poder judicial e o legislativo atuam como órgãos auxiliares do Presidente"[633].

Mesmo após a reforma, o governo De la Rúa, já no final dos anos 90 e início dos anos 2000, prosseguiu com a edição de decretos de urgência. Cita-se, por exemplo, em dezembro de 2001, a edição do Decreto de necessidade e urgência nº 1570/2001, que limitava os saques de dinheiro de contas bancárias e, ainda, o Decreto nº 1.678/2001, que declarava estado de sítio com vigência de 30 dias.

A despeito da violência, da instabilidade política e dos saques ocorridos no país em alguns momentos, fica claro que o contexto econômico mais uma vez foi determinante na declaração do estado de sítio e dos seguidos decretos de urgência. Como narra Alfredo Vítolo, o país vivia uma crise econômica e social com um significativo déficit fiscal, com o comprometimento da situação dos credores externos, paralisação produtiva e atraso cambial. As dificuldades enfrentadas pelo Presidente Fernando De la Rúa refletiram na política, com a renúncia do vice-presidente e de 2 ministros de economia (entre 2000 e 2001), e culminaram na grave situação institucional que levou ao estado de sítio. Dentre as medidas de forte "ajuste" adotadas durante o período, estavam a redução de salários de funcionários públicos, redução de aposentadorias e pensões e o estabelecimento do déficit zero. Diante da pressão popular (e depois de forte repressão policial), o presidente De la Rúa renuncia, assumindo provisoriamente o presidente do Senado (Ramón Puerta) que, mais uma vez,

---

[632] GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 62 e p. 92. Roberto Gargarella aponta, ainda, outros casos em que houve uma atuação do Judiciário argentino em sentido oposto a uma justiça democrática, à garantia de direitos básicos e à separação de poderes (GARGARELLA, Roberto. What Courts should not do: Argentina. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds.). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 194).

[633] GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 95 e p 130.

declarou estado de sítio em três províncias do país[634]. Para Horacio Gonzalez, o estado de sítio do governo De la Rua marca um processo de ilegalidade crescente por parte do Estado e o ponto mais baixo da legitimidade do sistema desde 1983[635].

As leis de emergência econômica com amplas delegações legislativas, o uso excessivo de decretos de necessidade e urgência, a concessão de superpoderes de administração financeira e orçamentária ao Chefe de Gabinete de Ministros e sua correspondente prática institucional, todos esses motivos levam à conclusão de que a reforma de 1994 não atenuou os superpoderes presidenciais[636].

O Poder Judiciário pouco alterou seu posicionamento, apesar de ter sido acolhida a inconstitucionalidade das medidas de urgência em alguns casos. Diante da limitação de disponibilidades financeiras e da conversão de depósitos em moeda estrangeira para pesos, o Tribunal decidiu os casos *Smith* e *San Luíz*, respectivamente julgados em fevereiro de 2002 e março de 2003. Em ambos, a decisão do Tribunal Constitucional foi pela inconstitucionalidade dos atos, a partir de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade frente aos direitos alegadamente violados[637]. Essas decisões diferiram do posicionamento anterior, porém, não produziram efetivamente uma ruptura da jurisprudência, mas uma reação tardia e insuficiente do Judiciário na imposição de limites à atuação do Estado[638].

Sobre esse aspecto, em outubro de 2004, ainda analisando medidas da crise econômica de 2001/2002, a Corte Suprema enfrentou novamente a constitucionalidade de leis de emergência, que impunham restrições a disponibilidades financeiras, conversão em pesos de depósitos em dólares e reformava o regime cambiário. No caso *Burgos*, o Tribunal voltou a julgar constitucionais medidas de emergência, conservando a discricionariedade do Poder Executivo. Reafirmou-se que a legislação de emergência responde ao intento de atenuar os efeitos de situações anômalas (econômicas, sociais ou de outra natureza) e se

---

634 VÍTOLO, Alfredo. *Emergencias Constitucionales I: estado de sitio*. 1ª ed. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina, 2004, pp. 294-299.
635 GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 199.
636 HERNÁNDEZ, Antonio. A Tres Lustros de la Reforma Constitucional de 1994. *Revista de la Faculdad de Derecho de México*, Vol. 60, 254, 2010, p. 188.
637 Trata-se de um período em que as decisões oscilaram. No caso *Verrocchi*, de agosto de 1999, sob o fundamento de violação a direitos sociais, a Corte Suprema julgou inconstitucionais os Decretos 770/96 e 771/96, que excluíam a percepção de beneficios sociais de trabalhadores que recebiam acima de determinado montante. Já no caso *Güida*, de junho de 2000, considerou-se constitucional a redução de salários públicos pelo Decreto 290/1995. No caso *Risolía de Ocampo*, de agosto de 2000, aplicou-se entendimento similar ao caso *Verrocchi*, julgando-se inconstitucional o decreto que estabelecia estado de emergência para empresas de transporte (HERNÁNDEZ, Antonio María. *Las emergencias y el orden constitucional*. Cordoba: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 35-36).
638 GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, pp. 287-288.

constituem expressão jurídica de um estado de necessidade generalizado. Assim, para superar um estado de adversidade, que implica uma situação de emergência, todos os setores devem dispor de seus interesses individuais em prol de um bem-estar geral[639].

Portanto, os efeitos da reforma constitucional de 1994 foram limitados e continuou-se, mesmo depois dela, a se governar por decretos, sem o devido controle do Congresso, do Poder Judiciário e da Corte Suprema. Os decretos presidenciais de urgência constituíram-se em um "símbolo do autoritarismo" na Argentina, seja pela má aplicação do instituto, seja pela timidez com que o Poder Judiciário historicamente limitou e condenou os excessos[640]. Em grande medida, a nova expansão do Executivo pós-reforma de 1994 foi facilitada pela anuência da Corte Suprema, especialmente no julgamento das situações de emergência[641].

Por fim, como já referido, a crise econômica dos anos 90 atingiu outros países, onde também houve frequente utilização de medidas de urgência[642]. Não só na Argentina e no Brasil, mas em todo o contexto latinoamericano, há uma percepção geral sobre a fragilidade do Judiciário no controle das crises e, por decorrência, uma fragilidade do próprio constitucionalismo. Ainda que os países latinoamericanos tenham, muitas vezes, se colocado na "vanguarda do modelo de constitucionalismo social, o impacto sobre a vida das pessoas não tem sido sempre uniforme"[643]. Apesar das inovações no que concerne aos direitos

---

639 ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallo Burgos*. Julgado em 26/10/2004. Para uma análise de outras decisões sobre a legislação de emergência argentina, vide ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Emergencia económica II: Secretaría de Jurisprudencia.* Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009.

640 VÍTOLO, Alfredo. *Emergencias Constitucionales I: estado de sitio*. 1ª ed. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina, 2004, pp. 307-308.

641 LEGRAIN, Milli. *La crisis argentina de diciembre de 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado.* Universidad Complutense de Madrid, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2004, p. 12.

642 Para análise de fenômeno semelhante em outros países, vide MELO DELGADO, Rosa Herlinda. *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2015. A Colômbia é outro país onde houve seguidos decretos de estado de sítio, de emergência e calamidade: entre 1949 e 1991 (42 anos), o país totalizou 30 anos sob estado de sítio. Já entre 1991 (ano da nova Constituição) e 2002, foram 12 decretos de estado de sítio. Embora o contexto colombiano tenha um componente distinto, em razão da maior intensidade da violência (conflito armado), os decretos tiveram motivações diversas - comoção interna ou emergência social – e parte deles foi diretamente justificada por crises fiscais e financeiras (vide UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004). A própria Constituição colombiana de 1991 surgiu de um contexto de crise política e econômica, o que gerou uma contradição entre "legitimidade e eficiência". A nova ordem constitucional buscou fortalecer o Estado "como condição para superar a crise de legitimidade", mas, por outro lado, o novo modelo de desenvolvmento exigiu "menos Estado, com o fim de permitir a livre disposição dos recursos pelo mercado". (ORJUELA ESCOBAR, Luís Javier. El Estado Colombiano en los noventa: entre la legitimidad y la eficiencia. *Revista de Estudios Sociales*, n. 1. Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia, agosto, 1998).

643 GARGARELLA.Roberto. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In RIBAS, Luiz Otávio (org.). *Constituinte exclusivo: um outro sistema político é possível.* São Paulo: Expressão Popular, 2014, p. 10.

sociais, manteve-se uma autoridade centralizada, com forte poder presidencial, autorizada a declarar estado de sítio e intervenção, a designar e remover ministros discricionariamente e a legislar: "a concentração de poder no Executivo faz com que as promessas constitucionais sigam sendo aspirações e não algo real"[644]. A opção pela presidência forte tende a criar estabilidade, mas o poder concentrado também produz abusos. Ao final, pode-se dizer que a emergência econômica dos anos 90, entretanto, acabou não por salvar o ordenamento jurídico, mas funcionou como geradora de mais emergência[645].

Apesar de algumas reformas constitucionais na América Latina pretenderem desconcentrar e descentralizar poderes, nem sempre foram efetivamente exitosas nesse sentido. Houve, em geral, um aumento do poder de legislar do Executivo, o que, em um contexto de forte instabilidade econômica, acabou por enfraquecer a proteção de direitos e restringir a participação democrática[646]. Ou seja, as reformas constitucionais acabaram não resolvendo a influência da emergência econômica no modo de governar, tampouco fez o Judiciário exercer controle suficiente a despeito da "judicialização da política".

Não se defende uma substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário[647]. O que se critica é que, por ter sido construído como poder responsável pelo controle constitucional e por limitar os excessos do Poder Executivo, o Judiciário não cumpriu seu papel de forma suficiente na emergência econômica latinoamericana da década de 90. O sistema judicial deve se posicionar junto ao Executivo e Legislativo como um dos três pilares que garantem liberdade, justiça e respeito ao Estado de direito, o que não ocorreu nos países latinos da década de 90: "o poder judicial se encontra fraturado, débil e incapaz de suportar suas responsabilidades constitucionais (...); o poder judicial da democracia moderna se encontra com um legado de submissão e subordinação"[648].

---

[644] Ibidem, p. 17.

[645] CAYUSO, Susana. La emergencia económica y la Constitución. Crónica de un pasado y presente contradictorios y de un futuro incierto. En busca de los controles perdidos. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, p. 1319-1343, 2005.

[646] NEGRETTO, Gabriel. *Shifting Constitutional Designs in Latin America: A Two-Level Explanation.* Conforme o autor: "The traditional concentration of power in the executive failed to provide effective protection for individual rights, and it restricted political participation and weakened the independence and power of the judiciary and oversight institutions". (Ibidem, p. 1778).

[647] É de se lembrar que, de um lado, a atuação do Judiciário teria a capacidade de impedir abusos do Executivo (*accountability* horizontal), de outro lado, porém, é o único Poder não eleito democraticamente (*accountability* vertical), havendo muitas vezes um incentivo para uma atuação protetiva de seus próprios interesses (corporativos). Para essas e outras críticas ao excesso de atuação do Judiciário, vide SANTISO, Carlos. Judicial governance in Brazil. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 166-70.

[648] NAGLE, Luz Estella. La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina. In SILVA, German Burgos (Eds.) *Independencia Judicial en America Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿ Cómo?*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003, p. 217. No mesmo sentido, Ernesto Garzon Valdés observava, em texto de 2000, que "do ponto de vista da vigência dos ordenamentos políticamente

Portanto, também quanto aos países periféricos (ou "novas democracias") da América Latina, Scheuerman tem razão ao apontar que os poderes extraordinários advindos com a emergência econômica raramente sofreram um constrangimento do Poder Judiciário[649]. As consequências dessa fragilidade é a renovação constante da emergência econômica como paradigma de governo, o que reflete nas seguidas crises enfrentadas pela região.

4.3. Perspectivas do Judiciário brasileiro em face das recentes transformações do Direito Financeiro

Na seção anterior, apresentaram-se exemplos históricos da fragilidade do controle judicial no estado econômico de emergência. De maneira geral, nas situações apresentadas, a atuação do Poder Judiciário é insuficiente para conter abusos do Poder Executivo, proteger direitos e garantias ou mesmo assegurar a separação de poderes. Diante da emergência econômica, o Judiciário enfrenta enormes dificuldades em se configurar como "o guardião da Constituição".

Considerando que o cerne do presente trabalho são as transformações do Direito Financeiro em curso no Brasil, falta olhar para a atuação do Judiciário brasileiro e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, no contexto atual. Uma vez que são mudanças ainda em debate, é possível tão somente traçar algumas perspectivas sobre a atuação do STF. Os processos a seguir indicam direções contraditórias e pouco sólidas.

Primeiramente, o próprio histórico do Supremo Tribunal Federal durante os anos 90, como discutido na seção 4.2.4, sinaliza uma atuação permissiva em face do excesso de medidas provisórias, dos planos de privatização e de estabilização monetária. Ademais, a judicialização da política sinaliza dificuldade de atuação do Judiciário frente a direitos coletivos.

---

democráticos e socialmente justos, a América Latina seguía sendo o continente do desencanto e da frustração" (GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y democracia en América Latina. *Revista Isonomia nº 14*. México: Instituto Tecnológico Autónomo, abril de 2001, p. 33). Sobre o tema, vide ainda SILVA, Maria Viegas. O Judiciário brasileiro e a falta de independência dos juízes como um relexo do sistema judicial no Brasil. In LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). *Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

[649] SCHEUERMAN, William E. The Economic State of Emergency. *Cardozo Law Review*. Vol. 21 – Maio, 2000. Yeshiva University, 2000, p. 1.882.

Em segundo lugar, olhando mais especificamente para o Direito Financeiro, constata-se uma evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle jurídico do orçamento. Na seção 1.2, mencionou-se que o entendimento inicial do STF era de não exercer controle de constitucionalidade de leis orçamentárias (ADI nº 1.640[650] de 1998). Depois, o mesmo Tribunal passou a entender pela possibilidade de controle de constitucionalidade, a depender dos efeitos da lei (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925, de 2003[651]). Por fim, afirmou o dever de exercer o controle de constitucionalidade de lei orçamentária (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048[652]). A mudança tende a representar uma postura de maior garantia a direitos (e outras prioridades constitucionais) e de restrição a arbitrariedades do Executivo.

Nos casos de 1998 e 2003 (primeira mudança de entendimento), discutia-se a tredestinação de recursos com destinação constitucionalmente definida. Em 1998, o STF não impediu (em verdade, absteve-se) que recursos da CMPF fossem destinados para fins outros que não as ações de saúde. Já em 2003, o entendimento foi sobre a impossibilidade de o Executivo tredestinar recursos da CIDE-combustíveis para finalidade distinta daquela prevista constitucionalmente. Esse entendimento deveria se aplicar a qualquer outra contribuição, inclusive contribuições sociais. Finalmente, em 2008, a decisão limitou a possibilidade de abertura de créditos extraordinários por Medida Provisória, contrariando a intenção de o Executivo utilizar tal medida de urgência para alterar despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. O avanço na jurisprudência, entretanto, não significa que o STF efetivamente tem exercido tal controle. No próprio caso dos créditos extraordinários (vide seção 3.2.3), prevalece a jurisprudência em que, encerrado o exercício, há perda de objeto, afastando o controle do STF sobre tais atos. Daí um dos sinais contraditórios da jurisprudência do Tribunal.

O terceiro e último elemento a ser considerado diz respeito às recentes Ações que ainda tramitam no STF e, portanto, não possuem decisão definitiva. Trata-se de três casos com alto potencial de repercussão na proteção de direitos fundamentais e na conformação do Direito Constitucional Financeiro: ADPF nº 347, ADI nº 5.595 e ADI nº 5.658. Tais processos são analisados a seguir.

---

[650] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1640 QO. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 12/02/1998.

[651] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2.925/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio. Julgamento 19/12/2003.

[652] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para que fosse reconhecido um "estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro" e, consequentemente fossem adotadas "providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos". Tais lesões seriam decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que resultaram na insuficiência de vagas no sistema penitenciário, nas condições inadequadas ao encarceramento, na ameaça à segurança física, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social e ao acesso à jurisdição dos presos[653].

A partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, a ação requer a adoção de uma série de medidas, parte de natureza processual-penal e parte de natureza orçamentário-financeira. Nesse sentido, para fins da presente Tese, destacam-se dois aspectos na decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que concedeu parcialmente a medida cautelar: (a) o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; e (b) a determinação para que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e se abstenha de realizar novos contingenciamentos.

Quanto ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, conforme consta do voto do Ministro relator, trata-se de uma tese oriunda do Tribunal Constitucional da Colômbia, e conta com três "pressupostos principais": situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; transgressões que exigem a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. Tais pressupostos foram identificados no sistema carcerário brasileiro.

Diante disso, a discussão passa a ser sobre o papel do STF. Tendo em vista o bloqueio institucional na área do sistema penitenciário, esclarece o Ministro Relator, cabe ao Supremo superá-lo, agindo em "diálogo com outros Poderes e com a sociedade", para catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas. A decisão ressalta que não se quer afastar os demais Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Especificamente quanto ao aspecto orçamentário, entendeu o Relator que cumpre ao Tribunal "interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-

[653] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF nº 347/MC. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015.

las". Seguindo essas premissas, uma das determinações foi para que a União liberasse os valores do FUNPEN e não realizasse mais contingenciamentos.

O referido Fundo, criado pela Lei Complementar nº 79/1994, tem como objetivo "financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro". Segundo relatórios da própria unidade administradora do fundo – Departamento Penitenciário Nacional –, a maior parte dos recursos é contingenciada ou não utilizada. Nessa linha, fundamenta o Ministro Relator que a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, já que os recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados em valores muito superiores aos efetivamente realizados, "apenas para alcançar metas fiscais".

A decisão, embora em sede cautelar, demonstra um avanço na proteção orçamentário-financeira dos direitos fundamentais. Resta, entretanto, saber em que medida servirá de precedente para outros direitos cujas políticas públicas também são constantemente inexecutadas em razão do contingenciamento[654]. Resta saber, ainda, em que medida haverá o diálogo entre os Poderes e o suficiente respeito à função de Executivo e Legislativo na elaboração e execução de políticas públicas. Afinal, saúde, educação, saneamento, violência e habitação, o que não estaria em um estado de coisas inconstitucional? Como consignou o Ministro Relator, ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do "estado de coisas inconstitucional", não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, quais não se encaixariam nesse conceito[655].

No mesmo sentido, cabe citar decisão no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *leading case* do tema 220 da Repercussão Geral, no qual o Tribunal assentou tese sobre a inoponibilidade da reserva do possível à

---

[654] Sobre o tema, vide ainda PINTO, Élida Graziane. Da saúde aos presídos vivemos um Estado de Coisas Inconstitucional. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional. Acesso em 23/10/2017; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Para uma crítica sobre a amplitude do conceito e seus riscos, vide STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. *Conjur*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil. Acesso em 23/10/2017.

[655] Trechos do voto do Ministro Relator. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF nº 347/MC. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Menciona-se, ainda, que, depois da decisão, os Estados de Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo e Sergipe apresentaram petição afirmando a não liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional. A União, por outro lado, afirmou não ter descumprido a cautelar, uma vez que teriam sido adotadas todas as ações orçamentárias e financeiras necessárias, com o aumento do montante destinado ao Fundo Penitenciário Nacional na proposta orçamentária de 2017. Posteriormente, dois Estados solicitaram a liberação de recursos do Funpen – Ceará e Bahia, alegando que cumpriram os requisitos legais para tal. Ambos os pedidos foram deferidos.

efetividade da dignidade da pessoa humana no caso do sistema prisional, nos seguintes termos:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes[656].

Quanto à redação da tese, cabe desde logo uma ressalva. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin sugeriu uma redação propositiva ao final do texto: "(...) sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, colocaria um ponto e não me referiria ao afastamento do princípio da reserva dos Poderes". Ou seja, propõe o Ministro um limite expresso para a reserva do possível, o denominado "justo motivo, objetivamente aferido", sem referência à separação de poderes. O Ministro Relator, logo em seguida, concorda com a redação proposta:

> Ministro Fachin, Vossa Excelência enriquece, com suas ponderações, o meu modesto voto, e, desde logo, quero dizer que não tenho nada a opor a essa formulação. Creio que essa formulação é mais adequada realmente. Eu imaginei que, quando estava no início da formulação da tese, referindo-me apenas a medidas emergenciais, essa minha parte final poderia eventualmente ser tolerada dentro do contexto do voto. Mas eu acredito que a formulação de Vossa Excelência, no que diz respeito à parte final da tese, é perfeitamente compatível com aquilo que eu penso[657].

Porém, após serem proferidos todos os votos, decidiu-se pela redação originalmente proposta, o que foi feito por unanimidade:

> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Fachin, Vossa Excelência, como um grande jurista, um eminente Professor, sugeriu alguma alteração na tese. Eu vejo que o Plenário se encaminhou no sentido de confirmar a tese; inclusive, o Ministro Fux, que teve que abandonar o Plenário por motivos de trabalho, e também a Ministra Cármen Lúcia, aqui pela intranet, também apoiam a tese. Eu pergunto se Vossa Excelência ficaria vencido na tese, mas não no resultado; ou se a aderiria à minha tese sem restrições. Vossa Excelência fica totalmente à vontade. E eu consignaria isso em ata sem o menor problema.
>
> O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - (...) A Sessão de hoje está se revelando uma Sessão histórica neste Tribunal. E, em homenagem às premissas e às preocupações aqui externadas, sem embargo de me permitir

[656] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema 220. L*eading case*: Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.
[657] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema 220. L*eading case*: Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.

> juntar uma declaração de voto explicitando a minha posição, eu estou aderindo também à tese de Vossa Excelência e acompanhando o Plenário[658].

Encontra-se pendente Embargos de Declaração da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul (Recorrida), para limitar o teor da tese fixada, adicionando a seguinte expressão: "É lícito ao Judiciário, desde que se evidencie um 'não fazer' comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados, impor...". Na esteira do que alertou inicialmente o Ministro Edson Fachin, sob a concordância inicial do Ministro Relator, a tese fixada acabou expressando um entendimento mais amplo do que aquele efetivamente julgado.

Cumpre observar que a tese está restrita ao âmbito do sistema penitenciário e algumas das premissas que a fundamentam são exclusivas a tal sistema (situação emergencial dos presídios e a situação específica do contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário), o que foi fundamental na *ratio decidendi*. De qualquer modo, o caso representa uma aplicação concreta do quanto decidido monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, de inoponibilidade da reserva do possível à violação ao núcleo essencial de direitos fundamentais[659].

Resta, novamente, saber como os fundamentos dessa tese serão aplicadas a outros direitos, em que, igualmente, pode haver uma situação drástica, com recursos contingenciados ou não executados.

Outro processo que se destaca é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.595, ajuizada pela Procuradoria Geral da República em face dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015. A referida Emenda (denominada "Emenda do orçamento impositivo") instituiu a obrigatoriedade na execução das despesas de emendas parlamentares ao orçamento, no montante de 1,2% da receita corrente líquida, tema já tratado na seção 3.3.2. Além da impositividade para as emendas parlamentares, os artigos 2º e 3º, objeto da ação, trouxeram novas regras para aplicação, pela União, do percentual mínimo em saúde: 15% da receita corrente líquida conforme artigo 198 da Constituição. O artigo 2º da Emenda instituiu uma aplicação progressiva do mínimo com saúde ("subpisos progressivos") e um prazo de 5 anos até que se chegasse ao total de 15%. O artigo 3º autorizou a inclusão dos

---

[658] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.
[659] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Decisão Monocrática. Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004.

recursos com *royalties* da exploração de petróleo e gás natural (artigo 20, § 1º, CF) no gasto mínimo com saúde (artigo 3º)[660].

As referidas normas impõem uma redução no financiamento da saúde pela União, pois o artigo 2º estabelece pisos distintos e menores daquele previsto no artigo 198, e o artigo 3º inclui no piso mínimo recursos que haviam sido aprovados como uma fonte adicional de recursos, conforme regulamentação do artigo 20, § 1º da Constituição pela Lei nº 12.858/13. Na linha do exposto na inicial da Ação, a redução do financiamento viola o direito à vida e à saúde (direitos fundamentais e clausula pétrea da Constituição); viola os princípios da vedação ao retrocesso social e da proporcionalidade e descumpre o dever de progressividade na concretização dos direitos sociais (conforme compromisso assumido pelo Brasil no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Após ouvidas as partes, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski concedeu a cautelar para suspender a vigência das normas, em decisão monocrática de 27/09/2017. Na conclusão de sua decisão, fundamentou o Ministro Relator no seguinte sentido:

> a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros. A isso se soma a demanda crescente do SUS, sobretudo nos últimos anos, quando houve um agravamento no quadro de desemprego no país. A norma jurídica questionada piora substancialmente a desigualdade no acesso a direitos fundamentais, a justificar a imediata concessão da cautelar pleiteada. Além disso, a existência de periculum in mora em caso de falta de apreciação urgente pelo Supremo Tribunal Federal do pedido de cautelar também reside na repercussão do quanto for efetivamente pago pela União nas ações e serviços públicos de saúde em 2017, para fins de fixação do piso constitucional que passará a vigorar em 2018, bem como ao longo dos próximos 19 anos, na forma do art. 110, II do ADCT, inserido pela EC 95/2016. Portanto, dado o novo regime orçamentário que passará a submeter também o piso federal da saúde a partir de 2018, a concessão de medida cautelar em data posterior consumará – de fato – o perigo de se

[660] Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:
I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.
Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

> exacerbar o "quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país [...], que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros", tal como suscitou o requerente[661].

Interessante notar que, para além da redução do percentual mínimo nos próximos 5 anos, conforme diretamente determinado pela Emenda nº 86/2015, há um reflexo na aplicação dos recursos de saúde nos próximos 20 anos. Como exposto na decisão, a Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o "teto de gastos" (tratado na seção 3.3.3), dispõe que as despesas com saúde serão anualmente ajustadas apenas pela inflação, tendo como referência o ano de 2017. Se em 2017 já não há o percentual constitucional mínimo de 15%, os reflexos conjuntos das duas Emendas agravam ainda mais o financiamento da saúde. Por essa razão, a revogação do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015 (pela Emenda nº 95/2016) não deve impedir uma decisão final sobre o tema. A declaração de inconstitucionalidade da norma, mesmo que revogada, terá por efeito a recomposição do percentual aplicável à saúde em 2017 e, consequentemente, dos anos seguintes[662].

Embora se trate de uma decisão provisória, as premissas apresentadas sinalizam um avanço considerável na proteção jurídico-financeira do direito fundamental à saúde. Ou seja, a proteção do direito à saúde "exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado", inclusive pelo "dever de gasto mínimo no setor". O financiamento do direito à saúde, conforme mínimo constitucionalmente estabelecido, integra o núcleo essencial do direito à saúde, sendo vedado seu retrocesso[663].

Por último, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e que questiona parte das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o "teto de gastos" (ou Novo Regime Fiscal). A Ação ataca a aplicação do limite de gastos para as ações e serviços de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino e questiona o prazo de 20 anos estabelecido pela Emenda, na medida em que "retira do campo da política ordinária a decisão sobre os meios necessários ao atingimento do equilíbrio fiscal" e esvazia a democracia e a decisão sobre a adequada alocação dos recursos públicos. Mesmo que haja crescimento econômico e

---

[661] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.595. Decisão Monocrática. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 27/09/2017.

[662] Sobre o tema, vide, SCAFF, Fernando Facury. Emenda Orçamentária 86/2015 foi declarada inconstitucional. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-set-05/contas-vista-emenda-orcamentaria-86-foi-declarada-inconstitucional-dai. Acesso em 23/10/2017

[663] Vide, ainda, PINTO, Élida Graziane. STF reconhece o direito de ter o custeio adequado dos direitos. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-set-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595. Acesso em 23/10/2017.

elevação de receitas, impede-se que seja incrementado o nível de investimento de recursos públicos para além da inflação[664].

Há, portanto, na Ação em questão, dois temas de profunda relevância: a garantia de direitos fundamentais e o princípio democrático. Por essa razão, conforme argumentos apresentados na inicial, tem-se por objetivo que o limite de gastos tal como estabelecido na emenda não se aplique sobre os direitos à saúde e educação, que possuem orçamento mínimo próprio. Pleiteia-se, também, que cada Presidente deve propor os limites, não sendo apenas uma opção a ser feita no décimo exercício de vigência da emenda (tal como previsto na nova redação do artigo 108 da ADCT).

Até a conclusão da tese, ainda não havia decisão. Porém, interessante mencionar que as normas da Emenda Constitucional nº 95/2016 haviam sido questionadas antes mesmo de sua entrada em vigor, ou seja, quando ainda estava em discussão no Congresso a PEC nº 55, de 2016. O Mandado de Segurança nº 34.448 pretendia obstar a tramitação e aprovação da Emenda. Em sede liminar, o Ministro Relator Roberto Barroso asseverou, inicialmente, que "o Congresso Nacional, funcionando como poder constituinte reformador, é a instância própria para os debates públicos acerca das escolhas políticas a serem feitas pelo Estado e pela sociedade brasileira, e que envolvam mudanças do texto constitucional. Salvo hipóteses extremas, não deve o Judiciário coibir a discussão de qualquer matéria de interesse nacional". O STF preferiu não interferir, via medida liminar, na discussão parlamentar e indeferiu a liminar. Posteriormente, o Mandado de Segurança foi extinto em razão da aprovação da Proposta de Emenda.

A apreciação do tema em sede liminar e o fato de a norma não estar em vigor foram determinantes para a decisão, o que constou no voto do Ministro Relator – "excepcionalidade do controle de constitucionalidade de propostas de emenda à constituição". No entanto, o Ministro adiantou considerações relevantes sobre o mérito da constitucionalidade da norma, posteriormente aprovada. Ainda que tenha feito menção expressa, em mais de uma vez, que a análise era em sede de cognição sumária e, também em mais de uma oportunidade, o Ministro tenha destacado os prejuízos decorrentes de se suspender a tramitação de uma proposta de emenda, dois aspectos meritórios chamam a atenção, justamente aqueles constantes dos parágrafos 4 e 5 da ementa da decisão:

> 4. A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências negativas que dessas disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a

[664] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658. Inicial.

> proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.
> 5. Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização (grifo nosso)[665].

Sobressai o tratamento dado à responsabilidade fiscal. Como pontua o Ministro, pode-se assumir que a responsabilidade fiscal, em sentido amplo, seja um valor a ser buscado por qualquer sistema jurídico. Entretanto, a forma, o tempo e os mecanismos pelos quais se alcança a responsabilidade fiscal estão longe de ser unanimidade, seja entre juristas, políticos ou economistas. Não se pode dizer que se trata de um "fundamento sem qualquer ideologia". Ao contrário, a discussão sobre a responsabilidade fiscal se verifica também como um tema de debate ideológico. Como afirma Michel Bouvier, os conceitos de déficit público, dívida pública ou sustentabilidade das finanças públicas são conceitos que, embora envolvendo aspectos altamente técnicos, são de natureza política – a abordagem de tais conceitos depende de como se concebe a vida em sociedade [666]. Equilíbrio, estabilidade e sustentabilidade são disposições jurídicas; não podem ser fórmulas para afastar o sentido da Constituição, mas devem ser meios de garantir o Estado social e democrático de direito[667].

Neste ponto, mesmo que não tenha sido essa a pretensão do Ministro, a afirmação leva ao perigo de se relacionar, como inseparáveis, o "teto de gastos" proposto (e que estava em análise na decisão) e a responsabilidade fiscal, como se aquele fosse o único caminho para esta e como se fosse um valor universalmente desejado e, inclusive, protegido juridicamente.

O segundo ponto diz respeito aos prejuízos aos mais vulneráveis. Segundo a decisão, esse aspecto não poderia ser objeto de apreciação pelo Judiciário. Nas palavras do Ministro, "a disputa por recursos escassos (...) não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica". Deve haver sim uma disputa política na alocação de recursos, a ser realizada no âmbito da proposta e da aprovação da lei orçamentária. Isso não quer dizer que inexistam balizas jurídicas, muitas das quais são

---

[665] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Mandado de Segurança nº 34.448/MC/DF, Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/10/2016.
[666] BOUVIER, Michel. La soutenabilité des finances publiques en déficit de projet politique. *Revue Française de Finances Publiques* nº 118. França: Fondafip, 2012.
[667] CORTI, Horacio. Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, v. 7, n. 1, p. 144-173, Jan./2017.

oriundas de cláusulas pétreas. É o caso da garantia dos direitos fundamentais. No caso em questão, entende-se justamente se tratar de uma exacerbação dos limites constitucionais impostos ao gasto público, uma questão constitucional que demanda controle judicial. Se não em face de proposta de emenda, em face da emenda aprovada.

Em resumo, quando se analisa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, há ainda dificuldade de identificar perspectivas concretas de um controle sobre a emergência econômica e as transformações do Direito Financeiro. Para além das restrições processuais, remanesce um histórico de permissividade do STF em face de atos do Executivo. De outra parte, há indícios de uma evolução na jurisprudência do Tribunal no controle judicial da lei orçamentária e indícios de uma evolução do Tribunal no tocante à proteção de direitos fundamentais, inclusive em decisões recentes como a ADPF nº 347 e ADI nº 5.595. Como se trata de decisões recentes e não definitivas (em sede cautelar) e, no caso da segunda, monocrática, não há um caminho firme de proteção judicial dos fundamentos, direitos e garantias da Constituição no âmbito do Direito Financeiro. Aguarda-se a confrontação de tais aspectos com a emergência econômica. Pensa-se que o será no caso da apreciação da inconstitucionalidade do "teto de gastos" (ADI nº 5.658). Aliás, quando questionada a então "PEC do teto", os argumentos na linha de "responsabilidade fiscal sem ideologia", "recursos escassos" e da "questão política e não constitucional" prevaleceram[668].

Desse modo, não se afasta a ameaça aos pilares e fundamentos da Constituição Financeira. Pode-se dizer, que é iminente o risco de uma mutação constitucional contrária ao *telos* originalmente estabelecido na Constituição de 1988 no âmbito do Direito Financeiro, conforme analisado a seguir.

4.4. O risco de mutação da Constituição Financeira contrária a seu *telos*

Analisando períodos de crise (não apenas crises econômicas, mas que envolveram violência física e/ou guerra civil) e de supressão de direitos humanos durante a segunda metade do século XX, John Dugard identifica um comportamento histórico do Judiciário em não confrontar o poder estabelecido: "juízes recorrem ao formalismo, a um positivismo vulgar (e ocasionalmente a um positivismo kelseniano) para justificar a abstenção judicial ou o apoio à autoridade do Executivo", evitando o relevante papel que poderiam ter na busca

[668] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Mandado de Segurança nº 34.448/MC/DF, Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/10/2016.

por justiça[669]. Para Michael Stolleis, um Estado em crise não pode ser salvo pelo Judiciário em nenhum grau[670].

Os exemplos históricos apontam de fato para uma fragilidade do Judiciário em fornecer uma reação contramajoritária em face das transformações ocorridas num contexto de crise e de emergência econômica. É frequente que o Judiciário recorra a alegações de "necessidade política e econômica" para fundamentar interpretações de constitucionalidade questionável. O acolhimento ou a repulsa a esses elementos (necessidade e urgência econômica, por exemplo) é dilema constante das Cortes constitucionais em momentos de crise. A abertura a argumentos dessa natureza e a ausência de reações contramajoritárias pelo Judiciário aumentam o risco de que as instituições, os valores e os princípios constitucionais permaneçam intactos. Daí se falar não somente no bloqueio da implementação da Constituição, mas também no risco de uma mutação constitucional contrária a seu *telos.*

Em setembro de 1999, julgando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.783/99, que majorava a Contribuição Previdenciária dos servidores ativos e inativos e instituía um adicional, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo que seu papel de defesa da Constituição "não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental". O STF excluía a possibilidade de uma avaliação consequencialista, que considerasse, por exemplo, a emergência econômica como fundamento de sua decisão. Na mesma decisão, o Supremo afastou a possibilidade de ajustar a Constituição para conferir "um sentido de maior contemporaneidade", mesmo que diante "de necessidades políticas, sociais ou econômicas". Ajustes apenas são feitos mediante "prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma", segundo ponderou a decisão, conforme trechos abaixo transcritos:

> Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da CR representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo,

[669] DUGARD, John. The Judiciary in a State of National Crisis - With Special Reference to the South African Experience. *Wash. & Lee L. Rev*., v. 44, 1987, p. 498.
[670] STOLLEIS, Michael. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 266-280, 2003, p.

> pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas[671].

Esse é um exemplo de decisão no qual o Supremo se coloca no papel de "guardião da Constituição", acima de "exigências ditadas por necessidades políticas, sociais e econômicas". De outro lado, já reconheceu o mesmo Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, que "necessidades resultantes de processos de transformações sociais, econômicas e políticas" autorizam uma interpretação que conduz a uma "mutação constitucional", ou seja, autorizam um "processo informal de mudança da Constituição através de suas decisões". Cita-se, por exemplo, a seguinte decisão:

> INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea[672].

O Supremo, portanto, recorrentemente enfrenta o dilema de considerar ou não circunstâncias políticas, sociais e econômicas; em ajustar ou não a interpretação constitucional e, por decorrência, a norma constitucional a essas circunstâncias. Na primeira decisão mencionada (ADI nº 2.010/MC), foram afastadas as circunstâncias extrajurídicas em nome da conservação da rigidez constitucional. Já na segunda decisão (Habeas Corpus nº 91.361), as circunstâncias foram acolhidas para se promover uma mutação constitucional.

As duas decisões, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello, poderiam ser encaradas como uma contradição no entendimento da Corte (ou uma mudança de entendimento). Porém, chama a atenção um aspecto comum a ambos os casos: a proteção a uma garantia, princípio ou objetivo fundamental da Constituição. É o que se tem denominado

---

[671] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.010/MC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 30/09/1999. O debate do caso envolvia justamente a "necessidade" de aumento da Contribuição Previdenciária para cobrir déficits, inclusive de despesas com pessoal, como foi alegado pelo próprio Executivo no processo. Nesse sentido, os argumentos trazidos pelo Ministro Relator foram no sentido de que a grave crise e distorções do sistema previdenciário nacional não poderiam autorizar o desrespeito a valores e limitações impostos pela Constituição.

[672] Caso em que se decidiu pela ilegitimidade jurídica da decretação de prisão civil do depositário infiel. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 91.361. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/09/2008.

na presente Tese de *telos* constitucional. No primeiro caso, o *telos* constitucional demandou a manutenção da rigidez da Constituição, independentemente das necessidades econômicas. No segundo caso, transformações sociais, políticas e econômicas autorizaram uma mutação constitucional, pois dela resultou uma norma constitucional que protegeria mais adequadamente o *telos* constitucional (no caso, garantias fundamentais). Obviamente a eleição do critério não pacifica a questão. Havendo critério, remanesce a discussão sobre sua correta aplicação no caso concreto. Mas, para além da sua correta aplicação, interessa aqui extrair um critério para a mutação constitucional e esse parece ser um critério coerente com o paradigma constitucional, embora não seja livre de problemas.

O debate sobre os processos de mutação da Constituição é antigo. A mutação está tradicionalmente relacionada a mudanças na norma constitucional a partir da interpretação judicial (usualmente da Corte Constitucional), sem que haja reforma formal de seu texto. Fala-se em alteração da norma sem mudança de texto, pressupondo-se aqui uma distinção entre texto e norma. Georg Jellinek define mutação como a alteração de sentido da norma sem modificar o enunciado linguístico[673]. Anna Cunha Ferraz fala na alteração do sentido, do significado e do alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito[674].

Nem toda nova interpretação deve ser considerada uma mutação, assim como nem toda mudança social impõe uma mutação. Como alerta Paulo Bonavides, há uma dinamicidade da interpretação das normas constitucionais – "um sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-lo". Por isso, alerta o autor, não deve o jurista permanecer no "momento lógico da operação silogística", mas deve captar "aquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático"[675]. De outro lado, essa dinamicidade não deve representar uma utilização desmedida da mutação constitucional: "em determinadas situações, mutação

---

[673] JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[674] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* Osasco: EdiFIEO, 2015, p. 12.

[675] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 420. Nem toda nova interpretação se configura como uma mutação constitucional, sob pena da inutilidade do conceito. Há diferentes níveis de uma nova interpretação: uma interpretação de um texto constitucional cujo teor era discutível; a utilização de métodos de interpretação do texto, tal como a interpretação evolutiva; e o caso em que se altera um aspecto substancial da Constituição. Desses, apenas esta última é a que é sobretudo deveria ser qualificada como uma mutação constitucional.

constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário"[676] e, com isso, lesar a democracia.

Eros Grau, em voto no julgamento da Reclamação nº 4.335, reconheceu que a mutação "não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete", aspecto que se verifica constantemente. Para o autor, "na mutação constitucional há mais, já que não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado"[677]. Com essa última afirmação, o Ministro coloca em xeque um dos limites tradicionalmente colocados à mutação: se a mutação é alteração da norma com manutenção do texto, o primeiro limite a ser considerado diria respeito ao conteúdo semântico do texto. Ou seja, apenas seria possível uma mutação a partir de um texto com pluralidade de significados e dentro dessa pluralidade. O Ministro Eros Grau flexibilizou esse limite.

Aliás, a própria identificação de um conteúdo semântico mínimo, por ser igualmente complexo, é isoladamente insuficiente como um critério-limite à mutação. O conteúdo semântico mínimo do texto acabará não funcionando como critério independente do *telos* constitucional. A *elasticidade do texto* é limite para que não se extraia dele um significado que não lhe é possível, "mas deve ser frisado que o limite é a elasticidade de todo o texto constitucional, e não de um enunciado específico analisado isoladamente"[678].

Nesse sentido, o voto do Ministro Eros Grau se distancia dos limites textuais, quando aponta ser cabível uma nova interpretação, uma atualização da norma, especialmente se o próprio texto estiver "obsoleto". Daí, inclusive, a crítica de Lênio Streck no sentido de que, no voto do Ministro Eros Grau, "tudo vira norma e com pretensões universalizantes (podendo, na mutação constitucional, o próprio texto soçobrar, colocando-se em lugar deste não apenas uma nova norma, *mas, sim, um novo texto*, em face dos limites semânticos daquele texto que tinham que ser ultrapassados)" [679].

As restrições textuais e semânticas devem se dar em conjunto com a própria limitação dada pelo *telos* constitucional. Esse é o limite mais relevante e que leva em conta o conjunto

---

[676] STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007, p. 59.
[677] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Reclamação nº 4.335/AC. Voto-vista do Ministro Eros Grau. Proferido em julgamento de 01/02/2007.
[678] PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência Latinoamericana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 7-36, 2010.
[679] STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007, p. 59.

de enunciados constitucionais. Tendo como critério o *telos* constitucional, deve-se buscar um equilíbrio entre a dinamicidade na interpretação e a estabilidade das normas. A mutação constitucional deve aprofundar, e não contrariar, o *telos* constitucional, sob pena de perda da própria identidade da Carta, de seus fundamentos e objetivos.

Konrad Hesse aponta que, de um lado, mudanças fáticas podem/devem provocar mudanças na interpretação constitucional – se "a Constituição tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa"[680]. De outro lado, há um sentido na proposição jurídica que coloca limite para a interpretação e esta deve concretizar o sentido da proposição normativa: "a finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação"[681]. A mutação constitucional só deve ser autorizada se a mudança for no sentido de se conservar, concretizar ou aprofundar o *telos* constitucional.

É certo que o processo de mutação constitucional não surge apenas da cabeça do intérprete, mas de circunstâncias fáticas, da realidade social, que via de regra encurrala o texto constitucional e a respectiva norma. Há uma tensão entre norma e realidade, por vezes pela supressão do próprio direito, por vezes uma ameaça à situação jurídica vigente[682]. Há que se considerar ainda a multiplicidade de atores relacionados à interpretação e aplicação do texto constitucional. Não apenas decisões judiciais, mas emendas, leis, atos normativos e administrativos do Executivo conformam ou contrariam o *telos* constitucional. A interpretação pode ser judicial, mas pode também ser legislativa, administrativa ou de todos os cidadãos. Não apenas o Judiciário, mas também o Executivo, o Legislativo e os demais órgãos (e, por que não, o cidadão?) buscam complementar o sentido da norma constitucional, dar efeito aos fins positivados no texto constitucional, dar aplicação às disposições constitucionais. Nesses três âmbitos de interpretação – judicial, legislativa ou administrativa – pode haver mutação constitucional[683].

---

[680] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.
[681] Ibidem, p. 23.
[682] Ibidem, p. 23.
[683] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* Osasco: EdiFIEO, 2015. Além destes, a autora também aponta como possíveis geradoras de mutação (com diversas limitações) a interpretação constitucional do povo (não somente a interpretação desenvolvida diretamente pelo povo, mas também a interpretação constitucional impulsionada pelas forças vivas da comunidade: os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública) e a interpretação doutrinária. Esse tipo de interpretação, de forma indireta, culminará em uma das outras formas de interpretação.

Por essa razão, entende-se que se deve expandir o debate para além da última instância do Judiciário (a dita "última palavra sobre a interpretação constitucional", conforme propala o STF). Deve-se considerar todos os demais atos de concretização da Constituição que conformam ou contrariam o *telos* constitucional. Marcelo Neves identifica como mutação constitucional (transformação do sentido normativo do texto) todas "as alterações resultantes da práxis política, independente de atividade hermenêutica, em face do texto constitucional"[684]. Também Hesse esclarece que a "força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar (...) a vontade de Constituição"[685]. Cita-se ainda Canotilho, para quem "a divisão de poderes e as disfunções verificadas no paralelogramo de forças políticas demonstraram que a tarefa da realização constitucional é uma tarefa político-normativa de todos os órgãos de direção política e de todos os cidadãos com vontade de constituição"[686].

A práxis constitucional apenas pode ser compreendida com a avaliação de todo esse conjunto de atos e atores. A mutação constitucional ocorre em decorrência da atuação de todos os Poderes e cidadãos e, por vezes, é apenas formalizada pela decisão judicial definitiva. Essa se mostra a razão do destaque dado ao Tribunal Constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal). Por ser o Poder que dá a última palavra sobre a interpretação constitucional, como se autodeclara em diversas decisões, a mutação constitucional é ainda associada às suas decisões. Seu principal papel, entretanto, deveria ser o de impedir a mutação constitucional que contrarie o *telos* da Constituição. Nesse ponto, está o cerne de sua função de "guarda da Constituição". Conforme alerta Fernando Facury Scaff, "o primeiro dever fundamental do STF é dizer não", dizer não a todos aqueles que contrariem a Constituição, contra os demais poderes quando as *normas jurídicas* por eles criadas estiverem em desacordo com a Constituição; e contra as *condutas* daqueles que atentarem contra a Constituição[687]. Retomando a primeira decisão citada nessa seção, se

---

[684] NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, nº 132. Brasília: Senado Federal, out/dez, 1996, p. 322.

[685] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22.

[686] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra ed., 1994, p. 351.

[687] SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao. Acesso em 28/10/2017. Explica o autor: "Dizer *não* ao presidente da República, aos deputados e senadores; dizer *não* aos ministros e autoridades em geral; dizer *não* às pessoas simples do povo e também aos endinheirados e detentores do poder; dizer *não* à pressão da mídia. Dizer *não* em

"falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas".

E quanto ao Direito Constitucional Financeiro? Conforme discutido no capítulo 3, conduzido pela emergência econômica, há um conjunto de atos normativos e administrativos – de práxis – no âmbito do Direito Constitucional Financeiro em sentido oposto ao seu *telos*, colocando em risco, portanto, o alcance dos objetivos constitucionais. Dada a intensidade desse movimento, na ausência de controle e de reação judicial, abre-se caminho para uma mutação que altere o próprio *telos* do Direito Constitucional Financeiro.

Esse é um debate, aliás, que ganhou relevância na Europa depois da crise de 2007. Discute-se em que medida, a partir das reformas ocorridas no âmbito do Direito Financeiro Europeu (tais como apresentadas no capítulo 3), há uma mutação constitucional. Em muitos países da Europa, houve uma efetiva modificação do texto constitucional, como nos casos de Espanha, Itália e Alemanha; em outros casos, como na França, editaram-se leis orgânicas (que integram o bloco de constitucionalidade); houve, ainda, a introdução de uma série de normativas no âmbito comunitário. Esse conjunto de alterações no texto constitucional, infralegal e supranacional, em conjunto com a interpretação dada pelas Cortes Constitucionais, implicou uma transformação profunda de aspectos substanciais do sentido das Constituições nacionais, inclusive e especialmente a partir de mudanças no Direito Financeiro. Pela sua relevância, centralidade e profundidade, haveria nessas transformações uma mutação constitucional. Veja-se que não se trata apenas de uma mutação decorrente da interpretação judicial, como tradicionalmente o termo era tratado. Trata-se de um conjunto de alterações, inclusive do próprio texto constitucional, que importam em uma transformação dos rumos da Constituição. Não há unanimidade sobre o tema e as perspectivas de análise são variadas.

Bruno de Witte reúne alguns dos principais argumentos que levaram parte da doutrina a apontar para uma mutação constitucional: (i) houve uma redefinição do equilíbrio institucional dentro da União Europeia; (ii) os princípios da equidade e da unidade (na ordem jurídica da União Europeia) foram deixados de lado; (iii) o expediente político tem

---

todos os sentidos que divirjam daqueles estabelecidos pela Constituição. Afinal, são seus guardiões. Quando um órgão, alguém ou um grupo de pessoas fizer alguma coisa em desacordo com a Constituição, *o primeiro dever fundamental* dos seus guardiões é dizer *não*; dizer que isso *não* pode ser feito dessa forma, e então seja desfeito o ato ou anulada a norma. Eis o primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Constituição: dizer *não"* (Ibidem).

repetidamente prevalecido sobre a normatividade, demonstrando um declínio significativo da *rule of law*; e (iv) houve uma transformação na relação entre Direito comunitário e direito nacional, com limitação da soberania orçamentária, em particular para alguns países ("*bail-out countries*")[688]. O próprio autor, entretanto, não identifica evidências de um abandono (brutal) da "*rule of law*" em nome da conveniência política. Embora muitos dos mecanismos possam parecer de legitimidade duvidosa, o autor identifica um esforço para adotar as medidas de urgência de forma compatível com a Constituição, razão pela qual prefere denominar as transformações ocorridas não de mutação constitucional, mas de uma crescente variação institucional no ordenamento jurídico da União Europeia (*increased institutional variation within the EU legal order*)[689]. Em sentido semelhante, Violeta Ruiz Almendral reconhece a profundidade das mudanças no Direito Financeiro e destaca a limitação da soberania dos Estados no tocante às políticas orçamentárias, porém, questiona a efetiva ocorrência de uma mutação constitucional[690].

De outro lado, Carlos Closa identifica uma mutação constitucional a partir das novas regras de governança adotadas no âmbito comunitário. A relação entre Direito comunitário e Direito nacional é fundamental para a compreensão desse alegado processo de mutação. Considerando o contexto de integração, essa mutação só pode ser compreendida a partir das normativas europeias, especialmente as regras de governança macroeconômica e fiscal entre 2008 e 2013 (*Six e Two* Packs) e os Memorandos de Entendimento adotados no âmbito dos programas de resgate financeiro (embora não sejam normas europeias impactaram na

---

[688] DE WITTE, Bruno. Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?. *European Constitutional Law Review*, v. 11, n. 03, p. 434-457, 2015.

[689] DE WITTE, Bruno. Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?. *European Constitutional Law Review*, v. 11, n. 03, p. 434-457, 2015. A não configuração de uma mutação constitucional, entretanto, não implica na conclusão de que as transformações tenham significado o melhor dos mundos e que todas as decisões tenham sido adequadas. Segundo conclui o autor, "I agree with those who argue that the current system of fiscal policy governance would need to be overhauled, possibly by means of Treaty revision creating a true system of fiscal federalism; but also without prior Treaty amendment, changes can and should be made to improve democratic control on the EU fiscal policy decisions, and to ensure respect for fundamental social rights and non-market values in the EU's surveillance guidelines and in the financial rescue operations. The EU constitutional system may not have been transformed since the Lisbon Treaty, but it is nevertheless inadequate in a number of respects. But that is another story" (Ibidem, p. 457).

[690] RUIZ ALMENDRAL, Violeta. A Myopic Economic Constitution? Controlling the Debt and the Deficit without Fiscal Integration. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/12. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/05/Law_2015_12.pdf. Acesso em 20/01/2016. A autora destaca, ainda, os diferentes efeitos da nova legislação europeia (*Six Pack* e *Two Pack*) para cada um dos países membros: "For some EU Member States, the Six Pack/Two Pack legal framework has substantially altered the budgetary legal framework. For others, it has promoted a reform or further sophistication of an existing system. For some EU Member States, there already was a culture of controlling budgetary stability, be it by having already some form of debt and the deficit rule in the Constitution or because their legal system provided for it" (Ibidem, p. 14).

dinâmica financeiro-orçamentária). Para o autor, essas novas regras de governança implicaram uma mutação constitucional pela fragmentação e diferenciação da estrutura jurídica que rege as políticas macroeconômica e fiscal; pela petrificação de determinadas opções de política macroeconômica e fiscal, limitando o desenvolvimento da constituição social; pela europeização das políticas alemãs (uma conversão das políticas keynesianas em "a-legais"); pelo processo de "agencialização" e "desparlamentarização" do processo de reforma (decisões centradas em órgãos despolitizados, a exemplo da Comissão Europeia e do Banco Central, em detrimento do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais)[691].

Augustín Menendez também reconhece uma mutação constitucional, destacando quatro princípios básicos estabelecidos no âmbito do Direito comunitário, em relação aos quais o Direito nacional passou a se adaptar após as reformas de governança econômica: princípio do equilíbrio orçamentário, princípio da confiabilidade e exaustividade dos dados em que se baseiam as políticas fiscal e macroeconômica, princípio de ajuste dos processos orçamentários nacionais ao cronograma do Semestre Europeu, princípio do controle por parte do governo central dos exercícios das competências fiscais dos entes subnacionais. Esses novos princípios alteraram profundamente o sistema constitucional orçamentário e financeiro e, por essa razão, para o referido autor, importaram em mutação constitucional. Dentre as mudanças que foram desencadeadas, cita-se: (i) o aumento dos poderes no nível supranacional (especialmente o poder da União Europeia em coordenar a política macroeconômica dos países membros e de impor limites orçamentários aos próprios processos dos países membros); (ii) mudanças no quadro institucional (a exemplo da atribuição de maior primazia das instituições "não representativas" - Comissão e Banco Central Europeu); (iii) adoção de uma governança mais rígida em substituição a uma governança branda; e, por fim, (iv) mudanças no conteúdo substantivo do Direito Constitucional da União Europeia. Há ainda uma alteração na própria forma de se encarar instituições fundamentais dos Estados Europeus, mais especificamente o Estado Democrático e o Estado Social. Quanto ao Estado Democrático, "o novo procedimento orçamentário ('Semestre Europeu') debilitou drasticamente o poder orçamentário dos Parlamentos Nacionais, sem que isso fosse compensado pelo empoderamento do Parlamento Europeu"[692]. Quanto ao Estado Social, a opção que restou aos países membros foi reduzir

[691] CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, n. 165. Madrid, julio-septiembre, 2014.
[692] MENÉNDEZ, Agustín José. *La mutación constitucional de la Unión Europea*. Revista española de derecho constitucional, v. 32, n. 96, p. 41-98, 2012, p. 93.

direitos sociais e salários[693]. Daí a conclusão de uma mutação no constitucionalismo europeu e nacional.

Em sentido semelhante, Kaarlo Tuori e Klaus Tuori identificam outras transformações, também as qualificando de mutações constitucionais, dentre as quais a substituição de mecanismos de *soft-law* por instrumentos formais de sanção no que diz respeito à governança econômica dos países membros do Euro; o fortalecimento da Comissão Europeia; a ampliação da supervisão para um escopo não apenas fiscal, mas macroeconômico; e, no âmbito da política fiscal, o monitoramento antes voltado ao planejamento plurianual dos países membros, agora focado no processo orçamentário anual, seja quanto a aspectos procedimentais, seja quanto a aspectos substanciais[694].

Essas mudanças provocaram, segundo os citados autores, mudanças em relação, primeiro, à autonomia orçamentária e, segundo, à garantia de direitos sociais. Para os autores, "a doutrina constitucional nacional teve que curvar-se e aceitar uma diminuição procedimental e substantiva da autonomia orçamentária"[695]. Essa redução da autonomia orçamentária também está associada com o déficit democrático identificado durante os processos que levaram à mutação constitucional. Quanto à segunda mudança, há efeitos negativos sobre a "Constituição Social", que demonstrou ser a "eterna perdedora" no conflito com as medidas em face da crise, inclusive quando o tema foi levado aos Tribunais[696].

Analisando as críticas da academia espanhola sobre as respostas dadas à crise, Pablo Castillo Ortiz observa uma percepção geral sobre a radicalidade das transformações jurídicas, também na Espanha denominadas por muitos autores de mutação constitucional[697].

---

[693] Ibidem, p. 95. Segundo o autor, "De Estado «valiente» que promueve «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos em que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (como exige el art. 9.2 de nuestra Constitución), el Estado devendrá un Estado cobarde que se verá forzado a tolerar cuando no reforzar las barreras socio-económicas que impeiden a los ciudadanos participar en la vida política, económica, cultural y social"

[694] TUORI, Kaarlo; TUORI, Klaus. *The Eurozone crisis: a constitutional analysis.* Cambridge University Press, 2014, p. 192.

[695]Ibidem, p. 204.

[696] Ibidem, p. 240.

[697] Sobre a análise feita por Pablo Castillo Ortiz, importante sublinhar a conclusão do autor no sentido de que, apesar de inexistir homogeneidade de opiniões na academia espanhola, como era de se esperar, há em geral uma posição crítica a respeito das transformações político-jurídicas, com pontos em comum:

"Os diagnósticos e prognósticos dos acadêmicos e das academias do nosso país [Espanha] não foram homogêneas, de modo que é possível encontrar notáveis diferenças em razão de motivos tão diversos como os também diversos pressupostos teóricos relativos às distintas disciplinas ou aos diferentes posicionamentos normativos de cada uma delas. No entanto, entendo que é possível afirmar que, em termo gerais, a academia espanhola tem adotado uma posição crítica a respeito das transformações jurídico-políticas experimentadas desde o começo da crise. E o que é mais importante, estas críticas têm sido transversais [plano interno e europeu] e interconectadas [crítica sobre o déficit democrático conectada com os impactos sociais e, por sua vez, à distribuição de competências]". Ademais, conclui o autor: "Existe, indo ainda mais longe, um argumento

As críticas mais recorrentes se referem à insuficiência do direito público europeu (falhas e incapacidade dos mecanismos jurídico-políticos) em lidar com a crise; à resposta única da União Europeia ao impor medidas de austeridade, com sacrífico das condições de vida; à redistribuição de poderes e decorrente déficit democrático desencadeado na crise, tendo a maioria dos analistas apontado de forma problemática a redução do papel do Parlamento e as consequências sobre o princípio democrático; à "descomunitarização" da política europeia, uma vez que o processo decisório foi mais interestatal e menos supranacional[698]. Destaca o mesmo autor a preocupação da doutrina espanhola com as "consequências sociais da reforma" e com a possível limitação da autonomia financeira das comunidades autônomas (entes subnacionais). Esses aspectos levaram a uma percepção de crise nos elementos centrais do constitucionalismo espanhol: "Estado social, princípio democrático, descentralização política foram profundamente afetados pelas transformações e mutações ocorridas nos últimos anos. Sem dúvida, se aceitas parte das considerações [da academia espanhola], pode-se concluir que a crise marcou um antes e um depois no constitucionalismo da Espanha"[699].

Outros autores utilizam termos distintos para tratar das transformações, embora lancem mão de concepções próximas à de uma mutação constitucional. Salazar Benítez menciona a existência de uma "revisão do Direito Constitucional" no tocante a seus paradigmas e conceitos, com perda de boa parte do conteúdo que o definiu historicamente, o que inclui a progressiva debilidade do próprio conceito de Constituição como grande pacto mediante o qual o poder está submetido a limites e os direitos, garantidos[700]. Gerardo Pisarello fala em um "progressivo deslocamento do constitucionalismo social tradicional",

---

que perpasse de forma explícita ou tácita muitos dos relatos expostos neste artigo, e que tem a ver com a causa última de todas essas transformações: em muitos escritos se apontou que as mutações operadas no nosso constitucionalismo [espanhol] obedecem, em realidade, à necessidade de contentar a atores específicos, distintos do *demos* ao qual a Constituição deve se dedicar. Esta crítica tem implicações de enorme profundidade, pois afeta de maneira fundamental a uma das ideias centrais que o constitucionalismo reclama para si: ser teoria e prática da emancipação e o autogoverno cidadão através do direito" (CASTILLO ORTIZ, Pablo José. La crisis y las transformaciones del derecho público estatal y europeo vistas por la academia española. *Revista de Estudios Políticos*, v. 165, p. 281-304, 2014, pp. 299-300).

[698] Ibidem, pp. 288-292.

[699] Ibidem, pp. 293-298.

[700] SALAZAR BENÍTEZ, O. La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del art. 135 de la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29. UNED, 2012, p. 409. O autor assume a necessidade de que a Constituição seja reformada para atualização de diversos aspectos, inclusive em relação à integração europeia. No entanto, esse processo de reforma deveria servir para se "reivindicar com mais força a ideologia do constitucionalismo frente à mundialização econômica". Ou seja, deveria ser destacado o papel das "Constituições como domadoras dos poderes privados, e não o contrário". Assim como ocorreu em outro momento histórico com a domesticação do monopólio legítimo da violência do Estado, este passo civilizatório deveria ser capaz de transformar a Constituição para dominar essa nova violência, o que passa por construir um Direito Europeu mais constitucional (*Ibidem*, p. 431).

e sua substituição por um novo constitucionalismo neoliberal, como consequência das respostas às seguidas crises e que conseguiu transformar a obsessão pela eliminação do déficit e do endividamento em um princípio inquestionável do ordenamento jurídico[701]. Leticia Sánchez qualifica como "desconstitucionalização" o fenômeno de dissolução da ordem constitucional resultante da contínua violação da letra e do espírito da Constituição, especialmente no tocante aos direitos sociais, cujo constrangimento tem sido justificado pela emergência e pelo aumento da eficiência[702].

No contexto latinoamericano, durante as seguidas crises dos anos 90, o tema também veio à tona. Muitos autores, já naquele momento, sugeriram o início de um processo de mutação constitucional relacionado à emergência econômica. Horacio Gonzalez referiu-se a uma "destruição do ordenamento vigente" e a uma "reestruturação do Estado em um sentido autoritário"; uma emergência econômica a partir da qual o Estado atua fora da ordem jurídica constitucional[703]. Diferentemente talvez de outros momentos históricos, não há uma ruptura drástica e violenta da ordem jurídica vigente. Há um processo de consolidação do estado de emergência, com bloqueio do *telos* da Constituição e um risco à sua gradual mutação. Como coloca Marcelo Neves, nos países periféricos, há uma "concretização desconstitucionalizante", com manutenção do *status quo*, "em desacordo com o modelo textual de Constituição cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais": direitos fundamentais, separação de poderes, igualdade, etc., são institutos previstos na linguagem constitucional, mas deturpados na práxis do processo concretizador[704]. Já foi citado também o texto de Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, no qual se explicita o bloqueio na implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988, a agonia da Constituição Econômica e, portanto, a configuração de

---

[701] PISARELLO, Gerardo. El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano democrática. *Revista Derecho del Estado*, n. 28, 2012. Essa transformação do constitucionalismo é levada a cabo por políticas que importam uma pretensa neutralização de normas da Constituição Social, ou a modificação direta de certos preceitos socializantes. Como exemplo, o autor cita as 6 modificações da Constituição Portuguesa de 1976, para adaptá-las aos "novos ventos europeus", e ainda a modificação do artigo 135 da Constituição Espanhola de 1978, que não só incorporou os limites de déficit e endividamento, mas outorgou prioridade absoluta ao pagamento dos credores, o que põe em dúvida o alcance de outros objetivos constitucionais (Ibidem, pp. 57-67).

[702] DÍEZ SÁNCHEZ, Leticia. Desconstitutionalisation of social rights and the quest for efficiency. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014, p. 114.

[703] GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 350 e p. 371.

[704] NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, nº 132. Brasília: Senado Federal, out/dez, 1996.

uma "constituição dirigente invertida"[705]. Na medida em que se avançam as alterações e se consolidam práticas contrárias ao *telos* constitucional, para além de um bloqueio na implementação da ordem social e econômica, o cenário indica uma aproximação a uma gradual mutação constitucional.

Retomando o debate sobre o guardião da Constituição, em um contexto de consolidação do estado econômico de emergência, predomina a saída autoritária, pela concentração de poderes no Executivo, tal como proposto por Schmitt. Já a defesa constitucional judicial positivista proposta por Kelsen parece insuficiente à contenção das transformações em curso. Entre a consolidação do autoritarismo schmittiano e o formalismo kelseniano, cabe recuperar um terceiro autor que participou do debate durante a crise de Weimar: Hermann Heller. No dilema da Alemanha da década de 30 e entre a ditadura fascista e o Estado liberal de Direito, a saída proposta por Heller é pelo aprofundamento do Estado de Direito em direção ao Estado Social de Direito[706].

4.5. Para além de Schmitt e Kelsen: a democracia social de Hermann Heller

O debate jurídico durante a crise de Weimar teve como principais protagonistas Schmitt e Kelsen, especialmente em torno da discussão sobre o *guardião da Constituição*[707]. Tais autores seguem sendo os mais estudados daquele momento e o embate entre suas concepções continuaram sendo recuperadas pela doutrina durante todo o século XX. Mas há também um terceiro autor relevante nesse debate: Herman Heller. Assim, além do reconhecido debate entre Kelsen e Schmitt, na linha do que fizeram autores como Gilberto Bercovici e David Dyzenhaus[708], adiciona-se também o pensamento de Hermann Heller, que, embora menos estudado em comparação aos outros dois, participou diretamente do

[705] BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*. Suplemento. Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006, p. 73.
[706] Conforme BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 129.
[707] Conforme seção 4.1.
[708] Vide BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004; DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997. Conforme Dyzenhaus, "Heller was one of the Weimar`s most distinguished public lawyers, but he receives little attention in Germany in comparison with Schmitt or Kelsen. Until quite recently he was almost unknown in the English-speaking world" (Ibidem, p. 4).

debate na crise de Weimar, inclusive perante o julgamento do decreto de 20 de julho de 1932 (tratado na seção 4.2.1)[709].

Heller desenvolveu uma Teoria do Estado em oposição à "concepção de estrutura individualista do Estado e da Sociedade" de Laband e Kelsen (segundo ele, uma "teoria do Estado sem Estado")[710]. Não adotou, entretanto, o decisionismo radical de Schmitt, mas construiu sua teoria a partir de uma visão totalizante: "a realidade social é ação social, tanto individual quanto coletiva, em unidade dialética inseparável". A Teoria do Estado de Heller não se reduz à ação do indivíduo, a um "atomismo jusnaturalista" que concebe o Estado como mero mecanismo composto de indivíduos[711]. O autor se preocupou não com o conjunto de ações individuais, mas com a ação política do homem na realidade social. Assim, para compreender a estrutura e as funções do Estado, deve-se partir da vida real do homem, na sua total existência e na unidade total de suas funções. Tais funções são sempre sociais, isto é, toma o homem enquanto ser vivente em sociedade com outros homens[712].

Heller considera ainda uma função histórica mutável do Estado: o sentido do Estado não é algo matemático, "mas depende de sua função histórica, dentro da estrutura total, historicamente mutável, da vida social, que não pode ser separada dos valores"[713]. Também a relação entre Estado e Direito, por conseguinte, deve ser considerada de um ponto de vista histórico. A relação entre Direito e Estado é fundamental para sua teoria, já que o direito é a forma pela qual se manifesta o poder estatal e, ao mesmo tempo, é o poder estatal que dá positividade ao Direito: "deve conceber-se o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito presente"[714].

Sobre esse aspecto, Heller se diferencia de Kelsen, que reduz o Estado ao direito, retirando o elemento que dá normatividade e positividade ao direito[715]; e também se diferencia de Schmitt, na medida em que este subestima a normatividade, conferindo

---

[709] DYZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134, Março/1997. Como judeu e ativista socialista, Heller se tornou alvo dos nazistas já no início da década de 30 e, por isso, aceitou uma cadeira de professor em Madrid, onde morreu com 42 anos, em 1933, sem ter terminado sua obra sobre a Teoria do Estado.

[710] HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 123.

[711] Ibidem, p. 107 e 124.

[712] Ibidem, p. 130-131.

[713] Ibidem, p. 134.

[714] Ibidem, p. 230-232.

[715] Segundo Heller, "o propósito kelseniano de dissolver o Estado no direito constitui uma doutrina exclusivamente forma de um Direito Natural sem conteúdo. (...) a Teoria kelseniana do Estado sem Estado se apresenta como impossível porque, ao mesmo tempo, é uma Teoria do Direito sem Direito, uma ciência normativa sem normatividade e um positivismo sem positividade. Como o Estado é completamente absorvido pelo direito (...), as normas jurídicas de Kelsen têm que se estabelecer e firmar-se por si mesmas, isto é, carecem de positividade" (Ibidem, p. 239).

relevância apenas ao poder do soberano. Ao contrário de Kelsen, para quem o Estado e a Constituição são exclusivamente *dever ser*, e também contrariamente a Schmitt, que elimina toda a normatividade da Constituição, para Heller, a Constituição é jurídica (dotada de normatividade) e também real (estrutura real de um *status* político total). Nesse sentido, o poder do Estado será "poder político juridicamente organizado" [716].

Porém, o poder não se limita à legalidade técnico-jurídica, pois deve se preocupar também com a "justificação moral das normas", ou seja, buscar legitimidade[717]. A ordem jurídica não é apenas instrumento da democracia, mas parte essencial de sua realização[718]. Conforme explica Dyzenhaus, para Heller, a legalidade não pode cumprir seu papel de manutenção da vida social sem, ao mesmo tempo, e mais importante, preencher uma reivindicação de legitimidade. Por sua vez, a reivindicação de legitimidade dentro de um sistema jurídico só pode ser atendida se fundamentada na igualdade social. Um certo grau de homogeneidade social é necessário para sustentar a estabilidade política em tempos de democracia[719]. A igualdade em Heller não é meramente formal (perante a lei), mas deve levar efetivamente à homogeneidade social, o que é premissa para a própria sobrevivência do Estado em uma democracia.

A concepção de legitimidade de Heller está, assim, para além da legalidade (diferentemente de Kelsen), pois envolve um conteúdo substancial, uma justiça social emanada de uma comunidade de valores e, por isso, é alcançado apenas com técnicas racionais de decisão democrática (nesse aspecto, em oposição a Schmitt)[720].

A democracia é a única forma de legitimar o poder político[721] e sua sobrevivência depende, do mesmo modo, de um ajuste social; depende de um mínimo de homogeneidade social, sem a qual não é possível a formação democrática da unidade política. Sem esse ajuste, partes do povo podem não se reconhecer na unidade política ou não se identificar com os representantes do Estado[722]. É por isso que Heller afirma que a crise não está na democracia – "na história das ideias, não existe uma crise da democracia" –, mas na técnica

---

[716] Ibidem, p. 307.
[717] Ibidem, p. 288.
[718] DYZENHAUS, David. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons? *The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134, Março/1997, p. 131.
[719] DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carls Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 199.
[720] VITA, Leticia. La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller. *Isonomía*, n. 43, pp. 49-75, 2015.
[721] HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas*. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004, p. 67.
[722] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 124.

parlamentar da democracia liberal e de caráter individualista[723]. As grandes discrepâncias na igualdade social substantiva estimulam a divisão social, impedindo a cooperação necessária à unidade da ação – ao Estado democrático, portanto.

Desta forma, a democratização deve transformar o Estado de Direito formal do liberalismo em um Estado de Direito substantivo ou social. Nesse Estado, para além da legalidade positivista, devem ser levados em conta "princípios fundamentais éticos" que informam o Estado de Direito e a Constituição. Em Heller, os objetivos da ordem jurídica são expressos em princípios fundamentais éticos do direito, princípios estes que são suprapositivos, estão além do direito positivo. Tais princípios, entretanto, não são supraculturais, pois expressam valores incorporados nas práticas culturais que o Estado de Direito institucionaliza[724].

Como dito, Heller se distancia de Kelsen (e se aproxima de Schmitt) ao considerar a decisão política como elemento importante do Estado de Direito, mas se distancia de Schmitt (e se aproxima de Kelsen) ao se comprometer com a democracia, com a liberdade e com a igualdade social, bem como com a ideia de que uma sociedade política deve estar submetida ao Estado de Direito[725]. Heller adota um decisionismo moderado, defensor da República de Weimar, defensor do Estado de Direito e da limitação dos poderes do soberano[726].

A partir dessas premissas, Heller identifica o que seria o principal ponto de tensão para a teoria do Estado na democracia capitalista daquele momento: "a separação do mando político e econômico", já que "as grandes massas querem submeter também à sua decisão política a economia e, para isso, a legislação democrática lhes proporciona os motivos necessários"[727]. Essa tensão seria um aspecto novo na história do Estado, já que, "até o século XIX, os poderes de dominação política e econômica estavam sempre reunidos nas mesmas mãos"[728]. O estabelecimento do sufrágio universal e a expansão de ideias liberais para a

[723] HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas*. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004, p. 67.
[724] DYZENHAUS, David. Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 16, n. 2, p. 337-366, 2015.
[725] DYZENHAUS, David. Hermann Heller. An Introduction. *Cardozo Law Review*., v. 18, p. 1129, 1996.
[726] PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar – Hermann Heller y la constitución política de la sociedad. In HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas*. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004, p. XV.
[727] HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 171.
[728] Ibidem, p. 170.

população – era democrática – colocaram os interesses econômicos da burguesia liberal em conflito com seus próprios ideais políticos[729].

A questão a ser enfrentada na democracia capitalista diz respeito, portanto, à emancipação do poder político frente às influências do poder econômico privado. Nas palavras de Heller:

> Ou o poder do Estado há de conseguir a possibilidade de emancipar-se das influências econômicas privadas mediante uma sólida base de poder econômico próprio, ou a luta dos dirigentes da economia há de obter, pelo menos, o efeito prévio de que seja eliminada em seu benefício a legislação democrática[730] .

Como visto no capítulo 1 (seção 1.1), na perspectiva de Wolfgang Streeck e de David Graeber, as crises do capitalismo desde a década de 1970 são fruto justamente de tensões e contradições entre mercados capitalistas e as políticas sociais e democráticas e da incapacidade de se acomodar essas tensões mediante o esgotamento das diferentes políticas adotadas (crescimento, juros, dívida pública, dívida privada); ou mediante um acordo[731]. Esse aspecto demonstra a atualidade da análise de Heller e da tensão entre poder político e poder econômico, e respectivas expectativas. Para Gilberto Bercovici, a alternativa de Heller não apenas é atual, como também necessária, especialmente no contexto da periferia latinoamericana, onde a democracia não conseguiu solucionar os problemas sociais e econômicos. A concepção de Heller pode ser uma "alternativa à dominação autoritária dos países em desenvolvimento, possibilitando a coordenação do desenvolvimento econômico com democracia e justiça social e ampliando a democracia política para a democracia social e econômica"[732]. A resposta à crise econômica e política se daria pela superação do Estado liberal de Direito por meio do próprio Estado de Direito (com uma lógica material de proteção social) e da democracia social (baseada em uma maior homogeneidade social) [733].

Desta forma, a chave para uma recuperação do *telos* constitucional, também no âmbito do Direito Financeiro, em reação ao estado econômico de emergência, está não na

---

[729] KENNEDY, Ellen. Introduction to Hermann Heller. *Economy and Society*, v. 16, n. 1, pp. 120-126, 1987, p. 123.
[730] HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 172.
[731] Vide STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012; e GRAEBER, David. *Dívida: os primeiros 5.000 anos.* Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Três Estrelas, 2016, pp. 470 e seguintes.
[732] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004, p. 167.
[733] PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar – Hermann Heller y la constitución política de la sociedad. In HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas.* Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004, p. XXXVII.

saída autoritária de Schmitt e no Executivo como defensor da Constituição, tampouco na saída positivista e judicial de Kelsen. Está no aprofundamento da democracia, em direção à igualdade e ao Estado Democrático e Social de Direito, tal como proposto por Heller. O orçamento deve, assim, ser encarado não como um instrumento do Executivo ou do Legislativo ou do Judiciário, mas instrumento democrático cujo pressuposto é a promoção da igualdade substancial e, portanto, a construção de um Estado Democrático e Social de Direito. Nesse aspecto, os diversos institutos jusfinanceiros apresentados ao longo desta Tese, ao se vincularem ao atendimento da emergência econômica, afastam-se da concepção de Heller e se aproximam ou de uma legalidade em que tudo se encaixa (desde que respeitado o procedimento) ou de um decisionismo de exceção.

CONCLUSÃO

A evolução normativa do Direito Financeiro (*dever ser*) ao longo dos últimos séculos apontou para uma transição de um paradigma formal, cuja preocupação central eram os procedimentos de elaboração orçamentária, para um paradigma substantivo, vinculado à constitucionalização das finanças públicas, e no qual os objetivos do Direito Financeiro deveriam se amoldar ao *telos* de uma Constituição social, democrática e com ampla garantia de direitos. Por essa razão, ganha força uma concepção substantivista de Direito Financeiro. Fala-se em Direito Constitucional Financeiro e em efetividade financeira.

As seguidas crises políticas e econômicas e o constante cenário de emergência, entretanto, colocam esse novo paradigma em dificuldades, apontando para a baixa aderência à realidade. O desenho constitucional de 1988, inspirado (ao menos parcialmente) em um modelo de Constituição Social, com ampla garantia de direitos sociais e econômicos, e restabelecendo a democracia no país, enfrentou desde seu início um cenário de emergência econômica que bloqueou constantemente sua concretização. Os grandes desafios da República Federativa do Brasil e de seu Estado Social e Democrático de Direito - construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos (artigo 3º, CF) – parecem distantes, avançam com dificuldades e retrocedem com frequência.

Nesta Tese, a partir do debate sobre o estado econômico de emergência e da análise de situações concretas do Direito Constitucional Financeiro brasileiro no âmbito da separação de poderes, da garantia de direitos fundamentais e do federalismo fiscal, reuniram-se elementos voltados a responder à seguinte questão: *Como se caracteriza o estado econômico de emergência e quais as consequências sobre o Direito Financeiro brasileiro?*

Após revisitar o debate sobre a relação entre Direito e exceção e sobre as atuais concepções do estado econômico de emergência, identificaram-se nele três atributos principais: (i) sua relação cada vez maior com o aspecto econômico; (ii) a existência de um processo de consolidação, ou seja, de perenidade de suas consequências, de "normalização da exceção"; e (iii) suas consequências não apenas relacionadas à concentração de poderes (como mais frequentemente era tratado), mas também com a centralização de poder, com a flexibilização de procedimentos, direitos e garantias individuais e coletivas, com a exclusão

de outros poderes (e da própria sociedade) no debate político-jurídico, com a fragilização dos pilares jurídico-constitucionais. Assim, na presente Tese, identificou-se um estado econômico de emergência em processo de consolidação, com efeitos sobre a separação de poderes, sobre a divisão interna de poderes/competências (federalismo) e sobre os direitos fundamentais.

O processo de consolidação desse estado econômico de emergência impõe não apenas bloqueio, mas também gradual transformação de três dos pilares fundamentais do Direito Constitucional Financeiro. Mais especificamente, as situações analisadas nesta Tese, com relação (direta ou indireta) com a emergência econômica apontam para (i) Concentração de poderes no Executivo em detrimento do Legislativo, com risco à legitimidade da decisão orçamentária; (ii) Precária proteção dos direitos fundamentais no âmbito orçamentário, com risco de retrocesso e de violação ao núcleo mínimo de tais direitos, especialmente dos direitos sociais; (iii) Autonomia conjuntural dos entes subnacionais, desequilíbrio no federalismo fiscal e recorrente recentralização de poder.

Tais transformações não ocorrem de forma estática e exatamente linear, sendo certo que seus marcos temporais não são exatamente precisos. Na mesma medida em que o capitalismo democrático evolui de forma contraditória, com tensões entre mercado e políticas sociais [734] ; da mesma forma que o constitucionalismo (especialmente latinoamericano) evolui com ampliação e restrição de direitos, com redemocratização e concentração de poder; também o Direito Constitucional Financeiro se transforma explicitando suas contradições, evidenciando os conflitos entre o *ser* e o *dever ser*, entre a modificação das estruturas e o atendimento da conjuntura.

Ainda, na maior parte dos casos, esse processo de transformação é conduzido pela atuação do Poder Executivo, com ampla utilização de seus instrumentos normativos, usualmente excluindo o Legislativo dos processos decisórios, ou contando com sua omissão ou sua anuência. Essa característica levou à segunda questão proposta, que pretendia incluir o Poder Judiciário no debate, ou seja, discutir *qual o papel do Poder Judiciário frente às transformações do Direito Financeiro brasileiro decorrentes do estado econômico de emergência?*

A partir da retomada do debate sobre o *guardião da Constituição* (entre Kelsen e Schmitt), bem como a partir de situações históricas de crise e emergência econômica, o que

[734] Conforme STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012; e GRAEBER, David. *Dívida: os primeiros 5.000 anos.* Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

se verifica é uma fragilidade das reações do Poder Judiciário em face das ações executivas e legislativas em um estado econômico de emergência. Nesse processo de consolidação da emergência, as reações judiciais têm sido insuficientes à conservação e ao aprofundamento do *telos* constitucional, inclusive quanto às recentes transformações do Direito Financeiro brasileiro. Considerando que muitas das situações (do Direito brasileiro) estudadas na presente Tese ainda se encontram em julgamento, o que impede um diagnóstico preciso acerca do controle judicial, os processos mais recentes indicam sinais contraditórios sobre a proteção dos fundamentos e objetivos constitucionais. Não há indícios suficientes para afastar o risco de consolidação dessas transformações também com a anuência do Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, mais grave do que bloqueios momentâneos na concretização do paradigma do Direito Financeiro delineado na Constituição de 1988 é o risco de uma progressiva mutação constitucional contrária ao seu *telos*. Isto é, o processo de consolidação de um estado econômico de emergência não representa apenas uma frágil concretização dos objetivos do Direito Constitucional Financeiro, mas tal processo evoluiu (ou melhor, regrediu) para uma gradual transformação do Direito Financeiro contrária ao *telos* constitucional.

Se as inovações colocam em crise instrumentos tradicionais do direito, como afirma Bobbio[735], as inovações decorrentes da emergência econômica têm colocado em crise a própria Constituição Financeira. Se a ação do Poder Público com vistas à expansão procurava atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido de sua transformação, como preconizava Comparato[736], são as estruturas de uma economia de emergência que agora moldam e restringem a ação do Poder Público, inclusive no âmbito do Direito Financeiro. Tal ação se restringe cada vez mais à conjuntura.

As limitações a que se refere o presente trabalho não são decorrentes apenas da escassez de recursos, especialmente em momentos de crise, mas de imposições político-econômicas que propõem um determinado funcionamento às finanças públicas, restrito ao atendimento da emergência econômica. Os fundamentos do Direito Constitucional Financeiro encontram cada vez mais dificuldades de consolidação, abrindo espaços para a aludida transformação: crescente supremacia do serviço da dívida em detrimento dos direitos

---

[735] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito.* Trad. Daniela Versiani. Barueri, SP: Manoli, 2007, p. 02.

[736] COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 464.

fundamentais, opacidade sobrepondo-se à transparência, concentração de poderes no Executivo diante da incapacidade de atuação do Legislativo e do Judiciário, revisão do pacto federativo (com redução da autonomia dos entes subnacionais) – todas esses atributos se tornam dominantes na dinâmica e no modo de operação do Direito Financeiro. A despeito da análise ter sido centrada no Direito Financeiro brasileiro, o fenômeno não é notado apenas aqui, mas teve lugar também na Europa, onde houve profundas transformações no Direito comunitário e nacional – "a crise que se abateu sobre a Europa a partir de 2008 está a transformar-se, perigosamente, numa *crise da democracia*", afirma Avelãs Nunes[737].

Assim, o que se vê na dinâmica atual não é mais a de um Direito Financeiro voltado às estruturas das finanças públicas, mas voltado à conjuntura. Luís Fernando Massonetto, a partir de uma perspectiva histórica, já havia identificado um novo padrão normativo do Direito Financeiro, cujos principais atributos são flexibilidade, regulação *ad hoc*, poderes de emergência, desprestígio da Constituição, aumento progressivo da capacidade normativa do Poder Executivo (em substituição à supremacia do parlamento), execução orçamentária desvinculada das prioridades fixadas no parlamento (e também na Constituição), planejamento restrito a ciclos de curto prazo e o equilíbrio orçamentário como pedra de toque da política fiscal[738].

Na presente Tese, olhando para a dinâmica normativa, desde as mudanças no texto constitucional até as decisões judiciais, considerando todo o conjunto de atores e instrumentos jurídicos que conformam o Direito Constitucional Financeiro – para sua *práxis constitucional* – identificou-se o progressivo abandono das estruturas das finanças públicas para o atendimento da emergência e da conjuntura. Eros Grau alertava para um direito que não mais ordenava situações estruturais, mas regulava situações conjunturais, aspecto que impõe que as normas sejam dotadas de flexibilidade, revisibilidade e constante adaptação[739], ou seja, uma *legislação de conjuntura*, adaptável às mudanças constantes no processo econômico, à instabilidade, a estados econômicos, a permanentes flutuações. Nesse quadro, o Executivo adquire uma *capacidade normativa de conjuntura* para edição de normas que atendam ao imediatismo, a flutuações, ao dinamismo e à flexibilidade[740]. As dificuldades advindas desse contexto não são exatamente novas, porém, a intensidade com que se

[737] NUNES, António José Avelãs. *Quo Vadis, Europa?* São Paulo: Editora Contracorrete, 2016, p. 145.
[738] MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, pp. 105-106.
[739] GRAU, Eros. *Direito posto e o Direito pressuposto.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27.
[740] GRAU, Eros. Capacidade normativa de conjuntura. Verbete. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1977.

desenvolveu a emergência econômica e, mais preocupante, as consequências da redução do Direito Financeiro ao atendimento da conjuntura é o que renova os desafios que já haviam sido colocados por outros autores (vide seção 1.3).

De outra perspectiva e retomando os debates de Weimar, o que se verifica no atual contexto de consolidação do estado econômico de emergência é o predomínio da saída autoritária de Schmitt (decisionismo de exceção) que, somada à incapacidade do positivismo (judicial) kelseniano, abriu espaço para uma mutação do Direito Constitucional Financeiro, contrária ao *telos* originalmente delineado em 1988.

Ciente da realidade histórica do momento e ciente da complexidade dos dilemas que se enfrenta, reverter as transformações pelos tradicionais poderes "guardiães da Constituição" se apresenta como uma solução desgastada. O caminho pode estar na vertente que teve menor protagonismo no debate de Weimar, mas cujas ideias se coadunam, em boa parte, com o *telos* constitucional originalmente traçado pela Constituição de 1988: o aprofundamento da democracia social, voltada ao Estado Social de Direito, capaz de romper o elo entre poder político e econômico[741]. Um caminho entre o "abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas" e a "normatividade despida de qualquer realidade", que propõe considerar a força normativa da Constituição, de acordo com seu *telos* original, mas sem ignorar a essencialidade do "substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo (suas concepções sociais concretas e o seu baldrame axiológico)". Uma democracia que permita conformar a autoridade das proposições normativas e imprimir ordem e conformação à realidade política e social[742].

A retomada do *telos* original do Direito Constitucional Financeiro não pode ser isolada – a Constituição não pode, por si só, realizar nada. Ela impõe tarefas que pretendem concretizar uma determinada ordem, para as quais deve haver um mínimo de vontade, não apenas uma vontade de poder, mas uma vontade de Constituição[743]. A retomada das instituições jurídicas do Direito Financeiro conforme o *telos* constitucional originalmente delineado pela Constitucional de 1988 exige esforço não apenas dos Poderes constitucionais da República Federativa do Brasil, mas de todos que integram a *práxis constitucional* – "somos todos responsáveis, por ação ou omissão, pela inexistência de uma sociedade mais

[741] HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 172.
[742] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 11-14.
[743] Ibidem.

republicana no Brasil, inclusive e em especial, no âmbito financeiro"[744]. Daí a relevância de uma democracia que tenha por primeiro objetivo uma igualdade substancial, democracia esta que deve incluir os institutos jusfinanceiros como instrumento voltados ao alcance dessa igualdade. Não há solução milagrosa, nem solução simples. Tampouco a recorrente descrença no Estado de Direito deve prevalecer[745]. Se há um conjunto de atores conformando e contrariando a Constituição, uma solução imediata e centrada num único defensor é regredir aos tempos de Schmitt. Qualquer refundação republicana do constitucionalismo social depende da reinvenção e aprofundamento do princípio democrático, fora da subordinação a uma determinada governabilidade e a uma representação restritiva[746].

Por essa razão, é fundamental incluir a decisão sobre a dívida pública no debate legislativo e democrático; reforçar o controle sobre a execução orçamentária, reduzindo as distorções causadas pelos decretos de programação financeira e pelos restos a pagar; impedir a utilização abusiva de créditos extraordinários sem os requisitos constitucionais, submetendo-os ao controle; reverter o aumento das desvinculações de receitas, até sua extinção (ainda que de forma gradual); reduzir o protagonismo do contingenciamento, impondo maior transparência na sua utilização, requerendo motivação e maior adequação na execução das políticas públicas; rever a limitação do aumento das despesas primárias pelos próximos 20 anos e, especialmente, a revogação dos orçamentos mínimos da saúde e da educação; retomar o equilíbrio federativo, reduzindo os mecanismos de exceção, seja para escapar às regras de controle, seja para obtenção de recursos de forma pouco transparente. A interpretação das normas de Direito Financeiro e a aplicação de seus institutos devem observar não à emergência imposta pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas atender aos preceitos de uma democracia social, voltada à promoção do bem de todos, à redução das desigualdades sociais e regionais.

Remanesce, assim, a pretensão de que o Direito ainda pode servir de parâmetro para a condução da sociedade em tempos de crise, o que depende também do conjunto daqueles que formam a práxis constitucional – "se as pessoas não acreditam no Estado de Direito, o

---

[744] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017, p. 764.

[745] Como alerta Hesse, a história constitucional parece ensinar que, tanto na práxis política cotidiana, quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, a normatividade submete-se à realidade fática. Pode-se recordar, a propósito, tanto o conflito relativo ao orçamento da Prússia, como a mudança do papel político do Parlamento ou, ainda, o exemplo da debacle da Constituição de Weimar (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10).

[746] PISARELLO, Gerardo. El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática. *Revista Derecho del Estado*, nº 28, 2012, p. 60.

Direito não terá força alguma"[747]. No âmbito do ainda constitucional Direito Financeiro, a refundação de uma práxis constitucional exige aprofundamento da democracia para frear sua transformação num Direito de conjuntura ou num Direito da emergência econômica.

Nesse aspecto, importa menos se esse estado econômico de emergência é realidade incontestável ou mera retórica da crise. Mais ou menos encaixadas, realidade e retórica andam juntas. A realidade jurídica é retórica e a retórica é linguagem, é Direito, como expressão do mais forte[748]. O Direito pode partir da realidade concreta, mas não depende apenas dela para impor sua perspectiva. Isso não significa uma cisão entre norma e realidade (como Schmitt tanto criticou). Ao contrário, representa uma interação entre a norma e a realidade, a partir da qual o Direito se manifesta desde a perspectiva daquele que detém posição política, econômica e social privilegiada.

No processo de consolidação do estado econômico de emergência, importa mais a resposta dada pelo Direito na transformação da realidade do que a veracidade do fundamento. Se reduzido à atual linguagem da emergência econômica, não haverá um *Direito Constitucional Financeiro* voltado à igualdade, ao federalismo equilibrado, à democracia e à garantia dos direitos fundamentais, ao cumprimento dos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de desenvolvimento nacional, de erradicação da pobreza, de redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos. Haverá, de outro lado, um *Direito Conjuntural Financeiro*, voltado ao atendimento da emergência econômica, normalizando a exceção, instrumentalizando a concentração e a centralização de poderes e também a suspensão permanente dos direitos fundamentais.

---

[747] "I just spoke about law`s pontential to provide us with moral resources in times of stress. In making that claim, it is important to put emphasis on 'us' and not 'law'. The first president of postwar Germany made the point that the collapse of the Weimar Republic took place not because of flaws in Weimar Constitution, but because in Germany`s first experiment with democracy there were not enough democrats. Similarly, without enough believers in the rule of law, law cannot deliver its resources to us. Moreover, it is not enough that many lawyers and judges are committed to the rule of law. It is important, indeed much more important, that politicians, pubic officials, journalists and plain we the people share this commitment" (grifos nossos) (DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 64).

[748] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. Estado de calamidade financeira e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In JOTA. Disponível em https://jota.info/colunas/coluna-fiscal/coluna-fiscal-estado-de-calamidade-financeira-e-lrf-07072016. Acesso em 25/05/2017.

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os Barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP, 1998.

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, pp. 1029-1091, 2004.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AFONSO, José Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. Disponibilidade e Desvinculação financeira. *Texto de Discussão n. 39*. junho, 2014. FGV – IBRE. Disponível em http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=402880811D8E34B9011D9CCBFDD1784C&contentId=8A7C82C546C897580146EF4A8CC77016. Acesso em 31/03/2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de. La crisis de la deuda pública y la renovación de los conceptos del derecho público: notas para un debate. In: GARCÍA, José Eugenio (dir.); MONTERO, Manuel Estepa. *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel. 2014.

ALMEIDA, Mansueto; MANOEL, Alexandre; REBOUÇAS, Helder. Os impasses do contingenciamento. *Valor Econômico.* São Paulo, 02 de março de 2012.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação? *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba: n. 24. 2005.

ALVES, Gustavo Henrique Tardelli. *O orçamento federal entre a realidade e a ficção: as armadilhas à transparência da despesa pública no Brasil.* Monografia (especialização Curso de Orçamento Público). Instituto Serzedello Corrêa (ISC), 2012.

_____. A credibilidade do orçamento federal: um desafio à transparência da despesa pública no Brasil. *Revista da Controladoria-Geral da União*, v. 7, n. 11, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, 54, pp. 27-41. Cebrap: São Paulo, 1999.

ARMINGEON, Klaus; GUTHMANN, Kai. Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007–2011. *European Journal of Political Research*, v. 53, n. 3, p. 423-442, 2014.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e Igualdade Territorial: Uma Contradição em Termos? *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, no 3, 2010.

ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução Vera Ribeiro. Revisão de tradução Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Editora UNESP, 1996.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. *Processo legislativo e orçamento público: a função de controle do parlamento.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed. 2007.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciências das finanças, direito financeiro e tributário.* São Paulo: RT, 1969.

_____. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

AVALOS, Eduardo. Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días. *Revista de la Facultad de Derecho*, v. 3, n. 1. Universidad de Córdoba, 2013.

BALERA, Felipe Penteado. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 14, n. 1, pp. 25-52, 2009.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise na América do Sul. *Revista brasileira de política internacional*. v. 45, n. 2, pp. 135-146. Brasília, Dezembro, 2002.

BARRETO, Érica de Santana Silva. Os créditos extraordinários e sua excessiva utilização pelo Poder Executivo Federal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 79-92, 2015.

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

BARROS, Maurício. Orçamento e Discricionariedade. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SALDANHA, Daniel; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. A problemática do uso de depósitos judiciais e extrajudiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 69, pp. 501 - 550, Belo Horizonte, n. 69, pp. 501 - 550, jul./dez. 2016.

BELLEGARDE, Marina Tanganelli. Qual a relação entre a Suma Teológica, DRU e retrocesso social?. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004.

_____. O Estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 11, 2006.

_____; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*. Suplemento. Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006.

_____. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. O ainda indispensável direito econômico. In BENEVIDES, Maria V. de M.; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEREIJO, Álvaro Rodriguez. Estudio preliminar. *In:* LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

_____. Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional. In *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, pp. 157-218. 2015.

BEUKERS, Thomas. Legal Writings on the Eurozone Crisis. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/11*. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/04/LAW_2015_11-Beukers.pdf. Acesso em 05/04/2016.

BEZERRA, Marcos O. *Em nome das "bases". Política, favor e dependência pessoal*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

BICALHO, Lucídio. Jogos orçamentários. *Nota Técnica n. 176*. Brasília: INESC, dezembro de 2011.

BLUSTEIN, Paul. *Vexame: bastidores do FMI na crise que abalou o sistema financeiro mundial.* Rio de Janeiro: Record, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito.* Trad. Daniela Versiani. Barueri, SP: Manoli, 2007.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; CORRÊA, Flávio. Hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 2, p. 115-140, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BOUVIER, Michel. La soutenabilité des finances publiques en déficit de projet politique. *Revue Française de Finances Publiques* nº 118. França: Fondafip, 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. Putting Social Rights in Brackets? The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014.

BUDINA, Nina; Schaechter, Andrea; Weber, Anke; Kinda, Tidiane. Fiscal Rules in Response to the Crisis: Toward the" Next-Generation" Rules: A New Dataset. *IMF Working Paper/12/187*. International Monetary Fund. julho. 2012.

CABRAL, Nazaré da Costa. *Programa e decisão orçamental: da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade econômica*. Coimbra: Almedina, 2008.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 91-107, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

CAMPOS, Francisco. Orçamento - natureza jurídica - lei material e lei formal - exposição e crítica da doutrina de Leband - direito comparado - elevação do imposto de vendas e consignações em São Paulo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 447-467. Rio de Janeiro, out. 1948.

_____. Orçamento – Natureza jurídica. *Revista de Direito Administrativo* 71/324. jan./mar. 1963.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra ed., 1994.

_____. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 1.200-1.201. 2003.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CASTILLO ORTIZ, Pablo José. La crisis y las transformaciones del derecho público estatal y europeo vistas por la academia española. *Revista de Estudios Políticos*, v. 165, p. 281-304, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, nº 34, pp. 147-156, 1997.

CAYUSO, Susana. La emergencia económica y la Constitución. Crónica de un pasado y presente contradictorios y de un futuro incierto. En busca de los controles perdidos. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, p. 1319-1343, 2005.

CHRISTOPOULOS, Basile. *Orçamento público e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CISOTTA, Roberto; GALLO, Daniele. The Portuguese Constitutional Court case law on austerity measures: a reappraisal. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social*

rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges. EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014.

CLOSA, Carlos. Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea. *Revista de Estudios Políticos*, n. 165, p. 57-86, 2014.

COLE, David. Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8, p. 2565-2595, 2003.

COMISKEY, Michael. Can a President Pack or Draft the Supreme Court-FDR and the Court in the Great Depression and World War II. *Albany Law Review*, v. 57, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONTI, José Maurício. *A autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006.

_____. *Emendas ao Orçamento e o Desequilíbrio de poderes*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-jul-03/contas-vista-emendas-orcamento-desequilibrio-poderes. Acesso em 07/05/2015.

_____. O final de anos, as dívidas e os restos a pagar. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-dez-17/contas-vista-final-ano-dividas-restos-pagar. Acesso em 24/05/2017.

_____. O final de anos, as dívidas e os restos a pagar. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-dez-17/contas-vista-final-ano-dividas-restos-pagar. Acesso em 24/05/2017.

CORREIA NETO, Celso de Bastos. *O STF, o orçamento e os créditos extraordinários. In Conjur – Observatório Constitucional.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-fev-23/observatorio-constitucional-stf-orcamento-creditos-extraordinarios#_ftn3. Acesso em 01/11/2017.

CORTI, Horacio. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Alberto Perrot, 1997.

_____. Derechos fundamentales y presupuesto público. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, v. 7, n. 1, p. 144-173, 2017.

_____. Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, v. 1, 2010.

COUTTS, Stephen; DÍEZ SÁNCHEZ, Leticia; MARKETOU, Afroditi-Ioanna; PIERDOMINICI, Leonardo. Legal Manifestations of the Emergency in National Euro Crisis Law. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/14*. Disponível em

http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/05/LAW_2015_14.pdf. Acesso em 04/04/2016.

DA ROCHA, Diones Gomes; MARCELINO, Gileno Fernandes; SANTANA, Cláudio Moreira. Orçamento público no Brasil: a utilização do crédito extraordinário como mecanismo de adequação da execução orçamentária brasileira. *Revista de Administração*, v. 48, n. 4, p. 813-827, 2013.

DE OLIVEIRA, Leandro Saraiva Dantas*;* LIMA, Roberto José Vieira de Sousa, PAULO, Edilson, LUCENA, Wenner Glaucio Lopes Lucena. Dívida Ativa: Evidenciação e Fatores de Influência em sua Recuperabilidade. In: *1º Congresso da UnB de Contabilidade e Governança.* 2016.

DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro, pp. 559 a 587. 2005.

DE WITTE, Bruno. Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation? *European Constitutional Law Review*, v. 11, n. 03, p. 434-457, 2015.

DIAS, Fernando Álvares Correia. O que é e para que serve a DRU? (2011). Disponível em https://goo.gl/BGLrta. Acesso em 22/06/2016.

DÍEZ SÁNCHEZ, Leticia. Desconstitutionalisation of social rights and the quest for efficiency. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014.

DUBBER, Markus Dirk. Judicial Positivism and Hitler's Injustice. *Columbia Law Review*, 1993.

DUGARD, John. The Judiciary in a State of National Crisis - With Special Reference to the South African Experience. *Wash. & Lee L. Rev.*, v. 44, pp. 483-484. 1987.

DURAN, Camila Villard. O Supremo Tribunal Federal e a construção jurisprudencial da moldura jurídica do poder monetário. *Direito, Gestão e Democracia. Brasília*: EAGU, 2011, p. 77.

DYZENHAUS, David. Hermann Heller. An Introduction. *Cardozo Law Review*. v. 18, p. 1129, 1996.

_____. Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons*? The American Political Science Review*, vol. 91, n. 1, pp. 121-134. 1997.

_____. *Legality and Legitmacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar.* Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*". Cardozo Law Review*. vol. 27, 2005.

_____. *The Constitution of Law: legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 16, n. 2, p. 337-366, 2015.

ECHEVESTE, José Luis Burlada. Límites y garantías constitucionales de la Deuda pública. In LEÓN, José Maria Baño (coord*.). Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid: Centro de Estudios Politicos Constitucionales, p. 2883-2909. 2016.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann; revisão de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FABBRINI, Frederico. The fiscal compact, the 'golden rule' and the paradox of European federalism. *Boston College International & Comparative Law Review*, v. 36, n. 1, 2013.

_____. The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 32, 2014.

FAGUNDES, M. Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 99:01-11, 1970.

FAHEY, Elaine; BARDUTZKY, Samo. Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in Eu Courts, Plural-A Casestudy of The European Stability Mechanism. *Amsterdam Centre for European Law and Governance - Working Paper Series 2013*. Disponível em http://ssrn.com/abstract=2287917. Acesso em 15/06/2017.

FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, p. 141-166. Abril, 1992.

_____. A crise do Judiciário no Brasil. In LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). *Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FASONE, Cristina. Constitutional courts facing the Euro crisis: Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective. *EUI working papers 2014/15*. European University Institute, 2014.

_____. Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/37. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/08/LAW_2015_37.pdf. Acesso em 04/04/2016).

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of exception: a typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law 2.2*, Oxford University Press and New York University School of Law, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.* Osasco: EdiFIEO, 2015.

FGV. CPDOC. *Dicionário. Verbete Estado de sítio*. Disponível em http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/estado-de-sitio. Acesso em 12/10/2017.

FGV. DAPP. A evolução dos restos a pagar nas leis orçamentárias de 2001 a 2014 *Estudos estratégicos – vol. 04.* Disponível em <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2016/02/DAPPestudos_vol4_final_com_capa.pdf>. Acesso em 24/05/2017.

FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. *O orçamento público e suas emergências programadas: um estudo sobre a abertura de créditos extraordinários por medida provisória (2008-2015).* Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2016.

FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. O uso dos depósitos judiciais e administrativos como fonte de receita: uma análise acerca da constitucionalidade da Lei Complementar n. 151/2015. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

FREITAS, Leonardo Buissa; BEVILACQUA, Lucas. Atividade financeira do Estado, transferências intergovernamentais e políticas públicas no federalismo fiscal brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 5, n. 9. Belo Horizonte, 2016.

FREITAS, Paulo Springer de; MENDES, Francisco Schertel. Comentários sobre a PEC do teto dos gastos públicos aprovada na Câmara dos Deputados: necessidade e constitucionalidade da medida. *Boletim Legislativo nº 55*. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Novembro de 2016.

FUSO, Rafael Correia. *Regimes tributário na securitização de títulos e valores mobiliários: lucro real e lucro presumido*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica. PUC-SP. São Paulo. 2016.

GARGARELLA, Roberto. What Courts should not do: Argentina. In GLOPPEN, Siri *et al.* (edtors). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004.

_____. *Latin America Constitucionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In RIBAS, Luiz Otávio (Organizador). *Constituinte exclusivo: um outro sistema político é possível.* São Paulo: Expressão Popular, 2014.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y democracia en América Latina. *Revista Isonomia nº 14.* México: Instituto Tecnológico Autónomo, abril de 2001.

GINSBORG, Lisa. The impact of the economic crisis on human rights in Europe and the accountability of international institutions Global *Campus Human Rights Journal*, pp. 97-117, 2017.

GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. C*adernos Aslegis*, n. 39, p. 61-72, jan/abr 2010.

GONZÁLEZ, Eva María Cordero. La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la federación y los länder. *Teoría y realidad constitucional* nº 29. 2012.

GONZALEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: emergência y derechos constitucionales*. Colección Tesis Doctoral. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

GRAEBER, David. *Dívida: os primeiros 5.000 anos.* Trad. Rogério Bettoni. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

GRAU, Eros. Capacidade normativa de conjuntura. Verbete. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Direito posto e o Direito pressuposto.* 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice.* Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GUERRERO, Manuel Medina. El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal. *Revista española de derecho constitucional*, v. 33, n. 98, 2013.

GUILLÉN, Ana M.; GONZÁLEZ-BEGEGA, Sergio; BALBONA, David Luque. Austeridad y ajustes sociales en el Sur de Europa. La fragmentación del modelo de bienestar Mediterráneo. *Revista Española de Sociología (RES)*, v. 25, n. 2, p. 261-272, 2016.

HABER NETO, Michel. *A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Democracy, solidarity and the European crisis. In GROZELIER, Anne-Marie *et al*. *Roadmap to a Social Europe. Social Europe*. Brussels: Hans Böckler Stiftung, 2013.

HARVEY, David. *O novo imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 6ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

_____. *Las ideas políticas contemporâneas*. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004.

HERNÁNDEZ, Antonio María. *Las emergencias y el orden constitucional*. Cordoba: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. A Tres Lustros de la Reforma Constitucional de 1994. *Revista de la Faculdad de Derecho de México*, Vol. 60, 254, 2010.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRST, Paul. Carl Schmitt's Decisionism. *Telos nº 72 (A Quarterly of critical thought).* New York: Telos Press, Summer 1987.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depend on taxes*. New York: W.W.Norton & Company, 1999.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo Vieira. As inconstitucionalidades do "Novo Regime Fiscal" instituído pela PEC n° 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). *Boletim Legislativo nº 53*. Núcleo de Estudos e Pesquisas Legislativas da Consulltoria Legislativo do Senado Federal. Novembro, 2016.

KAUFMANN, Arthur. National Socialism and German Jurisprudence From 1933-1945. *Cardozo Law Review*, v. 9, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KENNEDY, Ellen. Introduction to Hermann Heller. *Economy and Society*, v. 16, n. 1, pp. 120-126, 1987.

_____. Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, "The Dictatorship of the Reich president according to Article 48 RV". *Constellations*, v. 18, n. 3, pp. 284-297, 2011.

_____. *Carl Schmitt em la República de Weimar*. trad. de Pedro Lomba Falcón. Madrid: Tecnos, 2012.

KILPATRICK, Claire. Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/34. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/06/LAW_2015_34.pdf. Acesso em 04/04/2016).

_____. On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, pp. 325-353, 2015.

KÖLLING, Mario. Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental alemana de 2009. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 16, 2012.

LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LEGRAIN, Milli. *La crisis argentina de diciembre de 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado.* Universidad Complutense de Madrid, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2004.

LIMA, Martônio Mont´alverne Barreto; LEITÃO, Rômulo Guilherme; CHAVES, Daniel, Rocha. Risco de Sempre: Poder Judiciário na Democracia. In: Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto; Carmo, Valter Moura do; Coutinho, Júlia Maia de Meneses. (Orgs.). *Progresso e Regresso político*. 1ª ed. Rio de Janeiro: A Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, v. 01, p. 327-338. 2017.

LLEDÓ, Victor; YOON, Sungwook; FANG, Xiangming; MBAYE, Samba; KIM, Young. *Fiscal Rules at a Glance.* International Monetary Fund. Março, 2017.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. A *execução do orçamento público: flexibilidade e orçamento impositivo*. São Paulo: Blucher, 2016.

LOSADA, Fernando. Exacerbated Economic Governance in the European Union-Or When Did We Forget About Democratic Legitimacy? *Legal Studies Research Paper Series*, nº 24. University of Helsinki, 2013. Disponível em http://ssrn.com/abstract=2261123. Acesso em 14/06/2017.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO E SILVA, Isabela Morbach. O sistema orçamentário brasileiro, planejamento e políticas públicas. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 109-122, 2015.

MARTINICO, Giuseppe. The Impact of the Treaty on Stability, Coordination, and Governance on the National Constitutional Structure: A Regional Example. *Michigan Journal of International Law. Emerging Scholarship Projecto.* Julho, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 22, n. 5, 2015.

MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das receitas públicas no orçamento. A Desvinculação das Receitas da União (DRU). As contribuições e a referibilidade. *In* CONTI, J. Maurício; SCAFF, Fernando F. (coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARX, Karl. *O capital*. Livro 01: O processo de produção do capital. Vol. 02. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1975.

MÀS, Joaquín Tornos. Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica. Instituto de Derecho Publico de Barcelona. *Informe Comunidades Autónomas 2016*. Disponível em https://www.foroautonomias.es/. Acesso em 10/12/2017.

MASALA, Pietro. El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria. In *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20, p. 223-255, 2016.

MASSONETTO, Luís Fernando. *O Direito Financeiro no Capitalismo Contemporâneo: a Emergência de um Novo Padrão Normativo.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

_____. Os impactos da expansão financeira do capitalismo mundial – a constituição de um novo paradigma. In HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (orgs.). *Direito Financeiro Econômico e Tibutário. Estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã*". Novos estudos CEBRAP*, v. 58, pp. 183-202, 2000.

MELO DELGADO, Rosa Herlinda. *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2015.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. Mecanismos de proteção e concretização constitucional: proposta de uma ação de concretização da Constituição. In SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Marcos J. Sistema orçamentário brasileiro**:** planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. *Texto para discussão 39*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MENÉNDEZ, Agustín José. La mutación constitucional de la Unión Europea. *Revista española de derecho constitucional*, v. 32, n. 96, p. 41-98, 2012.

MENEZES, Dyelle. Recorde: "Orçamento Paralelo" deve somar R$ 240,1 bilhões em 2014. Contas Abertas. Disponível em: http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/7413. Acesso em 24/05/2017.

MORA, Mônica; GIAMBIAGI, Fabio. Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual e municipal. *Texto pra Discussão nº 1142*. IPEA, 2005.

NAGEL, Stuart S. Court-curbing periods in American history. *Vanderbilt Law Review*, v. 18, p. 925, 1964.

NAGLE, Luz Estella. La cenicienta del gobierno: reforma a la justicia en América Latina. In SILVA, German Burgos (Eds.) *Independencia Judicial en America Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2003.

NEGRETTO, Gabriel. Paradojas de la reforma constitucional en América Latina. *Journal of Democracy en español*, v. 1, n. 1, pp. 38-54, 2009.

_____. *Shifting Constitutional Designs in Latin America: A Two-Level Explanation.* 2011.

NELSON, Michael. The President and the court: Reinterpreting the court-packing episode of 1937. *Political Science Quarterly*, v. 103, n. 2, pp. 267-293, 1988.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, nº 132. Brasília: Senado Federal, out/dez, 1996.

NUNES, António José Avelãs. *Quo Vadis, Europa?* São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

_____. Setenta anos depois da derrota do nazi-fascimo, 'na Europa fala-se alemã'. In: Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto; Carmo, Valter Moura do; Coutinho, Júlia Maia de Meneses. (Orgs.). *Progresso e regresso político: a democracia em risco.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa. *Journal of Democracy (en español)*. Vol. 5, n. 1, pp. 55-69. Janeiro, 1994.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Securitização da dívida ativa enfraquece a responsabilidade fiscal. In *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://goo.gl/dou4Ng. Acesso em 05/11/2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SCARPINO JÚNIOR, Luiz Eugênio. Securitização da dívida não pode ser simples política de governo. *Conjur*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jul-11/diario-classe-securitizacao-divida-ativa-nao-politica-governo. Acesso em 30/10/2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011.

ORJUELA ESCOBAR, Luís Javier. El Estado Colombiano en los noventa: entre la legitimidad y la eficiencia. *Revista de Estudios Sociales*, n. 1. Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia, agosto, 1998.

OSTA, Ana; CALDAS, José Castro. A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas. In *A Anatomia da Crise: Relatório do Observatório sobre Crises e Alternativas. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra*. Dezembro de 2013. Disponível em http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/Relatorio_Anatomia_Crise_final__.pdf#page=72. Acesso em 05/05/2017.

PACHECO, Cristina Carvalho. *Poder judiciário, reformas liberalizantes e construção democrática nos anos 90: alguns prismas desse confronto no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. IFCH – Unicamp. 2000.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e a reforma do Estado: uma análise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998).* Tese de Doutorado. IFCH-Unicamp, 2006.

PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de Assistência Social no Brasil. *Nota Técnica nº 27*. Brasília: IPEA, 2016.

PARRISH, Michael E. The Great Depression, the New Deal, and the American Legal Order. *Washington Law Review*, v. 59, p. 723, 1983.

PASCUAL, Maribel González. *Welfare rights and euro crisis – the Spanish case*. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014.

PASSOS, Antônio de Pádua Ferreira; CASTRO, Priscila de Souza Cavalcante. O Orçamento e a Dívida Pública Federal. Parte 2. Capítulo 4. In SILVA, Anderson Caputo.; CARVALHO, Lena O.; MEDEIROS, Otávio L. (Orgs.). *Dívida Pública: a experiência brasileira.* Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional. 2009.

PAULANI, Leda Maria. Capitalismo financeiro e estado de emergência econômico no Brasil: o abandono da perspectiva do desenvolvimento. In: *I Colóquio da Sociedade Latino Americana de Economia Política e Pensamento Crítico*. Santiago, 2006.

_____. *Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico.* São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

PAVOLINI, Emmanuele; LEÓN, Margarita; GUILLÉN, Ana, M.; ASCOLI, Ugo. From austerity to permanent strain? The EU and welfare state reform in Italy and Spain. *Comparative European Politics*, v. 13, n. 1, p. 56-76, 2015.

PEDERIVA, João Henrique; LUSTOSA, Paulo Roberto Barbosa. Créditos Extraordinários e Medidas Provisórias no Brasil: uma Análise Sistêmica. *RAC-Eletrônica*, v. 1, n. 2, p. 97-113, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição: uma análise da experiência Latino-americana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 101, p. 7-36, 2010.

PÉREZ, José Luis Monereo. Estudio Preliminar – Hermann Heller y la constitución política de la sociedad. In: HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporâneas*. Trad. Manuel Pedroso. Granada: Ed. Comares, 2004.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

_____. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* - RFDFE, v. 3, p. 71-100, 2014.

_____. Novo Regime Fiscal e a mitigação dos pisos de custeio da saúde e educação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, 2016.

_____. Da saúde aos presídios vivemos um Estado de Coisas Inconstitucional. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional. Acesso em 23/10/2017.

_____. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos. Acesso em 26/05/2017.

_____. STF reconhece o direito de ter o custeio adequado dos direitos. *Conjur* – Contas à vista. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-set-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595. Acesso em 23/10/2017.

_____; DE MORAES BAHIA, Alexandre Melo Franco; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, n. 66, p. 209-237, 2017.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antonio Paulo de Mattos. O papel do Judiciário, o Estado de Direito e o chamado ativismo judicial na doutrina brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos,* v. 19, n. 1, p. 42-76, 2017.

_____; DOS SANTOS, Larissa Dias Puerta. A atuação estatal desempenhada para fomentar o desenvolvimento brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 170-187, 2017.

PISARELLO, Geraldo. *Um largo termidor: Historia y critica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.

_____. *El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática*. Revista Derecho del Estado, nº 28, 2012.

POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Critica del liberalismo económico. Ediciones de La Piqueta. Madrid. Tradução livre. 1989.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In: *Crisis y Constitución - XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional/ Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2015.

REYNOLDS, John. The Political Economy of States of Emergency. *Oregon Review of International Law*. June 30, 2012.

RODRÍGUEZ, Pablo Martín. A Missing Piece of European Emergency Law: Legal Certainty and Individuals' Expectations in the EU Response to the Crisis. *European Constitutional Law Review,* v. 12, n. 02, p. 265-293, 2016.

ROJAS, Francisco José Villar. El control de la estabilidad presupuestaria local: de nuevo la tutela estatal y sus vicios. In LEÓN, José Maria Baño. *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*. 2016.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. Madrid: La Ley, 2008.

_____. Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional (Fiscal Compact and Constitutional Reform in Spain). *REDE nº 41*. Enero-Marzo –2012.

_____. La nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, n. 41. 2012.

_____. *Curbing the Deficit in Spain and its Autonomous Communities: a Constitutional Conundrum*. Center for Constitutional Studies, Madrid, October, 2012.

_____. La estabilidad presupuestaria en la Constitución española. In: *V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale: "La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale"*, 2012. Disponível em http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/Violeta.pdf. Acesso em 05/08/2015.

_____. A Myopic Economic Constitution? Controlling the Debt and the Deficit without Fiscal Integration. *EUI Department of Law Research Paper No. 2015/12*. Disponível em http://eurocrisislaw.eui.eu/wp-content/uploads/2015/05/Law_2015_12.pdf. Acesso em 20/01/2016.

_____; CUENCA, Alain. Reforma de la Constitución y del modelo de federalismo fiscal en España. In RUSSO, Anna Margherita (ed.). *Los escenarios móviles del derecho regional europeo. Reflexionando en el palácio de Godoy.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2015.

SABBAG. Cesar de Moraes. Breves Considerações sobre deficiências estruturais do sistema orçamentário brasileiro. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SALAZAR BENÍTEZ, O. La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del art. 135 de la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 29. UNED, 2012.

SALES, Pedro Henrique Ramos. *PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista.* In JOTA. Disponível em https://goo.gl/KJ5Vmx. Acesso em 29/10/2016.

SALOMON, Margot E. Of Austerity, Human Rights and International Institutions. *European Law Journal*, Vol. 21, nº 4, pp. 521–545, July 2015.

SANTISO, Carlos. Judicial governance in Brazil. In GLOPPEN, Siri *et al.* (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004.

SARMENTO, Joaquim Miranda. A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental. *Revista JULGAR* – online. Setembro de 2015. Disponível em http://julgar.pt/a-reforma-da-lei-de-enquadramento-orcamental/. Acesso em 23/03/2017.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. In: Antonio G. Maués (org.). *Constituição e Democracia*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. C*onstituição Econômica Brasileira* em seus 15 anos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v. 3, jul/set, 2003.

_____. Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União - DRU. In: Octávio Campos Fischer. (Org.). *Tributos e Direitos fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. O Jardim e a Praça ou a Dignidade Humana e o Direito Tributário e Financeiro. In: Heleno Taveira Tôrres. (Org.). *Direito e Poder - Nas Instituições do Público e do Privado Contemporâneos - Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos? In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Estudos Constitucionais*. São Paulo: Renovar, v. 1, 2007.

_____; ANDRADE, César Augusto Seijas de. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como a Resolução nº 40/2001 caloteou a República. In SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Orgs.). *Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

_____. Recuperação de créditos acumulados de ICMS na exportação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, v. 16, p. 52-74. 2012.

_____. *Royalties do petróleo, minério e Energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

_____. Dívida Pública atrasa ampliação de Direitos Fundamentais e Investimento Público. *Conjur* – Contas a vista. 2014. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais. Acesso em 22/05/2017.

_____. Crédito Público e sustentabilidade financeira. *Revista Direito à Sustentabilidade*. Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus Foz do Iguaçu. Centro de Ciências Sociais aplicadas, v. 01, n.1. For do Iguaçu: Triunfal Gráfica e Editora, 2014.

_____. Magna Carta e Bill of Rights: entre o Direito Financeiro e o Direito Tributário. In *Conjur* – Contas à Vista. 2015 Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jun-16/contas-vista-magna-carta-bill-of-rights-entre-direito-financeiro-tributario. Acesso em 20/11/2017.

_____. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional. *Conjur* – Contas à vista. 2015. Disponível em <https://goo.gl/vXU3hz> . Acesso em 24/05/2017.

_____. *As agruras do homem no estado endividado*. Prefácio. In NUNES, António José Avelãs. *Quo Vadis, Europa?* São Paulo: Editora Contracorrete, 2016.

_____; ATHIAS, Daniel Tobias. Dívida Pública e Desenvolvimento: do equilíbrio orçamentário à sustentabilidade financeira. *Revista Científica FAGOC-Jurídica*, v. 1, n. 1, p. 85-96, 2016.

_____. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Conjur* – Contas à vista. 2016. Disponível em https://goo.gl/LdA26C. Acesso em 28/10/2017.

_____. Emenda Orçamentária 86/2015 foi declarada inconstitucional. *Conjur* – Contas à vista. 2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-set-05/contas-vista-emenda-orcamentaria-86-foi-declarada-inconstitucional-dai. Acesso em 23/10/2017.

_____. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais.* Tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2017.

SCHACHT, Hjalmar. *Setenta e seis anos de minha vida: a autobiografia do mago da economia alemã da República de Weimar ao III Reich*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: the end of law*. Oxford: Rowman & Littlefield, 1999.

_____. The Economic State of Emergency, *Cardozo Law Review*. Vol. 21. Yeshiva University, 2000.

_____. *Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. In the Journal of Political Philosophy:* Volume 14, Number 1, 2006.

SCHILLER, Reuel E. The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law. *Michigan Law Review*, p. 399-441, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político.* Apresentação de Hans Georg Flickinger. Trad. De Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

_____. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Jr. In MACEDO JR.; Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Teologia política*. Trad. Francisco Javier Conde; Jorge Navarro Perez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção.* São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, Maria Viegas. O Judiciário brasileiro e a falta de independência dos juízes como um relexo do sistema judicial no Brasil. In LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). *Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodium, 2016.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. Orçamento e Planejamento: tensões entre os poderes. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 31-58, 2015.

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. *A concretização do Direito Financeiro: os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

_____. Problemas e Diagnósticos na Execução do Planejamento Orçamentário. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econônico - RFDFE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte, p. 59-78, 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Golpe Militar e Desenvolvimento Econômico. In: Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto; Carmo, Valter Moura do; Coutinho, Júlia Maia de Meneses. (Orgs.). *Progresso e regresso político: a democracia em risco.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

SOARES, António Goucha. A reforma da governação económica da UE: O colete de regras europeias. *Relações Internacionais*, n. 48, pp. 79-97. Lisboa, dez. de 2015.

STOLLEIS, Michael. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 266-280, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Argumenta Journal Law*, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

_____. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. *Conjur*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil. Acesso em 23/10/2017.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012.

_____. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.* Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Actual editora, 2012.

STURM, Roland. El federalismo en Alemania hoy. In HOFMEISTER, Wilhelm; ARANDA, José Tudela (editores). *Sistemas Federales: una comparación internacional*. Fundación Konrad Adenauer/ Fundación Manuel Giménez Abad. España, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the new deal. *Harvard Law Review*, vol. 101, pp. 421-510, 1987.

TANNO, Claudio Riyudi. *Novo regime fiscal constante da pec nº 241/2016: análise dos Impactos nas políticas educacionais*. Estudo Técnico nº 18, de agosto de 2016. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. 2016.

TATE, Neal e VALLINDER, Torbjorn (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TEGA, Diletta. Welfare Rights in Italy. In KILPATRICK, Claire; DE WITTE, Bruno (*eds.*). *Social rights in times of crisis in the Eurozone: The role of fundamental rights' challenges.* EUI Working Papers LAW 2014/05. Fiesole: European University Institute, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Reformas do federalismo fiscal avançam no Brasil. *Conjur* - Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-12/consultor-tributario-reformas-federalismo-fiscal-avancam-brasil#_ftnref1. Acesso em 27/11/2015).

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

TUORI, Kaarlo; TUORI, Klaus. *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*. Cambridge University Press, 2014.

TUSHNET, Mark. The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation. *International Journal of Law in Context*, v. 3, n. 04, pp. 275-288, 2007.

_____. Emergencias y la idea de Constitucionalism. In TUSHNET, Mark. *Constitucionalism y Judicial Review* (org. por Pedro Grández Castro). Lima: Palestra Editores, 2013.

UPRIMNY, Rodrigo. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (eds). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004.

VARGAS, Neide César. A descentralização e as teorias do Federalismo Fiscal. *Ensaios FEE*, Porto Alegre: v. 32, p. 60. 2011.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 389-406, 2008.

VESELY, Thiago Andrigo. *Emendas orçamentárias como instrumento de coordenação no legislativo brasileiro.* Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/CEFOR. Brasília, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; SÁ E BENEVIDES, Rodrigo Pucci de. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. *Nota Ténica n. 28*. Brasília: IPEA, 2016.

VITA, Leticia. La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller. *Isonomía*, n. 43, pp. 49-75, 2015.

VÍTOLO, Alfredo. *Emergencias Constitucionales I: estado de sitio*. 1ª ed. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

ZIZEK, Slavoj. A Permanent Economic Emergency. *New Left Review* 64. July/aug, 2010. Disponível em https://newleftreview.org/II/64/slavoj-zizek-a-permanent-economic-emergency. Acesso em 15/05/2016.

Documentos oficiais, decisões e legislação

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo Peralta. Julgado em 27/12/1990.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallo Cocchia*. Julgado em 02/12/1993.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallo Burgos*. Julgado em 26/10/2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de La Nación. *Emergencia económica II: Secretaría de Jurisprudencia*. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão nº 287/2016. Processo 017.019/2014-1. Relator José Múcio Monteiro. Julgamento em 17/02/2016.

_____. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Ata de Comissões. Subcomissão de orçamento e Fiscalização Financeira. 5ª Reunião. 05/05/1987. Audiência Pública - Sistema de planejamento e orçamento - Expositor: Nilson Holanda - Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 19/06/1987. Suplemento 80, p. 153. Disponível em https://goo.gl/BGSyPD. Acesso em 22/05/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Sistematização III. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C"). Disponível em https://goo.gl/FbGe7L. Acesso em 20/05/2017.)

_____. Câmara dos Deputados. CPI da Dívida Pública. Relatório Final. Relator Deputado Pedro Novais. Maio de 2010. Disponível em https://goo.gl/jwnP3p. Acesso em 10/10/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Despacho 04/05 3A do Poder Legislativo. Sugestão: 02097 DT REC: 29/04/87. Autoria do Constituinte Gerson Câmara (PMDB/ES). Disponível em http://www6g.senado.gov.br/apem/data/SGCO/2093.html. Acesso em 21/05/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 241/2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em 28/03/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da PEC 241/2016. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em 28/03/2017.

_____. Câmara dos Deputados. PEC 4/2015. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946734. Acesso em 18/10/2017.

_____. Câmara dos Deputados. PLP nº 257/16. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080237. Acesso em 05/12/2017.

_____. Câmara dos Deputados. PLP nº 343/2017. Exposição de motivos. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124451. Acesso em 15/11/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 550/2006. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=326652. Acesso em 20/11/2017.

_____. CNJ. Relatório Precatórios. Reestruturação da Gestão dos Tribunais. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/precatorios/realtorio_precatorios_CNJ_FINAL1.pdf. Acesso em 02/11/2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Glossário. *Contingenciamento*. Disponível em http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario. Acesso em 22/11/2015.

_____. PGFN. PGFN em números. Edição 2017. Disponível em http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibiliza-edicao-2017-do-201cpgfn-em-numeros201d/201cpgfn-em-numeros201d-2017.pdf. Acesso em 04/11/2017.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CAF nº 1579/2014.

_____. Secretaria de Orçamento Federal. *Vinculações de Receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e o Poder Discricionário de Alocação dos Recursos do Governo Federal* – Volume 1, n. 1 (2003) – Brasília. Secretaria de Orçamento Federal – SOF.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. *Metodologia de Cálculo do Superávit Primário.* Disponível em http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/resultado/mnf_gv_central.pdf. Acesso em 31/05/2014.

_____. Senado Federal. Instituição Fiscal Independente. Relatório de Acompanhamento Fiscal. Junho de 2017. Disponível em https://goo.gl/HCYk37. Acesso em 26/07/2017.

_____. Senado Federal. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos ao PLS nº 204/2016. Disponível em http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4160898&disposition=inline. Acesso em 01/11/2017.

_____. Senado Federal. PLS nº 204/2016. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125723. Acesso em 01/11/2017. O projeto foi inicialmente aprovado pelo Senado em 13/12/2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Resolução do Senado nº 50/2015 (convertido na Resolução nº 17/2015). Disponível em http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3012410&disposition=inline. Acesso em 06/11/2015.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2008. Disponível em http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88675. Acesso em 20/11/2017.

_____. Decisão Monocrática. ADI nº 5.072. Medida Cautelar. Ministro Gilmar Mendes. Decisão em 14/02/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.357. Relator Ministro Ayres Britto. Relator para acórdão Ministro Luiz Fux. Julgado em 14/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.425. Questão de Ordem. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 25/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658. Inicial.

_____. Supremo Tribunal Federal**.** ADI 2.010/MC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 30/09/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.595. Decisão Monocrática. Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 27/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Decisão Monocrática. Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Mandado de Segurança nº 34.448/MC/DF, Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 10/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1640 QO. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgamento em 12/02/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2.925/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio. Julgamento 19/12/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.365/DF. Relatora Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 05/03/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF nº 347/MC. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Reclamação nº 4.335/AC. Voto-vista do Ministro Eros Grau. Proferido em julgamento de 01/02/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema 220. L*eading case*: Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13/08/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 91.361. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/09/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.048/DF. Relatora Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ADI 1.717/MC, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 22-9-1999. STF. Pleno. RE 592377, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/02/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo - artigo 102, caput, CF*. ADI 3.345, Relator Ministro Celso de Mello**,** julgado em 25/08/2005. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079. Acesso em 04/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1753/MC, Relator Ministro Sepúvelda Pertence, julgado em 16/04/1998).

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2213/MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/04/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 534. Relator Ministro Celso de Mello. Medida cautelar julgada em 27/06/1991 e questão de ordem julgada em 26/08/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 939. Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 15/12/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 150764. Relator Ministro Sepúvelda Pertence. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 16/12/1992.

_____. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão 772/2016. Processo 016.585/2009. Julgado em 06/04/2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Pleno. TC 012.659/2017-7. Tomada de contas Presidência. Julgado em 28/06/2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo 016.585/2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo TC 043.416/2012-8.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 012.659/2017-7. Relatório e Pareceres prévios sobre as Contas da Presidência da República. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual. O Tribunal e a Gestão Financeira dos Prefeitos*. Fevereiro, 2012.

EUROPA. Parlamento Europeu. Fichas Técnicas sobre a União Europeia. O quadro da UE para políticas orçamentais. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.1.html. Acesso em 19/05/2017.

EUROPEAN COMISSION. The Fiscal Compact – Taking Stock. Disponível em https://ec.europa.eu/info/publications/fiscal-compact-taking-stock_en. Acesso em 13/06/2017.

EUR-LEX. Glossário. Pacto de Estabilidade e Crescimento. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability_growth_pact.html?locale=pt. Acesso em 05/05/2017.

PIAUÍ. Tribunal de Contas. Nota Técnica nº 001/2017. Disponível em https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2017/01/NOTA-TÉCNICA_DECRETO-DE-EMERGÊNCIA.pdf. Acesso em 24/05/2017.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público Estadual. Ação Civil Pública nº 0297334-52.2017.8.19.0001. Petição Inicial.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Comunicado SDG nº 06/2017. Disponível em https://www4.tce.sp.gov.br/6524-comunicado-sdg-062017-alerta-sobre-decretos-calamidade-financeira. Acesso em 24/05/2017.