**GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ**

# O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde

Dissertação de Mestrado
Orientador: Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**
**FACULDADE DE DIREITO**
**São Paulo – SP**
**2020**

**GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ**

# O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde

Dissertação 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 Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**
**FACULDADE DE DIREITO**
**São Paulo - SP**
**2020**

AUTORIZO A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.
Assinatura: _____ Data: ___/___/___

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

---

Costa da Cruz, Giordano Bruno
O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde ; Giordano Bruno Costa da Cruz ; orientador Vitor Hugo Mota de Menezes -- São Paulo, 2020.
186
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.
1. Financiamento à saúde. 2. Orçamento público. 3. Direito financeiro. 4. Direitos humanos. 5. Novo regime fiscal. I. Mota de Menezes, Vitor Hugo, orient. II. Título.

---

Nome: COSTA DA CRUZ, Giordano Bruno.
Titulo: O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde.

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

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. _____

Instituição:_____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr. _____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr. _____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

## DEDICATÓRIA

À minha querida Dona Dica, avó e professora da vida, com quem aprendi o mais importante, algumas coisas que não são ensinadas em sala de aula, nas universidades e centros de pesquisa.

Aos meus pais, Tadeu e Mira, ao meu irmão Gisleno, pelo apoio, ensinamentos e incentivos. À minha Marina, por todo o companheirismo e compreensão durante esses tempos de privações.

*“Ano passado eu morri, mas esse ano eu não morro”*
Sujeito de Sorte – Belchior

“*Caminho se conhece andando*
*Então vez em quando é bom se perder*
*Perdido fica perguntando*
*Vai só procurando*
*E acha sem saber*
*Perigo é se encontrar perdido*
*Deixar sem ter sido*
*Não olhar, não ver*
*Bom mesmo é ter sexto sentido*
*Sair distraído espalhar bem-querer”*

Deus me proteja – Chico César

COSTA DA CRUZ, Giordano Bruno. *O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde.* 2020. 186 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

## RESUMO

A implementação e o exercício de direitos fundamentais prestacionais dependem necessariamente da garantia de recursos financeiros. Não há como se garantir direito à saúde no Brasil sem dispêndio financeiro. Para tanto, o orçamento público é o instrumento no qual estão consubstanciadas as escolhas políticas do legislador, principalmente relativas à arrecadação pública, aos gastos públicos e à dívida pública. É pelo orçamento público que são escolhidos os sujeitos que serão responsáveis pelo pagamento de tributos e quem serão os beneficiários dos serviços públicos sociais. O princípio republicano e o democrático não podem estar dissociados das escolhas políticas e orçamentárias. Este trabalho buscou verificar a possível inconstitucionalidade da modificação do financiamento público federal de saúde instituída pela Emenda Constitucional nº 95 a partir da análise da relação entre o modo de acesso a cargos públicos eletivos, principalmente pela forma de financiamento eleitoral de campanha, e as escolhas políticas do legislador constitucional-orçamentário como fundamento a justificar adoção de medidas de austeridade, como a ocorrida com a instituição do Novo Regime Fiscal. Nesse sentido, buscou-se demonstrar, pela análise da mudança constitucional ao financiamento público de saúde, que somente se respeitarão os fundamentos constitucionais e se alcançarão os objetivos constitucionais quando o acesso a cargos eletivos e as escolhas orçamentárias visarem ao bem comum, respeitarem o princípio republicano e o princípio democrático. A regressividade do sistema tributário e dos benefícios previdenciários e a impossibilidade de deliberação legislativa acerca do pagamento do serviço da dívida pública são consequências da manutenção de privilégios daqueles que cooptaram o poder político pelo poder econômico. Com isso, o resultado obtido foi o reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 naquilo que modificou o financiamento público de saúde por ser medida de austeridade seletiva, por haver outras opções político-orçamentárias menos gravosas, por violar o direito ao mínimo existencial e o princípio da proporcionalidade, nos subprincípios necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como por proteger insuficientemente o direito à saúde.

Palavras-chave: Financiamento de saúde. Orçamento público. República.

COSTA DA CRUZ, Giordano Bruno. *O Novo Regime Fiscal e algumas inconstitucionalidades no financiamento à saúde*. 2020. 186 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.


## ABSTRACT

The implementation and exercise of provisional fundamental rights necessarily depend on the guarantee of financial resources. There is no way to guarantee the right to health in Brazil without financial expenditure. For this purpose the public budget is the instrument in which the legislator's political choices are consolidated, mainly concerning public revenue, public spending and public debt. It is through the public budget that are chosen those who will be responsible for paying taxes and those who will benefit from public social services. The republican and democratic principles cannot be dissociated from political and budgetary choices. This paper sought to verify the possible unconstitutionality of the modification of the federal public health financing instituted by Constitutional Amendment nº 95/2016 from the analysis of the relationship between the mode of access to elected public offices, mainly by the form of electoral campaign financing, and the political choices of the constitutional-budgetary legislator as a basis to justify the adoption of austerity measures, such as that which occurred with the institution of the "New Tax Regime". In this sense it was sought to demonstrate by analyzing the constitutional change to public health financing that constitutional fundamentals will only be respected and constitutional objectives will only be achieved when the access to elective offices and budget choices aim at the public welfare and respect the republican principle and the democratic principle. The regressiveness of the tax system and social security beneficiaries and the impossibility of legislative deliberation regarding the payment of public debt service are consequences of the maintenance of privileges of those who co-opted political power for economic power. With that in mind, the result obtained was the recognition of the unconstitutionality of Constitutional Amendment nº 95/2016 in what changed public health financing as it is a measure of selective austerity, because there are other less restrictive political-budgetary options, for violating the right to the existential minimum and the principle of proportionality, in its sub-principles necessity and proportionality *stricto sensu*, as well as for insufficiently protecting the right to health.



Keywords: Health financing. Public budget. Republic.

**SUMÁRIO**


**INTRODUÇÃO** **9**

**1 ESTADO COMO REDUTOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS** **14**

1.1 RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA DESIGUALDADE BRASILEIRA 14

1.2 PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO 20

1.3 QUANDO A DESIGUALDADE É JUSTA: DISPOSIÇÃO HUMANA PARA O AGIR JUSTO 29

1.4 GARANTIA DAS CAPACIDADES HUMANAS BÁSICAS 40

**2 ORÇAMENTO PÚBLICO: ENTRE A REPÚBLICA E A EXCEÇÃO** **48**

2.1 DIREITO FINANCEIRO ELEITORAL E O PODER ECONÔMICO COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE 60

2.2 A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO 81

2.3 OS CUSTOS E AS DECISÕES POLÍTICAS ADOTADAS 89

**3 GASTO MÍNIMO FEDERAL COM SAÚDE E A ERA DO NARCISISMO DA DESPESA PÚBLICA** **99**

3.1 LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA À CONSTITUIÇÃO 107

3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E INTERDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 120

3.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO LIMITE DA ATIVIDADE LEGISLATIVA PARA FINANCIAMENTO AO DIREITO À SAÚDE E AUSTERIDADE SELETIVA 138

**CONCLUSÃO** **159**

**REFERÊNCIAS** **173**

# INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de pesquisa científica que visa analisar o impacto das modificações constitucionais dadas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, conhecida como Novo Regime Fiscal (NRF), no financiamento público federal dos gastos com saúde, de modo a diminuir proporcionalmente o gasto *per capita* nessa área ao longo dos anos.

A instituição de limitações aos Orçamentos Fiscal e de Seguridade Social da União pelos próximos vinte anos recebeu o nome de *Novo Regime Fiscal*, sendo tratado nos artigos 107 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), trazidos à Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 95/2016 (EC nº 95/2016).

Observe-se que não é sem estratégia o uso do termo *novo*, pois sua finalidade é demonstrar uma melhoria na modificação, ante o entendimento popular de que o novo sempre é melhor que o velho, o moderno é mais eficiente que o clássico, dentre outras dicotomias.

Esta Emenda Constitucional tem por finalidade limitar as despesas públicas primárias da União, estabelecendo um teto de gastos públicos individuais para os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, para o Ministério Público e para a Defensoria Pública, que vigorará pelos próximos vinte anos. Estabelece de início que o teto de gastos públicos para o orçamento do exercício 2017 será o valor de referência do ano de 2016 acrescido pela inflação do período, seguindo essa metodologia de cálculo para os próximos exercícios financeiros.

Para as aplicações mínimas em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) e em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 110 do ADCT), tomar-se-á como base o ano de 2017 como referência para o orçamento de 2018. Limita-se o aumento desses gastos a variações do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), impedindo, portanto, aumentos reais nos gastos da despesa primária total, inclusive quanto ao financiamento público federal de saúde e educação. Dessa forma, o NRF permite apenas aumentos nominais das despesas públicas primárias da União.

A proibição de aumento real dos gastos com despesas primárias da União e principalmente com saúde não leva em consideração o aumento e o envelhecimento da população brasileira, podendo causar, assim, diminuição no gasto *per capita* com saúde. Em vista disso, é necessário verificar se a diminuição de gastos *per capita* com saúde pode violar as limitações constitucionais ao poder constituinte derivado, bem como se pode causar piora substancial na vida das pessoas menos favorecidas, que só dispõem de acesso ao Sistema

Único de Saúde (SUS). Como medida de austeridade, o NRF é uma escolha política que precisa levar em consideração todas as opções menos gravosas à população mais vulnerável, não podendo ser a primeira a ser adotada. Logo, é importante verificar se a medida de austeridade adotada protegeu os direitos sociais da população menos favorecida e qual sua relação com os privilégios sociais.

A importância e relevância do tema escolhido decorrem da consideração que se faz acerca das condições necessárias para a boa vida humana ou para uma vida que garanta o mínimo necessário para uma existência digna.

Uma vida bem vivida é um bem comum aos indivíduos de uma sociedade. O florescimento humano é desejado e almejado naturalmente pelo ser como animal político, dotado de capacidade para viver de forma gregária. Entretanto várias capacidades ou bens humanos básicos devem ser conjunta e minimamente garantidos às pessoas como forma de permitir que a vida seja vivida em sua inteireza, de forma satisfatória e dignamente humana.

Saúde é espécie de capacidades humanas e bens humanos básicos a todos os integrantes da sociedade. Não há que se falar em existência digna sem garantia mínima dessa capacidade. A garantia desse direito ocorre necessariamente com o dispêndio de recursos financeiros, públicos em sua grande maioria. O financiamento público com saúde deve ser medida imprescindível de justiça distributiva principalmente em sociedades cuja diferença socioeconômica seja maior.

Baseado nessas alegações, esta dissertação adota como problemática e tentará responder, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, a pergunta “como o novo regime fiscal impacta na garantia mínima de saúde e a modificação do financiamento público federal de saúde viola a Constituição?”.

O objetivo geral desta dissertação é analisar e expor a importância do financiamento público de gastos relativos às capacidades humanas básicas, especificamente relativas à saúde, como necessária para uma existência minimamente digna em sociedades.

Em continuação, os objetivos específicos deste trabalho são: i) expor e descrever o reconhecimento constitucional da desigualdade brasileira, de modo a mencionar que a Carta Constitucional de 1988 adota vários fundamentos que determinam o comportamento estatal para a superação dessa desigualdade, elencando objetivos constitucionais que propiciam a mudança dessa realidade social em benefício dos mais vulneráveis; ii) demonstrar e apresentar o orçamento público como instrumento constitucional de redistribuição de

oportunidades baseado na justiça distributiva e na busca da liberdade igual, de modo a estar submetido ao princípio republicano; e iii) analisar o financiamento público federal, da redação original da Constituição Federal de 1988 à Emenda Constitucional nº 95/2016, dos gastos com saúde, as limitações às modificações constitucionais a esse tipo de dispêndio e as consequências reais dessas escolhas, ainda que trágicas, na vida da população menos favorecida.

A hipótese principal apresentada na dissertação é de que a modificação no financiamento público de saúde, dada pela Emenda Constitucional nº 95/2016, viola limitações ao poder constituinte derivado reformador, acarreta sensível diminuição dos gastos *per capita* nessas áreas e a economia gerada por essa diminuição serve como maior garantia de pagamento da dívida fiscal brasileira, ainda que em detrimento da piora da condição de vida das pessoas menos favorecidas.

Da hipótese principal, é possível perceber hipóteses secundárias, a saber: i) saúde é espécie de capacidade humana sem a qual os indivíduos não terão garantida uma vida minimamente digna; ii) o orçamento público deve ser dotado também de critérios mínimos de justiça distributiva, servindo como instrumento equitativo de correção de desigualdades; iii) o NRF, além de outras alterações constitucionais no financiamento público federal de saúde, viola as limitações do poder de reforma da Constituição, por agravar a situação dos menos favorecidos como forma de garantir o pagamento da dívida fiscal brasileira, cujos credores são os mais favorecidos do estrato social, não garantindo o mínimo existencial e protegendo de maneira deficiente o direito à saúde dos que utilizam o SUS.

A metodologia de pesquisa iniciou com um trabalho bibliográfico exploratório, que buscou verificar o papel do Estado como redutor das desigualdades sociais e regionais brasileiras, analisou o papel do orçamento como instrumento de exceção ou de republicanismo, além de investigar a garantia do financiamento público de saúde como garantidor de direito social relevante para o mínimo existencial e protetor eficiente do direito à saúde.

Na primeira seção deste trabalho, é necessário verificar se a desigualdade brasileira é apenas uma constatação fática ou também um reconhecimento jurídico-constitucional, a partir do que fora escolhido pelo legislador constituinte originário como fundamentos (art. 1º da CF/88) e objetivos (art. 3º da CF/88) constitucionais, que impedem que a atuação estatal, qualquer que seja ela, seja dissociada desses fundamentos e objetivos. Associado a isso,

analisa-se qual o papel do Estado brasileiro na promoção do desenvolvimento: se atua como agente de fomento e indutor de desenvolvimento ou como mero expectador ou regulador da ordem econômica. Para tanto, é importante o estudo da teoria dos polos de crescimento ou de desenvolvimento elaborada pelo economista francês François Perroux, também analisada no Brasil por Gilberto Bercovici. Não menos importante é a análise da influência econômica exercida pela *Comisión Económica para América Latina* (CEPAL) no processo de desenvolvimento dos países latino-americanos, a partir do incentivo à industrialização como fuga ao sistema centro-periferia. Dessa forma, é necessário analisar se o subdesenvolvimento é uma fase necessária para o atingimento do desenvolvimento ou se é uma realidade histórica e autônoma, que necessita da atuação do Estado como agente indispensável para o implemento de política pública duradoura que vise superar tal subdesenvolvimento. O conceito de justiça distributiva, a partir de Aristóteles, como promotor de redução de desigualdades sociais também é analisado na primeira seção deste trabalho. É a partir da garantia de bens humanos básicos que o florescimento humano, objetivo da vivência dos indivíduos como animais políticos, é minimamente alcançado. Por isso, a partir da teoria de justiça elaborada por Martha Nussbaum, analisam-se e elencam-se as capacidades humanas básicas dos indivíduos, necessárias para a vivência minimamente digna em sociedade.

Na segunda seção, este trabalho inter-relaciona a forma de financiamento eleitoral para acesso a cargos públicos eletivos e as escolhas do legislador orçamentário, relativas à receita pública, à despesa pública e à dívida pública. É necessário verificar se o orçamento público brasileiro é estabelecido respeitando o princípio republicano, se estabelecido em benefício do bem comum, ou se é instrumento de dominação dos mais favorecidos em detrimento da população mais vulnerável. Para tanto, é importante se saber qual a forma de acesso a cargos públicos eletivos e como ocorre o financiamento de tais campanhas, inclusive quais são as condições de elegibilidade e em qual medida o poder econômico exerce influência no acesso a cargos públicos eletivos. Não se pode olvidar que o orçamento público brasileiro é lei em sentido estrito, portanto está submetido ao processo de edição de normas jurídicas primárias. Dessa forma, os participantes desse processo legislativo para a confecção de leis exercem primordial influência nas escolhas orçamentárias brasileiras. Essas escolhas orçamentárias resultam na forma como o Estado brasileiro arrecada, gasta e se endivida. Uma vez verificada a forma (anti)democrática e (anti)republicana de financiamento para acesso a cargos públicos eletivos, estuda-se o sistema tributário brasileiro, para fim de se verificar eventual

progressividade ou regressividade desse sistema. Para tanto, é imprescindível a análise acerca da carga tributária brasileira, comparando-a com outras nações, e sua forma de composição, quais suas bases de incidência e qual o percentual que cada uma representa no total da carga tributária. Em seguida, verifica-se de que forma o Estado brasileiro gasta, quais são as naturezas das despesas e o percentual que representa cada natureza de despesa no montante total. Por fim, a segunda seção aborda a dívida pública brasileira, seu montante, sua composição e seu perfil, bem como aborda eventuais *cláusulas pétreas orçamentárias*, que beneficiam os credores da dívida pública.

A terceira seção trata de descrever as modificações históricas sobre o financiamento público de saúde até a edição do NRF e estuda eventuais inconstitucionalidades na instituição de teto de gastos públicos relativos ao financiamento público de saúde, com a imposição de aumento real de gastos dessa natureza pelos próximos 20 anos. Para tanto, analisam-se os direitos sociais como sujeitos às limitações ao poder de reforma à Constituição e a inclusão desses direitos como imprescindíveis à garantia do mínimo existencial. Por fim, será analisada a possibilidade de (in)constitucionalidade da modificação do financiamento público de saúde, implementado pelo NRF (Emenda Constitucional nº 95/2016), a partir de enfoque baseado em eventual violação ao *mínimo existencial* e à *proibição de proteção deficiente* ao direito à saúde, decorrente do princípio da proporcionalidade. Quanto à possível violação ao mínimo existencial, verificar-se-ão sua conceituação, reconhecimento normativo e a discussão acerca de seus fundamentos, se o direito ao mínimo existencial é instrumental a outros direitos ou se é independente. Quanto à eventual violação ao princípio da proibição de proteção deficiente, será analisada a conceituação e a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, é necessário verificar se o NRF respeitou tais princípios naquilo que modificou o financiamento público de saúde, protegendo de maneira eficiente tal direito.

Este trabalho não tem por objetivo analisar todas as eventuais inconstitucionalidades das modificações ocorridas com o advento do NRF. A análise que se pretende fazer é limitada somente à modificação do financiamento público de saúde a partir da verificação do (des)respeito ao mínimo existencial e ao princípio da proporcionalidade e seu corolário princípio da proibição da proteção deficiente.

# 1 ESTADO COMO REDUTOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

## 1.1 RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA DESIGUALDADE BRASILEIRA

Como reagimos a situações que nos causam dor, sofrimento e demais crises da vida humana? As reações são similares ou há variações ao se comparar os indivíduos? Injustiças e desigualdades nos causam sofrimento? Parece que sim. A conclusão é acaciana.

Em observação a doentes terminais, pessoas em processo de luto e demais indivíduos que têm vivenciado circunstâncias dolorosas de forma geral ao longo da vida, puderam ser identificadas certas similaridades nesse processo de dor ou de luto.

A médica psiquiatra suíça Elisabeth Kübler-Ross desenvolveu estudos durante muitos anos com pacientes em estado terminal. Após esse período de análise, elencou cinco fases que compõem o processo de sofrimento, o que ficou conhecido mundialmente na psiquiatria como *Kübler-Ross model*[1].

Esses indivíduos juntamente com seus familiares passariam por cinco fases: *negação, raiva, negociação, depressão* e *aceitação*.

Na *negação,* o indivíduo age com choque e descrença. Não crê na situação pela qual passa, não a admite e recusa a aceitar os fatos. Em outra fase, o indivíduo sente *raiva* em virtude da situação vivida, após a superação da fase da negação. Na fase da *negociação,* da barganha, a pessoa passa a sentir algum grau de esperança na convalescência, por mínima que seja. Deseja mais alguns dias de vida, no mínimo. Já a *depressão* é caracterizada pela diminuição da esperança em uma possível melhora, o que tende a dificultar a convalescência do paciente ante seu estado psicológico negativo. A *aceitação* é a fase na qual o indivíduo já passa a se resignar diante da morte. Esses estágios não ocorrem necessariamente nessa ordem e nem todos os indivíduos vivenciam todas as fases inteiramente.

Os estudos da autora são importantes para demonstrar a necessidade de se lidar francamente e com transparência com a inevitabilidade da morte bem como com as demais situações de crises da vida humana. O paciente deve ter conhecimento da situação real pela qual ele passa. É imperioso que lidemos com as adversidades com honestidades, franqueza e transparência. As desigualdades e injustiças, assim como a morte, ocorridas no mundo contemporâneo, precisam ser enfrentadas sem rodeios, sem fantasias. A preocupação da

---

[1] KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 276.

sociedade necessita ser direcionada não à morte, pois inevitável, mas sim à vida, e não a sobreviver.

O *Kübler-Ross model* não tem sido apenas usado em psiquiatria. O conceito modernamente também vem sendo usado com finalidades diversas, dentre elas como ferramenta de gestão organizacional. As organizações têm utilizado os estudos de Kübler-Ross como forma de melhor implementar modificações estruturais e organizacionais, ou seja, como ferramenta de gestão de mudanças empresariais. Dessa forma, não é desarrazoado que esse modelo também seja utilizado como ferramenta de análise social.

Fazendo alusão ao *Kübler-Ross model*, podemos perceber que o Brasil não se encontra mais na fase da *negação* quanto à existência das desigualdades sociais na estrutura de poder das relações sociais dos brasileiros. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) não apenas reconhece que a sociedade brasileira é desigual como também impõe a mudança desse quadro de desigualdade humana ao elencar seus objetivos fundamentais. Todos os objetivos fundamentais erigidos pela Constituição de 1988 (art. 3º) tem vinculação direta com o combate à desigualdade social:

> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.[2]

No mundo, a desigualdade social não é constatação encontrada em poucos países e que assola poucas pessoas. Atualmente, 1% da população mais rica do mundo é detentora da mesma riqueza dos outros 99% e a fortuna de oito bilionários representa o somatório de metade da riqueza da população mais pobre. Por outro lado, US$ 1,90 é a quantia diária com a qual mais de 700 milhões de pessoas vivem no mundo.[3]

As desigualdades sociais e regionais no Brasil são claras e de fácil constatação. Ainda que haja inúmeras divergências estatísticas a respeito do quantitativo dessa desigualdade, esta, em si, é indubitável e cristalina, sofrendo variação estatística apenas quanto ao seu tamanho, não quanto à sua existência.

---

[2] Cf. Art. 3º da Constituição de 1988.

[3] OXFAM. *Uma Economia para os 99%*. 2017. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/publicacoes/uma-economia-para-os-99. Acesso em: 07 dez. 2018.

No Brasil, no ano de 2017, os seis maiores bilionários brasileiros eram proprietários do mesmo patrimônio que o somatório da metade mais pobre da população. Além disso, 16 milhões de pessoas estão vivendo abaixo da linha da pobreza.[4]

A injustiça em escolhas políticas ocasiona desigualdade e pobreza, por causa da forma desigual de distribuição de poder dentro de uma sociedade. Continuar a adotar critérios injustos nessas escolhas políticas manterá o quadro de desigualdade social e pobreza. A sociedade dispõe de variados instrumentos de justiça distributiva como medida de implementação de políticas públicas. Entretanto a divisão de poder nas sociedades severamente desiguais tende a perpetuar e a aumentar tal desigualdade, distanciando ainda mais a população mais necessitada da possibilidade de uma vida minimamente digna.

As disparidades não são apenas na riqueza, mas também nas "assimetrias brutais de poder e nas oportunidades políticas, sociais e econômicas".[5] As decisões políticas são concentradas nas mãos dos maiores beneficiados por tais decisões. Assim, as oportunidades políticas, sociais e econômicas são direcionadas ao corpo político detentor desse poder em um ciclo vicioso que se retroalimenta. Quem tem mais poder tem mais benefício. Os que têm mais benefícios têm mais poder e continuarão a implementar políticas públicas que mantenham esse *status quo*. Enquanto isso, a população pobre apenas se submete às decisões políticas dos controladores do poder e luta para ingerir uma quantidade mínima de calorias para se manter em pé.

Ao Estado brasileiro, reconhecidamente com o texto constitucional de 1988, as pessoas importam. O indivíduo deve ser visto em sua inteireza. A *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana* são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II e III da CF/88). Por isso, todas as previsões constitucionais devem ser implementadas e garantidas tendo como guia o respeito à dignidade da pessoa humana e a cidadania. Qualquer norma constitucional da Constituição de 1988 não pode ser interpretada de maneira dissociada dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Não se pode solucionar nenhum problema enquanto ainda se nega a existência dele. A Constituição superou a *fase de negação* das desigualdades sociais e regionais brasileiras ao se reconhecer que é necessário "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

---

[4] OXFAM. *Uma Economia para os 99%*. 2017. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/publicacoes/uma-economia-para-os-99. Acesso em: 07 dez. 2018.

[5] SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar*. São Paulo: Cia das Letras, 2010. p. 23.

desigualdades sociais e regionais”[6]. A partir de então, as disposições constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e às garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes, à defesa do Estado e das instituições democráticas, à tributação e ao orçamento, à ordem econômico e financeira e à ordem social, devem ser interpretadas, implementadas e estruturadas de maneira indissociável do que fora escolhido como fundamentos e objetivos do Brasil, sob pena de violação direta ou indireta da norma constitucional e de transformá-la em uma simples *folha de papel*.[7]

Como consequência da superação da fase da negação, a tributação, o orçamento e as despesas públicas não podem ser dissociados dos fundamentos e dos objetivos do Estado brasileiro. Não pode, por exemplo, o sistema de tributação brasileiro ser um fator indiferente à desigualdade ou até mesmo de aumento desta. As despesas públicas, dentre elas os gastos com saúde e educação, devem atender com prioridade os mais necessitados. Dessa forma se estipulou como norma constitucional a vinculação de receitas públicas como garantia dos direitos fundamentais (art. 167, IV), sendo inclusive considerada como “cláusula pétrea orçamentária”[8].

Ousa-se afirmar que o Brasil atualmente se encontra na *fase da negociação*, da barganha, pois ainda há esperança em sua convalescência. A desigualdade brasileira pode ser reduzida sensivelmente desde que as escolhas políticas tenham como fundamento o princípio republicano e democrático, visem ao bem comum, eliminando-se os privilégios injustificáveis e odiosos. Para tanto, a forma de acesso a cargos eletivos necessita permitir que todos os grupos sociais tenham condições reais e iguais de eleger seus representantes. O orçamento público precisa igualmente ser elaborado a partir de regras que beneficiem todos, principalmente os mais necessitados, impondo-se que o sistema tributário seja o mais progressivo possível, os gastos sociais sejam instrumento de melhoria das condições de vida dos mais vulneráveis e eventuais medidas de austeridade sejam as menos impactantes possíveis e primeiramente destinadas à camada socioeconômica mais alta.

Segundo Lassalle, a Constituição apenas é considerada real quando o que está escrito no texto constitucional reflete o conjunto de “fatores reais de poder, força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser em

---

[6] Cf. Art. 3º, III da CF/1988.
[7] LASSALLE, Ferdinand A Essência da Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
[8] SCAFF, Fernando Facury. Orçamento republicano e liberdade igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 372

substância, a não ser tal como elas são”[9], caso contrário a Constituição será apenas formal (folha de papel).

Os fatores reais de poder são decisivos nas escolhas públicas do que será escrito no texto constitucional. Após esses fatores determinarem o conteúdo constitucional, “a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado”[10]. Deve haver, assim, uma coerência entre o texto constitucional e os fatores reais de poder, pois “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”[11]. Na análise sociológica que faz Lassalle da Constituição, há uma prevalência do fato sobre a norma. Esta se apoia naquele. A norma apenas é dotada de força se apoiada sobre o fato. Assim, quando a norma constitucional está apoiada nos fatos ela é real, caso contrário será uma Constituição apenas formal.

A análise sociológica da Constituição por Lassalle está longe de não ser passível de críticas e de complementações. Foi o que fez Konrad Hesse ao defender a existência de uma *forma normativa da Constituição*. Para esse autor, a norma constitucional é dotada de força ainda se dissociada dos fatos, da realidade. A Constituição não se limita ao que fora determinado pelos fatores reais de poder. Ela vai além, a fim de implementar modificações nos fatos sociais de uma determinada sociedade, ordenando e conformando a realidade político-social. A força normativa da Constituição não apenas é legitimada pelos fatos, mas também legitima os fatos, estabelece os fundamentos e os objetivos de determinado Estado.

As Constituições mais modernas, em geral, preocupam-se não apenas com o *ser*, mas principalmente com o *dever ser* da realidade sociopolítica. Não se limitam a reconhecer as relações jurídico-sociais de seu tempo, mas também determinam o caminho a ser seguido pela sociedade, conforme expõe Hesse:

> A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de

[9] LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 10.
[10] LASSALLE, op. cit., p. 17-18.
[11] LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 68.

> eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.[12]

Para Luís Roberto Barroso, o "reconhecimento da força normativa à Constituição", pós-Segunda Guerra, representa uma superação da visão tradicional europeia, segundo o qual "a Constituição era considerada como um documento político, uma convocação à atuação dos poderes públicos, especialmente do Legislativo, não era vista como norma jurídica nem tinha aplicabilidade direta e imediata".[13]

A norma constitucional não apenas reconhece que há desigualdade social (ser), mas impõe que o caminhar social tenha como fundamento e objetivo a modificação dessa desigualdade (dever ser). José Afonso da Silva, corroborando com a existência da força normativa da constituição, classifica as normas constitucionais da seguinte forma: i) norma de eficácia plena, ii) norma de eficácia contida; iii) norma de eficácia limitada (de princípio institutivo e de princípio programático).[14] A norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático é exemplo, com maior preponderância, daquilo que o Estado brasileiro pretende alcançar, não desprezando as normas de eficácia plena que determinam o atingimento imediato dos objetivos constitucionais, quando já passíveis de imediatidade[15].

A Constituição exerce um encadeamento entre o ser e o dever ser, pois, conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, é com ela, a partir do estabelecimento da tutela dos direitos fundamentais, que "a sociedade sai do estado de natureza e se forma uma esfera pública como lugar da política e esfera da igualdade, separada da esfera privada, que é, ao contrário, o lugar da economia e a esfera das desigualdades e das diferenças"[16].

Em continuação, Ferrajoli defende um *constitucionalismo garantista*, que se caracteriza por:

---

[12] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 15.

[13] BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país*: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 32.

[14] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

[15] Sobre a necessidade de reconceituação das normas constitucionais programáticas com a finalidade de dar maior concretude aos objetivos e fundamentos do Brasil, ver: BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[16] FERRAJOLI, Luigi. O estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 463.

> [...] uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias.[17]

Em virtude disso, o constitucionalismo, na visão de Ferrajoli, é conceituado como:

> [...] sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação fere antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão.[18]

Se a norma constitucional elencou *fundamentos* e *objetivos*, significa que ela escolheu o caminho a ser trilhado dali em diante. Nos dizeres de Ronald Dworkin, "o governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério"[19]. Assim, não se pode fazer vista grossa para o que fora erigido como fundamento e objetivo constitucionais. Eles são constitucionalmente o principal guia de uma sociedade.

## 1.2 PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

A análise do domínio econômico de um Estado está intimamente relacionada ao modelo de produção adotado por ele. A concentração da produção econômica nas mãos do Estado torna-o protagonista, às vezes, até monopolizador dos meios de produção. Nesse modelo, o Estado age como principal ou único agente econômico.

Em outro modelo econômico de Estado, o domínio econômico pode ser exercido predominante e livremente por particulares, de modo que os meios de produção não estejam sob domínio estatal, possibilitando que haja livre iniciativa e livre concorrência entre os agentes econômicos.

---

[17] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli. v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18-19.

[18] FERRAJOLI, op. cit., p. 19.

[19] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 314.

Há, portanto, entrelaçamento entre o modelo estatal e seu sistema econômico, entendido este como "um particular sistema de organização da produção, distribuição e consumo de todos os bens e serviços que as pessoas utilizam buscando uma melhoria no padrão de vida e bem-estar"[20].

Ao Estado tradicionalmente fora atribuída a tarefa de *produção do Direito* e *segurança*. Entretanto o Estado moderno passa a atuar vocacionalmente no campo econômico. "Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação de mercado"[21].

No Brasil, por meio da Constituição de 1988, adotou-se o modelo liberal de Estado na economia. A ordem econômica é exercida livremente por particulares sem necessidade, via de regra, de autorização estatal para o desenvolvimento de atividade pelo agente econômico. O Estado brasileiro atual é um modelo de Estado dualista de desenvolvimento econômico com bem-estar social.

A ordem econômica constitucional, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos exceto nos casos previstos expressamente em lei.

Para Raul Machado Horta, a Constituição de 1988, ao estabelecer as normas constitucionais relativas à ordem econômica, estipulou *valores* (soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência), *intenções* (reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte) e *princípios de ação política* (defesa do consumidor, defesa do meio ambiente)[22].

Analisando o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, Eros Roberto Grau defende que a mencionada norma constitucional necessita ser lida com completude:

> [...] as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a

---

[20] GARCIA, Manuel Enriquez; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Fundamentos de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.
[21] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 19.
[22] HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 296.

> todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios[23].

Pela análise do referido dispositivo legal, pode-se perceber uma nítida e estreita relação entre valores de cunho liberal e de cunho social dentre os princípios nele elencados. São princípios da ordem econômica: i) a soberania nacional; ii) a propriedade privada; iii) a função social da propriedade; iv) a livre concorrência; v) a defesa do consumidor; vi) a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; vii) a redução das desigualdades regionais e sociais; viii) a busca do pleno emprego; ix) o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Analisando os princípios econômicos acima elencados, pode-se verificar que "o Brasil é um Estado Intervencionista moderado"[24] e seu modelo econômico é pautado no *capitalismo organizado*, pois há expressa garantia da propriedade privada ao mesmo tempo em que esta deve ser explorada de acordo com uma função social, bem como a livre concorrência não pode ser instrumento de violação aos direitos do consumidor, dentre outras correlações entre valores liberais e sociais. No capitalismo organizado, o Estado desempenha tipicamente funções substitutivas e compensatórias ao mercado.

No mesmo sentido, António José Avelãs Nunes constata que a intervenção estatal na economia é um redutor de riscos não apenas para os indivíduos, mas também para as empresas, sendo um princípio de segurança para ambos[25].

Exemplo recente de atuação estatal na economia como forma de ajuda aos agentes econômicos pode ser verificada no ano de 2008 com a *crise do subprime*. Com a finalidade de contenção e superação dessa crise, o governo de vários países, principalmente Estados Unidos e Inglaterra, aportou vultosas quantias em instituições bancárias e securitizadoras, sob o lema de que há instituições que são muito grandes para quebrar.[26]

---

[23] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.
[24] BRITO, Edvaldo. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 59.
[25] NUNES, António José Avelãs. *Do capitalismo e do socialismo*. Coimbra: Atlántida editora, 1972. p. 125.
[26] Nos Estados Unidos da América, como forma de intervir na crise, o governo adotou política de compra de participações acionárias como forma de injetar capital, compra de ativos, estatizações temporárias de empresas de hipoteca, operações de crédito realizadas pelo *Federal Reserve* (FED) ou pelo próprio Tesouro americano, além da elevação de gastos e renúncias tributárias. Há estudos que defendem a lucratividade ao governo norte-americano decorrente da implementação dos programas de ajuda ao sistema financeiro na crise de 2008, ver: BASTOS, Carlos Pinkusfeld; MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. Crise subprime nos Estados Unidos: a reação do setor público e o impacto sobre o emprego. *Revista tempo do mundo*, v.3, n. 2,

Não se pode olvidar que a Constituição brasileira em vigor tem nítido caráter dirigente. O Estado Democrático de Direito intervém na sociedade por intermédio de sua "prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade"[27]. Esse é o conceito de poder de polícia, "exercício de um poder de polícia genericamente considerado"[28].Não dissociado do poder de polícia, necessário mencionar a existência de supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento da intervenção estatal. Tal supremacia é considerada, inclusive, "pressuposto lógico do convívio em sociedade"[29].

A ideia de *intervenção estatal* parte da crença errônea de que há uma cisão entre Estado e sociedade. "Família, sociedade civil e Estado são manifestações que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens"[30].

O Estado, na qualidade de promotor do desenvolvimento, precisa ter como referência aquilo que fora escolhido como norma constitucional. O desenvolvimento impõe ser meio para atingimento dos objetivos do Estado. A iniciativa privada, sem dúvida alguma, é essencial para a promoção do desenvolvimento de uma nação, sendo fundamento da ordem econômica expresso na Constituição de 1988 (art. 170, *caput*). Entretanto seu papel não pode ser desvinculado da atuação estatal como agente de fomento e indutor de desenvolvimento.

As políticas de desenvolvimento no Brasil, em grande medida, foram influenciadas pela *teoria dos polos de crescimento* ou de desenvolvimento elaborada pelo economista francês François Perroux[31].

Por essa teoria, o desenvolvimento de uma nação não surge em toda parte nem ocorre de maneira similar em todos os lugares. O desenvolvimento apresenta variadas diferenças entre regiões, com intensidades distintas entre elas, sendo irregular e complexo, sofrendo variações de acordo com as potencialidades de cada local. Analisando as políticas de

---

abr. 2011. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6213. Acesso em: 13 jan. 2019.

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 77.

[28] BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 103.

[29] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 96.

[30] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* Interpretação e Crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 21.

[31] PERROUX, F. *L'économie du siécleme XX*. 2. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1964. p. 177-189.

desenvolvimento econômico no Brasil, Gilberto Bercovici aduz que "a aparição de uma indústria nova ou o crescimento de uma indústria existente difunde-se, o que faz com que, ao longo de grandes períodos sejam espalhadas transformações que facilitam o surgimento de novas indústrias e a continuidade na difusão das inovações"[32].

Assim, o crescimento econômico ocorre via polos de desenvolvimento, de aglomerados de complexos industriais em determinada localidade, como a Zona Franca de Manaus, na qual há concentração de indústrias montadoras de veículos de duas rodas (polo duas rodas), indústria montadora de eletrodomésticos e eletroeletrônicos (linha branca), indústria de concentrados para refrigerantes e outras bebidas, dentre outras. Entretanto, ao se implantar tais polos, desequilíbrios econômicos e sociais tendem a surgir, necessitando da atuação estatal para a minimização e ordenação desses desequilíbrios[33].

Os estudos de Gunnar Myrdal também influenciaram as políticas de desenvolvimento no Brasil. Segundo Myrdal, a implantação de parques industriais tem o condão de produzir desenvolvimento em virtude da melhoria das redes de infraestrutura e do aumento da demanda para o comércio e para a prestação de serviços (efeitos progressivos), bem como não se pode desprezar a possibilidade de deslocamento de capital, de bens, serviços e mão de obra com destino a centros econômicos mais desenvolvidos (efeitos regressivos)[34]. A noção de equilíbrio estável e proporcional no desenvolvimento é algo falso.

O que verdadeiramente há, a partir dos estudos econômicos de Myrdal, é uma *teoria da causação circular cumulativa*, segundo a qual o livre mercado apresenta uma inclinação natural a fixar riqueza nas regiões já desenvolvidas, o que gera um aumento das disparidades regionais, caso não haja uma intervenção estatal[35].

Não há apenas possibilidade de propagação do crescimento econômico para a economia regional, há também a possibilidade de aumento da desigualdade regional a partir da instalação de um polo de desenvolvimento.

---

[32] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46.

[33] Defendendo a implantação de polos distribuídos e não concentrados, a partir de estudos acerca do desenvolvimento econômico das variadas regiões do Rio Grande do Sul, ver: SILVA, M. A.; FILHO, P. J. M.; CORONEL, D. A. Análise das desigualdades entre os COREDES no período de 1990 a 2003: origem e evolução. *Perspectiva Econômica*; v. 3, n 1. 2007. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4356/1614. Acesso em: 12 jan. 2019.

[34] MYRDAL, G. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Rio de Janeiro: MEC/IESB, 1960. p. 44-50.

[35] No mesmo sentido que Gunnar Myrdal, ver: BOUDEVILLE, J. R. *Amémagement du territoire et polarization. Paris*: M-ThGénin, 1972; ROFMAN, A. *Desigualdades regionales y concentración económica: el caso argentino*. Buenos Aires: Siap, 1974; e SOUZA, Nali de Jesus de. Teoria dos polos, regiões inteligentes e sistemas regionais de inovação. *Revista Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 87-112, 2005.

Bercovici menciona que, nos países subdesenvolvidos, há uma fraqueza desses efeitos progressivos, "criando ou ampliando desigualdades internas entre regiões destes países"[36].

A influência dos autores acima analisados para a política de desenvolvimento do Brasil não fora maior que a da CEPAL, uma das comissões regionais da Organização das Nações Unidas (ONU). A política de desenvolvimento latino-americana não poderia ter como fundamento a importação de modelos de desenvolvimento de outros países, desprezando as especificidades do subdesenvolvimento da América Latina. A partir da análise da correlação de desenvolvimento e subdesenvolvimento com o sistema centro-periferia descrito pelo economista argentino Raúl Prebisch, seria de incumbência dos países periféricos a produção e exportação de produtos primários, enquanto o centro seria o responsável pela produção e exportação de bens industriais[37]. Dessa forma, a desigualdade entre centro-periferia tenderia a aumentar vertiginosamente, pois o valor agregado dos bens industriais supera em muito o dos bens primários, havendo uma deterioração dos termos de troca.

Dessa forma, nos idos dos anos 50, a CEPAL elegeu a industrialização dos países da América Latina como a via de desenvolvimento econômico da região. Boa parte das teorias de desenvolvimento econômico, até então, consideravam o subdesenvolvimento como uma fase para o desenvolvimento. Uma das principais importâncias da teoria econômica adotada pela CEPAL era não considerar o subdesenvolvimento como uma fase ao desenvolvimento, mas sim como uma realidade histórica e autônoma que necessitava ser estudada e interpretada. Para que houvesse superação do subdesenvolvimento, este não podia ser desprezado. Ao contrário, deveria ser analisado em sua inteireza e com suas especificidades próprias das nuances latino-americanas, conforme pontua Francisco Oliveira:

> [...] nossos 'clássicos', de Mariátegui a Caio Prado Jr., de Raúl Prebisch a Celso Furtado, para citar uns poucos, ao elaborarem as teorias de nossa especificidade, nunca pensaram que a mesma tivesse sido produzida em função exclusiva das contradições internas, mas exatamente no cruzamento com o capitalismo mundial. É nisto que consiste tanto a especificidade quanto a singularidade do subdesenvolvimento como a negação do desenvolvimento linear.[38]

---

[36] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

37 PREBISCH, Raúl. O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus problemas principais (1949). *In*: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinquenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, v. 1, p. 78.

[38] OLIVEIRA, Francisco. A vanguarda do atraso e o atraso da vanguarda: globalização e neoliberalismo na América Latina. *In*: _____. *Os direitos do antivalor*: a economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 208-209.

Assim, a superação do subdesenvolvimento deveria ser medida de política pública duradoura e ter o Estado como agente indispensável, pois o livre mercado, por si só, não teria o condão de promover a superação dessa fase a fim de atingir o desenvolvimento. Necessita haver, portanto, uma atuação estatal que complete a atuação econômica da livre iniciativa, com medidas de planejamento e incentivo, desempenhando a função de *agente normativo e agente regulador da atividade econômica*, conforme prevista na Constituição de 1988 (art. 174, *caput*).

Sabedor da necessidade de atuação estatal para conter e ordenar os desequilíbrios surgidos pelo crescimento econômico, o constituinte originário de 1988 erigiu como um dos *princípios da ordem econômica* a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII). Assim, a redução das desigualdades sociais e regionais é tanto *objetivo* da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) quanto *princípio* da ordem econômica. Da mesma forma, Eros Grau menciona que a *dignidade da pessoa humana* é tanto *fundamento* da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) quanto *fim* da ordem econômica (art. 170, *caput – a ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna*)[39].

A implementação de sistemas de proteção social, efetivadores de direitos e de melhorias das necessidades humanas básicas, exige recursos financeiros, o que se teorizou como *os custos dos direitos*[40]. A promoção de bem-estar social pressupõe desenvolvimento e este só ocorre com a modificação das estruturas econômicas e sociais. Os países da América Latina têm a peculiar característica de pertencer ao núcleo periférico do sistema econômico mundial. A superação do subdesenvolvimento só ocorre com a ruptura do sistema econômico dominante que mantém o país na periferia.

Importante ressaltar que o crescimento econômico, por si só, não é garantia de desenvolvimento. Este não depende apenas do crescimento econômico, mas também da implementação de política pública que melhore as condições sociais e econômicas dos mais necessitados, inclusive a sua representatividade no exercício do poder político, caso contrário se estará diante de um caso de *modernização*, em virtude da "assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de

---

[39] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* Interpretação e Crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 193.

[40] HOLMES, S.; SUSTEIN C. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2000.

consumo de uma minoria privilegiada"[41]. Deve, portanto, o crescimento econômico ser inclusivo, permitir que as pessoas tenham condições de desempenhar suas *capacidades humanas básicas*[42].

Assim, *democracia* e *república*[43] também são elementos pertencentes ao desenvolvimento[44]. A união de democracia e república é indispensável à ruptura do subdesenvolvimento. Apenas com a garantia de participação popular plena e efetiva e com a ação política voltada ao bem comum do povo uma nação pode alcançar o desenvolvimento. Em um Estado com base no princípio republicano há distinção entre o interesse particular e o bem comum de todos, com a sobreposição deste àquele. Dessa forma:

> [...] a consequência lógica desse princípio republicano é que nenhum dos comunheiros pode ser excluído do exercício do poder político, pois todos têm o direito e o dever de participar das decisões que dizem respeito ao bem comum. Sendo assim, democracia é o complemento necessário da república[45].

Tecendo críticas à falta de respeito ao princípio republicano no Brasil, Bercovici pontua que o que há é a inefetividade do Direito estatal, com o Estado bloqueado pelos interesses privados. A conquista e a ampliação da cidadania, no Brasil, passam pelo fortalecimento do Estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade[46].

Só há desenvolvimento com a ocorrência de transformação tanto social quanto do sistema econômico-produtivo. A atuação estatal em sociedades subdesenvolvidas deve ocorrer com maior amplitude e profundidade. Nesse sentido, a Constituição de 1988, por definir fins e objetivos ao Estado e à sociedade, é classificada como uma Constituição diretiva

---

[41] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

[42] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 91-93.

[43] O conceito de república aqui mencionado refere-se ao que Renato Janine Ribeiro aduz como *regime por excelência da ética na política*. Ver: RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008. p. 57.

[44] Para verificar a distinção entre democracia e república adotada neste trabalho, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018 e RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República – a questão do desejo as lutas sociais. *In*: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.

[45] COMPARATO. Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 641.

[46] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66.

(ou programática), determinando, inclusive, que a ordem econômica seja conformadora da realidade social subdesenvolvida brasileira.

O desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais, o que faz com que o Estado Desenvolvimentista deva ser um Estado mais capacitado e estruturado do que o Estado Social tradicional[47].

Eros Roberto Grau, ao analisar a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), um dos objetivos fundamentais do Brasil, demonstrou a importância da ordem econômica como elemento de superação do subdesenvolvimento brasileiro:

> O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas ou efeitos de si próprias.[48]

Os fundamentos e objetivos elencados na Constituição de 1988 passam a ser a premissa material para o exercício da política. Não se pode olvidar que o Brasil se considera uma República Democrática de Direito. É determinante que os fundamentos e objetivos previstos no texto constitucional sejam levados em consideração quando da realização de quaisquer políticas públicas indutoras de desenvolvimento e de transformação social, não sendo crível cerrar os olhos para a *carga normativa e principiológica de direitos fundamentais* expressa no texto constitucional vigente.[49]

Tomando como norte esse caminho erigido no texto constitucional, o Estado é o principal ator da promoção dessas políticas. É por meio delas que se implementam os objetivos sociais relevantes e politicamente determinados. Critérios de justiça distributivas devem ser os principais instrumentos de execução adotados pelo Estado na consecução de

---

[47] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67.

[48] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* Interpretação e Crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215.

[49] MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 73.

políticas públicas. Elas visam conferir concretude ao disposto no art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual *todos são iguais perante à lei*.

Em que pese a referida disposição constitucional, a desigualdade é um elemento natural. Regis Fernandes de Oliveira aduz que não há igualdade natural. Ao contrário, todos são desiguais. A igualdade seria um mito. Surgiu tal posição com o advento do cristianismo. Nos templos da Antiguidade grega e romana a desigualdade era plenamente aceita[50].

Em sentido contrário, Zygmunt Bauman descreve que, ao longo de muitos séculos, a crença na desigualdade natural de talentos, capacidades e faculdades individuais da humanidade permaneceu um dos fatores mais poderosos a contribuir para a plácida aceitação da desigualdade social existente[51].

Não satisfeitos com a desigualdade natural humana, os países se utilizam de vários elementos de justiça distributiva como instrumento de superação das desigualdades sociais e regionais, tomando como exemplo o sistema de tributação dotado de maior carga de progressividade, a confecção de orçamento público que destine verbas suficientes para manutenção de serviços públicos de saúde e educação, o sistema de proteção social que priorize os mais necessitados, as contratações prioritárias de micro e pequenas empresas com o poder público, o sistema de pagamento de condenações em dinheiro contra a Fazenda Pública que dê prioridade ao pagamento de verbas de natureza alimentar ou àqueles que já estão em idade avançada.

A adoção de critérios mínimos de justiça no ordenamento jurídico é condição indispensável para o atingimento dos objetivos constitucionais e para a superação do subdesenvolvimento brasileiro, em um Estado republicano e democrático de direito, que possa garantir ao indivíduo o exercício de suas capacidades humanas básicas. Esses critérios de justiça podem ser aplicados de maneiras variadas, dentre elas há a possibilidade do uso de medidas distributivas. A justiça distributiva tem em Aristóteles suas lições basilares e uma das mais antigas.

## 1.3 QUANDO A DESIGUALDADE É JUSTA: DISPOSIÇÃO HUMANA PARA O AGIR JUSTO

---

[50] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

[51] BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós*? Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 82.

A desigualdade natural entre os homens não pode ser constatação que nos faça aceitá-las com naturalidade. Ainda que seja natural, ninguém em sã consciência se satisfaz ao ser submetido a situações de desigualdades. A desigualdade, quando injusta, gera enormes insatisfações e tem sido historicamente uma das principais causas de movimentos revolucionários

A noção de justiça distributiva remonta à Grécia antiga, pelos ensinamentos de Aristóteles acerca das disposições do agir humano e da felicidade como objetivo principal do homem como animal político, ser dotado de sociabilidade.

A justiça como necessidade natural ou como instituição humana, discussão já travada pelos sofistas, não era desprezada por Aristóteles, motivo pelo qual este dividia a justiça política em natural e legal. Há parcela da justiça política que o é por natureza, enquanto que outra parte o é por convenção.

Aristóteles já defendia um relacionamento interno entre o natural e o legal, entre naturalidade e legalidade, entre o pré-posto e o posto. Tanto o justo natural quanto o justo legal são dotados de variabilidade, o que os diferencia é o grau de variabilidade. O critério aristotélico para essa relação é de complementação, não de exclusão. Não pode haver uma dicotomia opositiva entre naturalidade e legalidade, portanto. Quando se adota o critério da exclusividade para se saber se a justiça é uma necessidade natural ou uma instituição humana, encontramos sérios problemas. Entretanto o critério mais prudente é o que permite a conciliação da justiça nessas duas concepções.

Não há como se estudar justiça sem se estudar a injustiça. A análise precisa ser associada, pois onde está uma não está a outra O objeto aristotélico de sua teoria de justiça é apenas determinável, pois se diz que a justiça deva ser praticada, mas não se tece as minúcias das formas de práticas da justiça (ações justas).

A justiça, assim, seria uma ciência prática, desenvolvida mediante o método dialético, a arte das contradições, o método de investigação de Aristóteles. Pela lógica aristotélica, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também será (silogismo). A sociedade deve praticar a justiça (premissa maior). Determinado fato, comissivo ou omissivo, é justo (premissa menor). Logo, tal fato necessita ser praticado (conclusão). Além do silogismo, é necessário verificar a possibilidade de não contradição, isto é, se é possível, ao atingir a conclusão, que haja a afirmação e seu contrário. Isso significa dizer se é possível concluir que tal fato é justo e injusto ao mesmo tempo (se a justiça pode produzir o seu contrário) ou se ele é apenas justo

ou apenas injusto. Utiliza-se, portanto, o método dialético para se atingir a verdade, tendo a dialética uma função instrumental para alcance da verdade.

A análise aristotélica a respeito da justiça ocorre quando do seu estudo sobre as virtudes. O indivíduo não nasce virtuoso, mas nasce com aptidão para desenvolver as virtudes. A virtude é exercida mediante a prática reiterada, pelo hábito e por condutas reiteradas para tanto.

A justiça aristotélica encontra seu maior campo de atuação através de seu caráter ético. A eticidade não é desprovida de racionalidade, pois *razão prática* e *razão teórica* integram o ser racional e a ele dão completude, resultando na principal característica do indivíduo, o indivíduo como animal político (natureza social do homem em sociedade). A racionalidade, integrada pela razão prática e pela razão teórica, é o que distingue o ser humano dos demais animais. O animal político utiliza-se dessa racionalidade para alcançar seu florescimento, sua felicidade (*eudaimonia*), necessariamente de forma social, gregária.

Eduardo Carlos Bianca Bittar menciona o gregarismo do ser humano:

> A sociabilidade é-lhe por natureza na medida em que é dotado de um *télos* próprio, e que este *télos* individual a cada ser racional é coincidente com a *ratio* da própria existência do coletivo. Se o homem é racional, e se sua natureza racional só se realiza em conjunto com os seus pares, ao ser racional é inerente a condição de ser social.[52]

O ser humano, por ser gregário, dotado de sociabilidade (ter aptidão para viver em sociedade), tem suas condutas submetidas a um juízo de reprovabilidade social. A ação individual é refletida na sociedade, que avalia a adequação social da conduta individual realizada. Há, portanto, um transbordo da conduta individual à sociedade. O ser humano não é um indivíduo atomizado, que ocupa um espaço hermeticamente fechado, sem contato com outros indivíduos. É inerente ao convívio em sociedade o juízo de reprovabilidade do coletivo sobre o indivíduo.

Há uma distinção entre aquilo que se pensa internamente (deliberação ética interna) e o agir humano (exteriorização da conduta). Quando do estudo do *iter criminis*, etapas percorridas pelo agente para a prática de um fato tido por crime, dividem-se as fases em interna (cogitação) e externa (atos preparatórios, executórios e consumativos). A fase da cogitação (fase interna), de deliberação ética interna, não está sujeita a nenhum juízo de

---

[52] BITTAR, E. C. B. A teoria aristotélica da Justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 59, 1 jan. 1997.

reprovação. Posso pensar em matar alguém. Enquanto este pensamento se mantiver tão somente como ato particular da mente (cogitação) não há conduta a ser submetida a um juízo de reprovação social, pois a conduta, objeto deste juízo de reprovação, é inexistente.

Da deliberação ética interna à exteriorização da conduta, o indivíduo elege alguns meios para se atingir o fim cogitado. Há, portanto, uma elegibilidade de fins e meios compatíveis. Deve o indivíduo utilizar-se da virtude prudencial para eleger fins e meios que resultem em condutas que sejam compatíveis com aqueles também escolhidos pela sociedade. Quando a eleição de fins e meios resultar em uma conduta individual compatível com a sociedade, o juízo social da conduta a aprovará, pois a parte é compatível com o todo, a célula se adequou ao órgão, o indivíduo coaduna-se ao coletivo. Quando essa eleição implicar conduta individual dissociada do coletivo, haverá reprovabilidade desse agir.

Dessa forma, o agir ético se realiza necessariamente pela prática reiterada de condutas deliberadas a partir do juízo da razão prática. A eticidade da conduta humana, o caráter ético da conduta social, resulta em analisar a adequação da parte (conduta individual) em relação ao todo (sociedade). Usa-se, assim, um critério social para medir a conduta humana, a fim de se saber se ela é adequada ou não à sociedade a que pertence. Se a conduta for adequada, será uma virtude; se for inadequada, será um vício.

A virtude é, antes de tudo, uma disposição de caráter que tem o bem como finalidade. Exige do indivíduo a disposição para (*estar disposto a*) praticar algo que resulte no bem comum. Não há virtude teórica. Ela é necessariamente praticada, exercida, realizada, reiterada. Além da prática, exige-se a reiteração da conduta virtuosa, o hábito (*habitus*). O homem virtuoso é aquele que está disposto a reiteradamente praticar atos virtuosos, a partir de critérios deliberados voluntária e racionalmente.

Analisando o conceito de virtude no mundo aristocrático, Luc Ferry pontua que esta "se definirá não como um ideal a ser realizado, um dever-ser que suporia forçar uma natureza rebelde, mas, ao contrário, como um prolongamento harmonioso das disposições naturais"[53].

Há três disposições humanas: uma virtude e dois vícios. A virtude encontra-se no justo-meio da disposição, enquanto que nos extremos há um vício em cada polo, um por excesso e outro pela falta. Cada vício é contrário àquilo que está no justo-meio (virtude) e ao vício que está no polo oposto, de modo semelhante àquilo que está no justo-meio, que é contrário ao que se encontra em ambos os polos.

---

[53] FERRY, Luc. *A revolução do amor*: por uma espiritualidade laica. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 57.

Exemplificativamente, a virtude da *coragem* tem dois vícios distintos, o *medo*, pela falta, e a *temeridade*, pelo excesso; a virtude da *liberalidade* tem a *prodigalidade* como vício pelo excesso e a *avareza*, pela falta; a *magnificência* tem a *vulgaridade*, pelo excesso, e a *mesquinhez*, pela falta.

A justiça é uma virtude especial. A justiça detém algumas especificidades quando em comparação às demais virtudes: i) é sempre elemento integrante das demais virtudes e ii) apresenta apenas um contrário.

A justiça não é a única virtude elencada por Aristóteles. Há várias outras. As demais virtudes apenas mantêm sua virtuosidade se forem praticadas conjuntamente à justiça. Não se pode praticar as demais virtudes de forma dissociada da justiça. A saber, a coragem apenas mantém sua virtuosidade se praticada com justiça. Assim, o homem corajoso apenas é corajoso quando pratica um ato de coragem com justiça. Se pratica um ato de coragem cometendo injustiça, o que fora praticado não pode ser uma virtude. Dessa forma, pode-se afirmar que a justiça é elemento integrante das demais virtudes, não havendo prática de virtude com injustiça.

Já se mencionou que as disposições de caráter apresentam uma virtude e, consequentemente, dois vícios, um por excesso e outro pela falta. Assim, diz-se que a virtude produz dois contrários, dois vícios. Em relação à justiça, há uma especificidade. Ela é igualmente uma disposição de caráter, porém produz apenas um contrário. Em qualquer que seja o polo extremo da disposição haverá o mesmo vício, qual seja, a injustiça. No polo do excesso haverá a injustiça, da mesma forma que no polo da falta.

Assim, pode-se considerar que a justiça é o justo-meio entre dois polos, que não são necessariamente vícios antagônicos (pois só há um vício em relação à justiça), mas situações de fato, uma referente ao excesso outra referente à falta. O homem que recebe a sua exata parte é considerado justo, aquele que recebe mais do que lhe cabe é injusto igualmente àquele que recebe menos. Vejamos que não há mais que um vício para a justiça. O que há é mais de uma situação de fato, sendo a pela falta e a pelo excesso igualmente injustas.

O meio-termo ou justo-meio tem mais a ver com a noção de equilíbrio do que com aquilo que designa a metade aritmética de algo. Não podemos crer na noção simplória e singela de que o justo-meio de um caminho de dez quilômetros reside no quinto quilômetro ou que cem litros seria o justo-meio de duzentos litros. A análise obviamente não é matemática. Tércio Sampaio Ferraz aduz que o justo-meio se constitui “efetivamente no ponto

de equilíbrio que o homem prudente é capaz de determinar, evitando os excessos e as lacunas”[54].

O justo-meio é a realização da elegibilidade de fins e meios adequados ao coletivo. O indivíduo, ao decidir agir deliberada e conscientemente, escolhe dentre os vários meios para se atingir o fim almejado aqueles que são compatíveis, adequados à vida em sociedade. Equilibra, portanto, o agir individual com o interesse social, coletivo, comunitário. O justo-meio é um substrato de coesão social e demonstra o caráter inter-relacional do ser humano.

Uma das acepções do termo justiça, dotado de plurivocidade semântica, é aquela na qual há similitude entre o conceito de *legalidade* e *sociabilidade*. O agir humano individual precisa estar de acordo com a interação humana em sociedade. As condutas individuais são inúmeras e imprevisíveis, impassíveis de estipulação aprioristicamente. Tais condutas devem ocorrer de modo harmônico entre si, pois ocorridas em sociedade.

Visando a manutenção de uma tessitura social, a lei passa a ser estabelecida como forma convencional e imperativa. Pertencer a uma estrutura gregária, viver de modo coletivo requer a convencionalidade de cumprimento de um estatuto comum a todos os integrantes desta estrutura. A sustentação da harmonia social ocorre via estabelecimento de regras de condutas abstratas e gerais, conformando o individual ao coletivo. A elegibilidade de fins e meios passa a necessitar do cumprimento da adequação social para que não seja proibida. A justiça total trata da relação indivíduo-coletivo. A justiça, nessa acepção, passa a ser “a obediência às leis prescritas pelo corpo social para a sua própria sustentação”[55]. Justiça, nessa acepção, é aquilo que é conforme à lei. Observe-se que a lei, nesse caso, é destinada a todos os integrantes da coletividade, daí sua alcunha de justiça total, universal, integral, pois destinada a todos indistintamente (*erga omnes*). Assim, a justiça passa a ser pressuposto da lei, de modo que onde não está a justiça não pode haver lei. A lei aristotélica é necessariamente justa, pois é precedida de justiça, visando ao bem comum. A justiça universal é a virtude em seu grau mais eminente (É.N. V, 3, 1129b30[56]).

Importante registrar que a justiça é dotada de bilateralidade, segundo a qual é necessário haver mais de um indivíduo na relação analisada, de modo que não é possível haver critério de justiça com um só indivíduo. Não se pode ser justo ou injusto consigo

---

[54] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 186.
[55] *Ibid*., p. 60.
[56] As citações nessa forma ao longo deste trabalho respeitam o estilo contido na obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles. Neste trabalho, utilizou-se a seguinte edição: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016.

próprio. A análise dessa virtude ocorre sempre em relação ao outro, podendo ser esse outro o coletivo (justiça universal) ou o indivíduo (justiça particular). “E, por isso mesmo a justiça, única dentre as virtudes, parece ser o ‘bem de um outro’, porque está em relação (5) ao outro, fazendo coisas úteis ao outro, quer ao arconte, quer ao companheiro”[57].

Além da acepção de justiça em seu sentido total, geral, que trata da relação do indivíduo com o coletivo a que pertence, há outra acepção, mais particular, diferente da universal, pois destinada a tratar da relação entre indivíduos. A essa acepção chamamos de justiça particular. Na justiça universal, a bilateralidade da relação ocorre entre o indivíduo e a coletividade, enquanto que na justiça particular os indivíduos são os sujeitos da relação, ativa e passivamente. O critério de justiça a ser aferido na justiça particular ocorre pela relação entre dois sujeitos determinados.

A justiça particular dá-se quando da necessidade de divisão justa de bens exteriores e deveres. A justiça particular está para a justiça universal como a parte está para o todo. São espécies de justiça particular a i) justiça distributiva ou geométrica e a ii) justiça corretiva, comutativa ou aritmética.

A justiça distributiva leva em consideração a diferença entre os indivíduos e entre os encargos e bens exteriores a serem partilhados. Utiliza essa espécie de justiça particular da igualdade proporcional para a sua ocorrência, para tanto não se pode olvidar a diferença natural entre indivíduos que compõem a relação. Há uma noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo. Aplica-se, portanto, um critério de proporcionalidade na distribuição dos bens exteriores e dos encargos públicos.

O critério utilizado para diferenciação dessa distribuição variará de acordo com cada sociedade, cabendo à política a realização desse mister. Por exemplo, modernamente algumas sociedades adotam cotas para acesso a cargos públicos e ao ensino superior, enquanto outras não. Nas que adotam tais cotas, há aquelas que consideram como beneficiários os negros, os indígenas, as pessoas de baixa renda, as que estudaram em escolas públicas, critérios esses que podem ser cumulativos ou não.

Regis Fernandes de Oliveira utiliza o sistema de cotas como exemplo de justiça distributiva:

---

[57] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016. p. 113.

> O mundo contemporâneo oferece fato bastante ilustrativo. É o sistema de cotas que se introduz nas escolas como caso de justiça distributiva. Havia uma diferença de situação social. Alguns foram beneficiados ao longo da vida; outros foram prejudicados por força dos acontecimentos históricos. O que se pretende? Solucionar ou minorar a desigualdade que se instaurou. Tal solução é imposta pela justiça distributiva.[58]

A escolha dos beneficiários é atribuição da política. O parâmetro referencial escolhido por determinada sociedade é eleito por seus integrantes no exercício da política. O que a justiça distributiva defende é a aplicação de uma igualdade geométrica na repartição de honras, de riqueza, de outras vantagens e de encargos públicos. A forma como essa igualdade geométrica será implementada cabe ao sistema político, pois sofrerá variações a depender do meio social a que pertença.

A relação dos indivíduos através do prisma da justiça distributiva é quadrangular, pois dotada da inter-relação de dois sujeitos e dois objetos, cada objeto é pertencente a um dos sujeitos. A distribuição de encargos deve ser proporcional ao mérito do indivíduo que o vai desempenhar, a fim de se adotar um justo-meio nessa repartição de competência. Imagine dois indivíduos, uma mulher franzina e fluente no idioma alemão (A) e um homem forte que não fala alemão (B). Agora imaginemos dois encargos, o primeiro seria descarregar de um caminhão vinte sacos de cimento pesando cinquenta quilogramas cada (C) e o segundo seria desempenhar a tarefa de ler uma notícia de jornal em alemão (D). Não há grandes dificuldades em atribuir o encargo de descarregar os vinte sacos de cimento do caminhão ao homem forte que não fala alemão, enquanto a tarefa de ler a notícia de jornal seria de incumbência da mulher franzina fluente em alemão. O inverso seria uma injustiça. Nessa espécie de justiça particular, o sujeito quando somado com sua parte mantém a mesma razão inicial entre ambos.

> A justiça distributiva se realiza na aferição de igualdade entre os dois sujeitos e os dois objetos que a eles se atribui. Veja-se que se trata de verificar se o cargo (α) deve ser dado ao sujeito (A) ou ao sujeito (B), dever-se-á perquirir da capacidade e do mérito de ambos para ocuparem tal cargo, ou senão, para ocuparem o cargo (β). Entre um e outro dos cargos, assim como entre um e outro dos sujeitos, subexiste o elemento mérito para a diferenciação subjetiva e para a realização da chamada justiça distributiva.[59]

---

[58] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

[59] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016. p. 62.

Ainda que se tente igualar situações proporcionalmente desiguais, casos haverá nos quais a desigualdade torna a ocorrer em uma relação entre dois indivíduos, pois as relações sociais entre indivíduos não são permanentes, sofrendo influência de intempéries e externalidades. Ilusão seria crer que a igualdade proporcional de uma relação tende a permanecer desse modo para o todo e sempre. As relações sociais e entre indivíduos são daquelas sujeitas a avanços e retrocessos, idas e vindas, partidas e chegadas, dinâmicas, portanto. O igual de ontem pode ser o desigual de hoje e vice-versa.

Há outra espécie de justiça particular, a justiça corretiva, comutativa, retributiva, retificadora. Como o nome sugere, ela determina a correção da desigualdade quando não há desigualdade subjetiva a ser dirimida pela justiça distributiva. Ocorre *a posteriori* da primeira espécie de justiça particular analisada. Há o restabelecimento do justo-meio, pois houve deslocamento deste, resultando em ação injusta.

Deve o juiz, a autoridade que detém o poder de dizer o direito, dotado de atividade jurisprudencial, na acepção latina do termo, restabelecer a justiça no caso em concreto, dando o justo a quem o pertence, na sua exata medida, sendo considerado por Aristóteles como a *justiça animada* (É.N. V- 4, 1132 a, 20). O exercício da atividade jurisprudencial individualiza a generalidade legal, restabelecendo o justo-meio entre as partes envolvidas atribuindo a cada uma o que é seu, propiciando uma igualdade aritmética.

Tércio Sampaio Ferraz Junior conceitua justiça corretiva, justiça diortótica, nos dizeres dele, da seguinte forma:

> A justiça diortótica é a segunda espécie da justiça particular. É a que realiza a igualdade nas transações individuais, mas, diferentemente de distributiva, não leva em conta os sujeitos da relação igualitária, mas sim as coisas que devem ser igualadas. Em outras palavras, a justiça diortótica, ao contrário da justiça distributiva, à qual importa o mérito das partes, visa apenas a medir impessoalmente o dano e a perda, supondo iguais os termos pessoais.[60]

Essa espécie corretiva de justiça particular precisa incidir sobre as relações individuais, quer sejam *consentidas* (*voluntárias*), quer sejam *não consentidas* (*involuntárias*). Por relações individuais consentidas podemos considerar aquelas em que as partes anteriormente acordaram em sua celebração, em que houve comunhão de vontade entre as partes para a realização da transação, como os contratos em espécies (compra e venda, locação, mútuo etc.).

---

[60] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 186.

Como relações individuais *involuntárias* têm-se aquelas para as quais não houve deliberação ou consentimento prévio da parte lesada para a sua ocorrência, podendo ser *clandestina* ou *violenta*. Quando a parte lesada não tem conhecimento do dano sofrido desde sua ocorrência, mas se supõe sua contrariedade a tal ação injusta, podemos considerá-la clandestina, pois apenas descoberta a posteriori a ocorrência do dano sofrido, como o furto, o envenenamento, lenocínio. Na ação violenta o sujeito passivo da injustiça tem conhecimento e manifesta sua contrariedade no mesmo momento da ocorrência da conduta danosa, como no sequestro, no roubo, na agressão física etc.).

Bittar[61], ao analisar a teoria aristotélica de justiça, distingue, ainda, a justiça corretiva em duas: a justiça comutativa, responsável pelo restabelecimento da igualdade aritmética nos casos das transações individuais consentidas, voluntárias; e a justiça reparadora, relacionada aos casos de danos decorrentes de condutas involuntárias, quer sejam clandestinas, quer sejam violentas.

Já se mencionou que o agir humano individual precisa estar de acordo com a interação humana em sociedade e que as condutas individuais são inúmeras e imprevisíveis, impassíveis de estipulação aprioristicamente. Dessa forma, a lei é utilizada como instrumento de conformação social, de modo a tornar harmoniosa a conduta humana em relação à coletividade a qual pertence. Daí a semelhança entre *legalidade* e *sociabilidade* quando da análise da justiça total, universal, sendo esta justiça pressuposto da lei.

Entretanto, a lei é estabelecida *erga omnes* e por critérios dotados de generalidade e abstração. Para atingir o corpo social de maneira efetiva é necessária a utilização de instrumentos de concretude a essa lei, pois, além da generalidade, haverá situações de omissão legal, hipóteses não previstas pelo legislador, dada a impossibilidade de se antever todas as combinações e variações do agir humano.

Necessário esclarecer que o sentido de lei para Aristóteles é diverso do utilizado modernamente. O conceito aristotélico de lei é mais abrangente, não se limita à lei jurídica, mas engloba juntamente a lei moral, prescreve cumprimento de deveres e comportamentos, assim como o exercício das virtudes.

As coisas da natureza, dentre elas a conduta humana, não são de previsibilidade exaustiva, não se podendo exigir do legislador algo impossível, qual seja, que a lei elaborada anteveja todas as possibilidades do agir humano. Nesse sentido, Bittar elucida:

---

[61] BITTAR, E. C. B. A teoria aristotélica da Justiça. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 92, 1 jan. 1997. p. 59.

> Por isso que o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, não superior à justiça absoluta, mas somente ao erro que surge devido ao caráter absoluto da regra. Tal é a natureza do equitativo, ser um corretor da lei, quando a lei deixou de decidir por causa de sua universalidade. De fato, a razão pela qual tudo não é definido pela lei é que existem casos para os quais é impossível estabelecer uma lei, de tal modo que um decreto é indispensável. De fato, quando algo é indeterminado, a regra também é indeterminada, ao modo da régua de chumbo utilizada nas construções em Lesbos; a régua se adapta aos contornos da pedra e não é rígida, assim o decreto é adaptado aos fatos.
> Vê-se assim claramente o que é o equitativo, que ele é justo e é superior a certo tipo de justiça. Dai resulta nitidamente também a natureza do homem equitativo, que é aquele que tende a escolher e realizar ações equitativas e não se mantém rigorosamente aos seus direitos, mas que tende ao seu lado; e essa disposição de caráter é a equidade, que é uma forma especial de justiça e não disposição de caráter inteiramente distinta.[62]

Dessa forma, a lei necessita de correção e adaptação para passar de genérica a pessoal, de abstrata a concreta, pois não consegue, *de per si*, implementar justiça universal. Para tanto, utiliza-se da equidade (*epieíkeia*), que é o processo de correção e adaptação pela qual passa a Lei no momento de sua aplicação ao caso em concreto diante da generalidade da previsão legal. Assim, a equidade é um corretivo da justiça legal.

Ronald Dworkin aduz que a justiça como equidade tem por fundamento o direito natural:

> A justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.[63]

Dessa forma, a partir dos fundamentos constitucionais previstos na Constituição de 1988, não há como atingir os objetivos nela elencados se não se utilizar de critérios de justiça distributiva. A dignidade da pessoa humana para a população brasileira apenas pode ser efetivamente garantida se houver erradicação da pobreza e da marginalização com redução das desigualdades sociais e regionais que propiciem ao indivíduo o desempenho de capacidades humanas básicas.

---

[62] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 134-135.
[63] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 281.

O florescimento humano somente é alcançado pelo homem, como animal político, quando a sua conduta não é dissociada do bem comum. Deve haver uma prática reiterada que inclua a distributividade nos mais variados sistemas sociais. Todas as vertentes sociais necessitam ser coordenadas e planejadas para o fim de tornar hábito a adoção de distributividade que permita a partilha proporcional dos custos e benesses de se viver de maneira gregária. Somente dessa forma será possível que cada indivíduo seja dotado das capacidades humanas básicas.

## 1.4 GARANTIA DAS CAPACIDADES HUMANAS BÁSICAS

Um dos principais motivos de indivíduos se reunirem em grupos, tribos, clãs, vivendo de maneira gregária, é a existência de maiores benefícios nessa forma de convívio do que a vida isolada, eremita. Seria mais fácil (ou menos difícil) viver em grupo do que sozinho. Isso é o que defende boa parte das teorias contratualistas acerca do surgimento das sociedades e do Estado ao considerar a existência de uma vantagem mútua na celebração do pacto social. Não se está afirmando, entretanto, que há sociedade sem conflito, pensar isso seria utopia.

Segundo a doutrina contratualista tradicional, o surgimento da sociedade ocorre em virtude de condições favoráveis mais vantajosas ao gregário quando comparadas às vantagens do isolamento do indivíduo. Ilusão também crer que há uma doutrina contratualista uniforme. A variedade de tal doutrina é diretamente proporcional aos defensores dela. O contratualismo de Hobbes é distinto do de Locke, que por sua vez também é diferente do de Rousseau, por exemplo.

A doutrina contratualista se concentra em analisar o que leva os indivíduos a viverem de forma gregária e seus princípios políticos escolhidos para a regência das relações sociais. Ao contratualismo podem ser somadas outras correntes de pensamento, como o racionalismo, o empirismo, o utilitarismo, entre outras, que têm a finalidade de justificar outras demandas humanas, como a ética, a moral, a justiça, os princípios econômicos que regem a sociedade etc.

Não faltam críticas, das mais variadas, ao contratualismo. Uma delas é realizada por Martha Nussbaum, ao elaborar a teoria das capacidades humanas, que pontuou críticas às doutrinas contratualistas por se equivocarem ao considerar que as pessoas que celebram o contrato são as mesmas que irão se submeter a tal contrato, como se houvesse identidade entre

quem celebra o pacto e quem a ele se submete. Se isso fosse verdadeiro, alguns seres humanos não seriam sujeitos primários de justiça, como as pessoas com impedimentos físicos ou mentais.

Não se pode adotar a vantagem mútua como causa para a celebração do contrato social, sob pena de não considerar como sujeitos primários de justiça os indivíduos com impedimentos físicos e mentais, crianças, idosos, pessoas momentaneamente sem discernimento, mulheres em determinadas sociedades (consideradas não produtivas e inferiores social e economicamente) e cidadãos de outras nacionalidades, pois estes pouco têm a *dar em troca*, dado seus impedimentos ou impossibilidade de atratividade na celebração de um contrato com vantagem mútua.

Dito de outra forma, o impedimento físico ou mental ou qualquer outra condição que não represente atratividade em um eventual contrato de vantagem mútua não pode ser obstáculo para que uma pessoa seja considerada sujeito primário de justiça. Pensar de outra forma seria equiparar as pessoas com esses impedimentos a indivíduos não dotados de dignidade humana.

Todo indivíduo humano, em qualquer nação, deve ser considerado sujeito primário de justiça e ter meios para desenvolver suas capacidades essenciais visando ao seu florescimento humano.

Excluindo a previsão de vantagem mútua, Nussbaum aduz que seu enfoque "converge em larga medida a um tipo diferente de contratualismo, baseado puramente em ideias éticas kantianas sem a questão da vantagem mútua"[64].

Na continuação da crítica à vantagem mútua, outro ponto de divergência é a consideração de que os indivíduos, no momento da situação inicial de escolha (posição original na teoria de Rawls), são livres, iguais e independentes.

Por indivíduos livres podemos entender que ninguém é dono ou escravo de outrem. Há supostamente, na visão rawlsiana, uma igualdade aproximada de recursos e capacidades entre os indivíduos na estipulação do contrato, considerando, portanto, iguais os celebrantes da avença. Além disso, também são independentes esses indivíduos por não estarem sob a dominação ou dissonantemente dependentes de qualquer outra pessoa.

---

[64] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 6.

Exigir que as partes, quando da estipulação do contrato, sejam iguais e independentes acaba por desconsiderar vários indivíduos como sujeitos primários de justiça, pois não serão iguais ou independentes para a celebração da avença social.

Ao não adotar as circunstâncias humianas de justiça, não necessita supor e exigir que as partes do contrato social sejam livres, iguais e independentes. Adota-se, para tanto, uma concepção política de pessoa, seguindo, portanto, a ideia aristotélica do ser humano como animal político.

> A concepção de pessoa como um animal político inclui uma ideia conectada com a ideia contratualista de 'liberdade': a pessoa é imaginada como tendo um profundo interesse na escolha, incluindo a escolha de um modo de vida e de princípios políticos que a governem. Essa é uma das maneiras pelas quais o enfoque das capacidades faz parte da tradição liberal. Não obstante, oferece uma concepção de liberdade que é sutilmente diferente daquela da tradição do contrato, pois enfatiza os suportes animais e materiais da liberdade humana, e também reconhece um amplo campo de tipos de seres que podem ser livres.[65]

O enfoque das capacidades não considera o ser humano como algo estanque, hermeticamente fechado e estático, portador de necessidades permanentes e iguais. Dessa forma, não se exige igualdade para a estipulação do contrato. O ser humano tem suas necessidades de recursos e cuidados variantes ao longo do tempo e do seu momento de vida. Uma mesma pessoa pode estar em gozo pleno de suas capacidades mentais, passar três meses em coma, em uma unidade de tratamento intensivo, e recobrar suas faculdades mentais determinando-se novamente. Isso não permite que consideremos tal pessoa como desprovida de dignidade humana durante os três meses que ficou em coma.

Da mesma forma, as pessoas não devem ser imaginadas independentes. Não há como considerar o indivíduo humano de forma atomizada, isolado, tendo seus interesses dissociados por completo dos interesses dos demais indivíduos. O ser humano, como animal político, é dotado de sociabilidade, sendo despicienda sua conceituação como independente. Como animais políticos, invariável e assimetricamente, dependerão de outros ao longo da vida, quer seja na infância, na velhice ou em algum momento de perda ou comprometimento do discernimento. O florescimento humano depende necessariamente da relação estabelecida entre os indivíduos.

---

[65] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 106-107.

Outra crítica que se tece às doutrinas contratualistas é a crença de que as pessoas que celebram o contrato são as únicas a se submeterem a tal pacto. Pela doutrina contratualista tradicional apenas seres livres, iguais e independentes são partes no contrato, dessa forma se exclui incorretamente qualquer indivíduo que não possua tais características. Não há identidade entre quem celebra o pacto e quem a ele se submete. Essa discussão acerca de identidade entre quem celebra o contrato e quem a ele se submete perde importância na teoria das capacidades, pois se reconhece que mesmo que indivíduos não tenham discernimento suficiente para participar do procedimento de escolha dos princípios, merecem ser tratados com critérios de justiça perante os outros.[66]

A teoria de Nussbaum é, dentre as demais teorias liberais de justiça, a que aceita maior variedade de indivíduos como sujeitos primários de justiça:

> A justiça tem sentido onde quer que haja seres humanos. Os seres humanos querem viver juntos, e querem viver juntos bem, o que inclui, assim entendem, o viver em acordo com a justiça. Não precisam estar posicionados de maneira semelhante a fim de que tais questões surjam, tampouco precisam encontrar-se em uma situação de escassez moderada.[67]

Ao adotar uma ética kantiana e concomitantemente refutar o argumento da vantagem mútua entre os indivíduos como circunstância de justiça, a teoria baseada nas capacidades consegue considerar como sujeitos primários de justiça todos os seres humanos, independentemente de sua racionalidade ou impedimento mental e físico, os indivíduos independentemente de sua nacionalidade e, inclusive, os animais não humanos, pois dotados de sensibilidade.

A adoção do conceito de homem como animal político (concepção política de pessoa), que interage com seus demais, capaz de exercer a sociabilidade, enseja a existência de justiça necessariamente dotada de alteridade, voltada ao outro, de modo que não há que se falar em justiça exercida consigo próprio. Ela é imprescindivelmente exercida com o outro. Esse é o elemento da alteridade.

Partindo do conceito político de homem, Aristóteles defendia que o bem é a finalidade da ação humana, sendo isto a grande diferença da ação humana em comparação à ação dos

---

[66] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 22.
[67] NUSSBAUM, op. cit., p. 104.

demais animais. A conduta humana deve ser voltada ao bem comum. Assim, não há conduta justa se não for voltada ao bem comum.

Tomando como ideia a concepção aristotélica de funcionamento humano, Martha Nussbaum desenvolve sua teoria baseada nas capacidades humanas básicas, como fonte de garantia de um mínimo social básico.

Fortemente influenciada pelos estudos econômicos de Amartya Sen, a filósofa americana constatou que não se pode analisar o desenvolvimento de uma nação tão somente a partir de critérios de riqueza, de renda e de produto interno bruto *per capita*. Garantir apenas tais bens não é o suficiente para permitir o florescimento humano mínimo de um povo.

Elencou-se uma lista de bens humanos básicos que devem ser garantidos minimamente para que se possa propiciar uma vida digna. Essa lista desenvolvida tem por finalidade nortear políticas públicas e fornecer uma base para os princípios constitucionais a serem exigidos em uma nação.

As capacidades humanas básicas são às relativas i) à *vida*; ii) à *saúde*; iii) à *integridade*; iv) aos *sentidos, imaginação e pensamento*; v) à *emoção*; vi) à *razão prática*; vii) à *afiliação*; viii) a *outras espécies da natureza*; ix) ao *lazer* e x) ao *controle sobre o próprio ambiente*.

O direito à vida deve ser previsto e garantido a fim de que a pessoa possa ter uma duração normal do tempo de vida, não ocorrendo morte prematura por critérios evitáveis (desnutrição infantil, ausência de vacinas na primeira infância e outras medidas que implementem diminuição de taxa de mortalidade infantil), bem como que a pessoa possa não apenas sobreviver, mas que viva de maneira que valha a pena viver.[68]

Em continuidade, requer ser prevista e assegurada a capacidade de o ser humano gozar de boa saúde, na qual se inclui alimentação, moradia e trabalho adequados, em condições salubres, além de saúde reprodutiva.

O indivíduo necessita ter liberdade em seu deslocamento, não necessitando de autorização para se movimentar geograficamente, nisso se inclui proteção contra a violência (física, mental e sexual) e livre escolha sobre suas satisfações sexuais e para reprodução.

Ao ser humano deve ser dada educação adequada o suficiente que o permita "usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio". Esse processo de aprendizado permitirá que ele, por sua própria escolha, seja "capaz de usar a imaginação e o pensamento em

---

[68] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 91.

conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, garantindo-se liberdade de expressão, política, artística e religiosa"[69].

Outra capacidade humana básica que é necessária a qualquer indivíduo é a que o permita "manter relações afetivas com coisas e pessoas diversas", apoiando-se as "formas de associação humana que podem se revelar cruciais para o desenvolvimento humano", dado o caráter gregário e de sociabilidade do ser humano.[70]

Razão prática é a capacidade que propicia a "formação de uma concepção própria de bem" e a "reflexão crítica sobre o pensamento da própria vida", dentro de um ambiente no qual se permita o livre exercício da consciência e da prática religiosa, incluindo o ateísmo e o agnosticismo.[71]

Possuir afiliação dota o indivíduo da faculdade de preocupar-se consigo próprio e com o outro ter autorrespeito e não humilhação, em virtude de reconhecer sua própria dignidade e a do outro, o que permite "a disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional"[72].

O indivíduo, ainda, requer ter a capacidade de conviver de maneira "próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza"[73].

"Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas" é outra capacidade humana básica que precisa ser minimamente garantida para que propicie ao ser humano o gozo de momentos de lazer.[74]

O ambiente no qual o ser humana vive necessita estar sobre o seu próprio controle, de modo que a ele deve ser dada a faculdade de "participar efetivamente das escolhas políticas" da sociedade a qual pertença, garantindo-se a liberdade de expressão, de associação e de acesso igualitário ao pleno emprego, além de "ser capaz de ter propriedade" e que tal direito de propriedade seja fundado em base igual a todos.[75]

Só se pode admitir que um indivíduo tenha verdadeiramente uma vida digna se garantidos minimamente todos os bens humanos básicos da lista acima. Dessa forma, a garantia mínima dessas capacidades é o elemento concretizador da dignidade humana. Essa

---

[69] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 92.
[70] NUSSBAUM, op. cit., p. 92.
[71] NUSSBAUM, op. cit., p. 92.
[72] NUSSBAUM, op. cit., p. 93.
[73] NUSSBAUM, op. cit., p. 93.
[74] NUSSBAUM, op. cit., p. 93.
[75] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 93.

lista de bens pode ser considerada como uma estipulação de direitos humanos, direitos relevantes pré-políticos, "e não meramente artefatos das leis e instituições"[76].

Alguns relativistas culturais criticam a referida lista com o argumento de que a implementação de tais capacidades imporia um padrão cultural ocidental em desrespeito à autodeterminação cultural dos povos e violaria o pluralismo. Como forma de responder a tais críticas e reafirmar que as capacidades não desrespeitam o pluralismo, defende-se o universalismo do enfoque das capacidades e se elencam seis maneiras cumulativas de respeito ao pluralismo pela referida teoria, quais sejam, i) a lista é aberta e sujeita a contínua revisão; ii) os itens da lista são especificados de maneira abstrata e geral, permitindo atividades de especificação e deliberação internas dos cidadãos de acordo com sua história e especificidades; iii) a lista representa uma concepção moral parcial independente, sem fundamentação em ideias metafísicas; iv) protege o pluralismo, pois o enfoque é na capacidade e não em seu funcionamento, assim apenas garante ao indivíduo a possibilidade de fruição daquela capacidade sem que seja imposto a ele o efetivo exercício da capacidade; v) as principais liberdades que protegem o pluralismo (liberdade de expressão, de associação, de consciência) são itens centrais da lista; e vi) há separação rigorosa entre questões de justificação e questões de implementação.

A análise sobre o enfoque das capacidades é voltada para o resultado justo, "a compreensão intuitiva de um conteúdo particular que considera vinculado necessariamente a uma vida apropriada à dignidade humana". A partir daí os procedimentos políticos ("uma constituição, uma separação dos poderes, certo tipo de sistema econômico") que atinjam esse resultado são escolhidos. "A justiça é o resultado esperado, e o procedimento é considerado bom na medida em que promova o tal resultado"[77].

A teoria das capacidades pode servir, portanto, de fundamento aos direitos humanos ao mesmo tempo em que mantém o pluralismo. Assim, a garantia de fruição dos bens humanos básicos, com ênfase à saúde e educação, é medida imprescindível a uma boa vida, de modo a propiciar o *florescimento humano* em sua concepção aristotélica. Não há que se falar em existência minimamente digna sem a possibilidade de garantia desses bens humanos básicos.

Assim, o desenvolvimento econômico apenas pode resultar em transformação social quando for inclusivo o suficiente para promover a ruptura do subdesenvolvimento brasileiro, utilizando-se, para tanto, da atuação estatal conformadora, contendora e indutiva, a partir de

---

[76] NUSSBAUM, op. cit., p. 352.
[77] NUSSBAUM, op. cit., p. 99.

critérios de justiça distributiva em políticas públicas estatais para atingimento dos objetivos fundamentais do país, os quais garantam a todos os brasileiros a fruição das capacidades humanas básicas de maneira efetiva.

## 2 ORÇAMENTO PÚBLICO: ENTRE A REPÚBLICA E A EXCEÇÃO

A camada social mais baixa da população brasileira não dispõe de condições básicas de vida digna. Não se pode exigir dela que tenha ideia do que ocorre com o orçamento público brasileiro. Talvez, se soubessem e tivessem maior capacidade de organização, boa parte das reivindicações sociais iriam se destinar também às discussões sobre orçamento público nesse país.

A escolha dos gastos públicos a serem realizados a partir dos recursos públicos angariados e a forma como esse gasto é realizado são instrumentos de poder, para o bem e para o mal. É necessário analisar as disposições constitucionais sobre orçamento público e compará-las ao que efetivamente ocorre no país. É imprescindível saber: i) quem elabora o orçamento; ii) de quem se arrecada; e iii) com o que se gasta.

Ricardo Lobo Torres defende que a atividade financeira do Estado tem caráter instrumental, *presente no campo da fiscalidade e da extrafiscalidade*. Essa atividade estatal, assim como a econômica, deve ser o meio para a consecução daquilo que a Constituição de 1988 estipulou como fundamentos (art. 1º), objetivos (art. 3º) e princípios (art. 4º) da República Federativa do Brasil, pois "obter recursos e realizar gastos não é um fim em si mesmo"[78].

Assim, segundo Fernando Facury Scaff, a atividade financeira estatal, da qual faz parte o orçamento público, necessita ter como fundamento o:

> [...] princípio republicano, vinculando a ação governamental, que deverá se dar em prol do bem comum, através da aplicação de uma função social à coisa pública, buscando a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os que expressam liberdades e isonomias.[79]

Em complementação ao princípio republicano que precisa reger o orçamento público, Heleno Taveira Torres elenca cinco funções democráticas na Constituição Financeira: i) *função de limitação legislativa para realização de despesas*, pois é vedada a realização de despesas ou assunção de obrigações por ato único do Executivo, sem a aquiescência do Legislativo (art. 167, I, II e VI, da CF/88); ii) *função de planejamento (orçamento-programa, performance ou funcional)*, crença de que os objetivos constitucionais não podem ser

---

[78] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 5.

[79] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 200.

implementados em curto prazo, determina que o orçamento adote medidas de planejamento para direcionamento das ações do Estado de longo prazo por meio da instituição e execução de planos e programas de desenvolvimento regional e social, com vistas a realizar os fins constitucionais, mediante intervencionismo que propicie todas as condições de concretização; iii) *função de transparência orçamentária*, que é decorrente da submissão ao princípio republicano, pois o orçamento está submetido ao controle interno, externo, político e popular, não havendo mais espaço para gastos públicos ou receitas públicas contraídas de maneira sub-reptícia[80]; e iv) *função de efetividade de direitos e liberdades fundamentais*, pois o Estado deve "alocar todos os meios necessários para a realização desse fim constitucional do Estado nas suas máximas possibilidades"[81].

Na primeira seção deste trabalho, foi analisada a teoria de justiça elaborada por Aristóteles e suas espécies de justiça particular: *justiça distributiva* e *justiça comutativa*. Em um Estado Republicano e Democrático de Direito, norma jurídica e justiça não podem estar dissociadas, de modo que vários princípios jurídicos têm a *justiça* como *valor fundante*. Princípios, subprincípios e regras são formas de concretização jurídica de valores fundantes de uma sociedade. Segundo Humberto Ávila, os princípios não apenas exaltam valores por eles protegidos como passa a ser questão crucial a transformação desses princípios em "legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores"[82]. Para o mencionado autor:

> [...] os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.[83]

---

[80] Respeitando a função de transparência orçamentária, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual é lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias de contas de titularidade da Prefeitura Municipal, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário. (STJ. 5ª Turma. HC 308.493-CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2015. Informativo 572). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional dos Tribunais de Contas o acesso a informações relacionadas a operações. (Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, MS 33340, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 31.07.2015).

[81] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 349.

[82] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 65.

[83] ÁVILA, op. cit., p. 79.

O valor da justiça é fundamento para a estipulação de princípios estabelecidos por Ricardo Torres como *princípios gerais do direito financeiro* fundados predominantemente em critérios de justiça distributiva: "economicidade, custo/benefício, capacidade contributiva, redistribuição de rendas, desenvolvimento econômico, solidariedade, territorialidade, país de destino, país de fonte e non olet"[84].

Pela *capacidade contributiva*, o indivíduo deve pagar tributos na proporção de seus bens e haveres, quem tem mais paga proporcionalmente mais e quem tem menos paga proporcionalmente menos. É uma forma de aplicação de igualdade material, de justiça distributiva. Desse princípio decorrem várias formas de concretização na norma jurídica, como *progressividade*, *proporcionalidade*, *personalização* e *seletividade*. Quanto maior o alargamento da base de cálculo, maior a alíquota a incidir. É o que podemos considerar como *progressividade*, aplicada ao imposto de renda (art. 153, §2º, I, CF/88) e ao imposto sobre propriedade territorial urbana (art. 156, §1º, CF/88). No caso do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), a progressividade pode ocorrer tanto em razão do valor do imóvel (art. 156, §1º, I, CF/88) quanto em razão do tempo, como instrumento sancionatório e persuasivo, nos casos de não cumprimento da função social da propriedade (art. 182, §4º, II, CF/88). Na proporcionalidade, "o imposto incide sempre pelas mesmas alíquotas, independentemente do valor da base de cálculo", resultando em maior receita quanto maior valer o bem. Pela personalização, "os impostos terão caráter pessoal" (art. 145, §1º, CF/88) enquanto que a *seletividade* impõe para uma maior tributação aos bens e serviços menos essenciais e menor tributação ao básico para o ser humano. É uma forma de se tributar o supérfluo de maneira distinta do essencial. Um quilograma de feijão não pode ser tributado da mesma forma que uma garrafa de whisky escocês, um vinho de Bordeaux ou um charuto cubano. Assim, ocorre com o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) (art. 153, §3º, I, CF/88), ICMS (art. 155, §2º, III, CF/88) e, desde a Emenda Constitucional nº 29/2000, com o IPTU (art. 156, §1º, II, CF/88).[85]

A relação de custo-benefício tem duas vertentes, uma direcionada aos tributos vinculados a uma prestação estatal e outra direcionada especificamente ao orçamento. Em relação aos tributos vinculados a uma prestação estatal, necessita haver uma adequação entre

---

[84] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 86.
[85] TORRES, op. cit., p. 91-92.

o que é cobrado do contribuinte com o benefício proporcionado a ele pela atividade pública (serviço ou obra) realizada. Quanto ao orçamento, deve haver "adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a preço menor"[86], o que pode considerar, portanto, como modicidade tributária ou tarifária[87].

A economicidade, prevista constitucionalmente como eficiência (art. 37, *caput*, CF/88), impõe que a atividade financeira estatal não pode ser dissociada do princípio da eficiência, deve-se gastar o menor possível para se atingir determinada finalidade. O orçamento necessita ser capaz de arrecadar apenas a quantidade suficiente para custear as necessidades públicas, impondo-se um controle de eficiência da execução orçamentária e da gestão financeira. Receita e despesas precisam ser analisadas conjuntamente como sistema de vasos comunicantes.

O orçamento, assim como toda a atividade financeira estatal, tem por instrumento principal a realização de justiça distributiva, por meio da *redistribuição de rendas*. A capacidade contributiva e a realização de despesas prioritárias para implementação das necessidades públicas aos mais necessitados implicam, "genericamente e sem intuito personalista, tirar de quem tem mais para dar a quem tem menos"[88].

O *desenvolvimento econômico* também é um dos princípios gerais do direito financeiro, segundo o qual a atividade financeira estatal impõe que o Estado atue como agente de fomento e de contenção da atividade econômica, não inviabilizando a livre iniciativa, mas contendo, no que for possível, suas externalidades negativas. O Estado também é ator para o desenvolvimento econômico, tanto atuando diretamente por intermédio de empresas públicas e sociedades de economia mista quanto intervindo na atividade econômica.

Pela *solidariedade*, impõe-se que haja um benefício comum do grupo, da sociedade. É pela solidariedade que se pode cobrar mais de quem tem mais e destinar esses recursos a

---

[86] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 95.

[87] Não se desconhece a discussão acerca da possível diferenciação entre taxa e tarifa (preço público). O Supremo Tribunal Federal diferencia taxa de preço público, nos termos do entendimento sumular nº 545: "preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu". Peculiar é a lição de Regis Fernandes Oliveira que diferencia ainda tarifa de preço ou taxa, para ele tarifa é o preço ou taxa tabelado. Se houver tabelamento, há uma tarifa, que pode ser preço ou taxa. Para maiores detalhes, ver: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

[88] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 97.

custear as necessidades públicas que irão beneficiar os que têm menos, havendo cooperação e socialização entre os integrantes do grupo social.

A *territorialidade* é o princípio mediante o qual o país apenas pode atuar financeiramente em relação aos bens, produtos e serviços que se encontram em seu próprio território, os produtos exportados são tributados no país produtor ou exportador e impedem a incidência tributária pelo país de destino. Pelo *princípio do país de destino*, toda a incidência da atividade estatal caberia ao país de destino do bem, serviço ou produto, de modo a se evitar a dupla tributação (no país de origem e no país de destino).

Historicamente, o princípio do *non olet* surgiu a partir da tributação pelo uso de latrinas públicas, iniciativa do Imperador Vespasiano, que defendeu essa tributação com a alegação de que o dinheiro não cheira (*pecunia non olet*). Assim, modernamente, a tributação incide também nas atividades ilícitas ou imorais.[89]

Os princípios acima analisados não impedem a existência de outros princípios, dotados de maior especificidade, como os princípios orçamentários descritos por Regis Oliveira: "i) princípio da universalidade, ii) princípio da anualidade; iii) princípio da exclusividade; iv) princípio da unidade e v) princípio da não afetação."[90].

Complementarmente à classificação acima, Heleno Taveira Torres diferencia *princípio jurídico* de *critérios de economia*. Para o autor, é necessário diferenciar os princípios jurídicos, inclusive de estrutura constitucional, dos critérios de economia arrolados como princípios orçamentários, a fim de evitar confusão que prejudique a densidade dos princípios constitucionais. Assim, estipulou 4 princípios: "i) princípio da legalidade; ii) princípio da anualidade; iii) princípio da irretroatividade do orçamento; iv) princípio da publicidade." Somados aos princípios foram estabelecidos 7 critérios hermenêuticos: "i) critério da clareza; ii) critério da exatidão; iii) critério da unidade; iv) critério da universalidade; v) critério da exclusividade, vi) critério de não afetação ou não vinculação de receitas a despesas públicas e vii) critério de equilíbrio orçamentário."[91].

---

[89] Recentemente, a Receita Federal do Brasil decidiu tributar as propinas recebidas por delatores envolvidos na Operação Lava-jato ainda que tenha havido ressarcimento ao erário, ver: 27 mar. 2017, reportagem de Maíra Magro: Receita cobra tributo sobre propina mesmo de dinheiro devolvido. *Valor Econômico*. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/politica/4914726/receita-cobra-tributo-sobre-propina-mesmo-de-dinheiro-devolvido. Acesso em: 20 jan. 2019.

[90] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 422.

[91] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 373.

O orçamento brasileiro é uma lei, necessita, portanto, de sua aprovação via processo legislativo descrito constitucionalmente. Assim, a previsão de receita e de despesas depende de aprovação legislativa, não se podendo abrir crédito sem lei que o autorize, é o que determina o *princípio da legalidade*[92].

Somado a isso, o orçamento é lei temporária com vigência de um ano, sendo necessária a aprovação de orçamento anualmente, ante o *princípio da anualidade* (art. 165, III, CF/88)[93]. Por conta da anualidade, a sistemática orçamentária brasileira determina que a lei orçamentária anual deva ser aprovada antes do início do exercício financeiro que ela irá reger.

Decorrente do princípio da anualidade, a lei orçamentária não pode retroagir, é lei temporal e tem vigência somente pelo prazo de um ano. Necessita ela ser aprovada ante o exercício financeiro que regerá e apenas sobre ele tem incidência, dado o *princípio da irretroatividade do orçamento*.

Como corolário do princípio republicano, ao qual as normas brasileiras estão submetidas, o orçamento, assim como todo seu processo legislativo, é público, de conhecimento de todos, com a mais ampla publicidade, como forma de garantia de controle interno, externo, político e popular, é isso que determina o *princípio da publicidade*.

Decorrente da publicidade, o orçamento precisa ser pautado através de um *critério de clareza*, transparência, dotado de precisão e objetividade em seus dispositivos, sob pena de se violar por via transversa o princípio da publicidade, pois de nada adianta dar publicidade à uma norma ininteligível, imprecisa, confusa e insuscetível de análise acurada. Somado a esse critério, o *critério de exatidão* determina que as previsões orçamentárias sejam baseadas em dados com a menor quantidade de erros e imprecisões possíveis, sendo "vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada".[94]

Pelo *critério da unidade*, o orçamento é concentrado em um único instrumento legal, ainda que nele existam divisões ou se agreguem despesas e receitas de acordo com a semelhança de sua natureza, como ocorre com a Lei Orçamentária Anual (LOA),

---

[92] Exceção a esse princípio é a previsão constitucional descrita no art. 167, §5º, segundo a qual a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.

[93] Esse princípio é específico para a lei de diretrizes orçamentárias e para a lei orçamentária anual, não sendo aplicada ao plano plurianual, que tem vigência de 4 anos.

[94] Cf. Art. 5º, §4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

compreendida em uma só peça, em uma só lei, pelos orçamentos fiscal, de investimento e de seguridades social (art. 167, §5º, CF/88).

Todas as previsões de recursos e de despesas devem estar contidas na lei orçamentária, em respeito ao *critério da universalidade*, nele se incluindo também "demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia"[95], pois essas medidas são equiparadas às despesas.

Além disso, a lei orçamentária apenas versa sobre matéria especificamente orçamentária, não podendo tratar de quaisquer assuntos estranhos a esse desiderato, segundo o *critério da exclusividade*, sendo vedado o que se chamava de *orçamento rabilongo* ou *caudas orçamentárias*, que, segundo Aliomar Baleeiro, era "dispositivo de lei, no sentido material, sobre os mais variados assuntos estranho às finanças"[96].

Em regra, o que é arrecadado pela cobrança de impostos é gasto pelo executor orçamentário de forma discricionária, não havendo "vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa"[97], ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159[98], a destinação de recursos para as ASPS, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (art. 167).

Soma-se a essas exceções a possibilidade de vinculação de impostos ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79 e 80, ADCT) com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida

Analisando a vinculação da arrecadação de impostos para custeio de direitos sociais como à saúde (art. 198, §2º), à educação (art. 212) e ao Fundo de Combate e Erradicação da

---

[95] Cf. Art. 165, §6º, CF/88.

[96] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955, v. l. 1, p. 604.

[97] Cf. Art. 167, IV, CF/88.

[98] Esses dispositivos preveem regras de federalismo fiscal, que determinam a divisão entre os entes federativos do produto da arrecadação de impostos cuja arrecadação é partilhada entre esses entes direta ou indiretamente, por meio de fundo de participação de estados e municípios, cada um tem direito a sua cota-parte do produto da arrecadação desses impostos, como o que ocorre no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), (Imposto de Renda) IR, dentre outros.

Pobreza, Scaff considera que tais normas "restringem a plena liberdade do legislador na disponibilidade da receita tributária auferida, obrigando-o a executar esse Orçamento Mínimo Social", considerando-as, inclusive, como "cláusula pétrea constitucional".[99]

Há, ainda, a previsão de vinculação de receitas não tributárias para custeio de direitos sociais, como o disposto na lei nº 12.858/2013, que determinou a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela 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.

A destinação desses valores de participação oriunda de royalties da exploração de petróleo e gás natural seriam aplicados *em acréscimo ao mínimo obrigatório* previsto na Constituição Federal (art. 4º da Lei nº 12.858/2013). Entretanto a Emenda Constitucional nº 86/2015 acabou com esse acréscimo em relação às ASPS e determinou que:

> 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.[100]

Com a mesma finalidade de diminuir os valores relativos à vinculação de receitas ao custeio de direitos sociais ocorridos pela EC nº 86/2015, a EC nº 95/2016, como já mencionado anteriormente, limitou as despesas públicas primárias da União, estabelecendo um teto de gastos públicos individuais para os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, para o Ministério Público e para a Defensoria Pública, que vigorará pelos próximos vinte anos. Estabelece, de início, que o teto de gastos públicos para o orçamento do exercício de 2017 é o valor de referência do ano de 2016, acrescido pela inflação do período, seguindo essa metodologia de cálculo para os próximos exercícios financeiros.

Para as aplicações mínimas em ASPS e em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 110 do ADCT), tomar-se-á como base o ano de 2017 como referência para o orçamento de 2018. Limita-se o aumento desses gastos a variações do IPCA, impedindo, portanto, aumentos reais nos gastos da despesa primária total, inclusive quanto ao financiamento público federal relativo à saúde e à educação. Na próxima seção, esse financiamento e suas recentes modificações serão objeto de análise mais detalhada.

---

[99] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 374.

[100] Cf. Art. 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015.

Outro critério orçamentário é o relativo à suposta existência da necessidade de que haja um *equilíbrio orçamentário*. É lição basilar de educação financeira doméstica a recomendação de que as pessoas gastem menos do que ganham, sob pena de insolvência. Adaptando essa lógica ao orçamento, aduz-se que o orçamento necessita ser equilibrado, as despesas menores que as receitas, e o Estado apenas deve arrecadar a quantia suficiente para custear as despesas, não havendo déficit nem superávit. Heleno Torres considera um mito liberal a criação desse equilíbrio orçamentário, aduzindo que "não há na Constituição brasileira qualquer dispositivo que manifeste algo no sentido da afirmação do "equilíbrio orçamentário" como um princípio do nosso orçamento"[101].

Apenas a Constituição de 1967 dispôs claramente sobre esse princípio ao afirmar que "o montante da despesa autorizada em cada exercício financeiro não poderá ser superior ao total das receitas estimadas para o mesmo período"[102]. As demais Constituições optaram por não prever em seu texto norma semelhante. Isso obviamente não significa que o legislador orçamentário deva agir com prodigalidade e desrespeito a qualidades das finanças públicas. O legislador orçamentário brasileiro necessita se preocupar prioritariamente com a qualidade do gasto público, ao invés de basear sua análise apenas na quantidade em si desse gasto. Os gastos devem ocorrer de maneira eficiente, com economicidade e sempre tendo como meta o atingimento dos objetivos constitucionais (art. 3º), ora resultando em déficit, ora resultando em superávit, com base nos fundamentos constitucionais (art. 1º).

Gilberto Bercovici também defende a inexistência de equilíbrio orçamentário como regra a ser normativamente seguida ao pontuar que "a implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras vezes gera déficits orçamentários"[103].

O endividamento público tem impacto direto sobre a vida dos que ainda estão por vir, sobre as gerações futuras. O endividamento público excessivo não é causa apenas de preocupação imediata, contemporânea, é questão também relativa aos interesses difusos intergeracionais. Nesse sentido, Scaff prefere "interpretar a norma do equilíbrio orçamentário como um instrumento de sustentabilidade financeira e não como uma equação contábil-

---

[101] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 384.
[102] Cf. Art. 66 da Constituição de 1967.
[103] BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 209.

matemática”[104]. A ideia de sustentabilidade financeira é bem mais ampla que equilíbrio orçamentário entre receita e despesa.

Analisar a qualidade da concessão de incentivos fiscais, de que forma o crédito público é usado, qual os juros pagos, a destinação do crédito público, a forma de pagamento, a qualidade das despesas públicas e a forma de arrecadação das receitas públicas, tudo isso reunido, são fatores que podem compor a sustentabilidade financeira estatal, necessitando, portanto, ser objeto de uma análise dinâmica, não estática. Assim, para a sustentabilidade financeira é indispensável o tempo (curto, médio e longo prazos) e que todos os elementos financeiros sejam analisados de forma conjunta, “podendo mesmo haver déficits públicos periódicos visando alcançar certas metas sociais, e obter o necessário equilíbrio orçamentário, dentro do período de tempo estabelecido”[105].

A atividade financeira estatal é instrumental, visa cumprir a tarefa de assegurar e concretizar direitos sociais, intervencionismo econômico, proteção assistencial, expansão de benefícios e uma atuação pautada pela cooperação e socialização.[106]

Para se atingir essa finalidade, a Constituição de 1988 (art. 165) estabeleceu três principais leis, distintas e complementares, em matéria orçamentária: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a LOA, o que se denominou de “sistema de planejamento orçamentário brasileiro”[107].

Essas leis estabelecem o planejamento financeiro do Estado a fim de se prever receitas, bem como estipular e autorizar a realização de despesas, utilizando-se de critérios de justiça distributiva para propiciar a efetivação de direitos prestacionais como saúde, educação, seguridade e assistência sociais aos que mais necessitam. É por meio das leis orçamentárias que o Estado pode utilizar o desenvolvimento econômico de maneira inclusiva, sendo instrumento de transformação social ao prever mecanismos distributivos, que beneficiem a população mais carente, tornando a despesa pública um “investimento para a eliminação da pobreza e da ignorância do ser humano”[108].

---

[104] SCAFF, Fernando Facury. Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional. *Boletim de Ciências Económicas*. Vol. 57, nº 3, Coimbra, 2014. p. 3.183.
[105] SCAFF, op. cit., p. 3.192.
[106] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 84.
[107] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 239.
[108] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

O PPA estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, §1º). É lei formal e temporária, tem duração de 4 anos de vigência[109]. Um país não comporta apenas uma legislação orçamentária anual. É necessário planejar a longo prazo. É com a finalidade de pensar a longo prazo que a matéria objeto da lei do PPA é limitada às despesas de capital e as dela decorrentes e as despesas relativas a programas de duração continuada. Consideram-se despesas de capital os investimentos, as inversões financeiras e as transferências de capital (art. 12 da Lei nº 4.320/64).

No PPA não são previstas despesas correntes (exceto as decorrentes das despesas de capital) nem transferências correntes, dada sua maior efemeridade. A título de exemplo, no atual PPA, há a estipulação de várias obras (investimentos) de longo prazo, como implantação de projetos públicos de irrigação e de usinas hidrelétricas, ampliação de sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, §1º da CF/88). As prioridades para a administração pública federal para o período de 2016-2019 são as metas inscritas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o Plano Brasil sem Miséria (PBSM).

Assim, o PPA tem função de planejamento a longo prazo. Não se está com isso dizendo que as demais leis orçamentárias não têm a mesma função, mas que apenas o tempo de duração do planejamento é menor nas outras. Heleno Torres menciona que a função de planejamento é comum às leis orçamentárias. Ao longo do tempo o orçamento deixou de ser mera técnica de contabilidade pública na forma de simples conta única e passou a ser instrumento fundamental ao planejamento do Estado, necessitando o plano plurianual compatibilizar-se com as demais leis orçamentárias, emendas parlamentares e outros planos econômicos regionais e setoriais.[110]

---

[109] A Constituição Federal de 1988, em seu art. 165, §9º, informa que caberá à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Entretanto, enquanto não entrar em vigor a respectiva lei complementar, o PPA terá a validade de 4 anos, na forma do que dispõe o art. 35, §2º, I, do ADCT.

[110] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 353.

Em complementação, Regis de Oliveira aduz que o orçamento "deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos"[111].

A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, §2, CF/88). É lei anual, temporária, portanto.

Como se deduz do próprio nome, a LDO estabelece diretrizes e orienta a elaboração da lei orçamentária anual, sendo um "plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais, para ulterior deliberação da proposta orçamentária do Executivo, do Legislativo (art. 51, IV, e 52, XIII), do Judiciário (art. 99, §1º) e do Ministério Público (art. 127, §3º)"[112], devendo, para tanto, seu projeto de lei ser encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa (art. 35, §2º, II, ADCT).[113]

O planejamento orçamentário brasileiro de curto prazo tem na lei orçamentária anual seu maior expoente. A LOA é compreendida como sendo uma lei única (princípio da unidade), na qual estão previstas todas as receitas e despesas (princípio da universalidade) integradas por três orçamentos: *orçamento fiscal*, *orçamento de investimento* das empresas estatais e *orçamento da seguridade social*.

O *orçamento fiscal* é relativo a despesas e receitas dos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 165, §5º, I, CF/88). Os investimentos das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto é estabelecido no *orçamento de investimento* (art. 165, §5, II, CF/88), enquanto o orçamento relativo à saúde, previdência e assistência sociais, abrangendo todas as entidades e órgãos a

---

[111] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 401.

[112] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 170. Na mesma página referenciada, o autor tece críticas à LDO em virtude de sua importação do modelo de países parlamentarista ao presidencialismo brasileiro, motivo pelo qual, segundo o autor, apresenta mais distorções e desajustes que vantagens.

[113] Enquanto não aprovada a lei complementar descrita pelo art. 165, §9º, da Constituição Federal de 1988.

ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público, é o *orçamento da seguridade social*.

Com o advento das modificações ocorridas com a EC nº 95/2016, foi instituído o *Novo Regime Fiscal* no âmbito dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União, que vigorará por vinte anos, segundo o qual a LOA será elaborada de acordo com os limites individualizados para as despesas primárias, na forma do art. 107 do ADCT. Na próxima seção, essa Emenda Constitucional será analisada com maiores detalhes, naquilo referente a suas modificações relativas às aplicações mínimas em ASPS.

Os princípios orçamentários acima aduzidos determinam que a lei orçamentária seja fundada no valor da justiça, que seja usada como instrumento de escolhas públicas que resultem em melhoria de vida para a população mais vulnerável, que mais usa os serviços públicos. Assim, o orçamento deve respeitar o princípio republicano, deve visar o bem comum.

A imposição constitucional da necessidade de respeito ao princípio republicano na elaboração e execução do orçamento público brasileiro não implica faticamente que a realidade orçamentária brasileira esteja pautada por esse princípio. É imprescindível se saber sobre a forma de exercício do poder político por meio do acesso a cargos públicos eletivos e seu financiamento eleitoral (direito financeiro eleitoral), de quem e de que forma se arrecada (capacidade contributiva) e com quem e de que forma são gastos os recursos públicos (capacidade receptiva).

## 2.1 DIREITO FINANCEIRO ELEITORAL E O PODER ECONÔMICO COMO CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE

Segundo o texto constitucional, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”[114]. A possibilidade de exercício direto do poder pelo povo ocorre, por exemplo, por meio de referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei (art. 14, CF/88).

O acesso a cargos públicos eletivos é uma das formas indiretas de exercício do poder pelo povo. É, portanto, questão relativa à forma de acesso ao poder. Para ser elegível, o indivíduo deve preencher alguns requisitos, *condições de elegibilidade*, como ter

[114] Cf. Art. 1º, parágrafo único, CF/88.

nacionalidade brasileira, estar em pleno gozo dos direitos políticos, ter sido alistado eleitoralmente, ter domicílio eleitoral na circunscrição do cargo no qual pretende concorrer, ser filiado a partido político devidamente registrado na justiça eleitoral e ter idade mínima, que varia de acordo com o cargo eletivo pretendido (art. 14, §3º, CF/88).

É importante que a via de acesso ao cargo eletivo esteja disponível a todos, de modo a permitir que os mais variados grupos sociais consigam eleger seus representantes, sem que haja barreiras eleitorais além das condições de elegibilidade dispostas na Constituição.

Aos indivíduos impõe-se que seja assegurada a capacidade humana básica de "ter controle sobre o próprio meio"[115], nele se incluindo a *participação efetiva nas escolhas políticas da sociedade*. Essa participação somente é efetiva quando o poder econômico não é condição de elegibilidade, caso contrário, apenas as pessoas com renda suficiente conseguirão, em sua grande maioria, ter acesso aos cargos eletivos. É imprescindível, portanto, igualdade de oportunidades eleitorais.

Nesse sentido, várias organizações intergovernamentais e internacionais não governamentais subscreveram, na Organização das Nações Unidas, a *Declaração dos Princípios de Observação Eleitoral Internacional*, segundo a qual o direito a votar e a ser eleito por meio de eleições democráticas realizadas periodicamente são direitos humanos internacionalmente reconhecidos. As eleições democráticas genuínas são essenciais à manutenção da paz e da estabilidade e estabelecem o mandato para uma governação democrática.[116]

Adilson de Abreu Dallari pontua que "o ideal é que as eleições proporcionem iguais oportunidades de sucesso a todos os postulantes de maneira a que vença aquele que efetivamente merecer a preferência do corpo eleitoral, manifestada de maneira livre, sem qualquer forma de vício de vontade"[117].

As eleições, portanto, devem ser livres e justas, de modo que, segundo Monica Herman Salem Caggiano, se impõe assegurar aos eleitores a maior quantidade possível de opções eleitorais, tanto de candidatos quanto de partidos. Deve haver amplas possibilidades

---

[115] NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 93.

[116] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos princípios de observação eleitoral internacional e código de conduta para observadores eleitorais internacionais*. Nova York: Nações Unidas, 2005. Disponível em: http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20254-Anexo%20IV%20P.pdf. Acesso em: 03 mar. 2014.

[117] DALLARI, Adilson Abreu. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996. p. 239-240 apud FRANCISCO, Afonso Caramuru. *Dos abusos nas eleições*: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 77.

de difusão das ideias e programas para conquistar o maior número de eleitores, mantendo-se o equilíbrio de forças na disputa eleitoral para que se tenha igualdade de oportunidades no pleito.[118]

Já se viu que o processo orçamentário brasileiro é composto, precipuamente, por três leis: PPA, LDO e LOA. Sendo lei, necessitam de aprovação por via das regras estabelecidas ao processo legislativo, com a peculiaridade de que a LDO e a LOA são leis que são aprovadas todos os anos, de necessária apreciação anual pelo Legislativo. De sua aprovação participam os indivíduos ocupantes de cargos eletivos, variando a depender do ente subnacional: vereador, deputado estadual ou distrital, deputado federal e senador da república. A sanção e veto também são medidas privativas do chefe do Executivo, também cargo eletivo. Assim, para a aprovação do orçamento público brasileiro, nos mais variados entes subnacionais, é necessária a participação de ocupantes de cargo eletivo, majoritariamente.

Segundo Scaff, "quem tem o poder político, tem o poder sobre o orçamento, isto é, o poder de decidir quem deve pagar e deixar de pagar os tributos, e decidir quem deve ou não receber as prestações sociais e as vantagens governamentais"[119].

Dessa forma, é imprescindível analisar como ocorre o financiamento eleitoral, qual a origem e limites dos recursos obtidos para esse financiamento, se públicos, privados, mistos, apenas permitido às pessoas físicas, ou também às pessoas jurídicas, pois os eleitos serão os atores participantes do processo legislativo responsável pela elaboração e aprovação de normas orçamentárias.

A Constituição de 1988 estipula que as disputas eleitorais não podem ser baseadas no uso abusivo do poder econômico, ao prever a possibilidade de inelegibilidades absoluta e relativa, com o objetivo de:

> [...] proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.[120]

---

[118] CAGGIANO, Monica Herman Salem. Eleições 2002: o financiamento das campanhas eleitorais e seu controle. Enquadramento jurídico. *Revista de Direito Mackenzie*, ano 3, n. 1, p. 89-90. Disponível em: http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/7232/4900. Acesso em: 03 mar. 2019.

[119] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 247.

[120] Cf. Art. 14, § 9º, da CF/88.

Comentando esse dispositivo constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que "não é só o abuso do poder econômico que deve ser reprimido. Também o seu uso, ou seja, a sua influência há de ser coibida". Não se pode admitir a bonança econômica como causa de influência ao pleito eleitoral, desequilibrando-o em proveito dos que dispõem de riquezas econômicas.[121]

Há a possibilidade de oferecimento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) quando houver provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude (art. 14, § 10) além de se poder propor Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) com a finalidade de "apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político".[122]

A disputa para ocupar cargo público eletivo precisa ocorrer por via de regras e instrumentos paritários entre os participantes da eleição. Os candidatos necessitam disputar o pleito eleitoral de forma igual, a fim de que os eleitores os escolham sem vícios de consentimento ou critérios de indução, de maneira livre, portanto. Não há que se falar em sufrágio universal, voto direto e secreto, com valor igual para todos, sem se falar em voto livre. No mesmo sentido, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) aduz que "a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos"[123].

A legislação eleitoral (Lei nº 9.504/97 e Lei nº 9.096/95) estipulava inicialmente 4 modalidades de financiamento eleitoral: doação por pessoa física (art. 23, *caput*, Lei nº 9.54/97)[124], financiamento pelo próprio candidato (art. 23, *caput*, Lei nº 9.54/97), financiamento por partido político (art. 38, Lei nº 9.096/95) e doação por pessoa jurídica (art. 38, III, Lei nº 9.096/95). Assim, no sistema eleitoral brasileiro, há financiamento misto, formado por recursos privados e públicos.

A doação por pessoa física anteriormente não dispunha de limites do montante a ser doado, de modo a ser possível que um indivíduo pudesse doar todos os recursos financeiros utilizados por um candidato. Atualmente, continua sendo possível a doação por pessoa física,

---

[121] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 13.

[122] Cf. Art. 22, Lei Complementar n. 64/90.

[123] Cf. Art. 237, Código Eleitoral.

[124] Nessa modalidade, incluímos as doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador ou à prestação de serviços próprios, desde que o valor estimado não ultrapasse R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) por doador, prevista no art. 23, *caput*, e §7º da Lei 9.504/97.

mas agora é limitada a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (art. 23, §1º, Lei nº 9.504/97). Criou-se, ainda, a possibilidade de doação por pessoa física por meio de técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios na internet, aplicativos eletrônicos e outros recursos similares (art. 23, §4º da Lei nº 9.504/97), atendido os requisitos legais para tanto, o que é conhecido como *crowdfunding*.

O financiamento próprio de campanha (autofinanciamento) era possível, mas limitado *ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido*, na forma da Lei nº 9.504/97 (art. 23, §1º, II). No ano de 2015, foi aprovada a Lei nº 13.165/15, que, incluindo o §1º-A ao art. 23 da Lei nº 9.504/97, ampliou o limite do autofinanciamento para *até o limite de gastos estabelecido nesta Lei para o cargo ao qual concorre*. No ano de 2017, o legislador entendeu por revogar, por meio da Lei nº 13.488/2017, o disposto no §1º-A do art. 23 da Lei nº 9.504/97 (que possibilitava o autofinanciamento até o limite de gastos estabelecidos pela lei para o cargo ao qual se concorre) e modificar a redação do §1º do mesmo artigo, de modo a proibir o autofinanciamento integral de campanha e estipular três limites para doações por pessoa física: i) 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição; ii) limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa; iii) somadas todas as doações. Com essa modificação, o autofinanciamento respeitaria a regra geral de doação por pessoa física, cujo limite era de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição, limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa, somadas todas as doações.

Entretanto, o então presidente da república, Michel Temer, entendeu por vetar a revogação do contido no §1º-A do art. 23 da Lei nº 9.504/97 (que possibilitava o autofinanciamento até o limite de gastos estabelecidos pela lei para o cargo ao qual se concorre) e a modificação da redação do §1º do mesmo artigo, que permitia a doação por pessoa física, mas estipulava os 3 limites para doações acima mencionados[125]. Ao vetar esses dispositivos, preservava-se a possibilidade de autofinanciamento integral.

---

[125] Curiosas são as razões do veto para que se mantivesse o autofinanciamento integral de campanha correlacionando-o com uma garantia de maior isonomia na campanha e com o princípio democrático, em mais uma prova de que a maldade nunca é feita em nome próprio: "os vetos ora apostos visam eliminar algumas regras específicas propostas, antinômicas com outro projeto de lei ora sancionado, e que poderiam distorcer os objetivos maiores da reforma, preservando-se a proporcionalidade dentre os partidos, garantindo-se maior isonomia dos pleitos eleitorais e a observância estrita das regras eleitorais e do princípio democrático". Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7224018&ts=1547856920968&disposition=inline. Acesso em: 26 jan. 2019.

O Congresso Nacional, em sessão conjunta, decidiu por derrubar parcialmente o veto estabelecido pelo Presidente da República. Não houve a derrubada de todos os vetos realizados, apenas se rejeitou o veto ao art. 11 da Lei nº 13.488/97, que revogava o § 1º-A do art. 23 da Lei nº 9.504/97, relativo ao autofinanciamento integral de campanha, passando a limitá-lo à mesma regra estabelecida para a doação por pessoa física (limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição), não estipulando limite de dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa, somadas todas as doações. Não houve, portanto, derrubada do veto quanto à tentativa de modificação do §1º do art. 23 da Lei nº 9.504/97, que estipulava os 3 limites para doações a pessoas físicas.

Assim, atualmente o autofinanciamento está submetido à regra geral de doação por pessoa física. Entretanto, como essa modificação legislativa ocorreu menos de um ano antes das eleições de 2018, incidiu a regra da anualidade eleitoral, segundo a qual "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência"[126], de modo que fora possível o autofinanciamento integral para as eleições de 2018. Em virtude disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao editar a Resolução nº 23.553/2017, que dispunha sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições 2018, previu o autofinanciamento integral, uso de recursos próprios em campanha até o limite de gastos estabelecido para o cargo ao qual concorre (art. 29, §1º).

Para as próximas eleições, pelo regramento atual, o autofinanciamento ocorrerá com a limitação de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. A estipulação de limite em percentual dos rendimentos brutos auferidos não resguarda a disputa eleitoral das vicissitudes de desigualdades causadas pelo poder político. Quanto maior a renda bruta, maior será proporcionalmente o montante de recursos que a legislação eleitoral permite que o candidato gaste com sua própria campanha. Em alguns casos, de candidatos muito ricos, pode ocorrer de o percentual de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição ser até maior do que o limite de gastos estabelecidos pela lei para o cargo ao qual concorre.

A título de exemplo, nas eleições de 2018, o limite de gastos para deputado estadual ou distrital e deputado federal era de 1 milhão de reais e 2,5 milhões de reais, respectivamente (art. 7º, Lei nº 13.488/17). O candidato a deputado estadual ou distrital e deputado federal que

[126] Cf. Art. 16, CF/88.

tivesse auferido a renda bruta no ano anterior à eleição de 10 milhões e 25 milhões de reais, respectivamente, poderiam, cumprindo a legislação atual, financiar inteiramente sua própria campanha eleitoral.

No estado do Amazonas, nessas eleições, o limite de gastos com campanha eleitoral ao cargo de senador da república era 3 milhões de reais. O candidato eleito a uma das vagas ao Senado Federal, Eduardo Braga, declarou à Justiça Eleitoral R$ 31.624.764,31 em bens e doou para a própria campanha o montante de 500 mil reais, sendo o seu segundo maior doador[127], perdendo apenas para seu próprio partido, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB)[128], sendo inclusive o sétimo congressista mais rico atualmente[129]. Assim, se esses 31 milhões de reais tivessem sido rendimentos brutos auferidos pelo candidato no ano anterior à eleição, seria possível a ele financiar inteiramente sua própria campanha sem que se pudesse considerar a ocorrência de abuso de poder econômico, pois respeitadas as regras de financiamento eleitoral atuais.[130]

Em contrapartida, nessa mesma eleição, um candidato que ganhasse um salário mínimo por mês apenas poderia contribuir com sua própria campanha com o valor máximo de

---

[127] Não se nega a atecnicidade jurídica da expressão "seu próprio doador", pois para que haja doação doador e donatário devem ser pessoas distintas. Manteve-se a expressão ante seu caráter mais didático, mas ressaltando que tecnicamente a expressão significa que o mencionado candidato foi o segundo maior financiador de sua campanha eleitoral ao Senado Federal, assim o doador é a pessoa física e o donatário é o financiamento de campanha do candidato, que deve inclusive estar inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (art. 22-A da Lei nº 9.504/97).

[128] Informação pública obtida por meio do sítio eletrônico da justiça eleitoral (divulgação de candidaturas e contas). Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2018/2022802018/AM/40000618261/bens. Acesso em: 26 jan. 2019.

[129] Ver: 18 fev. 2019. Reportagem de Edson Sardinha. Vinte mais ricos concentram mais da metade do patrimônio de todos os congressistas. *Congresso em foco*. 2019. Disponível: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/vinte-mais-ricos-concentram-mais-da-metade-do-patrimonio-de-todos-os-congressistas/. Acesso em: 19 fev. 2019.

[130] Também chamou a atenção o patrimônio declarado de alguns candidatos a governador de estado: João Doria (PSDB-SP) declarou possuir patrimônio de R$ 189.859.904,76; Mauro Mendes (DEM-MT) declarou ter R$ 113.453.806,96 em patrimônio; Ibaneis (MDB-DF) informou patrimônio de R$ 94.100.602,57; Marcelo Trindade (NOVO-RJ) o montante de R$ 82.959.391,33; Romeu Zema (NOVO-MG) a quantia de R$ 69.752.863,96, ver: 30 ago. 2018. Reportagem de Marina Gama Cubas. Quem são os candidatos mais ricos que disputam os governos estaduais. *Carta Capital*. 2018. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-sao-os-candidatos-a-governo-mais-ricos/. Acesso em: 21 jan. 2019. No mesmo sentido, o candidato mais rico na disputa eleitoral de 2018 foi Fernando de Castro Marques, empresário do ramo farmacêutico, candidato ao senado federal pelo Distrito Federal, que declarou à justiça eleitoral a quantia de R$ 667,9 milhões. João Amoedo, candidato à presidência da república, declarou possuir patrimônio de R$ 425 milhões, enquanto que Ogari de Castro Pacheco, candidato a suplente de senador pelo Tocantins, informou à justiça eleitoral possuir patrimônio no valor de R$ 407,7 milhões. Otaviano Pivetta, candidato a vice-governador pelo Mato Grosso, declarou possuir a quantia de R$ 379,4 milhões em bens e Henrique Meirelles informou o valor de R$ 377,4 milhões ao TSE, ver: 22 ago. 2018. Reportagem de Luciana Amaral: Com patrimônio de R$ 668 mi, candidato mais rico é dono de farmacêutica. *Uol*. 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/08/22/candidato-mais-rico-e-dono-de-farmaceutica-com-patrimonio-de-r-667-milhoes.htm. Acesso em: 21 jan. 2019.

R$ 1.218,10, 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição.[131] Assim, enquanto um candidato pode contribuir com 3 milhões de reais, outro poderá dispor de, no máximo, 1.218,10 reais para a sua própria campanha.

Dessa forma, a estipulação de limite percentual proporcional ao rendimento bruto auferido por candidato não é medida suficiente para propiciar igualdade no pleito eleitoral, pois possibilita que candidatos com maior renda tenham proporcionalmente mais facilidade na obtenção de recursos financeiros para o autofinanciamento e, em alguns casos, possam financiar inteiramente suas próprias campanhas. Essa crítica também é feita a doação por pessoa física em geral.

É necessária a estipulação de limite nominal fixo para doações de pessoa física, quer seja o autofinanciamento, quer seja o financiamento de terceiros. As regras de direito financeiro eleitoral e de financiamento de campanha eleitoral precisam ser estabelecidas por meio de critérios de justiça e de acordo com o princípio republicano, de modo a propiciar que todos, pobres e ricos, tenham a mesma igualdade de condições na disputa por cargos eletivos. A forma de financiamento próprio ou de terceiro apenas com o limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição dá maiores vantagens eleitorais aos candidatos mais ricos.

O sistema de financiamento eleitoral por pessoa física atualmente possibilita que o indivíduo seja beneficiado pelo uso do poder econômico, causando desequilíbrio no pleito, ainda que respeite inteiramente as regras eleitorais de financiamento, de modo a não ser possível a configuração de abuso de poder econômico àquele que financia sua campanha de acordo com as regras ora estabelecidas. Esse financiamento, da forma como está atualmente, segundo Pedro Roberto Decomain, permite que ocorra - "e de modo aberto, sem que sequer se possa falar em abuso – a influência do poder econômico nas eleições e que, justamente em virtude disso, se quebre o princípio da igualdade de todos os candidatos no pleito"[132].

Dessa forma, a estipulação conjunta de três limites (i) 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição; ii) limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa e iii) somadas todas as doações.) é medida que atende

---

[131] O salário mínimo em 2017 era de R$ 937,00, o que resulta no rendimento bruto anual (12 salários mais o 13º salário) de R$ 12.181,00.

[132] DECOMAIN, Pedro Roberto. Financiamento público de campanhas eleitorais: influência do poder econômico, o fundo especial de financiamento de campanha (FEPC), instituído pela lei nº 13.487, de 2017, limites máximos de gastos em campanhas eleitorais e outros temas correlatos. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Financiamento e prestação de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

com maior razão o princípio republicano no direito financeiro eleitoral e propicia condições de igualdade ao acesso a cargos públicos, minorando a influência do poder econômico nos pleitos eleitorais. É o que é defendido neste trabalho.

Seria conduta plenamente republicana, portanto, o Congresso Nacional optar politicamente pela rejeição ao veto presidencial à modificação legislativa que se propunha dar ao §1º do art. 23 da Lei nº 9.504/97:

> [...] as doações e contribuições de que trata este artigo não poderão ultrapassar 10% (dez por cento) do rendimento bruto auferido pelo doador no ano anterior à eleição, limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa, somadas todas as doações.[133]

Não o fez. Preferiu-se manter a predominância eleitoral daqueles que têm maior condição financeira. Eles são os com maior representação política. O poder que deveria emanar do povo, não emana de todo o povo, emana majoritariamente daqueles com maior poder econômico. São eles os que estipulam o conteúdo das leis orçamentárias nesse país, são os interesses deles representados orçamentariamente. Os mais ricos usam e abusam do poder econômico sem que haja uma configuração legal de abuso do poder econômico.

Também há a possibilidade de financiamento de campanha eleitoral por partido político, por meio do uso dos recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (art. 38, Lei nº 9.096/95), conhecido simplesmente como Fundo Partidário (FP). Esse fundo é constituído por 4 espécies de recursos:

> Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:
> I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
> II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
> III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
> IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.[134]

---

[133] Cf. Mensagem nº 380, de 6 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-380.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.
[134] Cf. art. 38, Lei nº 9.096/95.

Dessas quatro fontes de recursos financeiros que compõem o FP, deve-se fazer uma ressalva quanto à inconstitucionalidade de doação por pessoa jurídica a este fundo, assentada por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650-DF, que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Ainda que tenha ocorrido essa declaração de inconstitucionalidade, é relevante mencionar que o FP não é composto apenas por doações (agora apenas doações por pessoas físicas), mas também por dotações orçamentárias. Entretanto o principal critério de análise deve se dar pela verificação de como ocorre a divisão desses recursos e qual a política partidária que rege a destinação desses recursos ao custeio das campanhas eleitorais, pois a estrutura interna partidária de poder se resume a saber quem tem mais poder dentro do partido.

Os recursos que compõem esse fundo podem e são usados para o financiamento de campanha dos candidatos do partido, de acordo com "critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias"[135]. Assim, os recursos do FP são gastos por meio de critérios internos dos partidos políticos.

Dessa forma, o poder político interno do partido refletirá na forma de destinação do custeio dos gastos com campanhas eleitorais. A estrutura interna partidária brasileira está longe de ser democrática. As instituições partidárias ainda são dotadas de critérios coronelistas de divisão de poder, há verdadeiros donos de partidos políticos, por região, por estado e nacionalmente. Os candidatos do partido serão aqueles que o dono do partido quiser que sejam, de modo que os recursos do FP custearão as campanhas eleitorais daqueles que o dono do partido desejar e no montante que melhor lhe aprouver. Internamente, o poder é exercido no partido por via de regras antidemocráticas, que impedem o surgimento de novas lideranças e eternizam no poder seus "caciques" políticos. Dos 35 partidos políticos registrados no TSE, 15 deles têm o mesmo presidente há mais de 10 anos ou desde sua fundação[136]. A alternância de poder na estrutura interna partidária é quase que inexistente. Os órgãos de direção partidária, via de regra, são divididos em nacional, estadual ou distrital e

---

[135] Cf. Art. 39, §5º, Lei nº 9.096/95.

[136] Para maiores informações, ver: 16 jul. 2018. Reportagem de Igor Mello, Jeferson Ribeiro e Stefano Salles: No Brasil, 15 dos 35 partidos mantêm presidentes há mais de 10 anos ou desde a fundação. *O Globo*. 2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-15-dos-35-partidos-mantem-presidentes-ha-mais-de-10-anos-ou-desde-fundacao-22889708. Acesso em: 27 jan. 2019.

municipal, havendo hierarquia entre eles. Esses diretórios partidários são escolhidos por meio de eleições internas, de acordo com as regras estabelecidas no estatuto partidário.

O partido político, para que possa participar das eleições, dentre vários outros requisitos, deve ter, "até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto"[137]. Assim, se a eleição for nacional, necessita ter o diretório nacional devidamente constituído de acordo com as regras internas, o mesmo vale para eleições estaduais (diretório estadual) e eleições municipais (diretório municipal). Esses diretórios são escolhidos via eleições intrapartidárias, de acordo com as regras estabelecidas no estatuto, em respeito ao princípio democrático.

Entretanto, até que ocorram essas eleições para a constituição do órgão de direção, pode-se criar comissão provisória para desempenhar esse papel (art. 38, Resolução TSE nº 23.571/18). A provisoriedade dessas comissões é um mito. Na realidade partidária brasileira, utiliza-se a criação de comissão provisória, cujos integrantes são escolhidos por intermédio de indicação, como forma de se evitar a constituição de órgão diretivo definitivo do partido político, cujos integrantes são eleitos na forma estabelecida no estatuto do partido, requerendo, para tanto, sucessivas prorrogações desta comissão (art. 39, §1º, Resolução TSE nº 23.571/18).

Em 2018, com a finalidade de garantir o princípio democrático na estrutura intrapartidária, o TSE estipulou prazo de validade para essas comissões e deixou claro que a ausência de criação de diretórios definitivos por via de eleições intrapartidárias ofende o princípio democrático (art. 39, §3º, Resolução TSE nº 23.571/18): a prorrogação do prazo de validade dos órgãos provisórios não desobriga o partido de adotar, com a urgência necessária, as medidas cabíveis para a observância do regime democrático a que está obrigado nos termos dos arts. 1º, 2º e 48, parágrafo único, desta resolução.

Assim, a eliminação ou diminuição de comissão provisória intrapartidária é medida que pode propiciar o respeito ao princípio democrático e ao republicano na estrutura interna do partido político, fomentando o surgimento de novas lideranças e permitindo que haja alternância de poder, de modo a refletir na modificação da forma de financiamento eleitoral a partir dos recursos do FP, tornando-o igualmente democrático e republicano.

Somente com o respeito ao princípio democrático e ao princípio republicano, na estrutura intrapartidária, se pode ter um financiamento eleitoral com recursos partidários

[137] Cf. Art. 4º, Lei nº 9.504/97.

igualmente democráticos e republicanos, caso contrário o coronelismo partidário manterá o coronelismo financeiro-eleitoral, resultando no que Victor Nunes Leal chama de "autêntica mistificação do regime representativo"[138].

Outra maneira de financiamento eleitoral ocorria por meio de doação por pessoa jurídica, que poderia ser feita diretamente ao candidato, a seu partido político ou ao FP.

As doações e contribuições de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais eram limitadas a 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição (art. 81, §1º, da Lei nº 9.504/97). Além disso, era permitida a doação direta aos partidos políticos, o que resultava também em financiamento de campanha eleitoral, pois os partidos políticos destinavam grandes partes dos recursos obtidos a partir dessa doação a campanhas eleitorais de seus candidatos (Lei nº 9.096/95, art. 39, caput, e § 5º; e Resolução TSE nº 23.376/2012, art. 20, § 2º, II c/c art. 25, caput e inciso II)

Nas eleições de 2014, última a ser permitido o financiamento eleitoral por pessoa jurídica, as 10 maiores doações foram feitas por: JBS S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora OAS S/A, Cervejaria Petrópolis S/A, Construtora Queiroz Galvão S/A, UTC Engenharia S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A, Bradesco Vida e Previdência S/A, CRBS S/A e Banco BTG Pactual S/A.[139]

A nossa atual Constituição estipula a igualdade do valor do voto, ao aduzir que este é "direto e secreto, com valor igual para todos"[140]. Estipula-se, portanto, a regra conhecida como *one person one vote*, surgida quando do julgamento do caso *Gray v. Sanders* no ano de 1963 na Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da regra eleitoral do Estado da Geórgia que estipulava peso distinto dos votos dos eleitores de acordo com a localização geográfica de seus eleitores.[141]

Essa regra de igualdade no valor dos votos não deve apenas ser analisada sob o enfoque da doutrina *one person one vote*. O voto, para ter valor igual, necessita ser tanto considerado único por eleitor quanto a sua obtenção ocorrer por critérios de igualdade. A obtenção dos votos, para que tenham valor igual, precisa ocorrer livre de influência

---

[138] LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 70.

[139] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório das eleições 2014*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016. p. 481. Disponível em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio-eleicoes-2014.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

[140] Cf. Art. 14, *caput.*

[141] Para maiores informações, consultar: Gray v. Sanders case. *Justia*. 1963. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/368/. Acesso em: 3 fev. 2019.

desproporcional causada por maior poderio econômico de alguns candidatos em detrimento dos demais.

Se há candidatos que conseguem captar votos com maior facilidade que outros a partir de influência econômica desproporcional, não há igualdade no valor dos votos, pois uns candidatos conseguem angariar votos com maior facilidade que outros. Não há o mesmo esforço eleitoral para a obtenção de votos entre os candidatos porque não há igualdade de oportunidades. Uns têm mais e melhores oportunidades do que outros ao dispor de recursos financeiros que são transformados em maior poder de captação de voto.

O financiamento eleitoral a partir de doação por pessoa jurídica é um dos elementos que tem oportunizado verdadeira causa de desequilíbrio de oportunidades nas eleições brasileiras, beneficiando os candidatos financiados pelo empresariado brasileiro, que, ao se elegerem, cumulam a função de representantes do povo com a de lobista de alguns setores econômicos, não se sabendo ao certo onde termina uma e onde começa outra, pois há sobreposição no desempenho dessas funções, em verdadeira ofensa ao princípio republicano e esquecimento ao bem comum.

Dessa forma, o Conselho Federal da OAB ingressou com a ADI nº 4.650, objetivando que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do financiamento eleitoral via doação por pessoa jurídica, aduzia, em síntese, que tal prática ofende *o princípio da isonomia* (CF/88, art. 5º, caput, e art. 14), *o princípio democrático* (CF/88, art. 1º, caput e § único, art. 14, art. 60, §4º, II), *o princípio republicano* (CF/88, art. 1º, caput) e *o princípio da proporcionalidade*, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente ("*Untermassverbot*").

Ao analisar os dados das eleições de 2010 e 2012, a entidade Transparência Brasil[142] conseguiu transformar em gráfico a relação direta entre influência do poder econômico e os votos obtidos, podendo-se verificar que no sistema de financiamento eleitoral brasileiro é comum *transformar dinheiro em voto*:

[142] Gráficos obtidos a partir da análise feita pelo projeto *Às Claras*, de iniciativa da organização independente e autônoma *Transparência Brasil*, que analisa os dados eleitorais disponibilizados pelo TSE. Todos os dados mencionados na análise de tais gráficos são provenientes dessa mesma fonte. Disponível em: http://www.asclaras.org.br/@index.php. Acesso em: 3 fev. 2019.

Gráfico 1 - Gráfico de dispersão relacionando receitas e votações de partidos - escala logarítmica (Eleições 2010).

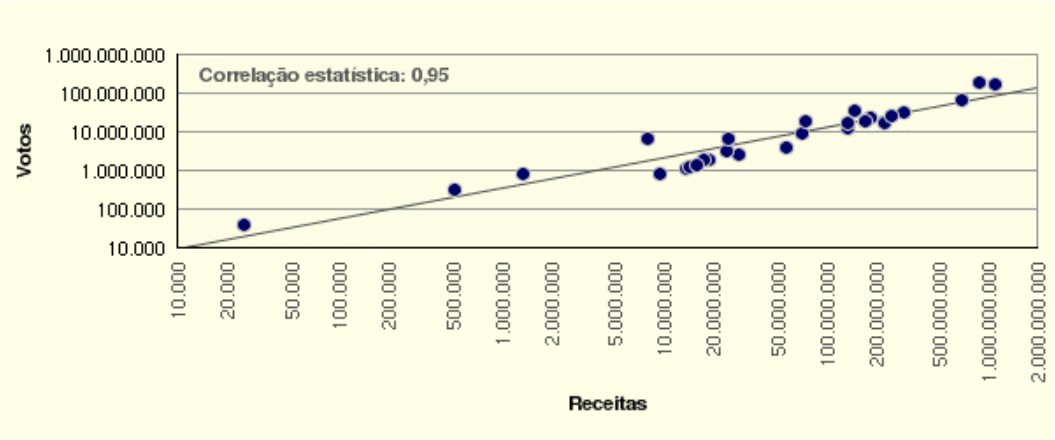
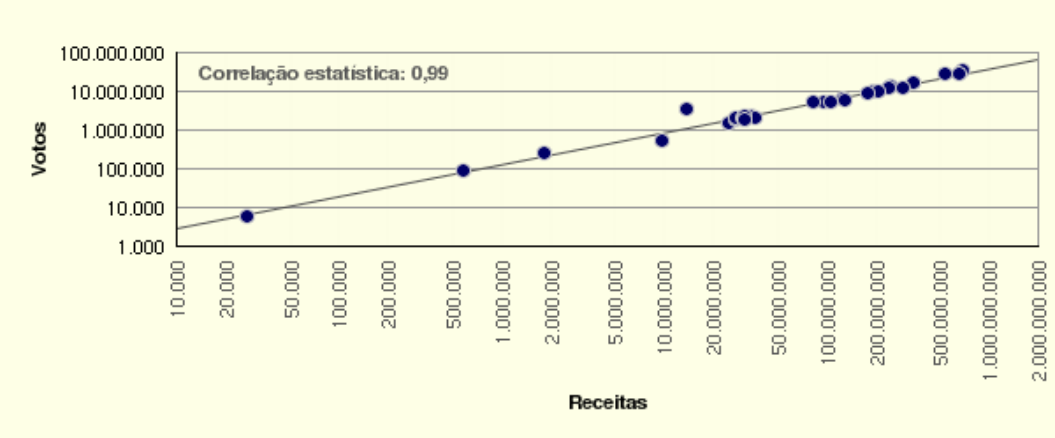



Gráfico 2 - Gráfico de dispersão relacionando receitas e votações de partidos - escala logarítmica – (Eleições 2012).




Da análise do gráfico 1, pode-se perceber que os dois partidos que mais obtiveram votos (mais de 100 milhões de votos) foram os partidos que mais arrecadaram (aproximadamente 1 bilhão de reais, cada). Em regra, na eleição de 2010, os partidos que obtiveram mais de 1 milhão de votos foram aqueles que arrecadaram mais de 10 milhões de reais. O partido que menos arrecadou (R$ 33.503,31) foi o partido que menos obteve voto (38.760,00).

Ao dividir a receita obtida pelo partido pelo total de votos dados aos candidatos do partido, tem-se a relação receita/voto, o preço médio do voto obtido. Dessa forma, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), partido que mais arrecadou e obteve mais votos nas eleições de 2010, teve como financiamento eleitoral o montante de R$ 1.098.805.639,34 e obteve 162.588.372 votos, o que representa o preço médio do voto do partido de R$ 5,31. O Partido da Causa Operária (PCO) foi o partido que menos obteve renda (R$ 33.503,31) e

menos obteve votos (38.760 votos), resultando no preço médio de voto do partido de R$ 0,68. Em 2010, as pessoas jurídicas foram responsáveis por 96,2% do total arrecadado a partir de doações.

Para confirmar a análise acima realizada, nas eleições de 2012, os três partidos mais votados arrecadaram mais de 625 milhões de reais. Nenhum partido que tenha obtido mais de 1 milhão de votos arrecadou menos de 15 milhões de reais. O partido mais votado, Partido dos trabalhadores (PT), obteve preço médio de voto de R$ 20,25, enquanto o menos votado obteve o preço médio de voto de R$ 4,85. Dessa forma, o partido mais votado pode gastar por voto quase 5 vezes mais que o menos votado. Nessa eleição, 97,5% das doações eleitorais realizadas foram provenientes de pessoas jurídicas.

Se não bastasse a predominância do financiamento eleitoral por doação de pessoa jurídica, há concentração no número de pessoas jurídicas doadoras. Poucas empresas são responsáveis pela maior parte do volume doado. Nas eleições de 2010, 10% das empresas doadoras foram responsáveis pela destinação de 89% do total doado. No mesmo sentido, nas eleições de 2012, 75,2% do montante arrecadado por doação de pessoa jurídica foi proveniente de 10% das empresas doadoras.[143]

Assim, quem mais arrecada consegue gastar mais na obtenção de votos. O partido que mais obteve votos foi o que mais arrecadou e o partido que menos obteve votos foi o que menos arrecadou. A doação de pessoas jurídicas representava o maior volume de financiamento e era oriundo da concentração de poucas empresas. No sistema eleitoral brasileiro, voto e dinheiro são grandezas diretamente proporcionais. Os votos no Brasil não têm o mesmo valor como aduz o art. 14, *caput*, da Constituição de 1988.

De acordo com a análise feita por Daniel Sarmento e Aline Osorio, a concentração do financiamento eleitoral a partir de doação de pessoas jurídicas implica: i) desestímulo a candidaturas de pessoas desprovidas de renda própria suficiente para custear campanha eleitoral com as mesmas condições dos candidatos mais ricos e com maior proximidade ao empresariado financiador; ii) reprodução no sistema eleitoral da desigualdade econômica da sociedade brasileira; iii) *plutocratização* da política brasileira, subvertendo os princípios da igualdade, da república e da própria democracia, iv) crise de representação e distanciamento

---

[143] Informação obtida por meio da publicação: A Responsabilidade Social das Empresas no Processo Eleitoral – Edição 2014, *Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social*. p. 31. Disponível em: https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Responsabilidade-das-Empresas-no-Processo-Eleitoral_20141.pdf. Acesso em: 3. fev. 2019.

do povo da disputa política; e v) incentivos a relações promíscuas e antirrepublicanas entre o sistema político e agentes econômicos privados.[144]

Ao julgar a ADI nº 4.650, o Ministro relator Luiz Fux aduziu que a norma constitucional dispõe de questões fundamentais que norteiam o processo político, o que reduz "o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos". Dentre essas questões fundamentais está o princípio democrático, o pluralismo político, a igualdade política e o princípio republicano, por exemplo.[145]

Recordando lição de José Afonso da Silva[146], o Ministro relator pontuou que a participação política de pessoas jurídicas não é inerente ao regime democrático, sendo esta participação consubstanciada no direito de votar, ser votado e de influir na formação da vontade política por meio de instrumentos de democracia direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

As pessoas jurídicas não devem fazer parte do sistema de participação político-eleitoral brasileiro, pois não dotadas de capacidade eleitoral ativa, conforme já dito. O exercício de direitos políticos é próprio das pessoas naturais. Apenas estas devem ser eleitoras, candidatas, financiadoras ou financiadas[147]. Entretanto não se defende aqui que as pessoas jurídicas devam ser indiferentes ao comportamento político e sejam dele dissociadas, apenas se defende que elas não podem exercer direitos políticos. O princípio democrático é violado por esse tipo de financiamento, pois permite que o exercício de direito político seja severamente influenciado por pessoa que não dispõe de tal direito. Não se pode dissociar democracia de igualdade política.

Além disso, esse modelo de financiamento propicia que pessoas mais próximas ou pertencentes ao empresariado brasileiro dele se beneficiem eleitoralmente a partir de destinação de recursos a campanhas eleitorais, de modo a obter maiores oportunidades entre os candidatos em virtude da transformação do dinheiro em captação de voto, resultando em notório desequilíbrio do pleito eleitoral. Quanto maior o gasto na campanha, maior a

---

[144] SARMENTO, Daniel.; OSORIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 26, p. 15-38, 30 mar. 2014.

[145] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4650* – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, DJE de 24 fevereiro 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542. Acesso em: 2 fev. 2019.

[146] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 347.

[147] Prova disso é que não detém legitimidade ativa para ingressar com ação popular, nos termos do Enunciado Sumular nº 365 do STF: *pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor ação popular*.

competitividade eleitoral do candidato. Assim, a depender da distância entre o indivíduo e o poder econômico, teremos *subcidadãos* ou *supercidadãos*[148], subcandidatos ou supercandidatos. Isso, nas palavras do Ministro Fux, desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, consequentemente, na formação dos quadros representativos.[149]

Ronald Dworkin defende que a influência econômica pode corromper as preferências eleitorais dos eleitores:

> A democracia representativa é amplamente concebida como a estrutura institucional mais adequada, em uma sociedade complexa e diversificada, para a identificação e a consecução de políticas utilitaristas. Nesse ponto ela funciona imperfeitamente, pela conhecida razão de que a regra de decisão pela maioria não consegue levar suficientemente em conta a intensidade, por oposição ao número, das preferências particulares, e porque as técnicas de persuasão política, apoiadas pelo dinheiro, podem corromper a precisão com a qual os votos representam as verdadeiras preferências dos eleitores.[150]

De acordo com o entendimento de Jessé Souza, a sociedade brasileira, por ser periférica, apresenta indivíduos subcidadãos e supercidadãos, ao pontuar que no Brasil:

> [...] o *habitus* precário – que implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos, e isso, sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados como para as próprias vítimas da precariedade – é um fenômeno de massa e justifica minha tese de que o que diferencia, substancialmente, esses dois tipos de sociedade é a produção social de uma ralé estrutural nas sociedades periféricas.[151]

O sistema eleitoral brasileiro não pode ser dissociado do princípio republicano, devendo, portanto, ter como fundamento o bem comum, a coisa pública, a efetivação de direitos humanos e a *proibição de privilégios odiosos*[152]. Permitir que pessoas jurídicas participem do financiamento eleitoral causa excessiva penetração e interferência do poder

---

[148] SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

[149] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4650 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. *Pesquisa de Jurisprudência*, DJE de 24 fevereiro 2016. p. 30. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542. Acesso em: 2 fev. 2019.

[150] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010. p. 425.

[151] SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003. p. 177.

[152] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. p. 75.

econômico no processo político, pois gera dependência da política em relação ao poderio econômico do empresariado brasileiro. Essas doações tornam os *financiados* verdadeiros defensores dos interesses dos *financiadores*.

Não há identidade da causa política entre financiado e financiador, pois, por vezes, o doador destinava recursos financeiros a todos os candidatos com chance razoável de se eleger. Tentava-se agradar a todos os prováveis eleitos com a finalidade de eleger um representante de seus interesses privados na estrutura eletiva brasileira, ainda que esses financiados tivessem pensamentos políticos antagônicos e contraditórios. Assim, os financiadores, de acordo com o provérbio português, *acendiam uma vela para deus e outra para o diabo*, com a finalidade de que tanto um quanto o outro defendessem seus interesses privados, em detrimento do público.

O exercício de cargo público eletivo não pode ocorrer de maneira dissociada do interesse de toda a coletividade, necessita ser desvinculado de interesses privados específicos dos financiadores, em respeito ao princípio republicano. Em uma República, não pode haver a captação do poder político pelo econômico. Ao contrário, o princípio republicano impõe o estabelecimento de políticas públicas destinadas a reduzir as desigualdades sociais da vida ao máximo.[153]

A previsão de direitos e princípios em um ordenamento jurídico acarreta dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) a essas normas, tendo uma dimensão negativa, relativa à proibição de excesso (*Übermassverbot*), segundo a qual o Estado necessita se abster de violar esses direitos e princípios, apenas intervindo minimamente. Por outro lado, também há uma dimensão positiva, relativa à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), de modo que o Estado não está apenas limitado ao "abster-se", mas também a adotar medidas suficientes para que tais direitos e deveres sejam suficientemente protegidos e respeitados.[154]

Os direitos e princípios fundamentais requerem ser protegidos de maneira suficiente. Não se pode protegê-los de maneira insuficiente. Essa é uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, dimensão positiva. O Estado não está mais limitado a se abster de violar direitos, mas também é sua obrigação garantir que seus direitos e princípios sejam objeto de proteção suficiente, mantendo-se o que fora constitucionalmente estabelecido.

---

[153] COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Económicas*. Vol. 57, nº 1, Coimbra, 2014, p. 1.135.

[154] Na próxima seção essa análise será feita com maior detalhe quando do estudo do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impondo limites à atividade legislativa.

Nesse sentido, o financiamento eleitoral por pessoa jurídica implica ofensas ao princípio democrático, republicano e da igualdade do valor do voto, conforme vimos. O Estado tem dever de proteção a direitos e princípios que compõem seu ordenamento jurídico. Requer a adoção, portanto, de medida que impeça a violação de tais princípios e direitos, evitando que campanhas eleitorais sejam financiadas de modo a causar desigualdade de oportunidades entre os candidatos. Essa atuação estatal permite que a contenção de tal violação seja feita a partir da prolação de decisão com conteúdo jurisdicional, a partir da atuação do Poder Judiciário no sistema político-eleitoral.

Permitir o financiamento eleitoral por pessoa jurídica é condicionar o acesso efetivo a cargos eletivos somente àqueles que dispõem de recursos financeiros suficientes para isso, existindo a figura do *candidato censitário*, algo não muito recente no sistema político-eleitoral brasileiro, pois semelhante ao que existia na Constituição de 1824, que condicionava a candidatura a senador ao indivíduo que tivesse de "rendimento annual por bens, industria, commercio, ou Empregos, a somma de oitocentos mil réis"[155].

A Constituição de 1988 não exige como condição de elegibilidade o indivíduo possuir uma determinada soma em patrimônio, mas a realidade político-eleitoral brasileira exige. No Brasil Império de 1824, possuir determinada quantia em patrimônio era condição de elegibilidade descrita no texto constitucional, sendo verdadeira interferência do poder econômico no sistema político, mantendo-se o coronelismo.

Victor Nunes Leal considera o:

> [...] coronelismo como uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa.[156]

No Brasil República de 1988, possuir determinada quantia em patrimônio não mais está prevista no texto constitucional como condição de elegibilidade, mas continua nas ruas, sendo inclusive deveras efetiva, conforme se pode constatar pela análise dos gráficos acima.

Em trecho de seu voto no julgamento da ADI nº 4650-DF, o Ministro Dias Toffoli correlacionou a prática do coronelismo com a participação de pessoas jurídicas no financiamento eleitoral de campanha, ao aduzir que esta modalidade de financiamento "nada

---

[155] Cf. Art. 45, IV, da Constituição de 1824.

[156] LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 44.

mais é do que uma reminiscência dessas práticas oligárquicas e da participação hipertrofiada do poder privado na nossa realidade eleitoral, em direta violação das cláusulas pétreas da Constituição de 1988, também chamada, convém lembrar, de "Carta Cidadã"".[157]

Ao final, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Pela importância do acórdão, mencionam-se trechos importantes da ementa do acórdão:

> 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.
> 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria.
> 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.
> [...]
> 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil).
> 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura [*sic*] assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada "plutocratização" do processo político.
> 8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos.
> 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes

[157] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4650 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. *Pesquisa de Jurisprudência*, DJE de 24 fevereiro 2016. p. 92. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542. Acesso em: 2 fev. 2019.

> doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.
> 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.

Dessa forma, é inconstitucional qualquer financiamento eleitoral por pessoa jurídica, pois viola o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio à proibição de proteção deficiente e transforma alguns votos em mais baratos que outros, não havendo verdadeira igualdade valorativa do voto (*one person one vote*).

O modelo de financiamento eleitoral brasileiro se aproximou mais dos objetivos, fundamentos e princípios da República brasileira com a proibição de doações de pessoas jurídicas, mas ainda está longe de efetivamente propiciar que todos os brasileiros tenham iguais condições de competição eleitoral.

Várias outras medidas podem ser adotadas com a finalidade de tornar o acesso a cargos eletivos mais democrático e igualmente republicano, como: i) a inclusão de limite nominal fixo, não apenas em percentual de rendimentos brutos anuais auferidos pelo doador no ano anterior à eleição, para doações de pessoa física, tanto no autofinanciamento quanto no financiamento de terceiros[158]; ii) a proibição de que o autofinanciamento ou o financiamento de terceiros ocorra integralmente pelo próprio candidato ou por outra pessoa, estipulando-se limite de doação por doador a determinada coligação e a candidato; e iii) estipulação de regras mais democráticas na estrutura interna dos partidos políticos, como a atribuição de prazo fixo e improrrogável para as comissões provisórias dos partidos, com a imposição de sanção em caso de descumprimento desse prazo, como a proibição de recebimento de verbas do FP e de participação das eleições, enquanto não for instituído o diretório partidário mediante eleições internas.

---

[158] A redação do §1º do art. 23, vetada pelo então Presidente da República e com veto mantido pelo Congresso Nacional, dada pelo Projeto de Lei nº 110 de 2017 (nº 8.617 na Câmara dos Deputados), que resultou na Lei nº 13.488/217, era boa alternativa legislativa para democratizar o acesso a cargos eletivos, tornando a eleição mais republicana. A redação era a seguinte: "Art. 23 [...] § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo não poderão ultrapassar 10% (dez por cento) do rendimento bruto auferido pelo doador no ano anterior à eleição, limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa, somadas todas as doações."

A análise do regime de financiamento eleitoral do sistema político brasileiro é um dos fatores para se verificar o respeito ao princípio republicano das normas e instrumentos orçamentários, mas não o único. Outro fator extremamente importante é a forma de arrecadação tributária do Brasil, verificar quem paga, de que forma paga e em que proporção paga.

## 2.2 A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O modelo de tributação brasileiro está intimamente ligado com a execução orçamentária e vice-versa. Conforme já visto, é importante se saber de quem se arrecada os recursos públicos que serão objeto de execução orçamentária e de que forma esses valores são angariados. Já foram conceituados *progressividade*, *proporcionalidade*, *personalização* e *seletividade*, para fins de verificação da capacidade contributiva dos sujeitos passivos da obrigação tributária. Mencionados também alguns dados acerca da desigualdade socioeconômica brasileira.

Orçamento e tributação têm relação direta com a forma como uma nação distribui renda, riqueza, benefícios públicos e serviços públicos. A garantia de capacidades humanas básicas depende necessariamente de recursos públicos porque *rights cost money*, de acordo com a tese elaborada por Stephen Homes e Cass Sustein, que defendem que:

> [...] both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing.[159]

Esses recursos públicos podem ter como origem a "exploração, pelo Estado, de seus próprios bens ou quando pode exercer atividade sob o que se denomina de direito público indisponível", nesse caso é receita originária. Pode também a receita ser oriunda do "constrangimento sobre o patrimônio particular", na forma de tributo, portanto. Nesse caso é receita derivada.[160]

---

[159] Tradução livre: "tanto o direito ao bem-estar quanto o direito à propriedade privada exigem custos. O direito à liberdade contratual exige gasto público não menor que o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão requer gastos públicos não menor que o direito à moradia digna". HOLMES, S; SUSTEIN C. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2000. p. 15.

[160] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 150.

Dentre as espécies tributárias, o imposto pode ter como fundamento fático uma situação jurídica na qual o contribuinte se encontre ou um comportamento dele, tendo "por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte"[161]. Os impostos podem ser diretos, quando recaem sob a situação permanente e a pessoal do contribuinte, como imposto de renda, IPTU e IPVA, e indiretos, que incidem sobre produtos e serviços, sendo uma situação instantânea e cujo ônus cabe a terceiro, como ICMS, IPI, Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), não importando qual renda tem o contribuinte.

O imposto de renda é cobrado de acordo com a renda obtida pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, o rico pagará mais imposto de renda que o pobre. Entretanto, quando rico e pobre compram 1 quilograma de feijão, estão pagando ambos o mesmo valor de ICMS, pois a seletividade decorre da essencialidade das mercadorias e dos serviços, não importando quem adquire o produto ou serviço essenciais, se rico ou pobre[162]. Arroz, feijão e energia elétrica são essenciais tanto ao rico quanto ao pobre; queijo *brie*, vinhos *Châteauneuf-du-Pape* e *stroopwafel* holandês, não. Assim, a tributação sobre o consumo, principalmente sobre bens e serviços, pesa mais sobre a renda do pobre do que sobre a renda do rico.

A forma como ocorre esse constrangimento sobre o patrimônio particular não pode estar dissociada dos objetivos (art. 1º) e fundamentos (art. 3º) e princípios (art. 4º) da República brasileira a partir de 1988. Um modelo de tributação justa, espécie necessária para a composição de um orçamento igualmente mais justo, é o que determina a Constituição de 1988, pois conforme defendido por Scaff:

> [...] o sistema orçamentário será teoricamente mais perverso quanto mais próximo estiver de arrecadar de quem tem mais recursos para gastar com quem tem mais recursos; e tão mais virtuoso quanto mais próximo estiver de arrecadar de quem tem mais recursos para gastar com quem tem menos.[163]

A estrutura orçamentária brasileira (e consequentemente o que lhe compõe: receita, despesa e dívida) precisa ser utilizada com a finalidade de se implementar justiça distributiva.

---

[161] Cf. Art. 16, do CTN.

[162] Não se olvida que nessa relação jurídico-tributária, nem rico nem pobre pagam diretamente ICMS, pois a cobrança é suportada pelo comerciante ou outro participante de cadeia produtiva, que paga o valor do imposto e embute o custo disso no preço final do produto, não ocorrendo essa sistemática nos impostos diretos, cujo pagamento tributário é realizado diretamente pelo sujeito passivo da obrigação tributária, salvo os casos de retenção na fonte.

[163] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 268.

Não há como desvincular justiça distributiva de capacidade contributiva em um Estado Democrático e Republicano de Direito. Nesse modelo de Estado, a capacidade contributiva deve ter como valor fundante a justiça distributiva, analisada desde Aristóteles, no mínimo.

A Carga Tributária Bruta (CTB)[164] no Brasil, no ano de 2017, atingiu 32,43% do Produto Interno Bruto (PIB) para aquele ano.[165] Para a presente análise é importante analisar a carga tributária por base de incidência sob o enfoque econômico, que pode ser dividida em 6 tipos de base: renda, folha de salários, propriedade, bens e serviços, transações financeiras e outros tributos[166].

Bens e serviços é a base de incidência mais onerada pela tributação brasileira, representando 48,44% do total arrecadado ou 15,71% do PIB. Em segundo lugar, encontra-se a tributação incidente sobre a folha de salário, atingindo o total de 26,12% do arrecadado e 8,47% do PIB. A tributação sobre a renda alcançou o terceiro lugar e atingiu o volume de 19,22% da arrecadação e 6,23% do PIB. Com 4,58% da arrecadação em 2017 e 1,49% do PIB, a tributação sobre propriedade ficou em quarto lugar. Após isso, temos transações financeiras (1,63% do total arrecadado e 0,53%).[167]

A carga tributária brasileira (32,43% do PIB) é menor que a média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (34,3% do PIB).[168] Entretanto a composição tributária dessa arrecadação destoa da média da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no ano de 2017. O Brasil, quando comparado com os países integrantes da OCDE, é o que menos tributa renda, lucro e ganho de capital, enquanto que a média da OCDE é de 11,4% do PIB oriundo de tributação incidente sobre renda, lucro e ganho de capital, no Brasil essa base de incidência tributária responde por apenas 6,23% do PIB. A Dinamarca, por exemplo, arrecada 29,1% do PIB em tributos sobre renda, lucro e ganho de capital. Islândia e Nova Zelândia arrecadam 18,6% do PIB e 17,8% do PIB,

---

[164] A CTB é definida como a razão entre a arrecadação de tributos e o PIB a preços de mercado, ambos considerados em termos nominais.

[165] BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Carga Tributária no Brasil* – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). p. 1. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

[166] A base de incidência residual (*outros tributos*) apresentou resultado insignificante, não sendo levado em consideração nos percentuais acima.

[167] BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Carga Tributária no Brasil* – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). p. 5. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

[168] OECD. *Revenue Statistics*. OECD Publishing: Paris, 2008. p. 63. Disponível em: https://doi.org/10.1787/rev_stats-2018-en. Acesso em: 11 fev. 2019.

respectivamente. Na Bélgica e na Suécia, essa base de incidência representa 16,3% e 15,8% do PIB, respectivamente.[169]

Quanto à tributação sobre folha de salários, incluindo tributos relativos à previdência social, o Brasil (8,47% do PIB) tributa acima da média da OCDE (4,8% do PIB). Em relação à tributação sobre propriedade, o Brasil (1,49% do PIB) tributa abaixo da média da OCDE (1,9% do PIB). Bens e serviços é o que representa a maior base de incidência no Brasil (15,71% do PIB), enquanto a média da OCDE é de 11,2%. Se o Brasil fosse integrante da OCDE, ele seria o terceiro país em maior carga tributária de bens e serviços, só perdendo para Hungria (16,7%) e Grécia (15,8%).[170]

Assim, a carga tributária brasileira bruta é menor que a média da OCDE, o que transforma em falácia a narrativa popular de que o Brasil é o país com uma das maiores cargas tributárias do mundo. Entretanto, essa carga tributária é concentrada em tributos indiretos e regressivos, não em tributos diretos e progressivos.

No modelo clássico de tributação de pessoas jurídicas, é base de incidência o lucro auferido pela empresa e, se houver distribuição desse lucro ao acionista, também ocorrerá tributação dos dividendos destinados ao acionista.

No Brasil, com o advento da Lei nº 9.249/1995, os lucros e dividendos destinados aos acionistas não ficaram sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte nem integram a base de cálculo do imposto e renda do beneficiário (art. 10º). Além disso, permitiu-se deduzir do lucro tributável da pessoa jurídica (com apuração contábil pelo lucro real), "os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio"[171], o que se conhece no mercado financeiro como Juros sobre Capital Próprio (JCP). Dessa forma, ao se permitir deduzir do lucro tributável os valores de JCP, a empresa, ao invés de pagar a tributação sobre o lucro em um montante maior, pois incidente de Imposto de Renda para Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), reterá na fonte apenas 15% de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), em benefício do acionista titular desses juros.

---

[169] OECD. *Revenue Statistics*. OECD Publishing: Paris, 2008. p. 67. Disponível em: https://doi.org/10.1787/rev_stats-2018-en. Acesso em: 11 fev. 2019.

[170] BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Carga Tributária no Brasil* – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). p. 7-8. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

[171] Cf. Art. 9º, da Lei nº 9.249/1995.

Independentemente de haver tributação apenas no lucro auferido na pessoa jurídica ou também quando esse lucro é distribuído aos acionistas, o que é relevante é a carga tributária auferida pelo Estado nessa operação final. Dentre os países integrantes da OCDE, apenas a Estônia não tributa dividendos e JCP como o Brasil.

A isenção tributária a dividendos cumulada com a cobrança apenas das pessoas física quanto ao imposto de renda incidente sobre JCP acarretou, segundo Sérgio Gobetti, os seguintes resultados práticos:

> 1) Se o lucro da empresa é retido, ele não se beneficia do JCP e da isenção oferecida à distribuição, resultando em uma tributação de 34% na empresa e mais 15% no momento de realização do ganho de capital (assumindo que o lucro retido se refletirá na valorização das ações).
> 2) Se o lucro é distribuído, a parcela correspondente ao rendimento do JCP será isenta na pessoa jurídica e tributada em 15% na pessoa física, e a parcela excedente será tributada apenas na pessoa jurídica em 34%, resultando numa alíquota média entre 15% e 34% (mediana de 23,5%, segundo Torres, 2017).
> 3) Se a empresa estiver enquadrada no regime de lucro presumido, por sua vez, a tributação efetiva será na maioria das vezes inferior aos 15% porque as alíquotas do imposto de renda são aplicadas sobre um porcentual presumido do faturamento que teoricamente equivaleria ao lucro, mas na prática fica comumente bem abaixo do lucro verdadeiro (no setor de serviços, por exemplo, a alíquota efetiva é de 7,68% sobre o faturamento).[172]

Dessa forma, o modelo tributário brasileiro incidente sobre a renda fomenta a capitalização e inibe a retenção de lucros.

Os beneficiários por dividendos, lucros e JCP distribuídos por pessoas jurídicas, no ano-calendário de 2016, totalizaram o montante de R$ 269,41 bilhões destinado a 2,5 milhões de pessoas, o que representa apenas 9% aproximadamente do total de pessoas que declararam IRPF nesse ano (28 milhões de pessoas)[173]. Foi o rendimento isento e não tributável com maior volume, dentre todos os demais.

Rendimento isento e não tributável nada mais é do que renúncia de receita, valor que poderia ser arrecadado pelo Estado, mas que, por decisão de política fiscal, é isento. Não se pode afirmar incondicionalmente que o imposto de renda é progressivo. Há uma limitação em

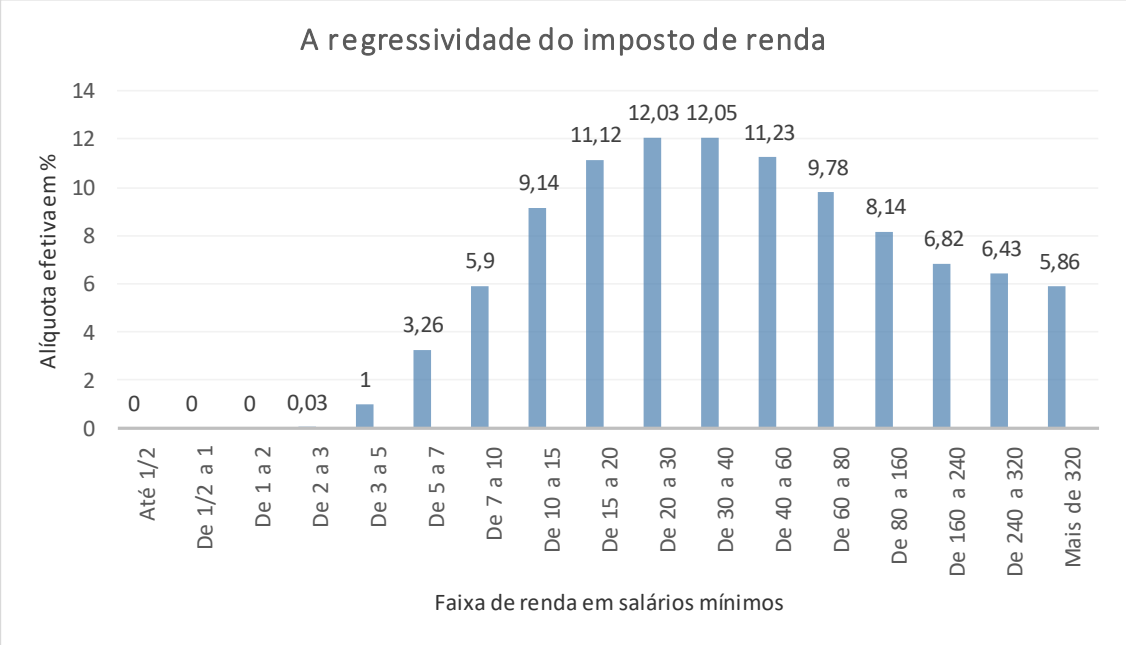
---

[172] GOBETTI, Sérgio Wulff. Tributação do capital no Brasil e no mundo: Texto para discussão. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. p. 30-31. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2380b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

[173] SRFB – SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Grandes Números IRPF* – Ano-Calendário 2016, Exercício 2017. Brasília: Receita Federal - Ministério da Fazenda. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/estudo-gn-irpf-ac-2016.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

sua progressividade, conforme se pode ver do gráfico abaixo que compara a renda (em salários mínimos) e a alíquota efetiva[174]:

Gráfico 3 - sobre alíquota efetiva de imposto de renda.




Até a faixa de 30 a 40 salários-mínimos por mês de renda, a progressividade é claramente percebida. Essa faixa de renda é a com maior alíquota efetiva. Após isso, a alíquota efetiva passa a ser regressiva, ou seja, o contribuinte paga cada vez menos à medida que ganha mais. O contribuinte que ganha mais de 320 salários mínimos por mês paga alíquota efetiva aproximadamente igual a quem ganha de 7 a 10 salários mínimos por mês. Os que ganham mais de 160 salários mínimos por mês estão submetidos a uma alíquota efetiva menor que a média. Essa regressividade, a partir dos contribuintes que ganham mais de 40 salários mínimos, ocorre em virtude de os dividendos e JCP representarem a maior parte da composição de rendimento desses contribuintes.

Assim, quanto maior a renda, maior o percentual de composição de ganhos de capital dessa renda, o que beneficia enormemente os contribuintes com renda maior de 40 salários mínimos e mais ainda os que ganham mais de 320 salários mínimos por mês. O imposto de

[174] Gráfico elaborado pelo autor a partir dos dados obtidos em *Grandes Números IRPF* – Ano-Calendário 2016, Exercício 2017. Brasília: Receita Federal - Ministério da Fazenda. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/estudo-gn-irpf-ac-2016.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

renda decorrente de ganho de capital passa a ser regressivo a partir daquela faixa de renda. A progressividade do imposto de renda, no Brasil, é limitada à renda decorrente do trabalho.[175]

Outra medida que causa regressividade ao modelo tributário brasileiro é a elevada tributação de bens e serviços, por meio de tributos indiretos. O ICMS é o tributo com maior arrecadação dentre as receitas tributárias brasileiras, representando 20,73% das receitas tributárias arrecadas no ano de 2017[176]. Bens e serviços representam a maior base de incidência tributária brasileira.

Em estudo realizado por Fernando Gaiger Silveira, avaliou-se o efeito dos tributos indiretos no índice de Gini, indicador de desigualdade socioeconômica. Mediu-se o índice de Gini antes e depois da incidência dos tributos indiretos. Antes da incidência dos tributos indiretos, esse índice era de 0,571, aumentando para 0,598 após essa tributação, o que resulta em um aumento de 5% no índice analisado, demonstrando o aumento da desigualdade causada pela tributação indireta, o que prejudica severamente a camada mais pobre da população.[177]

Ainda que exista a seletividade da alíquota de tributos indiretos em virtude da essencialidade do produto ou do serviço, os tributos indiretos apresentam maior dificuldade em adequar a cobrança às características individuais dos contribuintes, pois incidem sobre transações comerciais, independentemente de quem sejam o comprador e o vendedor. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), tomando como base informações coletadas na Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) de 2008/2009, constatou-se que a tributação indireta incide com peso sobre a renda das famílias mais pobres, pois enquanto os 10% mais pobres da população destinam 32% de sua renda para pagamento de tributos, os 10% mais ricos destinam apenas 21%.[178]

Em continuidade ao quadro de regressividade do atual modelo tributário brasileiro, enquanto a tributação de renda decorrente de ganho de capital é isenta ou diminuta, a tributação sobre folha de salários é a segunda maior base de incidência no Brasil. Isso gera

---

[175] No mesmo sentido: GOBETTI, Sérgio Wulff. ORAIR, Rodrigo Octávio. *Progressividade tributária*: a agenda esquecida. Brasília: Tesouro Nacional, 2015.

[176] BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Carga Tributária no Brasil* – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). p. 13. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

[177] GAIGER, F. S. et al. *Fiscal Equity*: Distributional Impacts of Taxation and Social Spending in Brazil, IPC-IG Working Paper No. 115, Brasilia: International Policy Centre for Inclusive Growth, 2013.

[178] IPEA. Equidade fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Brasília: Ipea, 19 de maio de 2011. *Comunicados do Ipea nº 92*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519_comunicadoipea92.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

dificuldades em se promover o pleno emprego (art. 170, VII, CF/88), um dos princípios da ordem econômica, pois causa enorme dificuldade não apenas na criação de empregos como na manutenção dos postos de trabalho, o que ocasiona instabilidade do trabalhador no mercado de trabalho por este ora estar empregado ora estar desempregado, alternando longos períodos no mercado informal e poucos períodos no mercado formal. O trabalhador pouco tempo terá de contribuição previdenciária, o que implica menor probabilidade de conseguir se aposentar, necessitando, ainda mais, de gastos públicos básicos na velhice.

Dessa forma, o modelo tributário brasileiro é severamente regressivo, pois, dentre várias causas: i) sua maior base de incidência são tributos indiretos sobre bens e serviços; ii) a progressividade do imposto de renda é limitada em virtude da isenção ou tributação diminuta de dividendos e JCP, que compõe a maior parte da renda dos mais ricos, causando pagamento de alíquota efetiva bem menor do que a média dos demais brasileiros; e iii) a folha salarial é a segunda maior base de incidência tributária no Brasil, dificultando a busca pelo pleno emprego, a criação e a manutenção de postos de trabalho.

Em um Estado republicano como o Brasil, segundo a Constituição de 1988, a tributação não pode ser dissociada de progressividade tributária, sob pena de violação ao princípio republicano, que visa o atingimento do bem comum, a dignidade da pessoa humana e a garantia de que todos os brasileiros possam ser dotados de todas as capacidades humanas básicas. O modelo de tributação de um país republicano está intimamente ligado a seu ideal de justiça, principalmente a distributiva, dele não podendo se desvincular.

Assim, a tributação brasileira precisa efetivamente ser fundada no valor republicano, de modo a ser necessária a revogação de benefícios tributários aos rendimentos oriundos de ganho de capital, eliminando-se a isenção de dividendos, a dedução de JCP do lucro tributável da empresa e a tributação única de 15% sobre JCP quando destinado ao acionista. Além disso, a tributação brasileira necessita diminuir sua base de incidência de tributos sobre bens e serviços, aumentar a tributação sobre a renda e diminuir a relativa à folha de pagamento, como forma de diminuir a desigualdade social e garantir a busca pelo pleno emprego. Essas medidas ajudariam a diminuir a concentração de renda no país e promoveriam progressividade no modelo tributário brasileiro, respeitando o princípio republicano, visando ao bem comum.

Após análise da arrecadação tributária brasileira, é necessário averiguar o destino desses recursos, com quem e de que forma são gastos os recursos públicos (capacidade receptiva).

## 2.3 OS CUSTOS E AS DECISÕES POLÍTICAS ADOTADAS

Já se mencionou acerca da necessidade de realização de gastos públicos para se custear direitos. Segundo o defendido por Stephen Holmes e Cass Sunstein, todos os direitos são positivos, pois todos exigem prestações estatais. "Os direitos são bens públicos, serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual"[179]. Os direitos não são implementados e garantidos gratuitamente, requerem o desembolso financeiro para a realização de necessidades públicas, de modo que "a decisão de gastar é fundamentalmente uma decisão política"[180].

No ano de 2018, o orçamento público federal executou 2,8 trilhões de reais em despesas, quando somados os orçamentos fiscal, da seguridade social e das estatais, divididos em 6 Grupos de Natureza de Despesa (GND): i) outras despesas correntes (R$ 1,3 trilhão); ii) amortização da dívida (R$ 786,4 bilhões); iii) pessoal e encargos sociais (R$ 317,8 bilhões); iv) juros e encargos da dívida (R$ 279,6 bilhões); v) inversões financeiras (R$ 73,6 bilhões); e vi) investimentos (R$ 44,1 bilhões).

Desses R$ 2,8 trilhões, a Dívida Pública Federal (DPF) foi responsável pelo gasto de R$ 1,1 trilhão, sendo a maior despesa orçamentária executada em 2018, em seguida aparecem os gatos com previdência social (R$ 684,3 bilhões), com saúde (R$ 120,9 bilhões) e com educação (R$ 122,2 bilhões).[181] O maior gasto público federal realizado, portanto, é o destinado ao pagamento da DPF. Sendo assim, restam poucos recursos a serem destinados a custear gastos sociais. Em 10 anos (de 2008 a 2018), houve um aumento real dos gastos públicos de 168%. O resultado primário da União em 2018 foi negativo em 1,7% do PIB.

Desde o ano de 2014 que a despesa total é superior à receita líquida. Enquanto que a receita líquida da União em 2018 foi de 17,9% do PIB, a despesa total representou 19,7% do

---

[179] HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 35.

[180] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 319.

[181] Informações obtidas por meio do sistema de informações sobre orçamento federal *Siga Brasil*. Disponível em: http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrcamentoVisaoGeral. Acesso em: 12 fev. 2019.

PIB. Em 10 anos, houve redução de 1 ponto percentual do PIB na receita, enquanto que houve um aumento de 3.5 pontos percentuais na despesa.[182] Quando se divide a despesa da União em obrigatória e discricionária, percebe-se que a causa principal desse aumento substancial da despesa ocorre em virtude do crescimento elevado das despesas obrigatórias, pois as despesas discricionárias têm diminuído sensivelmente, chegando, em 2018, aos mesmos patamares das despesas discricionárias de 2009-2010, o que leva a crer que as despesas discricionárias diminuem para que o governo consiga cumprir com as despesas obrigatórias.

Das despesas obrigatórias, 48% foi destinado ao custeio de benefícios previdenciários, 24% a pessoal e encargos sociais e 27% a demais despesas obrigatórias.

Em 2018, os gastos não financeiros (despesa pública primária) representaram 19,7% do PIB. O mais significativo desses gastos é o destinado à previdência social. O regime geral de previdência social tem demonstrado déficits crescentes ao longo dos anos e em 2018 alcançou o déficit de R$ 198 bilhões. Em 2018, houve um aumento de R$ 26,2 bilhões na despesa total da União quando comparado ao ano de 2017, tendo como principais causadores os seguintes aumentos: benefícios previdenciários (R$ 8,8 bilhões), pessoa e encargos sociais (R$ 3,6 bilhões), crédito extraordinário relacionado ao diesel (R$ 4,9 bilhões), sentenças judiciais e precatórios (R$ 3 bilhões), financiamento eleitoral de campanha (R$ 1,7 bilhão), despesas discricionárias (R$ 17,8 bilhões) e outras despesas de capital (R$ 5,8 bilhões).

8,5% do PIB de 2018 foram gastos com benefícios previdenciários urbanos e rurais. Há algumas medidas distributivas no regime previdenciário brasileiro: a instituição de um piso legal previdenciário e assistencial (salário mínimo) garante transferência de renda àqueles que não puderam contribuir; as aposentadorias rurais também permitem que o trabalhador rural possa ter uma renda familiar mínima e a instituição de um teto legal para o RGPS elimina o recebimento de benefícios muito elevados.

Entretanto o regime previdenciário brasileiro apresenta várias distorções que causam o aumento dessa despesa e provocam concentração de renda e regressividade. A primeira delas é a possibilidade de se acumular o recebimento de aposentadoria e pensão. Esse acúmulo representou em 2016 aproximadamente R$ 64 bilhões em benefício de 2 milhões de

[182] Resultado do Tesouro Nacional – dezembro de 2018. Disponível em: http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/thot/transparencia/anexo/5023:182718:inline. Acesso em: 13 fev. 2019.

pessoas.[183] Outra distorção é que a aposentadoria rural mais se aproxima de um benefício de assistência social do que de previdência social, pois i) os critérios para concessão desse benefício não exigem, em grande parte, contribuição de seus beneficiários, tendo um caráter não diretamente contributivo e ii) principalmente, a contribuição do empregador pessoa física é de apenas 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção (art. 25, I, da Lei nº 8.212/91).[184]

No Relatório Resumido da Execução Orçamentária da União (RREO) referente ao ano de 2018, pode-se perceber a desproporção entre três regimes previdenciários brasileiros (RGPS, RPPS e o destinado aos militares), ao analisar receitas e despesas de cada um desses regimes e o comparativo entre eles da proporção entre despesa e receita.

O RGPS teve despesa de R$ 590 bilhões, receita de R$ 395 bilhões e proporção entre despesa e receita de 1,49, ou seja, a despesa representa 1,49 vezes o que foi arrecadado nesse regime previdenciário. O RPPS teve receita de R$ 33 bilhões, despesa de R$ 80 bilhões e proporção despesa/receita de 2,42. O sistema de benefícios com inativos militares e pensões militares foi o que apresentou impressionante relação despesa/receita: R$ 2 bilhões de receita, R$ 46 bilhões de despesa e proporção despesa/receita de 23 vezes.[185]

Dessa forma, enquanto o RGPS tem de despesa o valor de 1,49 vezes o que arrecada, as despesas com inativos militares e pensões militares representam 22 vezes o valor arrecadado com essa finalidade. Assim, eventual reforma previdenciária brasileira que venha a ser aprovada somente poderá ser considerada republicana e democrática se necessariamente modificar substancialmente essas desproporções, principalmente a decorrente dos inativos militares.

O regime previdenciário brasileiro é altamente concentrado, regressivo e contribui para o aumento da desigualdade brasileira. Marcelo Medeiros e Pedro Souza dividem o sistema previdenciário brasileiro em três estratos: i) nível mais baixo, representado pela maior parte dos beneficiários, que recebem um salário mínimo como benefício; ii) nível do meio,

---

[183] COTA, Rodrigo Toledo Cabral. *Uma imersão nas contas públicas brasileiras*: Texto para discussão. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. p. 16. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2294b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

[184] A crítica que se faz aqui é relativa à baixa contribuição previdenciária patronal, não é relativa à aposentadoria rural, que tem caráter distributivo e permite que os agricultores familiares brasileiros disponham de renda familiar mínima, muitas vezes a única renda da qual dispõem na velhice, idade na qual não se tem mais força suficiente para a atividade agrícola.

[185] Relatório Resumido da Execução Orçamentária da União (RREO) – contabilidade e custos. Secretaria do Tesouro Nacio--nal. p. 7-9. Disponível em: http://www.tesourotransparente.gov.br/temas/contabilidade-e-custos/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo. Acesso em: 17 fev. 2019.

composto por aposentados do setor privado e de parcela do setor público que recebem benefícios igual ou menor que o teto do RGPS; e iii) o nível mais alto, representado por servidores públicos com aposentadoria ou pensão acima do teto, que numericamente são 5% dos beneficiários e abocanham 20% dos valores da previdência social. Aduzem, ainda, que, quanto aos benefícios previdenciários a servidores públicos, o "coeficiente de concentração da previdência social é de 0,821, valor 47% maior que a desigualdade de renda no Brasil, que já é alta", de modo que "não há nenhuma outra fonte de renda que contribua tanto, proporcionalmente, para a desigualdade"[186].

Assim, grande parte da regressividade do sistema previdenciário brasileiro ocorre em virtude dos beneficiários servidores públicos do topo da pirâmide, que recebem acima (e muito acima) do teto da previdência. Dessa forma, medidas como unificação dos regimes de previdência, proibição de recebimento cumulativo de aposentadoria e pensão e instituição de teto previdenciário ao setor público seriam medidas que diminuiriam a estratificação e a concentração do sistema de proteção social brasileiro, permitindo que as despesas públicas fossem direcionadas aos gastos sociais, o que propiciaria garantia do desenvolvimento das capacidades humanas básicas de todos os brasileiros, principalmente os da camada social mais baixa.

Enquanto essas mudanças não forem implementadas, a população mais pobre continuará recebendo um salário mínimo como benefício da assistência social ou da previdência social, enquanto que os servidores públicos que compõem a elite remuneratória continuarão a receber vultosos benefícios previdenciários, sem que haja teto, sem que haja limite de cumulação no recebimento de benefícios e sem que haja idade mínima para aposentadoria.

A Secretaria do Tesouro Nacional (STN) desenvolveu estudo no qual analisou os gastos sociais da União durante o período de 2002 a 2015, conceituando gasto social como "aquele destinado a atender às pessoas em situação de vulnerabilidade, bem como os dispêndios que proporcionam oportunidades de promoção social"[187], nele compreendido o que é gasto diretamente pela União bem como as transferências obrigatórias vinculadas a gastos

---

[186] MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro. *Gasto público, tributos e desigualdade de renda no Brasil*: Texto para discussão. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. p. 24. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1844b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

[187] Gasto social do governo central – 2002 a 2015. *Secretaria do Tesouro Nacional*. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/. Acesso em: 14 fev. 2019.

sociais dos entes subnacionais. A partir dessa análise, pode-se constatar que houve um crescimento desses gastos em 3% do PIB quando comparado o ano de 2002 com o ano de 2015. Os gastos com previdência social (RPPS e RGPS) foram os que mais aumentaram (0,97% do PIB), seguindo por assistência social (0,78% do PIB) e educação e cultura (0,74% do PIB). Os gastos com previdência social representam 50% dos gastos sociais, sendo o maior dentre eles. Durante o período analisado, constatou-se que os gastos com transferências sociais diretas ocasionaram 47% da redução da desigualdade e 32% da melhoria da proporção da pobreza, o que permitiu a retirada de 6,8 milhões de pessoas da pobreza, demonstrando a relevância dos gastos sociais na diminuição da desigualdade e redução da pobreza.[188]

No ano de 2002, a União gastou 12,8% do PIB com gastos sociais, aumentando para 17,5% do PIB no ano de 2015. Esse gasto social em 2015 foi composto da seguinte forma (em % do PIB): assistência social (1,5), educação e cultura (2,7), organização agrária (0,2), previdência social (9,3)[189], saneamento básico e habitação (0,5), saúde (2,1) e trabalho e emprego (1,2).

Assim, os gastos com previdência social em 2015 representaram 53,14% do gasto social federal, seguidos por educação e cultura (15,4%) e saúde (11,8%), na lista dos três maiores gastos sociais. Esse crescimento e concentração de gastos em previdência social acabam por limitar a implementação de outros direitos sociais, como constatado por Jorge Abrahão de Castro e José Aparecido Carlos Ribeiro:

> [...] de um lado, a Previdência Social que emerge da Constituição amplia a cobertura e as garantias dos seus benefícios, liderando o crescimento do gasto social; de outro, políticas recriadas e fortalecidas pela Constituição, como as áreas de Assistência Social e de trabalho, aumentam sua importância relativa no gasto social, para fazer frente aos seus novos *status* no sistema de políticas sociais brasileiro. Infelizmente, espremidas entre estes dois movimentos de expansão ficaram as áreas de saúde e educação, que crescem com menos velocidade do que outras políticas sociais; e as áreas de saneamento, habitação e urbanismo, que nas últimas décadas

---

[188] Gasto social do governo central – 2002 a 2015. *Secretaria do Tesouro Nacional*. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/. Acesso em: 14 fev. 2019.

[189] Esse valor é distinto das informações do *Siga Brasil*. No relatório da STN, apenas se considerou como gasto social o somatório dos benefícios previdenciários limitados a um salário mínimo e o valor líquido dos benefícios. No *Siga Brasil*, os valores de gastos com previdência social são computados a partir do somatório de todos os benefícios previdenciários, inclusive os de valor superior ao salário mínimo, além de incluir o valor bruto dos benefícios para cálculo do gasto. Assim, as metodologias da STN e do Siga Brasil são distintas, porém a trajetória analisada a partir de qualquer uma dessas fontes é similar.

> sofreram a redução de seu volume de recursos não apenas em termos relativos, mas inclusive em termos absolutos.[190]

Interessante é o comportamento dos gastos sociais durante a crise de 2008, comparativamente aos demais países. Ao se analisar esses gastos sociais durante o ano de 2008 e 2009, sob os efeitos da crise do subprime, houve um aumento da taxa anual média de crescimento da participação do gasto social no Brasil, na América Latina, na Ásia, na Europa, nos Países Nórdicos e na Zona do Euro, o que demonstra a necessidade do uso de gastos sociais como resposta a crises econômicas, a fim de proteger socialmente a população menos favorecida.

Há uma relação direta entre gasto com transferência social direta e redução da pobreza. Em 2002, o gasto social direto foi de R$ 112 bilhões e a taxa de pobreza era de 14,6%, com o aumento dessa despesa durante vários anos, atingiu-se, em 2014, o total de R$ 343 bilhões em gasto social direto, o que resultou na diminuição da taxa de pobreza para 4,6%.[191]

Desse modo, é necessariamente parte dos esforços para a redução da pobreza e da desigualdade social o incremento de gastos sociais de uma nação. São esses gastos que dão maior proteção à população mais carente, principalmente durante crises econômicas, permitindo que sejam dotadas de todas as capacidades humanas básicas.

O serviço da DPF é a maior despesa pública da União. Nos casos de déficit orçamentário, é necessário o governo central obter empréstimos financeiros no Brasil (Dívida Pública Mobiliária Federal Interna – DPMFi) ou no exterior (Dívida Pública Mobiliária Federal Externa – DPMFe). Ao longo dos anos, esses empréstimos se avolumaram e passaram a financiar não só os déficits orçamentários constantes quanto a própria DPF (rolamento da dívida). Contrair empréstimo, por si só, não é algo incomum ou específico a nações dotadas de prodigalidade. A DPF deve ser analisada não apenas quanto ao seu montante, mas, principalmente, quanto à sua qualidade, nisso incluindo o percentual de juros pagos por esta dívida, o prazo para pagamento (curto, médio ou longo prazo) e a composição dessa dívida,

---

[190] CASTRO, J.; RIBEIRO, J. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. *In*: _____. *Políticas Sociais*: acompanhamento e análise - vinte anos da Constituição Federal - Introdução, nº 17. Brasília: Ipea, 2009. p. 67.

[191] Gasto social do governo central – 2002 a 2015. *Secretaria do Tesouro Nacional*. p. 65. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/. Acesso em: 14 fev. 2019.

isto é, quais os títulos de créditos que a compõem, seu percentual de composição, suas indexações e o custo geral da dívida.

A maior importância dada à obtenção de superávit primário é decorrente da importância ao pagamento dos juros da dívida. Em 2018, o orçamento da União foi fixado em R$ 3,5 trilhões. O orçamento fiscal teve o montante de R$ 1,364 trilhão, dos quais foram destinados R$ 732 milhões (metade do orçamento fiscal) para pagamento de juros e amortização da dívida. Assim, a União necessitou de R$ 1,047 trilhão para refinanciar sua dívida (rolagem da dívida). Se somarmos o valor de juros e amortização com o valor de rolagem da dívida, atingimos a quantia de R$ 1,779 trilhão de recursos relativos à despesa da dívida. Dessa forma, 50% do orçamento federal é destinado à despesa da dívida e 50% do orçamento fiscal é destinado apenas ao pagamento de juros e amortização da dívida. Se fosse um orçamento familiar, a União representaria uma família que gasta metade de sua renda anual com empréstimos (juros, amortização e rolagem da dívida), sobrando a outra metade para sobreviver. Sobra muito pouco para o custeio das demais despesas.

Em dezembro de 2018, o estoque da DPF (interna e externa) atingiu o montante de R$ 3,8 trilhões com prazo médio de 4,11 anos para pagamento, sendo uma dívida majoritariamente interna. Apenas R$ 148,2 bilhões são relativos à DPMFe, o que representa 3,82% da DPF, e o restante (R$ 3,7 trilhões) é relativo à DPMFi, 96,18% da DPF[192]. A DPF é grande e com prazo curto. Isso significa que, se não for feita rolagem dessa dívida, a União terá que pagar esses R$ 3,8 trilhões (valor maior que o orçamento federal em 2018) nos próximos 4 anos. Apenas 24,5% dessa dívida tem prazo de pagamento maior que 5 anos. Os credores da DPF são divididos entre 7 grandes grupos: fundos de investimento (26,9%), fundos de previdência (25%), instituições financeiras (22,7%), não residentes no país (11,2%), outros (5,8%), governo (4,2%) e seguradoras (4,1%). Além disso, os títulos emitidos que compõem a DPF são indexados da seguinte forma: taxa flutuante (35,5%), prefixados

[192] Relatório mensal da dívida pública federal (dezembro/2018). Dívida Pública Federal. Ministério da Economia, Secretaria Especial de Fazenda, *Secretaria do Tesouro Nacional*, Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional. p. 12. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/710823/Texto_RMD_Dez_18.pdf/61dd4cbc-2ac0-4b30-ba32-0c074604680a. Acesso em: 17 fev. 2019.

(33%), índices de preços (27,5%) e câmbio (4%)[193]. Dessa forma, o custo médio acumulado nos últimos doze meses de 2018 da DPF foi de 9,86% ao ano.[194]

Apenas de juros sobre a dívida a União pagou em 2018 o valor de R$ 342,7 bilhões, que corresponde a 5,2% do PIB, e a DPF aumentou 8,9% em relação ao ano de 2017.[195]

O superávit primário visa atender, em grande medida, o pagamento dos juros dos créditos desses sete grandes grupos. A DPF é elevada, vence em curtíssimo período, tem concentração em seus credores e é relevantemente composta por títulos indexados por taxa flutuante.

O poder político e econômico dos credores da DPF vem sendo exercido ao longo de todo o processo político brasileiro e não diferente tem sido após a Constituição de 1988, que considera o serviço da dívida algo intocável, não sujeito a deliberações, quase que uma divindade. Exemplo maior disso é que o Poder Executivo estabelece o valor destinado ao pagamento do serviço da dívida e há disposição constitucional que impede que haja qualquer deliberação legislativa quanto a isso (art. 166, §3º, II, b). Se não bastasse, há casos em que é necessário contingenciar gastos para cumprir as metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais. Entretanto não se pode contingenciar verbas destinadas ao pagamento do serviço da dívida (art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal). Essas duas medidas de blindagem (fixação unilateral pelo Executivo dos valores pagos de serviço da dívida e impossibilidade de contingenciar as verbas destinadas ao serviço da dívida) podem ser consideradas como "cláusula pétrea orçamentária reforçada"[196].

Dessa forma, não apenas diminuir a DPF é necessário, mas, principalmente melhorar a sua qualidade, adotando medidas como aumento do prazo médio de pagamento do seu estoque, mudança na composição da DPF priorizando títulos pré-fixados ou indexados a índices de preços, aumento da liquidez desses títulos no mercado secundário e

---

[193] A dívida em grandes números. *Secretaria do Tesouro Nacional*. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/a-divida-em-grandes-numeros. Acesso em: 14 fev. 2019.

[194] Relatório mensal da dívida pública federal (dezembro/2018). Dívida Pública Federal. Ministério da Economia, Secretaria Especial de Fazenda, *Secretaria do Tesouro Nacional*, Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional. p. 17. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/710823/Texto_RMD_Dez_18.pdf/61dd4cbc-2ac0-4b30-ba32-0c074604680a. Acesso em: 17 fev. 2019.

[195] Relatório Anual da Dívida 2018 (RAD). Dívida Pública Federal. Ministério da Economia, Secretaria Especial de Fazenda, *Secretaria do Tesouro Nacional*, Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, Janeiro, 2019, número 16. Disponível em: https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RAD_2019.pdf/85c6fb46-144a-4c26-88f2-6b15e4098744. Acesso em: 14 fev. 2019.

[196] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 362.

desconcentração dos credores. Além disso, o serviço da dívida não pode ficar excluído de deliberação parlamentar, sendo medida unilateral do Poder Executivo.

Não permitir que haja deliberação legislativa do serviço da dívida é medida que viola o princípio democrático e o princípio republicano, pois elimina de discussões políticas o que mais onera o orçamento público brasileiro. A limitação do aumento das despesas primárias instituída por meio da Emenda Constitucional nº 95/2016 não poderia ser dissociada de discussão parlamentar acerca do serviço da dívida, seu montante e a qualidade da DPF. Dissociar essas análises é colocar sobre as costas da população mais carente o ônus do adimplemento da DPF, sem sequer permitir que os representantes destes deliberem no Congresso Nacional sobre isso, em total afronta aos objetivos republicanos dispostos no art. 3º da Constituição de 1988.

A desigualdade brasileira está longe de ser apenas uma constatação. Ela é, antes de tudo, uma escolha política. Enquanto a Constituição de 1988 determina a adoção de regime republicano, a realidade brasileira demonstra coisa diversa. O *estado de coisas a ser buscado* pelo Estado brasileiro segundo os ditames da Constituição de 1988 é bem diferente ao estado de coisas do cotidiano brasileiro.[197]

Isso pode ser constatado nas mais variadas facetas aqui analisadas, ainda que achemos que não exista relação alguma entre estes assuntos. O modo de acesso a cargos públicos eletivos e seu financiamento eleitoral sem limitação efetiva ao uso do poder econômico como fator decisivo aos candidatos, a estrutura intrapartidária para a escolha dos candidatos eleitorais dotada de regras que fomentam um coronelismo partidário, o poder econômico como condição de elegibilidade, o sistema de tributação concentrado em tributos indiretos e com tributos sobre a renda efetivamente regressivos, o peso do serviço da dívida no orçamento público federal, a dupla blindagem do serviço da dívida, tanto em virtude da fixação unilateral pelo Executivo dos valores pagos de serviço da dívida quanto da impossibilidade de contingenciar as verbas destinadas a esse serviço, a destinação residual da receita pública para despesas com gastos sociais e a concentração desses gastos para adimplir o pagamento de benefícios previdenciários que, em sua grande parte, são severamente regressivos, são todos exemplos de como o estado de coisas das ruas brasileiras é bem diverso daquilo que determina a Constituição de 1988.

---

[197] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 56.

A Emenda Constitucional nº 95/2016 institui teto às despesas públicas primárias, modificou o piso dos gastos vinculados ao financiamento de saúde, antes estipulado em 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do exercício anterior (inciso I do § 2º do art. 198, §2º, I, CF/88), agora apenas corrigidos pelo IPCA (art. 110, II, ADCT), sem versar uma linha sequer sobre qualquer modificação quantitativa ou qualitativa a respeito da dívida pública e seus encargos (juros, amortização e rolagem).

Dessa forma, as medidas de austeridades adotadas no Brasil, em sua grande parte, são dotadas de enorme seletividade, visam garantir o pagamento dos credores da dívida pública brasileira, cortando, ainda mais, o financiamento dos gastos sociais, de suma importância aos mais necessitados, que apenas dispõem de parco serviço público social prestado pelo Estado, consagrando um projeto de "transferência de renda da base para o topo da pirâmide social"[198], de modo a fazer prevalecer um "Estado pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas"[199].

---

[198] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Austeridade seletiva e desigualdade. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 7, n. 8, janeiro/junho, 2019, p. 171. Disponível em: https://doi.org/10.12957/rfptd.2019.39274. Acesso em: 18 fev. 2019.

[199] BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Económicas*. Vol. 57, nº 1, Coimbra, 2014. p. 748.

# 3 GASTO MÍNIMO FEDERAL COM SAÚDE E A ERA DO NARCISISMO DA DESPESA PÚBLICA

Com o advento da Constituição de 1988, a saúde passou a ser considerada como "direito de todos e dever do Estado"[200], por meio da adoção de políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Nos dizeres de Élida Graziane Pinto, o direito à saúde possui acepção subjetiva, pois destinado a todos, de acesso universal, igualitário e gratuito, e acepção objetiva, ante sua implementação através da adoção de políticas sociais e econômicas.[201]

Deixou-se, assim, de considerar a saúde como um seguro vinculado apenas àqueles que contribuíam para a previdência social, ganhando status de direito de acesso universal, igualitário, sob a responsabilidade do Estado[202], atribuindo a todos os entes federativos competência material comum nessa área (art. 23, II, da CF/88) e competência legislativa concorrente (art. 24, II, da CF/88).

Há, portanto, o estabelecimento de um sistema de proteção social, composto conjuntamente por saúde, previdência social e assistência social (art. 194 da CF/88), tendo por objetivo: i) universalidade da cobertura e do atendimento; ii) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; iii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; iv) irredutibilidade do valor dos benefícios; v) equidade na forma de participação no custeio; vi) diversidade da base de financiamento; e vii) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Esse sistema de proteção social é de tamanha relevância que uma das peças que compõe a lei orçamentária anual dos entes federativos é destinada especificamente a essa matéria, o orçamento da seguridade social.

Coube à Lei nº 8.080/90 regulamentar o SUS, tentando-se repartir as atribuições de cada ente federativo.

Desde a redação constitucional original havia a previsão da forma de financiamento para custear a seguridade social (art. 195), aduzindo que o financiamento caberia a *toda a*

---

[200] Cf. Art. 196, da CF/88.

[201] PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* - Uma perspectiva constitucional. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 80.

[202] MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 133.

*sociedade, de forma direta e indireta*, e a regra transitória para o ano de 1989 de que, até que fosse aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, 30%, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, seriam destinados ao setor de saúde (art. 55 do ADCT). Em que pese ser uma regra transitória, esse percentual de 30% do orçamento da seguridade social com gastos de saúde foi mantido até 1993.

Não dispunha a Constituição de 1988 sobre o conceito de Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). A seguridade social seria financiada com recursos dos entes federativos (recursos orçamentários regulares) e de contribuições sociais específicas à seguridade social. A Lei nº 8.080/90 apenas se limitava a prever que o financiamento do SUS ocorreria a partir de recursos do orçamento da seguridade social, em previsão extremamente vaga e imprecisa (art. 31 da Lei nº 8.080/90)[203] e sem mencionar a possibilidade do uso de recursos orçamentários ordinários dos entes federativos.

Inicialmente, o sistema de financiamento da seguridade social era solidário, os valores arrecadados com as contribuições previstas no art. 195 da Constituição de 1988 ingressavam no orçamento da seguridade social e eram gastos indistintamente com saúde, previdência social e assistência social. Com a modificação realizada pelo Emenda Constitucional nº 20/1988, iniciou-se a desestruturação do modelo de financiamento solidário estipulado originalmente no art. 195 da Constituição de 1988, passando a destinar contribuições específicas ao custeio do regime geral de previdência social, pois vedou "a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201"[204], de modo a fomentar uma competição por financiamento entre essas áreas.

Nesse sentindo, Sérgio Francisco Piola e outros, ao analisar o rompimento do financiamento solidário da seguridade social, previsto originariamente na Constituição de 1988, constataram que "o orçamento da seguridade social, com fontes de financiamento previstas na CF/88, foi sendo minado por meio de emendas constitucionais que permitiram a

---

[203] Havia previsão de outras fontes de recursos (art. 32 da Lei nº 8.080/90), mas pouco representativas para a presente análise ante sua quase que inexistência fática no financiamento do SUS: Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de: I - (Vetado) II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; III - ajuda, contribuições, doações e donativos; IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital; V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

[204] Cf. Art. 167, XI, da CF/88.

desvinculação de receitas da União e a especialização da fonte que incide sobre a folha de salários para a Previdência Social"[205].

Em continuidade a essa concorrência de financiamento cada vez mais nítida entre os direitos que compõem a seguridade social, a Emenda Constitucional nº 29/2000 foi responsável por sensíveis modificações relativas ao financiamento de saúde. Com essa Emenda Constitucional, estabeleceram-se, dentre as principais mudanças, i) a possibilidade de vinculação de receitas de imposto com destinação de recursos para as ASPS[206]; ii) o financiamento conjunto do SUS com recursos não mais apenas do orçamento da seguridade social, mas também com outros recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; iii) a obrigatoriedade dos entes federativos aplicarem permanentemente recursos mínimos para custear as ASPS[207]; iv) a possibilidade de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal ou intervenção estadual nos Municípios como sanção por descumprimento de aplicação de recursos mínimos em saúde[208]; e v) a possibilidade de retenção ou de qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, por repartição de receita tributária, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos, caso o ente federativo beneficiário do recebimento tenha descumprido seu dever de aplicação de recursos mínimos em saúde (art. 160, II, da CF/88).

Já se previu qual seria a base de cálculo dos percentuais para a aplicação dos recursos mínimos em ASPS relativos a Estados, Distrito Federal e Municípios, deixando à lei complementar a estipulação do percentual e da base de cálculo relativa aos gastos mínimos da União (art. 198, §3º, CF/88) e a fixação dos percentuais para os entes subnacionais.

---

[205] PIOLA, Sérgio Francisco *et al*. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? *Políticas Sociais* – Acompanhamento e Análise, Brasília, v.1, n. 17, Série vinte anos da Constituição Federal. 2009. p. 149.

[206] A redação original da Constituição de 1988 já estipulava fonte própria de recursos ao financiamento da seguridade social a partir da instituição das contribuições sociais descritas nos incisos do art. 195, cujo destino da arrecadação é vinculado ao custeio desses gastos sociais específicos de seguridade social. Entretanto a Emenda Constitucional nº 29/2000 possibilitou a vinculação da receita oriunda da arrecadação de impostos aos gastos mínimos com saúde, sendo exceção à proibição da vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV, da CF/88).

[207] A inovação constitucional foi a previsão de regra permanente de aplicação mínima de recursos em ASPS a todos os entes federativos, o que é diverso da regra estabelecida no art. 55 do ADCT, que era transitória e destinada à União.

[208] Analisando comparativamente o modelo constitucional de financiamento de saúde e o financiamento de educação, Élida Graziane Pinto defende que há maior progressividade da educação e uma guerra fiscal federativa de despesa na saúde, pontuando que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, §2º, CF/88), não havendo previsão semelhante para o direito à saúde. Para maiores informações, ver: PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* - Uma perspectiva constitucional. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Entretanto, enquanto não editada essa lei complementar, a União deveria, no ano de 2000, aplicar o montante empenhado em ASPS no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento e, do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (art. 77, I, ADCT). Caso não editada a mencionada lei complementar, a partir do exercício financeiro de 2005, deveria ser aplicada a regra estabelecida no art. 77 do ADCT para os entes federativos:

> Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:
> I - no caso da União:
> a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;
> b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;
> II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e
> III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.[209]

Assim, essa modificação constitucional teve por intenção aumentar continuamente os recursos mínimos para o custeio federal com saúde, pois em 2000 estipulou-se o acréscimo mínimo de cinco por cento e, nos demais anos, o acréscimo ocorreria pela variação nominal do PIB, obviamente tendo como fundamento o crescimento contínuo do PIB. Estipulou-se, assim, uma relação orçamentária direta entre gasto social com saúde e PIB, entre despesa e receita.

Entretanto, em 2003, ante a ausência de conceituação de ASPS, coube ao Conselho Nacional de Saúde (CNS) editar Resolução nº 322, estabelecendo diretrizes sobre aplicação da Emenda Constitucional nº 29/2000, dentre elas o conceito de ASPS (quinta diretriz da Resolução nº 322/2003)[210].

---

[209] Cf. Art. 77 do ADCT.

[210] "Quinta Diretriz: Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios: I – sejam destinadas às ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito; II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo; III – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se

Somente 12 anos após a edição da EC nº 29/2000, a lei complementar prevista no art. 198, §3º da Constituição de 1988 foi publicada. A Lei Complementar nº 141/2012 aduziu o que se poderia considerar como despesas com ações e serviços públicos de saúde (art. 2º da LC 141/12[211]) em redação semelhante ao que estabelecia a quinta diretriz da Resolução nº 322/2003 do CNS.

Em relação ao financiamento de saúde, a referida lei complementar manteve a intenção do legislador da EC nº 29/2000, pois estipulou que a União deveria aplicar anualmente, em ASPS, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º da LC 141/12) além de prever regra de proibição de financiamento nominal menor, em caso de variação negativa do PIB (art. 5º, §2º da LC 141/12).

Assim, esses recursos mínimos seriam crescentes ano a ano ou, quando houvesse diminuição do PIB, não haveria diminuição nominal dos gastos mínimos com saúde, sempre visando ao incremento do montante total destinado à ASPS, instituindo-se, portanto, um "dever de assegurar progressividade às ações e serviços públicos de saúde"[212].

Para Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei Complementar nº 141/2012, em seus arts. 6º e 7º, manteve a regra inserida pela EC nº 29/2000 (art. 77, II e III, ADCT) de 12% para Estados e Distrito Federal ou 15% para Distrito Federal e Municípios da receita oriunda de impostos e transferências constitucionais[213].

---

confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde". BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução no 322*, de 8 de maio de 2003. Aprova seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000. Brasília: CNS, 2003. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2003/Reso322.doc. Acesso em: 21 fev. 2019.

[211] "Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes: I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito; II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população".

[212] PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* - Uma perspectiva constitucional. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 81.

[213] A alíquota do Distrito Federal poderia ser 12% ou 15% em virtude de a ele serem destinadas as competências legislativas reservadas aos Estado e Municípios e ser vedada sua divisão em Municípios (art. 32, caput, e §1º da CF/88). O que não puder ser segregado em base estadual e em base municipal resultaria na aplicação de 12% pelo Distrito Federal (art. 8º da LC 141/2012).

Há estudo que demonstra que a obrigatoriedade a todos os entes federativos de aplicação de recursos mínimos em ASPS, introduzida pela EC nº 29/2000, resultou em mais recursos e promoveu o aumento da participação dos entes subnacionais no financiamento do SUS. Em 2000, a União era responsável por 60% dos recursos públicos destinados à saúde, diminuindo esse percentual para 44% em 2011. Esse decréscimo de participação da União resultou no aumento de participação de Estados e Municípios, pois durante o período de 2000 a 2011 os Estado passaram de 18,5% dos gastos em saúde para 25,7% e os Municípios iniciaram com 21,7% em 2000, atingindo 29,6% em 2011, o que, de certa forma, caminha no sentido da descentralização da saúde, ao diminuir a participação da União e aumentar dos demais entes subnacionais.[214]

Importante inovação legislativa foi a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a aprovação da Lei nº 12.858/2013[215]. Essa lei ainda estipulava que esses recursos provenientes da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural seriam destinados à saúde e à educação "em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto pela Constituição Federal"[216].

---

[214] PIOLA, Sérgio Francisco *et al*. *Financiamento público da saúde*: uma história à procura de rumo. Texto para Discussão, n. 1846. Brasília: Ipea, 2013. p. 36.

[215] Os recursos destinados com exclusividade e em acréscimo aos gastos mínimos com saúde e educação eram os seguintes: "Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos: I - as receitas dos órgãos da administração direta da União provenientes dos royalties e da participação especial decorrentes de áreas cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 3 de dezembro de 2012, relativas a contratos celebrados sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva; II - as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios provenientes dos royalties e da participação especial, relativas a contratos celebrados a partir de 3 de dezembro de 2012, sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva; III - 50% (cinquenta por cento) dos recursos recebidos pelo Fundo Social de que trata o art. 47 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, até que sejam cumpridas as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação; e IV - as receitas da União decorrentes de acordos de individualização da produção de que trata o art. 36 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010". BRASIL. *Lei nº 12.858, de 9 de setembro de 2013*. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências.. Brasília: DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

[216] Cf. Art. 4º da Lei nº 12.858/2013.

Entretanto, essa regra normativa de tão elevada importância durou pouquíssimo tempo. Em 2015, novamente foi mudada a forma de destinação de gastos mínimos com ASPS. Por meio da Emenda Constitucional nº 86 de 2015, a base de cálculo para a aplicação de recursos mínimos em saúde deixou de ser o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º da LC 141/12) e passou a ser de, no mínimo, 15% da RCL do respectivo exercício financeiro.

Além disso, a aplicação dos recursos de royalties de petróleo e gás em acréscimo aos gastos com saúde (art. 4º da Lei nº 12.858/2013) não mais seriam computados como recursos adicionais, mas sim como despesas para fins de cumprimento da obrigação da destinação de recursos mínimos em ASPS, conforme previsto no art. 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015[217].

Esse novo cálculo para gastos mínimos federais com ASPS (no mínimo 15% da RCL do respectivo exercício financeiro) durou apenas um ano e logo foi novamente modificado pela aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o NRF. Essa modificação constitucional teve por objetivo congelar as despesas primárias por 20 anos, proibindo que tenham aumento real e estipulando limites individualizados para os Poderes da República e prevendo apenas a correção desses limites pela aplicação do IPCA. Quanto à aplicação mínima em ASPS, estipulou-se o valor já previsto de, no mínimo, 15% da RCL especificamente para o exercício 2017. Os demais exercícios financeiros deveriam aplicar em ASPS, no mínimo, os valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 110, II, do ADCT). Em resumo, a União deverá aplicar o montante gasto com ASPS no exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (art. 107, §1º, II, do ADCT).

Dessa forma, os gastos mínimos com ASPS deixam de ter relação direta com a arrecadação da RCL e passam a orbitar sobre seu próprio eixo. Abandona-se a relação entre

[217] "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".

receita e despesa para adotar uma regra unilateral que apenas leva em consideração a despesa para fixar a própria despesa, independentemente de qual o volume de receita obtido pela União. Institui-se, assim, uma espécie de *narcisismo da despesa pública*, a despesa olhando apenas pra si própria, deixando-se de relacionar despesa com receita. Se o Brasil ingressar, durante esses vinte anos de vigência do NRF, na era de maior crescimento econômico de sua história, elevando consideravelmente o PIB como nunca antes visto, os gastos mínimos com saúde continuarão a ser corrigidos parcamente pelo IPCA.[218]

Provavelmente, pela primeira vez, desvincula-se o comportamento orçamentário da relação receita/despesa, passando a uma análise orçamentária que desvincula receita de despesa. Recapitulando o que aqui já fora descrito, os gastos mínimos com saúde já foram baseados em: i) percentual (30%) do orçamento da seguridade social; ii) variação nominal positiva do PIB no caso da União e percentual sobre o produto da arrecadação de impostos no caso de Estados, Distrito Federal e Municípios; e iii) percentual sobre a RCL. Todas essas bases de cálculo são decorrentes de escolhas políticas, boas ou más, mas que sempre levaram em consideração a análise orçamentária a partir da relação entre receita e despesa.

Agora, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016, o gasto federal mínimo social com saúde está vinculado apenas à incidência de um fator de correção, o IPCA, que tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias com rendimento de 1 a 40 salários mínimos, residentes apenas nas áreas urbanas das regiões de abrangência do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor (SNIPC), quais sejam, regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Vitória, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Porto Alegre, além do Distrito Federal e dos municípios de Goiânia e Campo Grande.[219] Há, inclusive, limitação do mundo amostral pesquisado para se medir o IPCA, quer seja pela renda das famílias (1 a 40 salários mínimos), quer seja pela sua residência. Ressalta-se que a região metropolitana de Belém é a única da Amazônia Legal na qual se realiza a pesquisa necessária para a configuração do IPCA.

---

[218] O autor é deveras otimista, mas não o suficiente para crer na concretude desse exemplo hipotético exacerbado. Apenas se exemplificou dessa forma com a finalidade de demonstrar que a análise orçamentária que desvincula receita de despesa é monocular, insuficiente e temerária.

[219] Informação obtida no endereço eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), responsável pelo IPCA. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=o-que-e. Acesso em: 22 fev. 2019.

Dessa forma, é necessário o estudo acerca da (in)constitucionalidade da modificação do novo gasto mínimo em saúde e sua modalidade de atualização, mais precisamente o art. 110, I e II do ADCT.

## 3.1 LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA À CONSTITUIÇÃO

As modificações constitucionais têm relevante papel de adaptação do dinamismo da sociedade. Não há como se ter uma sociedade estanque, estática, hermeticamente fechada, atomizada, impassível de mudanças no seu caminhar, de modo que a estabilidade da norma constitucional não implica sua estaticidade. É com o andar da sociedade que a norma constitucional vai ganhando novos contornos. Historicamente, a titularidade do poder constituinte sofreu variação, já foi primitivamente a força bruta, depois o poder dos deuses ou dos monarcas, a nação, até chegar modernamente ao povo.

É pela diferenciação entre poder constituinte e poder constituído que o abade francês Emmanuel Sieyès, poucos meses antes da Revolução Francesa, definiu a função de poder constituinte como sendo a vontade permanente da nação como manifestação do poder político pelo povo para a instituição das normas jurídicas a reger o corpo social, aduzindo que "*la nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même"*[220]. Seria, assim, o poder constituinte incondicionado e ilimitado[221], guardando

---

[220] Tradução livre: "a nação existe acima de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei". SIEYÈS. Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 53.

[221] Em sentido contrário, André Ramos Tavares não considera o poder constituinte originário como supremo, absoluto, ilimitado, ante a ideia recente de internacionalização dos Estados que resulta na contenção desse poder à internacionalização dos direitos humanos, ver: TAVARES, André Ramos. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembleia constituinte e da competência constitucional reformadora. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 333. Luís Roberto Barroso também defende a limitação ao poder constituinte: Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, é também um *poder de Direito.* Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade - suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade - e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114. Ver também: MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 433-461.

apenas respeito ao direito natural. O poder constituído seria fruto do exercício do poder constituinte e por ele juridicamente limitado e dele dependente.

Entretanto prevaleceu a ideia de que o poder constituinte é titularizado não pela nação, mas sim pelo povo. A soberania popular é o fundamento do poder constituinte, pois "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"[222].

Segundo André Ramos Tavares, o poder constituinte:

> [...] é a força, a possibilidade e a liberdade pertencente aos indivíduos de se auto disciplinarem da forma que desejarem, dentro dos princípios que restarem assentes num dado momento histórico na consciência popular, que então se verá refletida em suas aspirações no texto da Carta Magna.[223]

Para Nelson Saldanha, poder constituinte "é a aptidão ou a oportunidade de estabelecer uma Constituição. Ele é antes do mais "potência constituinte", algo cuja essência é tender para o ato e só no ato alcançar plenificação"[224].

Como já mencionado, a sociedade é dotada de contínuas e necessárias modificações, para o bem e para o mal, boas ou ruins. A mudança é característica própria da sociedade como representação dos indivíduos que a compõem, lição essa já dada pelo filósofo pré-socrático Heráclito de Éfeso, segundo o qual "não se pode entrar duas vezes no mesmo rio".[225]

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, em seu art. 28, já estipulava que "um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras".

Assim, uma vez exercido o poder constituinte, com a promulgação da Constituição, há a estipulação nessa mesma Constituição da forma, do limite e do conteúdo passível de mudanças, o *poder de reforma*[226], como maneira de adaptação à nova realidade social.

---

[222] Cf. Art. 1º, CF/88.

[223] TAVARES, André Ramos. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembleia constituinte e da competência constitucional reformadora. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 359.

[224] SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 65.

[225] HERÁCLITO. *Fragmentos*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980. p. 113.

[226] Nelson Saldanha refuta a terminologia "constituinte" a este poder, pois "o poder constituinte não pode ser senão 'originário', a não ser que destaquemos deste conceito os casos de atuação 'posterior' do poder constituinte: posterior no sentido de já existir uma experiência constitucional na nação, e de não ser a primeira vez (esta teria sido a do 'originário') em que opera a faculdade constituinte". SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 80. No mesmo sentido: SARLET,

Habitualmente difundido como *poder constituinte derivado*, o poder de reforma é um poder constituído, diverso do poder constituinte. Assim, adotamos aqui a expressão *poder de reforma*, em divergência ao termo poder constituinte derivado. O rito das reformas constitucionais, portanto, tem previsão no próprio texto constitucional[227] e, via de regra, é mais solene do que o procedimento legislativo para outras normas jurídicas, o que caracteriza a rigidez constitucional. Assim, o legislador constitucional, no exercício do poder de reforma, pode muito, mas não pode tudo.

O poder de reforma constitucional deve ser exercido nos limites estipulados pela manifestação do poder originário. Assim, pode haver limites temporais, circunstanciais, formais e materiais a essa reforma.

A Constituição pode prever limite temporal, em virtude do qual suas normas não serão objeto de qualquer mudança durante determinado período, como ocorrera na Constituição brasileira de 1824[228], que proibiu reforma constitucional durante seus 4 primeiros anos de vigência. Atualmente, a limitação temporal prevista na Constituição de 1988 está expressa da seguinte forma: "a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa"[229].

Falar em momentos de raiva, provavelmente resultará no melhor discurso do qual se arrependerá. Existem situações nas quais não é prudente a tomada de decisão. Exatamente por isso, estipulam-se limites circunstanciais à reforma constitucional. Em momentos de crises ou de situações atípicas, proíbe-se que a norma constitucional sofra alterações. Se houver estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal, a Constituição brasileira atual não poderá ser emendada (art. 60, §1º).

---

Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 2293 de 48294.

[227] Menciona-se também a possibilidade de mudança constitucional por via informal, a mutação constitucional. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso: "já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais". BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. p. 123. Ver também: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 765-794.

[228]"Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles".

[229] Cf. Art. 60, §5º, da CF/88.

É pela rigidez constitucional que o procedimento legislativo para o exercício do poder de reforma da Constituição é dotado de maior solenidade quando comparado ao das demais normas jurídicas. Isso abarca desde a iniciativa ao projeto de alteração da constituição, o quórum de votação até os locais de deliberação.

A iniciativa à reforma constitucional precisa ser exercida mediante proposta de i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ii) do Presidente da República; ou iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, I, II e III, CF/88).

A Emenda Constitucional necessita ser aprovada por quórum qualificado de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e a deliberação ocorre, ainda, em dois turnos de votação em cada Casa Legislativa (art. 60, §2º).

Pode, ainda, a Constituição elencar determinadas matérias que não poderão ser objeto de reforma, instituindo, portanto, limites materiais a essa modificação. É o que se denomina como cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade, núcleo basilar, intangível, imutável, da nossa constituição, que apenas poderá ser modificado por meio do exercício do poder constituinte originário, não através de seu poder de reforma, pois composto por normas que dão estrutura, identidade e fundamento a todo o restante do corpo jurídico constitucional.

Dessa forma, o constituinte de 1988 estabeleceu o rol de limites materiais explícitos ao poder de reforma (art. 60, §4º) protegendo de modificação substancial o princípio democrático, o federativo, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais, de modo que expressamente foram estipuladas como cláusulas pétreas: i) a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; e iv) os direitos e garantias individuais.

É pela existência de limites materiais ao poder de reforma constitucional que se mantém o núcleo basilar e a essência da Constituição, de modo que eventuais alterações ocorridas na Constituição não impliquem modificação substancial do que fora elaborado pelo exercício do poder constituinte. Preservam-se, desse modo, as decisões fundamentais do constituinte, “evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional”, como defendem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e

Daniel Mitidiero[230]. Os limites materiais ao poder de reforma da Constituição, as cláusulas pétreas, conhecidas na Alemanha como *garantias de eternidade*, exercem uma função de proteção dos elementos constitucionais essenciais.[231]

Assim, não se pode sequer deliberar qualquer proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir qualquer um dos elementos do rol descrito acima, pois pertencente à essencial e à identidade da Constituição de 1988. Qualquer modificação com cunho abolicionista deles somente pode ocorrer pela manifestação do poder constituinte, que, até o presente momento, permanece como potência, em estado de latência.

Além do expressamente previsto no texto constitucional, há limites materiais implícitos ao poder de reforma[232]. A inalterabilidade da essência e da identidade constitucional implica o estabelecimento tácito e imanente de proibição de modificações do *telos* constitucional, havendo, portanto, impeditivos implícitos ao poder de reforma. Dentre os que defendem a existência desses limites materiais implícitos, não há unanimidade quanto ao rol desses limites.

Luís Roberto Barroso aduz que, se os limites materiais têm por finalidade a manutenção da essência e da identidade da Constituição, eles são declaratórios (e não constitutivos) e defende que há limites materiais implícitos relativos[233]: i) aos direitos fundamentais, que já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (art. 60, §4º); ii) ao titular do poder constituinte originário, pois a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, por isso, inderrogável, assim não poderia

---

[230] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 3221 de 48294.

[231] MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, nº 60, 1994, p. 250.

[232] Defendendo a existência de limites materiais implícitos ao poder de reforma da constituição, ver: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 3191 de 48294; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 262; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 312 e et seq. Em sentido contrário, ver: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 703-712.

[233] No mesmo sentido, Nelson de Sousa Sampaio elenca os mesmos limites materiais implícitos de Luís Roberto Barroso e acrescenta que somente poderia haver modificação desses limites materiais implícitos em duas oportunidades: para tornar mais solene o rito do poder de reforma e se houver expressa autorização constitucional para tal modificação. SAMPAIO, Nelson de Sousa Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954. p. 93.

haver alteração do art. 1º, parágrafo único, da CF/88 para aduzir que todo o poder emana não mais do povo, mas sim de qualquer outra entidade ou pessoa; iii) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la; e iv) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação[234], não cabendo no Brasil a *dupla revisão*[235].

Ingo Sarlet não elenca um rol específico do que compõem os limites materiais implícitos, mas pontua alguns: i) a impossibilidade de proceder-se a uma reforma total ou, pelo menos, que tenha por objeto a supressão dos princípios fundamentais de nossa ordem constitucional; ii) os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoas humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); iii) a forma republicana de governo e o sistema presidencialista, principalmente em função da consulta popular realizada em 1993, que seria manifestação expressa de vontade dos titulares do poder constituinte, não estando sujeito ao poder de reforma.[236]

Questão interessante e prejudicial à nossa análise sobre a (in)constitucionalidade da EC n 95/16 é a discussão acerca da inclusão dos direitos sociais como cláusula pétrea. O art. 60, §4º da Constituição de 1988 aduz que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os *direitos e garantias individuais*.

Os direitos e as garantias fundamentais são tratados na Constituição de 1988, no título II, neles compreendidos: direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e partidos políticos (Capítulo V). Assim, há diferença terminológica entre o que a Constituição de 1988 erigiu como cláusula pétrea (direitos e garantias individuais) e o título II, dedicado aos direitos e às garantias fundamentais.

Dessa forma, é imprescindível tentar obter resposta a dois questionamentos: i) se há a possibilidade de previsão fora do Título II da Constituição de direitos e garantias *individuais*, igualmente acobertados pela proteção como cláusula pétrea e, mais amplamente; ii) se a

---

[234] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165-166.

[235] Alteração ou eliminação inicial do dispositivo constitucional que prevê o limite material explícito para, após, modificar a norma constitucional anteriormente imune ao poder de reforma.

[236] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 3222 de 48294.

proteção como cláusula pétrea abrange os demais direitos fundamentais tratados no Título II da Constituição de 1988, como os direitos sociais, presentes no Capítulo II do mencionado título.

A primeira questão já fora analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, instituiu-se novo tributo, chamado de Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF). Nessa Emenda Constitucional, estipulou-se, ainda, que ao IPMF não seria aplicado o princípio da anterioridade tributária, segundo o qual os entes federativos não podem cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, III, b da CF/88)[237].

Essa discussão resultou no ingresso, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), da ADI nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, que, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu que: i) as normas constitucionais resultantes do exercício do poder de reforma da constituição (emendas constitucionais) devem respeitar o que fora estipulado como núcleo essencial da Constituição pelo constituinte originário e podem ser objeto de controle de constitucionalidade a fim de verificar o respeito ás cláusulas pétreas; e ii) o princípio da anterioridade tributária, ainda que não esteja no Capítulo I (direitos e deveres individuais e coletivos) do Título I (direitos e garantias fundamentais), é uma garantia assegurada ao contribuinte e que, portanto, a não aplicação do princípio da anterioridade tributária para a cobrança do IPMF era inconstitucional.

No julgamento da mencionada ADI, o STF firmou o entendimento de que a cláusula de extensão dos direitos e garantias individuais (art. 5º, §2º, CF/88) somada às garantias ao

---

[237] Essa emenda também estipulou que ao IPMF não seriam aplicados os princípios da imunidade recíproca e as demais vedações do art. 150, VI, que proíbe os entes federativos de instituir impostos sobre *a)* patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; *b)* templos de qualquer culto; *c)* patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; *d)* livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Aduziu, ainda, a respectiva Emenda Constitucional que ao IPMF não seria aplicado o §5º do art. 153 da CF/88 (o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem; II - setenta por cento para o Município de origem). Entretanto a análise aqui feita será limitada à discussão acerca de possíveis violações de direitos e garantias individuais fora do rol dos direitos fundamentais contidos no Título II da Constituição de 1988.

contribuinte contidas no art. 150, *caput*, da CF/88 tornam o princípio da anterioridade tributária uma garantia individual.

Assim, não é possível Emenda Constitucional permitir a cobrança de um tributo e dele excluir a incidência de tal garantia individual, sob pena de inconstitucionalidade material. Por esses motivos, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o princípio da anterioridade tributária é uma cláusula pétrea, nos termos do que dispõe o art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988.[238]

No mesmo sentido do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena Vieira pontua que não são apenas aqueles direitos e garantias individuais arrolados no art. 5º da Constituição, que se encontram resguardados dos processos de deliberação diferenciados, mas toda uma gama de outros direitos constitucionais de caráter individual dispersos na Constituição e disciplinados em tratados dos quais o Brasil seja parte.[239]

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento defendem que o catálogo de direitos fundamentais pode ser compreendido a partir de dois tipos de fundamentalidade: *direitos formalmente fundamentais* e *direitos materialmente fundamentais*. Os primeiros recebem essa conceituação tão-somente pela sua localização no texto constitucional, estão inseridos no rol do art. 5º até o art. 17º da Constituição de 1988. Os direitos materialmente fundamentais são assim qualificados a partir da análise do seu conteúdo, não importando sua localização geográfica no texto constitucional:

> [...] são direitos que, conquanto não inseridos no Título do texto constitucional referente aos 'direitos e garantias fundamentais' (Título II), têm similar importância àqueles presentes no catálogo, correspondendo a relevantes concretizações da ideia da dignidade da pessoa humana, em qualquer das suas múltiplas dimensões.[240]

---

[238] Outra causa de inconstitucionalidade apontada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 939/DF fora a violação ao princípio federativo, pois a Emenda Constitucional nº 3 permitia a cobrança do IPMF entre os entes federativos, em violação à imunidade recíproca (art. 150, VI, a), que é garantia da forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I).

[239] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal* – Jurisprudência Política. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 91-92.

[240] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 312.

A partir da junção dessas fundamentalidades, formal e material, elaborou-se o conceito de bloco de constitucionalidade, que, segundo Louis Favoreu é o "conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley"[241].

A possibilidade de abertura do rol de direitos fundamentais é garantida pelo próprio texto constitucional ao aduzir que os direitos e as garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º da CF/88).

Assim, os direitos materialmente fundamentais podem: i) estar expressos no texto constitucional, ainda que fora do Capítulo I do Título II, relativo a direitos e deveres individuais e coletivos; ou ii) ser extraídos do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Foi a partir do reconhecimento da existência de direitos materialmente fundamentais, ainda que não previsto no texto constitucional, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. No acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes pontuou em seu voto que:

> [...] desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

Esse entendimento do STF está consolidado com a seguinte redação: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade"[242].

O julgamento desse recurso extraordinário também foi *leading case* para o reconhecimento da *tripla hierarquia dos Tratados Internacionais* do qual o Brasil faz parte:

---

[241] FAVOREU, Louis Favoreu; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad* (Simposium franco-espanhol de Derecho constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991. p. 19.

[242] Cf. Súmula Vinculante nº 25.

i) se o tratado ou convenção internacional versar sobre direitos humanos e for submetido ao rito disposto no art. 5º, §3º da CF/88 (mesmo rito de aprovação para as emendas constitucionais) terá *status equivalente a das emendas constitucionais*; ii) se o tratado ou convenção internacional versar sobre direitos humanos e for incorporado à legislação interna na forma de internalização comum aos demais tratados e convenções internacionais (art. 47 da CF/88), terá *status supralegal*, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima do Direito ordinário;[243] e iii) se o tratado ou convenção internacional não versar sobre direitos humanos e for incorporado à legislação interna na forma de internalização comum aos demais tratados e convenções internacionais (art. 47 da CF/88), terá *status de lei ordinária*.

Assim, há o estabelecimento de expansividade das normas constitucionais, principalmente que versem sobre direitos humanos, a partir da análise conjunta do §2º e §3º, ambos do art. 5º da CF/88, de modo a existir uma cláusula aberta de receptividade de normas materialmente constitucionais.

Com disposição constitucional semelhante a nossa, a Constituição portuguesa também prevê cláusula aberta para os direitos materialmente fundamentais, ao estipular que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (art. 16º, n. 1).

Jorge Miranda, ao analisar o mencionado artigo da Constituição Portuguesa, aduziu que há uma cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais:

> O n. 1 do art. 16 da Constituição aponta para o sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou,

---

[243] Bem antes da publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu a possibilidade de sujeição de tratado e convenção internacional de direitos humanos ao rito de aprovação das emendas constitucionais como requisito para a configuração de mesmo status constitucional (art. 5º, §3º), Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan já defendiam entendimento mais amplo do que o que fora fixado pela Suprema Corte, pois advogavam pelo o *status constitucional* dos tratados e convenções internacionais que versassem sobre direitos humanos do qual o Brasil fosse signatário, por incidência do art. 5º, §2º da CF/88. Para esses autores, essa norma de extensão dos direitos fundamentais estipula uma cláusula aberta aos direitos fundamentais, assim qualquer tratado ou convenção internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil tinha status constitucional. Para mais informações, ver: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n° 113-118, 1998, p. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

> quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento.[244]

Em sentido semelhante, José Joaquim Gomes Canotilho, ao comentar o mesmo dispositivo constitucional português, leciona que:

> O problema dos direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência a ter em conta no juízo da legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição como a portuguesa, consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatória em qualquer controle da constitucionalidade de actos normativos[245]

Majoritariamente, a doutrina entende que os direitos materialmente fundamentais estão abrangidos com o manto de cláusula pétrea. Ingo Wolfgang Sarlet defende a inclusão de todos os direitos fundamentais na proteção como cláusula de eternidade e refuta os argumentos em contrários da seguinte forma:

> Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não contempla diferença substancial entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações estatais, quando, como já lembrado, boa parte dos direitos sociais são, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, equiparáveis aos direitos de defesa; c) além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das "cláusulas pétreas" aos direitos fundamentais elencados no art. 5.º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4.º, IV, de nossa lei Fundamental.[246]

Ao final, o mesmo autor conclui com o entendimento segundo o qual, constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado Social e Democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da

---

[244] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. v. IV, p. 153.
[245] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 982.
[246] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, *Daniel. Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 3400 de 48294.

identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das "cláusulas pétreas".[247]

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, no mesmo sentido de Ingo Sarlet, defendem que são cláusulas pétreas os direitos fundamentais e suas garantias, não se limitando tal proteção aos direitos individuais clássicos:

> Na perspectiva teórica que adotamos, que relaciona os limites materiais ao poder de reforma às exigências básicas de moralidade política concernentes à proteção da democracia e da igual dignidade das pessoas, a extensão das cláusulas pétreas a outros direitos fundamentais, além dos individuais, é inquestionável. Afinal, direitos como educação, saúde, férias remuneradas, participação política e meio ambiente são tão vitais para o constitucionalismo democrático e para a edificação de uma comunidade inclusiva, de pessoas livres e iguais, do que os direitos individuais clássicos. O mesmo raciocínio vale para direitos voltados à proteção de minorias vulneráveis, como as crianças e adolescentes, pessoas com deficiência e povos indígenas.[248]

Reforçando o defendido pela corrente doutrinária majoritária, Luís Roberto Barroso aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é o centro irradiador de todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.[249]

Modernamente, não há como se considerar os direitos fundamentais, ainda que divididos didaticamente em gerações ou dimensões, como algo hermeticamente fechado e estanque, como se não guardassem ligação e interdependência uns com os outros. A necessidade de se assegurar vida digna ou o *florescimento humano*[250] é o fundamento justificador pelo qual se exige determinadas prestações e pelo qual alguns direitos são intangíveis ao poder de reforma constitucional.

---

[247] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 3499-3512 de 48294.

[248] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 309.

[249] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

[250] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016.

Defendendo posição minoritária na doutrina e contrária ao que neste trabalho é defendido, Gilmar Mendes entende que a proteção como cláusula pétrea está limitada fundamentalmente aos direitos constantes do art. 5º da CF/88 e ainda tão-somente àqueles que consagram verdadeiramente direitos e garantias individuais, excluindo, portanto, a obrigatoriedade de punir a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), de definir a prática de racismo e a ação de grupos armados como crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLII e XLIV) e o dispositivo que declara como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII).[251]

Pensar que não há direitos fundamentais fora do Capítulo I do Título II da Constituição de 1988 protegidos como cláusula pétrea na forma do art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988,pode permitir, por exemplo, que haja Emenda Constitucional que elimine a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX) ou o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas (art. 231, *caput*).

Não há mais espaço para uma interpretação dos direitos fundamentais que os enxerguem como direitos isolados e independentes. Os direitos individuais e políticos (1ª geração ou dimensão) necessitam obrigatoriamente dos direitos econômicos, sociais e culturais (2ª geração ou dimensão), que igualmente nada são sem os direitos coletivos e difusos (3ª geração ou dimensão) e sem o direito à democracia e ao desenvolvimento (4ª geração ou dimensão).[252] Os direitos fundamentais guardam direta correlação entre si, via de regra, um não é absolutamente nada sem o outro, de modo a não poderem existir sem a também existência de garantia de outro direito fundamental, independentemente da geração ou dimensão a que pertencem.

Dessa forma, o autor, em resposta às indagações inicialmente feitas, conclui que todos os direitos materialmente fundamentais são considerados como cláusulas pétreas, independentemente de estarem no rol do artigo 5º ou de pertencerem a uma geração diversa dos direitos de 1ª geração ou dimensão, pois o princípio da dignidade da pessoa humana

---

[251] MENDES, Gilmar. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 21, 1997, p. 69-91.

[252] Menciona-se aqui o temos *geração* para a classificação de direitos fundamentais, sem que com isso se queira conceber a ideia de que uma geração de direito suceda a outra. O termo *geração* apenas é empregado com a finalidade de demonstrar a evolução histórica desses direitos. Por isso, o termo *dimensão* é o mais apropriado à classificação de direitos fundamentais, pois elimina a ideia de sucessão entre tais direitos. Longe de sucessão, o que esses direitos demonstram é a inter-relação e interdependência entre eles.

apenas pode ser garantido ao se proteger todos os direitos fundamentais, dada a interdependência e interrelação existente entre eles.

Assim, a ideia de previsão de um *mínimo existencial* ao indivíduo deriva justamente da necessidade de existência concomitante de vários direitos fundamentais, de várias capacidades humanas básicas.

A seguir será analisada a possibilidade de (in)constitucionalidade da modificação do financiamento público de saúde, implementado pelo NRF (Emenda Constitucional nº 95/2016), a partir de enfoque baseado em eventual violação: i) ao mínimo existencial; e ii) à proibição de proteção deficiente, pela verificação do atendimento ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

## 3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E INTERDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No século XIX, importou-se da biologia a teoria darwinista de evolução da espécie para o campo da teoria social, a fim de defender a ideia de que os seres humanos, assim como os demais animais e as plantas, competem entre si por sobrevivência e domínio sobre determinado território, de modo que o mais forte e mais bem adaptado seria a espécie humana mais evoluída e que exerceria liderança sobre os demais.

Assim, pelo darwinismo social, as sociedades mais capazes, mais adaptadas, passariam a exercer dominância sobre as menos adaptadas. O filósofo inglês Herbert Spencer é o principal defensor da teoria do darwinismo social. O darwinismo social de Spencer foi abusivamente utilizado como fundamento de regimes totalitários e imperialistas que necessitavam de uma desculpa social para legitimar ações socioeconômicas, políticas e vários atos de perversão e de eugenia, sempre com a justificativa de *survival of the fittest*.[253] As camadas dominantes da sociedade, à época, viram com bons olhos essa teoria que tão bem casava com seus interesses de aumento e manutenção de domínio sobre as classes econômicas inferiores.

A melhor consequência dessa teoria para aqueles que dela se beneficiavam era a justificativa de que não poderia haver intervenção estatal em benefícios dos mais fracos e menos adaptados por ser esse processo evolutivo necessário e natural para o progresso da

[253] SPENCER, Herbert. *The Principles of biology*. Williams & Norgate, London & Edinburgh. 1864. v. 1, p. 444.

sociedade. Desse modo, eventual atuação estatal poderia impedir que houvesse um verdadeiro progresso de domínio dos efetivamente mais fortes e mais bem adaptados.

A ideia de mínimo existencial, como garantia jurídica, é uma reação à filosofia social-darwinista.

A todo ser humano necessita ser garantida condição material básica a prover suas necessidades. Se esse indivíduo não dispõe dessa condição material básica, a sociedade e o Estado são obrigados a suportar esse ônus, por ser decorrência natural de uma sociedade na qual a dignidade da pessoa humana importa. Assim, todo indivíduo é detentor de dignidade, devendo a ele ser garantida essa condição mínima existencial, independentemente de ele ser o menos adaptado ou o mais fraco na competição entre os indivíduos que compõem uma sociedade.

No direito germânico, o direito ao mínimo existencial tem em Otto Bachof seu principal expoente, que reiteradamente criticava decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão por adotar entendimento restrito ao considerar a inviolabilidade da dignidade humana limitada a uma garantia negativa, somente surgida diante de ataques ao indivíduo. Defendia esse autor uma garantia positiva do mínimo existencial, não apenas limitada à garantia negativa:

> A dignidade humana positivada como ponto de partida dos direitos fundamentais não exige somente a liberdade, mas também um nível mínimo de segurança social. Por isso, me parece muito restrito que o Tribunal Constitucional Federal considere a inviolabilidade da dignidade humana somente como um 'resguardo contra ataques', que o dever de atenção e proteção da dignidade somente seja entendido como 'proteção' contra ataques por outros, como humilhação, estigmatização, perseguição, marginalização etc. [...] Finalmente, também é determinação do Estado Social, certamente de alcance restrito, observar o art. 2 II I (direito à vida e à integridade física). Penso ser inaceitável que se considere essa disposição somente como proibição da destruição da existência por meio de uma intervenção estatal. Deve-se, também, em relação ao art. I I, observar uma garantia positiva do mínimo existencial.[254]

Assim, o Estado tem o dever de adotar medidas prestacionais para a garantia do mínimo existencial, não se limitando apenas na prática de atos de abstenção. A Constituição

[254] BACHOF, Otto. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. *In*: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1954. p. 42 apud SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 191.

de 1988 estipula o mínimo existencial como direito fundamental na medida em que positivou direitos sociais e elencou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III).

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, teve oportunidade de se manifestar, ainda que *obiter dictum*, sobre a necessidade do estabelecimento e da preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Por meio de um veto presidencial ao art. 55, §2º do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao exercício financeiro de 2004 (PLDO 2004), tentou-se modificar o conceito de Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), para nele incluir a totalidade das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde, incluindo encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que antes eram deduzidos da totalidade das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde:

> Art. 55. A proposta orçamentária incluirá os recursos necessários ao atendimento:
> [...]
> II - da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000.
> [...]
> § 2o Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.[255]

Assim, ações e serviços públicos de saúde, antes do veto presidencial ao art. 55, §2º (renumerado na Lei como artigo 59) do PLDO 2004, tinham como conceito "a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, *deduzidos* os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza". Após o veto presidencial a tal dispositivo legal, o

[255] Cf. Mensagem nº 357, de 30 de junho de 2003, na qual estão as razões dos vetos ao Projeto de Lei nº 2, de 2003 - CN, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

conceito de Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) passou a ser "a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, *incluídos* os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza".

O Presidente da República fundamentou seu veto da seguinte maneira:

> A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.[256]

Essa modificação implicaria diminuição efetiva de gastos públicos com ASPS, pois no cômputo dos gastos mínimos com saúde seriam incluídos gastos totalmente diversos de ASPS como encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Em virtude desse veto presidencial, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 aduzindo que, ao vetar o art. 59,§2º da LDO (Lei nº 10.707/2003), o Presidente da república diminui substancialmente os recursos que deveriam ser destinados estritamente a ASPS, descumprindo o preceito contido, à época, no artigo 77 do ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, bem como as demais normas constitucionais relativas ao direito à saúde, principalmente o art. 6 e art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Durante a tramitação de tal ADPF, fora sancionada a Lei nº 10.777/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, acrescendo ao art. 59 da LDO (Lei nº 10.707/2003) o parágrafo terceiro com a mesma redação da norma contida no parágrafo segundo, anteriormente vetada:

Art. 1º O art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

> "Art. 59 [...]
> [...]
> § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo,consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da

[256] Mensagem nº 357, de 30 de junho de 2003, na qual estão as razões dos vetos ao Projeto de Lei nº 2, de 2003 - CN, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm Acesso em: 30 nov. 2019.

> Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.
> § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004". (NR)[257]

Dessa forma, com o advento da Lei nº 10.707/2003, a análise dos pedidos contidos na ADPF nº 45 deixaram o interesse de agir por perda superveniente do objeto, restando por prejudicada a análise meritória da presente ação constitucional. Em que pese esse entendimento, o Ministro Celso de Mello, relator da referida arguição, teceu importantes alegações quanto ao mínimo existencial. Por ser paradigmático tal julgado, ainda que monocrático, transcreve-se boa parte do texto:

> Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
> Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.
> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento

[257] Cf. Lei nº 10.777/2003.

de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
[...]
Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.
A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei)
[...]
É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.
[...]
No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.
A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...].
Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.
A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los

> como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei)
> Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. [...][258]

Os argumentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADPF nº 45, ainda que tenha havido a perda superveniente do objeto de tal ação constitucional, são de tão grande importância dentro da Suprema Corte, que a Ministra Ellen Gracie, em outro julgado, assim pontuou:

> Quanto à ADPF 45-MC/DF, não obstante a perda de seu objeto, importa considerar que os fundamentos sobre os quais se assentou a decisão do Min. Celso de Mello permanecem incólumes, lastreando inúmeras decisões desta Corte de molde a conformar o pensamento do STF quanto ao tema.[259]

Em outra oportunidade, quando do julgamento do Agravo regimental em Recurso Extraordinário nº 658171/RN, o Supremo Tribunal Federal manteve provimento judicial que determinara a recuperação pela União da barragem de Poço Branco, estado do Rio Grande do Norte, pois tal obra era necessária à garantia do mínimo vital (art. 5º, caput, da Constituição Federal), abalado pela perda constante de água, para fins de armazenamento na região do semiárido nordestino.[260]

A partir da garantia do mínimo existencial, a Supremo Corte Constitucional brasileira, por exemplo: i) entendeu pela possibilidade de o Estado ser obrigado a construir abrigos para moradores de rua[261]; ii) manteve condenação ao Poder Público para realizar obras que impeçam o lançamento *in natura* de esgoto em rio[262]; iii) entendeu por possível decisão judicial em sede de Ação Civil Pública que obriga o Município de São Paulo a matricular

---

[258] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática, MC em ADPF 45*, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004.
[259] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no RE 559646*, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 07.06.2011.
[260] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AgR no RE 658171*, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 01.04.2014.
[261] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no RE 634643*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 13.08.2012.
[262] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AgR no RE 417408*, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 20.03.2012 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *RE 254.764*, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 21.02.11.

crianças em unidades de ensino infantil próximas de suas residências ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais[263]; iv) pela inaplicabilidade do regime constitucional de pagamento mediante precatório (art. 100, caput, da Constituição Federal) nos casos de fornecimento de medicamentos e consequente possibilidade de bloqueio imediato de recursos públicos para tal custeio[264].

Tais julgados demonstram a variabilidade de situações que albergam o mínimo existencial, assim conceituado pelo Ministro Celso de Mello:

> A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.[265]

A modificação ocorrida no financiamento federal de ASPS com o advento da Emenda Constitucional nº 95/2016 está inserida naqueles casos que afetam o mínimo existencial, com a adoção de modificações legislativas dotadas de sutilezas de divulgação, com a finalidade de não chamar a atenção dos verdadeiros atingidos por tal mudança, os menos favorecidos ou, nos dizeres do darwinismo social, os menos adaptados e mais fracos.

Da mesma forma que o veto presidencial ao art. 59, §2º, da LDO (Lei nº 10.707/2003), objetivava diminuir os gastos efetivos com ASPS, as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, ao congelar os gastos públicos com saúde por 20 anos e apenas corrigi-los pelo IPCA, desprezando o aumento: i) da população; ii) do número de pobres; e iii) de idosos no país além do encarecimento acima do IPCA de produtos e serviços de saúde. Esses fatores, somados, resultam em severa diminuição efetiva dos gastos com saúde, prejudicando a população mais pobre, os usuários do serviço público de saúde.

---

[263] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no ARE 639337*, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 23.08.2011.

[264] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AI 553712*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 05.06.2009. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AgR no AI 597182*, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 06.11.2006.

[265] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no ARE 639337*, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 23.08.2011.

O direito à saúde somente é alcançado com a satisfação de um dever de prestação positiva, com um fazer, com atos comissivos. É imprescindível, portanto, a realização e os gastos públicos para a garantia do direito à saúde, sendo inconcebível a implementação de direito à saúde sem recursos financeiros, o que Celso Lafer aduz como *direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade*:

> É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo [...]."[266]

O reconhecimento normativo do mínimo existencial não garante, por si só, a efetividade de se garantir aos brasileiros condições humanas mínimas de saúde, educação, moradia, renda, saneamento básico e alimentação adequados.

Ainda que haja o reconhecimento normativo do mínimo existencial, como garantia jurídica mínima a todos os indivíduos dotados de dignidade, há um descompasso abissal entre a realidade brasileira e o que poderíamos entender como condições humana básicas.

Segundo a Síntese dos Indicadores Sociais de 2019, divulgada pelo IBGE, que analisa as condições de vida da população brasileira, houve um aumento de 1 milhão de brasileiros dentre os que vivem abaixo da linha da pobreza (vivem com menos de US$ 1,90 por dia) entre os anos de 2015 e 2018. 6,5% da população brasileira vive com menos de US$ 1,90 por dia e 25,3% da população brasileira vive com menos de US$ 5,50 dólares por dia (aproximadamente R$ 420,00 mensais, o que equivale a 44% do salário mínimo vigente em

[266] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. Das Letras, 1988. p. 130-131.

2018) no ano de 2018, o maior índice desde o ano de 2012, ano de início dessa pesquisa pelo IBGE.[267]

O Estado brasileiro não pode reconhecer normativamente o mínimo existencial sem a correspondente adoção de medidas de efetividade. É a partir da garantia e efetividade do mínimo existencial que a liberdade e a democracia podem ser exercidas com efetividade. A dignidade da pessoa humana impõe que todo indivíduo seja dotado de capacidade humana básica, por ser sujeito primário de justiça. A teoria de justiça baseada nas capacidades humanas desenvolvida por Martha Nussbaum correlaciona-se com a necessidade de garantia do mínimo existencial justamente por elencar variados bens humanos básicos que devem ser garantidos minimamente para que se possa propiciar uma vida digna.[268]

A doutrina diverge quanto aos fundamentos para se garantir o mínimo existencial. Daniel Sarmento pontua que esses fundamentos podem ser instrumentais ou independentes. Os que defendem a instrumentalidade do mínimo existencial entendem que ele é o meio necessário para garantir com efetividade outros direitos, como a *liberdade* ou a *democracia*. Outros defendem que o mínimo existencial não é apenas meio para se garantir outro direito, mas sim é a única via necessária para promover a dignidade da pessoa humana e sua denegação representaria uma injustiça por tratar indivíduos humanos com variabilidade de dignidade, uns teriam mais dignidade que outros.[269]

Há muito não mais se considera o direito à liberdade apenas como a ausência de importunações externas ao indivíduo, exigências de não fazer, com conteúdo de abstenção ou de não interferência. Modernamente, o direito à liberdade requer não apenas medidas de abstenção e de não fazer como também exige adoção de condutas prestacionais. As oportunidades sociais estabelecidas pela sociedade na área da educação e da saúde influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor. O analfabetismo, por exemplo, compromete o exercício das liberdades civis e políticas do indivíduo, pois não

---

[267] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2019. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

[268] As capacidades humanas básicas são às relativas i) *à vida; ii) à saúde; iii) à integridade; iv) aos sentidos, imaginação e pensamento; v) à emoção; vi) à razão prática; vii) à afiliação; viii) a outras espécies da natureza; ix) ao lazer e x) ao controle sobre o próprio ambiente*. NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça:* deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. Para maiores informações, ver item 1.4 da seção 1 deste trabalho, no qual foram analisados alguns aspectos da teoria de justiça de Martha Nussbaum e a importância de garantia dos bens humanos básicos.

[269] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 195.

dotado de conhecimento mínimo ao exercício com segurança e satisfatividade do direito de liberdade[270].

O economista indiano Amartya Sen defende a remoção das principais fontes de privação da liberdade, correlacionando ausência de liberdade substantiva com a ausência de garantia de outras capacidades humanas básicas:

> Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédio para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.[271]

Esse é o entendimento de Ricardo Lobo Torres, segundo o qual o mínimo existencial é dotado de fundamentalidade por ser via necessária para o pleno exercício ao direito de liberdade, abrangendo inclusive qualquer direito ainda que originariamente não fundamental[272]:

> O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas *condições para o exercício da liberdade*, que alguns autores incluem na *liberdade real*, na liberdade positiva ou até na *liberdade para*, ao fito de diferençá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (grifo do autor)[273]

---

[270] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 59.

[271] SEN, op. cit., p. 17.

[272] Ricardo Lobo Torres não considera os direitos sociais como direitos fundamentais. A jusfundamentalidade dos direitos sociais está limitada ao necessário para a garantia do mínimo existencial. Para o referido autor: O mínimo existencial pode surgir também da inserção de interesses fundamentais nos direitos políticos, econômicos e sociais. Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 33, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271. Acesso em: 01 dez. 2019.

[273] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 30, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271. Acesso em: 01 dez. 2019.

Também defendem a instrumentalidade do direito às condições mínimas de existência digna como via a garantir o direito à liberdade John Rawls[274] e Robert Alexy[275].

Outra visão acerca da instrumentalidade do mínimo existencial é a que reconhece esse direito como meio para se implementar um regime democrático. A participação nas escolhas políticas de seu país não é o suficiente para a conceituação de regime democrático. Os indivíduos devem ter condições materiais, intelectuais e iguais suficientes para ter controle sobre si próprio e sobre as escolhas políticas da sociedade a qual pertencem, nisso se inserem a liberdade de expressão, de associação, de acesso igualitário ao pleno emprego e a promoção da educação e da saúde. É imprescindível que as pessoas disponham de conhecimento educacional suficiente para que possa verdadeiramente existir um regime democrático, o "princípio do domínio do povo por ele mesmo"[276].

Para esses autores o mínimo existencial seria o instrumento necessário para dotar as pessoas de capacidades suficientes para exercício real, efetivo e igual de participação política. O analfabetismo, mais uma vez utilizado como exemplo, impede que o indivíduo disponha de todo o conhecimento e esclarecimento necessário para participação real, efetiva e igual nas escolhas políticas da sociedade. O analfabeto é inelegível (art. 14, §4º da CF/88) e o alistamento e o voto dele são facultativos (art. 14, §1º, II, a, da CF/88).

As deliberações sociais e políticas devem ser tomadas com responsabilidade e, para tanto, necessitam que os participantes disponham de conhecimento adequado dos assuntos públicos. O indivíduo com baixa instrução escolar, analfabeto ou analfabeto funcional, não é dotado de condição suficiente para o exercício com conhecimento adequado dos assuntos públicos, estando ausente da participação real, efetiva e igual do regime democrático do país. A miserabilidade de boa parte dos brasileiros impede que se dediquem aos estudos quando mal conseguem ingerir a quantidade de calorias suficientes para a manutenção de seu corpo. Exigir que alguém que sequer faz três refeições ao dia saiba ler e escrever funcionalmente é desconhecer a realidade brasileira e caçoar da pobreza.

*Coronelismo, enxada e voto*, de Victor Nunes Leal, foi publicado pela primeira vez em 1949. Nesse livro, o autor faz preciosa análise sobre o *falseamento do regime democrático* brasileiro:

---

[274] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8.
[275] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
[276] DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 237.

> Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais, nem revistas, nas quais se limita a ver as figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. Em sua situação, seria ilusório pretender que esse novo pária tivesse consciência do seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica. O lógico é o que presenciamos: no plano político, ele luta com o "coronel" e pelo "coronel". Aí estão os votos de cabresto, que resultam em grande parte, da nossa organização rural.[277]

Rotineiramente, diz-se que o pobre brasileiro vota mal. É verdade. Vota mal porque não dispõe do conhecimento suficiente e necessário para votar bem. O tempo do brasileiro pobre é dedicado a tentar ingerir calorias suficientes para a manutenção de seu corpo ou, na melhor das hipóteses,: i) cuidar de sua roça de subsistência sem assistência técnica e água suficiente, principalmente no semiárido nordestino; ii) fazer faxina em duas casas por dia; iii) vender produtos nas calçadas das ruas, de olho na fiscalização da prefeitura que pode apreender toda a mercadoria; iv) catar produtos recicláveis em carroças; e v) coletar castanhas na Amazônia ou pescar pirarucu e vender ao atravessador por preço irrisório, quando não é exigido realizar escambo por óleo diesel, dentre outros exemplos que não faltam no Brasil real.

Como exigir que esse brasileiro seja *letrado* o suficiente para votar bem? O *livro didático* que mais facilita o aprendizado do brasileiro é a merenda escolar, servida durante o horário do intervalo nas escolas públicas. Muitas das vezes é o único momento em que os alunos se alimentarão durante todo o dia e o período de férias significa fome[278].

Nos dizeres de Canotilho, "abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem, as pessoas não podem fazer parte da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais"[279], havendo, segundo Jessé Souza, uma construção social de *subcidadania*.[280]

---

[277] LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7 .ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 47.

[278] Ver: 15.07.2019. Reportagem de Paula Adamo Idoeta e Maria Sanches. Sem merenda: quando férias escolares significam fome no Brasil. *O Globo*. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/07/15/sem-merenda-quando-ferias-escolares-significam-fome-no-brasil.ghtml. Acesso em: 01. dez. 2019.

[279] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432

[280] SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

Para Jüger Habermas, “o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito”[281]. Assim, a fonte de legitimidade do direito advém do processo democrático de confecção das normas. O sistema político e o sistema jurídico cumprem funções recíprocas entre si na medida em que os destinatários das normas jurídicas também participam do processo de construção dessa norma. Assim, a participação e a comunicação exercem substancial papel na fundamentação do direito nos espaços públicos deliberativos, de modo que “o exercício da autonomia política significa a formação discursiva da vontade comum”[282].

Para que haja direito legítimo, Habermas estipula a necessidade prévia de garantia de um rol de direitos fundamentais:

> O código de direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A ideia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador.[283]

Há cinco categorias de direitos fundamentais que “fornecem os meios suficientes para introduzir in abstracto as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o status das pessoas de direito”[284]: i) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; ii) direitos que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro em uma associação voluntária de parceiros do direito; iii) direitos fundamentais que resultam da possibilidade de acionar os direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção judicial individual; iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais criam direito legítimo; e v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e

---

[281] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.190.
[282] HABERMAS, op. cit., p. 190.
[283] HABERMAS, op. cit., p. 163-164.
[284] HABERMAS, op. cit., p. 159-160.

ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de oportunidades, das quatro categorias de direitos anteriores[285]

Dessa forma, o mínimo existencial em Habermas seria compreendido pela quinta categoria de direitos fundamentais acima descritos, na medida em que seriam os direitos instrumentais para um aproveitamento, em igualdade de oportunidades, das quatro categorias de direitos anteriores. Todas essas categorias de direitos fundamentais somadas seriam necessárias para que os indivíduos participassem de um regime democrático efetivo e real.[286]

Até então, analisou-se o direito a condições mínimas de existência como instrumento para implementação do direito à liberdade e à democracia.

Entretanto, há, ainda, autores que consideram o direito ao mínimo existencial como fundamento independente, como um fim em si mesmo, sem que seja instrumento para o alcance de outros direitos. Para esses autores, o mínimo existencial deve ser garantido ao indivíduo independentemente de eventual instrumentalização ao direito à liberdade ou à democracia. Todos os seres humanos são dotados de dignidade, devendo a eles serem garantidas condições materiais humanas básicas. Esse é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[287]

No mesmo sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo pontua que:

> Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento de tributos,

---

[285] HABERMAS, op. cit., p. 159-160.

[286] Outros autores também relacionam mínimo existencial e democracia. Ver: OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[287] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

> educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna.[288]

O comportamento estatal brasileiro não pode se dissociar em momento algum do atingimento dos fundamentos da República brasileira (art. 1º) nem de seus objetivos fundamentais (art. 3º). Por isso, Ana Paula de Barcellos aduz que:

> [...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.[289]

Defender que o direito ao mínimo existencial deve se garantido a todo indivíduo dotado de dignidade não nega que também propicia o exercício do direito à liberdade e à democracia. O equívoco da instrumentalização do direito a condições mínimas existenciais está no fato de não reconhecer dignidade para além da necessidade do direito à liberdade e à democracia. A dignidade da pessoa humana vai bem além desses direitos. Todo ser humano necessita ser considerado sujeito primário de justiça, dotado de dignidade, sendo a ele garantida condições humanas básicas.

Como já dito anteriormente nesta dissertação, os indivíduos com impedimentos físicos e mentais, crianças, idosos, pessoas momentaneamente sem discernimento, mulheres em determinadas sociedades (consideradas não produtivas e inferiores social e economicamente) e cidadãos de outras nacionalidades, ainda que, por impossibilidade físicas e mentais, não possam exercer na sua inteireza os direitos à liberdade e à democracia, continuam a ter dignidade, de modo que, ao seu modo, também deve ser garantido direito a condições mínimas existenciais.

Os defensores da instrumentalização do mínimo existencial negariam tal direito, por exemplo, a uma pessoa com impedimento mental permanente, pois não dotada de capacidade para exercer o direito à liberdade nem participar das decisões políticas da sociedade. O

---

[288] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67-68.

[289] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p. 245-246.

mínimo existencial também contempla aquele que está em estado vegetativo, pois continua a ter dignidade, mantendo-se seu *right to equal concern e respect*, conforme defendido por Ronald Dworkin.[290]

No mesmo sentido do aqui defendido, Ernst Tugendhat exemplifica de maneira semelhante às críticas aqui trazidas:

> Quem é novo ou idoso demais, ou doente ou deficiente, não pode ajudar-se a si mesmo, mesmo que tivesse recursos para tal. Por isso, parece estar excluído assegurar, em nome dos direitos humanos, uma existência digna para todas as pessoas exclusivamente através da ampliação do conceito de liberdade.[291]

Parece que Scaff também defende a independência do direito ao mínimo existencial, ao pontuar que toda "a trajetória normativa aqui delineada visa concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da ordem jurídica em nosso país, inserido no art. 3º da Constituição, e analisado sob o prisma do princípio republicano"[292].

Dessa forma, este autor também entende que o direito ao mínimo existencial tem fundamento independente, não instrumentalizado, pois destinado a indivíduos com dignidade, o que é o suficiente para tanto.[293]

As mudanças ocorridas no financiamento federal de saúde introduzidas pelo que se chamou de NRF é mais um caso de comportamento inconstitucional do Poder Público e que ofende o direito a condições mínimas de existência, tanto pelo entendimento de que esse direito é instrumental e, mais ainda, pela consideração de independência dessas condições humanas básicas. Para Luigi Ferrajoli, a Constituição tem função de proteção contramajoritária:

> O seu fundamento de legitimidade, diversamente daquele das leis ordinárias e das escolhas de governo, não reside no consenso da maioria, mas, ao contrário, em um valor ainda mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, isto é, em direitos vitais

---

[290] Em tradução livre: "*direito à igual consideração e respeito*". Ver: DWORKIN, Ronald. L*evando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010.

[291] TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 388.

[292] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 318.

[293] Também defendendo a corrente que considera o direito ao mínimo existencial como independente: NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013 e SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 195.

> conferidos a todos como limites e vínculos precisamente contra leis e os atos de governo expressos pelas maiorias contingentes.[294]

Deliberadamente, o Estado modifica o gasto mínimo com saúde com a finalidade de gastar menos do que gastaria se a regra anterior fosse mantida. Chega-se ao absurdo de desatrelar receita de despesa, como técnica orçamentária nova e monocular. Com essa modificação introduzida pela EC nº 95, o direito à saúde, expresso e consagrado na Constituição de 1988, é violado mais ainda pela inércia dos Poderes do Estado que disporão de menos recursos para custear gastos com saúde.

Em períodos de recessão econômica, aumento do desemprego e da informalidade no mercado de trabalho, o número de pessoas que necessitam do sistema público de saúde aumenta consideravelmente, justamente por aumentar o número de pobres e de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza. Apesar desse aumento, a EC nº 95 vai na contramão do atendimento dessa população mais vulnerável, que tem apenas o SUS como local de tratamento.

O IBGE, em conjunto com o Ministério da Saúde, realiza a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) com periodicidade quinquenal. A última PNS ocorreu em 2013 e demonstrou que a população brasileira é, em sua enorme maioria (80%), *SUS-dependente* para as ações relacionadas à assistência à saúde além de o acesso e a utilização de serviços de saúde no Brasil refletir desigualdades entre grupos sociais distintos e entre regiões. Assim, as pessoas das regiões Sul e Sudeste possuem maior acesso ao SUS do que as das demais regiões. Da mesma forma, as pessoas cujo chefe da família tem maior nível de instrução também possuem maior acesso e utilização de serviços de saúde quando comparadas com as de menor instrução. Em 2013, 27,9% da população tinha algum plano de saúde (médico ou odontológico).[295]

A mudança no cálculo de financiamento federal de saúde, introduzida pela EC nº 95, é uma medida de austeridade, visa supostamente restaurar a competitividade brasileira com a diminuição dos gastos públicos.

---

[294] FERRAJOLI, Luigi. O estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 462.

[295] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saúde*: 2013: acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=294074. Acesso em: 14 dez. 2019.

Infelizmente, dentre inúmeras escolhas para melhorar a competitividade comercial brasileira, optou-se pela que afeta diretamente os mais vulneráveis. Várias outras medidas de austeridade poderiam ser tomadas antes da adoção de medida tão drástica aos mais necessitados, como ocorreu com a edição da EC nº 95. As modificações constitucionais relativas à saúde e à educação, que tenham por finalidade promover austeridade fiscal, devem respeitar o princípio da proporcionalidade.

## 3.3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE COMO LIMITE DA ATIVIDADE LEGISLATIVA PARA FINANCIAMENTO AO DIREITO À SAÚDE E AUSTERIDADE SELETIVA

Já se defendeu neste trabalho que a Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de proteção social composto por saúde, previdência e assistência social. Igualmente se defendeu que o direito à saúde é cláusula pétrea, não se podendo propor Emenda Constitucional *tendente a abolir* tal direito, o que diretamente afeta seu modo de financiamento, pois nada mais eficiente para abolir um direito fundamental, principalmente os prestacionais, do que esvaziar seu financiamento. Os direitos prestacionais têm sua efetividade diretamente ligada a gastos públicos necessários para implementá-los.

As decisões alocativas de recursos ligados à implementação dos direitos sociais de saúde e educação têm menor carga de discricionariedade ao Poder Público justamente por ter o Constituinte de 1998 permitido a vinculação de receita de impostos a gastos com saúde e educação (art. 167, IV) e estabelecido gasto mínimo obrigatório para essas áreas, na forma do que prevê o art. 198, § 2º e o art. 212, ambos da CF/88.

Dessa forma, a consideração de proibição de modificações tendentes a abolir direito à saúde (*cláusula pétrea*), a necessidade de garantia do mínimo existencial, a possibilidade de vinculação de receitas de impostos a gastos com saúde e educação, bem como a imposição de um gasto mínimo obrigatório nessas áreas sociais, implicam que as modificações constitucionais relativas a financiamento de direito à saúde são dotadas de imprescindível e obrigatório respeito ao princípio da proporcionalidade, sob pena de ferir cláusula pétrea.

Toda e qualquer atividade legislativa que possa vir a impactar negativamente no direito à saúde requer ser realizada *cum grano salis* com parcimônia. Impõem-se, assim, que essa atividade respeite os critérios da *adequação* (o meio precisa ser apto para o atingimento

da finalidade pretendida), da *necessidade* (dentre as opções disponíveis, necessita ser a que resulte no menor sacrifício do direito restringido) e da *proporcionalidade em sentido estrito*[296] (deve haver razoável relação de custo-benefício entre os meios e fins), não podendo atingir o mínimo existencial.

Heinrich Scholler, ao analisar a construção jurisprudencial alemã do princípio da proporcionalidade e suas três vertentes, assim ensina:

> A jurisprudência acabou por desenvolver o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis: a lei, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Os requisitos da adequação e da necessidade significam, em primeira linha, que o objetivo almejado pelo legislador ou pela administração, assim como o meio utilizado para tanto, deverão ser, como tais, admitidos, isto é, que possam ser utilizados. Para além disso, o meio utilizado deverá ser adequado e necessário.[297]

Não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal aduz que esse princípio é decorrente do caráter substancial do princípio do devido processo legal (art. 5º, XXXIV, CF/88).

É inerente do estabelecimento de direitos fundamentais em Carta Constitucional a previsão de instrumentos garantidores desses direitos. O surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, considerados como direitos negativos, exigiam uma abstenção estatal. O indivíduo tinha o direito de não ser importunado pelo Estado. Este deveria respeitar a propriedade, a vida e a liberdade daquele. Exigia-se (e se exige), assim, um não fazer estatal. A atuação do Estado seria proporcional na medida em que respeitasse e mantivesse essa abstenção exigida para o gozo dos direitos de primeira geração. Esses direitos exigem, portanto, um garantismo negativo, *proteção contra os excessos do Estado*.

Com a evolução da sociedade, principalmente a partir da colaboração do Judiciário alemão em proferir sentenças que impunham pena de morte ou internação em campo de concentração durante o período do regime nazista[298], percebeu-se que os direitos

---

[296] A proporcionalidade em sentido estrito recebe nomes variados na doutrina, como *razoabilidade*, *exigibilidade* ou *justa medida*.

[297] SCHOLLES, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo na Alemanha. *Interesse Público*, Ano 1, nº 2, São Paulo: Notadez, 1999. p. 97.

[298] Para maiores informações sobre colaboração do judiciário alemão com o regime nazista, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122. Para maiores informações históricas sobre o surgimento do princípio da proporcionalidade, ver:

fundamentais, incluindo os de primeira geração, não exigem apenas uma abstenção estatal, um garantismo negativo. O estabelecimento apenas de proteção contra os excessos do Estado não protege, em sua integralidade, os direitos fundamentais. Estes vão além e reclamam também um agir estatal, um garantismo positivo, um dever de proteger tais direitos de maneira eficiente, proibindo a proteção deficiente. Proteger de maneira deficiente é não proteger.

Os fundamentos e objetivos constitucionais impõem que os direitos fundamentais estipulados sejam protegidos na sua inteireza, não se admitindo proteção deficiência, não protegidos. Em voto condutor, que excluiu do âmbito de incidência do tipo penal do aborto a interrupção voluntária de gestação efetivada no primeiro trimestre, o Ministro Luís Roberto Barroso aduziu que "o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência"[299].

Não se concebe o princípio da dignidade da pessoa humana ao se permitir que direitos fundamentais sejam protegidos deficientemente pelo Estado. Modificações constitucionais desproporcionais que restrinjam direitos fundamentais são consideradas inválidas, devendo ser declaradas inconstitucionais.

Analisando as duas dimensões decorrentes do princípio da proporcionalidade, Lenio Luiz Streck ensina:

> Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.[300]

---

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 468-469.

[299] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *HC 124.306*, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 09.08.2016.

[300] STRECK, Lênio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 8, Coimbra, 2004. p. 315.

Assim, a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade atua como limite conformador da atuação do poder público, incluindo a atuação legislativa, vinculando suas atividades ao respeito ao dever de proteção e à efetivação dos direitos fundamentais. As modificações na Constituição necessitam, para serem válidas, igualmente respeitar o princípio da proteção contra os excessos do Estado e o princípio da proibição da proteção deficiente.

Não há como defender o princípio da *força normativa da Constituição*[301] ou o princípio da *máxima efetividade da Constituição* se os direitos fundamentais nela consagrados puderem ser protegidos com deficiência. As dificuldades econômicas do país não modificam ou diminuem a força normativa da Constituição.

Em síntese, qualquer modificação constitucional que restrinja direitos fundamentais deve ser adequada, necessária, proporcional, não resultando em excessos estatais ou em proteção insuficiente a esses direitos.

Em períodos de recessão econômica, muitos países adotam variadas e incontáveis medidas de austeridade que consideram necessárias para a minoração dos danos de recessão e para o aumento da capacidade de produção comercial e econômica da nação. No Brasil, essas medidas têm atingido diretamente a população mais carente, justamente a mais abalada pela recessão econômica e a que mais precisa dos serviços públicos.

Como critério de aferição de validade da norma, é necessário verificar, então, se a modificação constitucional de financiamento público de ações e serviços de saúde, instituída pela EC nº 95, foi adequada, necessária e proporcional (razoável) em sentido estrito e não ocasionou proteção insuficiente ao direito à saúde.

Em relação à *adequação*, é fundamental verificar dois aspectos, conforme os ensinamentos de Daniel Sarmento: i) "se os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos e ii) se os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins"[302].

Em 15.06.2016, o então Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, encaminhou ao Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, proposta de Emenda Constitucional com a finalidade de instituir o NRF, a finalidade principal era "reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que

---

[301] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

[302] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 472.

nos últimos anos foi colocado o Governo Federal"[303], resultando no envio ao Congresso Nacional da Mensagem nº 329, pelo Presidente da República, da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016. Na fundamentação do então Ministro da Fazenda, havia as seguintes finalidades[304]:

> i) dado o quadro de agudo desequilíbrio fiscal que se desenvolveu nos últimos anos, esse instrumento é essencial para recolocar a economia em trajetória de crescimento, com geração de renda e empregos. Corrigir o desequilíbrio das contas públicas é condição necessária para retirar a economia brasileira da situação crítica que Vossa Excelência recebeu ao assumir a Presidência da República.
> ii) ações para dar sustentabilidade às despesas públicas não são um fim em si mesmas, mas o único caminho para a recuperação da confiança, que se traduzirá na volta do crescimento.
> iii) torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição.
> iv) nossa intenção é que o Novo Regime Fiscal seja uma das várias ferramentas utilizadas para uma gestão séria do orçamento.[305]

O NRF, segundo o discurso adotado por quem o propôs e o aprovou, busca melhorar as contas públicas brasileiras, e ser "instrumento essencial para recolocar a economia em trajetória de crescimento com geração de renda e empregos"[306].

Esse fim perseguido é legítimo e as medidas adotadas sem sombra de dúvida ajudarão na diminuição dos gastos públicos. Não há como negar que o congelamento de gastos públicos por 20 anos, garantindo-se apenas a correção nominal do valor pelo IPCA, implicará impedimento de aumento da despesa primária. Como instrumento de controle de gasto público, o NRF não é apenas eficiente como extremamente draconiano. A despesa primária não apenas não crescerá como diminuirá, pois o NRF despreza o crescimento e envelhecimento da população, o aumento do número de usuários do serviço público de saúde

---

[303] Cf. Proposta originária da Proposta de Emenda à Constituição nº 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 15 dez. 2019.

[304] Proposta originária da Proposta de Emenda à Constituição nº 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 15 dez. 2019.

[305] Cf. Proposta originária da Proposta de Emenda à Constituição nº 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 15 dez. 2019.

[306] Cf. Proposta originária da Proposta de Emenda à Constituição nº 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 15 dez. 2019.

em períodos de maior recessão econômica e de elevadas taxas de desemprego e a possibilidade de crescimento do PIB do país.

Ainda que o PIB do país volte a crescer haverá impedimento para o aumento real de gastos públicos sociais. Essa é a principal finalidade da EC nº 95, diminuir a despesa primária quando comparada ao PIB, conforme justificativa do Ministro da Fazenda para a instituição do NRF:

> Utilizaremos, portanto, um instrumento de gestão da estabilidade fiscal no curto prazo (o resultado primário) e um instrumento de médio e longo prazo (o limite de despesa). É importante ressaltar que a maior relevância do limite de crescimento real zero da despesa não financeira será justamente no momento em que sairmos da atual recessão. Quando a receita voltar a crescer, e com ela as pressões para gastar mais, contaremos com uma trava para o gasto público que nos permitirá evitar o desequilíbrio fiscal crônico.[307]

Assim, a mudança do financiamento público de saúde como medida para a diminuição das despesas primárias da União é adequada, pois tem como finalidade algo legítimo não antijurídico, qual seja, a reversão de quadro agudo de desequilíbrio fiscal, e é meio apto para contribuir para essa finalidade.

Entretanto questiona-se: a que preço o Estado brasileiro pretende reverter seu quadro de desequilíbrio fiscal? Qual a classe social mais atingida com essas medidas de austeridade? Não há outras opções de austeridade, menos gravosas aos direitos fundamentais, a serem tomadas que igualmente permitisse a diminuição de despesa primária quando comparada ao PIB?

O subprincípio da *necessidade* requer que, dentre as várias possibilidades de escolhas, "dentre as diversas medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade, o Estado opte sempre pela menos gravosa"[308].

Humberto Ávila pontua que a análise da necessidade requer duas fases. A primeira consiste em verificar se as opções disponíveis são meios igualmente adequados para a obtenção daquilo que se pretende. A segunda fase exige o exame do meio menos restritivo.[309]

---

[307] Proposta originária da Proposta de Emenda à Constituição nº 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 15 dez. 2019.

[308] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 476.

[309] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 165 et seq.

Importante ressaltar de imediato que não tem esse trabalho a pretensão de elencar e analisar todas as medidas possíveis disponíveis ao Estado brasileiro que pudessem melhorar e reverter o quadro de desequilíbrio fiscal público. Isso não impede de que algumas sejam elencadas.

O orçamento público cuida basicamente de três coisas fundamentais de qualquer país: receita, despesa e dívida públicas. Medidas de austeridade fiscal podem ser adotadas tanto relativas a receitas, a despesas e a dívidas públicas. A escolha pública do legislador constitucional reformador brasileiro concentrou-se apenas em adotar medidas de austeridade para limitar as despesas primárias, não tratando de receita nem de dívida públicas. Essa é a primeira e fundamental escolha.

A *prima ratio* das medidas de austeridade da União foi criar limites para as despesas primárias, dentre eles a correção dos gastos mínimos com saúde e educação pelo IPCA durante os próximos 20 anos.

Ao assim escolher, o legislador preferiu causar impacto direto e imediato às despesas primárias, aos gastos públicos, neles incluídos os gastos sociais. Na segunda seção deste trabalho, pudemos mencionar sobre o caráter regressivo da tributação brasileira. Essa seria também uma medida de austeridade que impactariam com menor restrição a direitos fundamentais se comparado ao que fora adotado no NRF, por exemplo.

Obviamente que essas medidas são adotadas em blocos, em conjunto. Dificilmente há melhoria das contas públicas com a adoção isolada de algo. Seria ilusão crer o contrário.

Justamente por isso, há vários outros caminhos austeros que podem (podiam) ser adotados pelo legislador constitucional, relativos à receita pública e à dívida pública.

No que tange à *receita pública*, medidas que resultariam em maior, mais justa e menos regressiva arrecadação, diretamente ligada ao incremento da receita pública, o legislador constituinte austero poderia adotar algumas das seguintes medidas, exemplificativamente:

i) diminuição da carga tributária de tributos indiretos sobre bens e serviços; ii) aumento da tributação sobre renda e riqueza, a partir da tributação de dividendos e maior tributação de JCP com a eliminação da possibilidade de deduzir do lucro tributável da pessoa jurídica (com apuração contábil pelo lucro real), *os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital*

*próprio* (art. 9º da Lei nº 9.249/1995);[310] iii) diminuição da tributação sobre folha de salários, que está bem acima da média da OCDE[311], como medida de incentivo ao trabalho e pleno emprego, diminuindo a taxa de desemprego e a informalidade do trabalhador brasileiro; iv) revisão dos subsídios fiscais concedidos a variados setor da indústria, do comércio e do agronegócio brasileiro, dotando-os de maior transparência sobre as metodologias empregadas para a concessão de benefícios fiscais, conforme já pontua pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1205/2014;[312] v) melhoria de programas de parcelamento de crédito tributário; e vi) diminuição das dotações orçamentárias destinadas ao Fundo Especial para Financiamento de Campanha (art. 16-C da Lei nº 9.504/1997).

O legislador, pelo que se tem visto, não tem a mesma rigidez austera com o Fundo Especial para Financiamento de Campanha que teve com a contenção de gastos públicos sociais em saúde e educação, pois há fortíssimo movimento parlamentar no Congresso Nacional para aumento dos gastos públicos destinados a esse fundo eleitoral, visando as campanhas eleitorais de 2020. Para se medir a força legislativa desse aumento, 13 líderes de partidos (PP. MDB, PTB, PT, PSL, PL, PSD, PSB, Republicanos, PSDB, PDT, DEM e Solidariedade)[313] assinaram requerimento destinado ao relator da lei orçamentária de 2020 requerendo que seja destinado a esse fundo eleitoral a quantia de 4 bilhões de reais.[314]

---

[310] Conforme já mencionado na seção 2, os beneficiários por dividendos, lucros e JCP distribuídos por pessoas jurídicas, no ano calendário 2016, totalizaram o montante de R$ 269,41 bilhões destinados a 2,5 milhões de pessoas, o que representa apenas 9% aproximadamente do total de pessoas que declararam IRPF nesse ano (28 milhões de pessoas). Foi o rendimento isento e não tributável com maior volume, dentre todos os demais.

[311] O Brasil (8,47% do PIB) tributa acima da média da OCDE (4,8% do PIB).

[312] O Tribunal de Contas da União mencionou que "a utilização de renúncias tributárias por parte do Poder Executivo Federal como instrumento de financiamento de políticas públicas tem se intensificado ao longo dos anos. Em 2012, o valor projetado para as renúncias tributárias, inclusive as previdenciárias, alcançou o montante de R$ 172,6 bilhões, o que representou um crescimento de 50% em relação ao exercício de 2008, superando as despesas orçamentárias executadas nas funções Saúde e Educação. Em 2013, exercício utilizado como base na fiscalização, tais recursos alcançaram o montante de R$ 203,7 bilhões. O crescimento dos valores renunciados em consequência de benefícios tributários concedidos pode apresentar riscos para o equilíbrio fiscal e o alcance de metas e resultados planejados". Para maiores informações, ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. *TC. 018.259/2013-8*. Relatório de levantamento de auditoria. Acórdão nº 1205/2014. Rel. Ministro Raimundo Carreiro. Julg. 15.05.2014.

[313] Esses partidos somados representam 430 dos 513 deputados (84% da Câmara dos Deputados) e 62 dos 81 senadores (76% do Senado Federal), o que demonstra quase que uma unanimidade nessa pretensão eleitoral de aumento do fundo eleitoral para financiamento de campanhas eleitorais para as eleições de 2020.

[314] Ver: 04.12.2019. Reportagem de Congresso em Foco. Comissão aprova aumento do fundo eleitoral, que chega a R$ 3,8 bi. *Congresso em foco*. 2019. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/comissao-aprova-aumento-do-fundo-eleitoral-que-chega-a-r-38-bi/. Acesso em: 15. dez. 2019 e Reportagem de Alexandre Martello. *Comissão aprova aumento, e fundo eleitoral pode chegar a R$ 3,8 bilhões em 2020*. *G1 – Brasília*. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/04/comissao-aprova-aumento-e-fundo-eleitoral-pode-chegar-a-r-38-bilhoes-em-2020.ghtml. Acesso em 15 dez. 2019.

É severamente incompatível que, em períodos de adoção de medidas de austeridade fiscal que restringiu severamente direitos fundamentais, os entes federativos concedam remissões extremamente benevolentes aos créditos tributários da Petrobras, como atualmente está ocorrendo em vários estados-membros.

Em 2017, por via da Medida Provisória nº 795, posteriormente convertida em Lei nº 13.586/2017, a União concedeu renúncia de receita da ordem de R$ 54 bilhões em créditos tributários, juros e multa tributária de empresas de petróleo que operam no Brasil, permitindo que essas empresas deduzam do lucro sujeito à tributação as importâncias aplicadas em cada exercício na prospecção e extração do petróleo cru. Além disso, essa medida provisória instituiu regime tributário especial para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos[315], reduzindo o IRPJ e a CSLL das petrolíferas, resultando em renúncia de receita no valor de R$ 23,98 bilhões em tributos federais nos anos de 2018 a 2020.[316] Outro estudo aponta que o impacto total de todas as benesses fiscais instituídas pela União às petrolíferas será de R$ 1 trilhão de reais até o ano de 2040.[317] Dessa forma, percebe-se que medidas de austeridade só valem para alguns.

Recentemente, foi aprovado Convênio ICMS 07/19, de 13 de março de 2019, no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), direcionado à Petrobras prioritariamente, ainda que não se conste isso no referido convênio, que permite aos Estados da Bahia, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e de São Paulo conceder crédito presumido de ICMS nas operações realizadas pelos estabelecimentos que exerçam atividade econômica de fabricação de

---

[315] Para uma análise maior e mais detalhada sobre a estimativa para o Brasil dos subsídios aos combustíveis fosseis para o período de 2013 a 2017, no qual se incluem o petróleo e os principais combustíveis derivados – gasolina, óleo diesel, óleo combustível, o GLP ou gás de cozinha - o gás natural e o carvão mineral, ver estudo do Instituto de Estudos Socioeconômicos: BEGHIN, Nathalie; CARDOSO, Alessandra. Subsídios aos combustíveis fósseis no Brasil: conhecer, avaliar, reformar. *Instituto de Estudos Socioeconômicos*. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Estudo_completo_Inesc.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

[316] ROCHA, Bruno Alves. Subsídios acerca da adequação orçamentária e financeira da Medida Provisória nº 795, de 17 de agosto de 2017. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2017/mp-795-2017-nota-tecnica-no-39-2017-cd-bruno. Acesso em: 15 dez. 2019.

[317] Para maiores informações, ver: LIMA, Paulo César Ribeiro Lima. Divergência relativas à medida provisória nº 795, de 2017, convertida na lei nº 13.586, de 2017. Estudo Técnico. Consultoria Legislativa. *Câmara dos Deputados*. 2018. Disponível em: https://www.aepet.org.br/w3/images/2018/02/docs/PClima.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019. Em sentido contrário, aduzindo que o estudo que aponta renúncia fiscal de 1 trilhão de reais pelas modificações da MP nº 795/2017 está errado, ver: SOUSA, Francisco José Rocha de; MATTOS, Cesar Costa Alves de. Avaliação do estudo "análise técnica da medida provisória 795, de 2017". Nota Técnica. Consultoria legislativa. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/34799/avaliacao_estudo_souza_mattos.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 dez. 2019.

produtos do refino de petróleo e de gás natural, bem como a redução de até 90% de juros e multas e a remissão parcial do imposto de até 50% de créditos tributários do ICMS.

O estado do Amazonas aderiu a tal convênio por meio do Convênio ICMS nº 174/19 e aprovou a Lei Complementar estadual nº 202, de 11 de dezembro de 2019, pela qual concedeu: i) crédito presumido de ICMS em substituição ao sistema normal de apuração; ii) redução de 90% de multas por infrações e de acréscimos moratórios; e iii) remissão de 50% dos créditos tributários de ICMS.

Dessa forma, o Convênio ICMS 07/19 permitirá que a dívida da Petrobras relativa a crédito tributário de ICMS seja diminuída pela metade, sem se computar o ganho com a redução de quase a totalidade (90%) de juros de mora e multa. Medidas como essa são severamente conflitantes com a alegação de que é necessário equilibrar as contas públicas.

Em comunicado enviado à Comissão de Valores Mobiliários e a seus acionistas, na data de 18 de dezembro de 2019, a Petrobras informou que aderiu aos programas de remissão parcial de imposto e de redução de juros e multas de débitos de ICMS instituídos pelos Estado do Amazonas, Alagoas, Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Sergipe, o que foi responsável por reduzir o débito de R$ 3,6 bilhões para cerca de R$ 1 bilhão, representando uma economia de aproximadamente 70% para a petrolífera.[318]

Se estamos em período de recessão econômica no qual foram adotadas severas medidas de austeridade fiscal e se essa austeridade não é seletiva, o que fundamenta o aumento do fundo eleitoral para campanhas eleitorais ou a remissão de 50% de crédito tributário de petrolíferas, abatimento de 90% de juros moratórios e multas tributárias ou a instituição de regime tributário diferenciado a petrolíferas que implica diminuição de carga tributária a esse setor econômico?

No que tange à *dívida pública*, o legislador constitucional poderia, antes de ter adotado medida tão severa quanto as instituídas no NRF, ter optado por medidas menos severas aos direitos fundamentais, como, exemplificativamente: modificação do perfil da dívida pública brasileira com medidas de diminuição do custo da dívida, refinanciamento com prazos maiores ou modificação constitucional que permitisse limitação de pagamento de serviços da dívida[319].

---

[318] Comunicado *Petrobras sobre adesão aos programas tributários*. Disponível em: https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/16187/9512_727019.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

[319] Relembra-se que, conforme analisado na seção 2, há dupla blindagem da dívida pública brasileira, pois: i) o Poder Executivo estabelece o valor destinado ao pagamento do serviço da dívida e há disposição constitucional que impede que haja qualquer deliberação legislativa quanto a isso (art. 166, §3º, II, b); e ii)

Dessa forma, havia e há variadas opções políticas a serem adotadas como medida de austeridade que causariam menos restrições a direitos fundamentais, porém a primeira medida adotada pelo legislador constitucional foi a que afetara severamente gastos com saúde e educação.

Após a crise do subprime de 2008, a Islândia recusou os conselhos dos órgãos internacionais, em especial o da Comissão Europeia para que adotasse a austeridade como instrumento para sair da crise.[320] Portugal também preferiu recusar a austeridade como forma de sair da recessão econômica agravada desde 2008.[321]

Se o Estado brasileiro necessitava optar por medidas que lhe dessem maior conforto orçamentário, deveria adotar medida suficiente para atingir tal finalidade e que fosse a menos gravosa. Seguramente, não foi isso que fez o legislador constitucional.

Além do mais, o comportamento estatal após a adoção das medidas da EC nº 95 deixa claro que apenas o *Brasi de baxo* deve ser austero, a outra parte pode continuar tendo remissão de crédito tributário, renúncia de juros e multas tributárias, aumento de fundo eleitoral para campanhas eleitorais dentre outras medidas, benesses que só são vistas no *Brasi de cima*, já escrito por Patativa do Assaré:

> [...]
> Tudo o que procuro acho.
> Eu pude vê neste crima,
> Que tem o Brasi de Baxo
> E tem o Brasi de Cima.
> Brasi de baxo, coitado!
> É um pobre abandonado;
> O de Cima tem cartaz,
> Um do ôtro é bem deferente:
> Brasi de Cima é pra frente,
> Brasi de Baxo é pra trás.
> [...]
> Aqui no Brasil de Cima,
> Não há dô nem indigença,

---

não se pode contingenciar verbas destinadas ao pagamento do serviço da dívida (art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

[320] Ver: 19.02.2015. Reportagem de Lluís Pellicer. Islândia atribui sua recuperação à recusa em aplicar a austeridade. *El País*. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/18/economia/1424281414_946592.html. Acesso em: 16. dez. 2019.

[321] Ver: 10.08.2018. Reportagem Liz Alderman. Portugal abandona austeridade e impulsiona crescimento. *Internacional Estadão*. 2018. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,portugal-abandona-austeridade-e-impulsiona-crescimento,70002430442. Acesso em: 16 dez. 2019. No mesmo sentido, ver: 24.08.2017. Artigo de Owen Jones. No alternative to austerity? That lie has now been nailed. *The Guardian*. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/24/austerity-lie-deep-cuts-economy-portugal-socialist. Acesso em: 16 dez. 2019.

Reina o mais soave crima
De riqueza e de opulença;
Só se fala de progresso,
Riqueza e novo processo
De grandeza e produção.
Porém, no Brasi de Baxo
Sofre a feme e sofre o macho
A mais dura privação.

Brasi de cima festeja
Com orquestra e com banquete,
De uísque dréa e cerveja
Não tem quem conte os rodete.
Brasi de baxo, coitado!
Vê das casa despejado
Home, menino e muié
Sem acha onde mora
Proque não pode pagá
O dinhêro do alugue.

No Brasi de Cima anda
As trombeta em arto som
Ispaiando as propaganda
De tudo aquilo que é bom.
No Brasi de Baxo a fome
Matrata, fere e consome
Sem ninguém lhe defendê;
O desgraçado operaro
Ganha um pequeno salaro
Que não dá pra vive.
[...][322]

Criticando a austeridade seletiva, adotada por vários países, Mark Blyth defende ser "a favor de que todos apertem os cintos, desde que todos estejam vestindo as mesmas calças"[323]. Não é o que tem ocorrido no Brasil. Neste, o *Brasi de baxo*, que já tem a calça severamente apertada (quando não é obrigado a andar nu), passa a usar vestimentas mais apertadas ainda para propiciar que o *Brasi de cima*, que historicamente usufrui de folgadas e luxuosas vestimentas, possa manter seus belos trajes e trocar seu guarda-roupa, quiçá mantendo a prática de enviar suas roupas para serem lavadas na Europa, como costumeiramente ocorria durante a *Belle Époque* do ciclo da borracha na Amazônia.

---

[322] Fragmento de poema de Patativa do Assaré, texto integral disponível em: ASSARÉ, Patativa do. *Melhores poemas*. Seleção de Cláudio Portella. São Paulo: Global, 2006. p. 329-332.

[323] No original: "*Personally, I am all in favor of " everyone tightening their velts – as long as we are all wearing the same pantas*". Ver: BLYTH, Mark. *Austerity* - the history of a dangerous idea. New York: Oxford University Press, 2013. p. 23.

Ricardo Lodi Ribeiro[324] pontua que a austeridade como medida para reaquecer a economia pela melhora da confiança empresarial é um mito, pelos seguintes motivos:

i) em períodos de recessão econômica os investimentos privados são severamente diminuídos, por isso os gastos públicos podem ser utilizados como instrumento de movimentação da economia, uma vez que são convertidos em receitas dos seus destinatários, que vão custear despesas com esses recursos. Estas, por conseguinte, vão gerar novas receitas para terceiros, pois o que é despesa para um é receita para outro; ii) Não se pode considerar o orçamento público como se tivesse a semelhança de orçamento familiar. Tal comparação é incabível, pois o aumento de despesas públicas, incluindo investimentos, pode estimular o aumento de produção, criando novos empregos que serão ocupados por pessoas que estariam desempregadas, o que gera estímulo ao crescimento econômico na proporção direta dos gastos públicos e o aumento da arrecadação permite a redução da dívida pública. No orçamento familiar, o aumento de despesas não tem o poder de transformar a macroeconomia. Apenas eleva o endividamento familiar; e iii) A austeridade não é dotada de um embasamento lógico e factual. Trata-se, em verdade, de ideologia econômica fundada na convicção de que o governo limitado e o mercado livre são sempre preferíveis à intervenção estatal, a partir de um mito socialmente construído.

Em sentido crítico à austeridade, David Stuckler e Sanjay Basu mencionam que "se as experiências da austeridade fossem sujeitas aos mesmos padrões de segurança que os ensaios clínicos, há muito teriam sido proibidas por um conselho médico"[325].

O processo eleitoral, de confecção de normas jurídicas, tem como atores os detentores do poder político. Nos dizeres de Scaff, "quem tem o poder político, tem o poder sobre o orçamento, isto é, o poder de decidir quem deve pagar e deixar de pagar os tributos, e decidir quem deve ou não receber as prestações sociais e as vantagens governamentais"[326].

Vitor Hugo Mota de Menezes pontua que há uma falha na "realização da essência constitucional de igualdade dos participantes no processo de decisão orçamentária"[327], de modo que não há influência da população mais vulnerável nas decisões alocativas relativas à financiamento público de saúde.

---

[324] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Austeridade seletiva e desigualdade. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 7, n. 8, janeiro/junho, 2019, p. 158-172.

[325] STUCKLER, David; BASU, Sanjay. *A Economia Desumana* – Porque Mata a Austeridade. Tradução: Rui Pires Cabral. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2014. p. 202-203.

[326] SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 247.

[327] MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 110.

Justamente por isso as medidas de austeridade, como a ocorrida com a EC nº 95, que irão ser adotadas não serão aquelas que atinjam os interesses dos *donos do poder*, preferirão, por exemplo, diminuir gastos do financiamento público de saúde, pois não são usuários do serviço público de saúde, em contrapartida não diminuirão as verbas destinadas ao financiamento eleitoral de campanha nem modificarão o perfil da dívida brasileira como medida de austeridade. Isso atingiria seus próprios interesses, pois ricos e pobres têm interesses diversos, como pontua Tony Judt:

> Os ricos não querem a mesma coisa que os pobres. Quem depende do trabalho para sustentar a família não quer a mesma coisa que quem vive de investimentos e dividendos. Quem não precisa dos serviços públicos – pois pode adquirir transporte, educação e segurança privados – não busca o mesmo que as pessoas que dependem exclusivamente do setor público.[328]

No mesmo sentido, Joseph Stiglitz afirma:

> O mito da economia da oferta defende que tributar os ricos reduz o emprego e as poupanças e que todos – não só os ricos – são lesados. Qualquer indústria tem a sua própria versão deste mito: cortar na despesa militar custará postos de trabalho. As indústrias que contribuem para a poluição do ar e da água, ou que criam resíduos tóxicos, argumentam que forçar os poluidores a pagar os custos que impõem sobre os outros custará postos de trabalho.[329]

Oscar Vilhena Vieira defende que a desigualdade brasileira implica *invisibilidade* e *demonização* dos mais vulneráveis e *imunidade* dos mais favorecidos. O "sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos", de modo que os mais vulneráveis são submetidos a um processo de *invisibilidade*. Em virtude disso, os mais vulneráveis, ao desafiar a invisibilidade por meios violentos, "começam a ser vistos como uma classe perigosa, à qual nenhuma proteção legal deve ser dada". A demonização "é o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito". A terceira consequência do processo de desigualdade brasileira é a imunidade dos mais privilegiados, pois, "numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos ou poderosos ou aqueles

---

[328] JUDT, Tony. *O mal ronda a terra*. São Paulo: Objetiva, 2011. p. 157.
[329] STIGLITZ, Joseph. *O Preço da Desigualdade*. Tradução: Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014. p. 309.

agindo em nome deles se veem como seres acima da lei e imunes às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas”[330].

A austeridade seletiva, representada pelo NRF, é exemplo desse processo de *invisibilidade* e *demonização* dos menos beneficiados, sendo verdadeira causa de *imunidade* aos mais favorecidos.

Assim, austeridade é antes de tudo medida de política de distribuição, ao invés de ser um problema econômico de contabilidade[331], é “uma crença conveniente entre políticos e instrumentalizados por aqueles que retiram benefícios pessoais da limitação do papel do Estado e auferem lucros com a privatização do sistema de serviços sociais”, que “causa grandes males — punindo os mais vulneráveis e não os responsáveis pela atual recessão”[332].

Medidas de austeridade podem ocorrer nos gastos públicos, nas receitas públicas ou na dívida pública. As modificações ocorridas com o advento da EC nº 95, quanto ao financiamento federal de saúde, não ocorreriam após adoção de outras prévias medidas de austeridade fiscal destinadas ao aumento de receitas públicas ou modificação no perfil da dívida pública, por exemplo. Para se evitar essa seletividade da austeridade, interessante é a sugestão de Pierre Salama, que propõe que os gastos sociais estejam indexados ao serviço da dívida, de modo que o aumento do pagamento de juros implicaria também aumento dos gastos sociais, o que tornaria mais difícil se privilegiar o pagamento do serviço da dívida em detrimento do custeio de gastos sociais.[333]

Antes de se modificar o financiamento federal de saúde para diminuir efetivamente os recursos a ela destinados, o legislador poderia ter adotado medidas prévias, como forma de demonstrar que a diminuição no financiamento de direitos sociais foi *ultima ratio* dentre duas medidas de austeridade e somente atingiu os mais vulneráveis por não haver mais medida anterior a ser menos prejudicial a ser adotada, a exemplo de: i) aumento da arrecadação pela tributação de dividendos e JCP; ii) adoção de medidas que visem melhorar a cobrança de dívida ativa; iii) modificação do perfil da tributação brasileira, diminuindo sua regressividade pelo aumento da carga tributária incidente sobre a renda e pela diminuição da carga tributária incidente sobre bens, consumo e folha salarial; iv) auditoria da dívida pública brasileira; v)

---

[330] VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2007. Número 6, Ano 4. SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos. p. 28-51.

[331] BLYTH, Mark. *Austerity* - the history of a dangerous idea. New York: Oxford University Press, 2013. p. 24.

[332] STUCKLER, David; BASU, Sanjay. *A Economia Desumana* – Porque Mata a Austeridade. Tradução: Rui Pires Cabral. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2014. p. 202-203.

[333] SALAMA, Pierre. *O Desafio das Desigualdades* – América Latina/Ásia: Uma Comparação Econômica. Tradução: Wilson F. Menezes. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 246.

remodelamento do perfil da dívida pública, aumentando o prazo de financiamento dos títulos públicos e outras medidas de diminuição do custo da dívida; e vi) instituição de teto para gastos com serviço da dívida.

O que deveria ser *ultima ratio* foi *prima ratio*. A diminuição nos gastos com direitos sociais deveria ser a última medida de austeridade a ser adotada em períodos de recessão econômica, somente adotada após restar infrutífera todas as medidas de austeridade anteriormente adotadas e que não atingissem predominantemente os mais vulneráveis, jamais *prima ratio*, como preferiu o legislador brasileiro por meio da EC nº 95.

As modificações ocorridas com a EC nº 95 foram *prima ratio* em virtude de os donos do poder não serem afetados por tais mudanças, diferentemente do que ocorreria em caso de acolhimento de algumas das sugestões acima dadas pelo autor, todas eles afetariam os donos do poder ou seus financiadores.

Por isso, as modificações trazidas pela EC nº 95 relativas a financiamento público de saúde violam cabalmente o subprincípio *necessidade*, pois dispunha o legislador de outras variadas medidas menos gravosas a direitos fundamentais.

Em continuação, o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* determina que o ganho com a restrição imposta a direito ou bem jurídico seja "compensado pela promoção do interesse contraposto"[334]. Necessário, portanto, aferir o custo-benefício da medida adotada.

Conforme já mencionado, em períodos de recessão econômica, a população mais pobre é a mais afetada pelo aumento da taxa de desemprego, o que aumenta a informalidade, e passa a necessitar mais ainda de serviços públicos. Ao adotar como *prima ratio* medida que limita gastos sociais com saúde, que serão mais demandados nos períodos de recessão econômica, o legislador constitucional preferiu por adotar opção política e jurídica com elevado custo social quando comparado ao retorno de tal medida como corretor de desequilíbrio fiscal orçamentário.

Será que com a adoção de algumas das medidas supracitadas, ainda seria necessário o estabelecimento de teto de gastos sociais e sua correção nominal pelo IPCA pelos próximos 20 anos ou seria ainda necessário incluir nesse NRF restrições a gastos com saúde e educação? Certamente, a adoção de algumas das medidas acima elencadas permitiria manter a correção de gastos públicos de maneira minimamente satisfatória aos mais vulneráveis, não

---

[334] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 478.

desprezando a necessidade de aumento real dos gastos sociais em virtude do aumento e envelhecimento populacional e igualmente do aumento do número de pessoas que necessitam de serviços públicos sociais, dada a crise econômica que eleva a taxa de desemprego e a informalidade laboral.

Não se está aqui defendendo que o Poder Público deva garantir imediatamente, ainda que em períodos de crise econômica, um sistema público de saúde perfeito e livre de falhas. Nunca tivemos isso. Nosso sistema público de saúde sempre apresentou inúmeras dificuldades e deficiências. Agora, com o NRF, essas deficiências irão colapsar o sistema público de saúde brasileiro. Igualmente o legislador constitucional brasileiro violou o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* ao adotar medida de elevado custo social e diminuto efeito material para reequilibrar as contas públicas.

Ainda é necessário verificar se a modificação constitucional do financiamento público dos gastos com saúde respeitou o "princípio da proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)", combatendo "a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição"[335].

O estabelecimento de direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos pela Constituição de 1988, impõe ao Estado brasileiro um *dever de proteção* a esses direitos. De nada adianta a Constituição de uma nação prever direitos fundamentais e se entender que essa previsão é desprovida de obrigação de proteção estatal. O princípio de proibição de proteção insuficiente tem por finalidade impedir que o Estado falhe no seu dever de proteção, decorrente do estabelecimento de direitos fundamentais. Assim, o Estado não pode implementar de maneira insuficiente as obrigações de proteção que lhe cabem aos direitos fundamentais. Os níveis de proteção aos direitos fundamentais necessitam assegurar um mínimo padrão de proteção exigido pela Constituição. A vedação da proteção insuficiente é mais uma medida de oposição à omissão inconstitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero assim analisam o princípio ora em comento:

> Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões

[335] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 482.

> inconstitucionais. É neste sentido – como contraponto à assim designada proibição de excesso – que expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermaßverbot).[336]

No caso em análise, pretende-se saber se a modificação do financiamento público de saúde, implementado pela EC nº 95 implica proteção insuficiente aos deveres de proteção do direito à saúde impostos ao Brasil pela Constituição de 1988. Habitualmente, é a partir da prática de atos omissivos que se viola deveres de proteção, mas não apenas. A mudança no financiamento em análise, ainda que seja um ato comissivo, pode implicar violação de dever de proteção à saúde, por não garantir nível suficiente de dinheiro público para o custeio de ASPS, no presente contexto brasileiro: crise econômica, elevadas taxas de desemprego, aumento da informalidade do trabalho, envelhecimento da população, aumento no número de usuários do serviço público de saúde pela diminuição de renda. Justamente por isso, o Banco Mundial tem recomendado ao Brasil que aumente sua política de transferência de renda em períodos de recessão econômica como maneira de mitigar os efeitos dessa crise à população mais vulnerável.[337]

A mudança constitucional do financiamento público pela União impõe que os gastos de saúde sejam os fixados em 2017, reajustados pelo IPCA daí em diante. Estipulou-se, assim, um piso deslizante, pois com o passar dos anos esse piso de gastos em saúde cairá em proporção da receita e do PIB. Entretanto, enquanto o piso cairá quando comparado ao PIB ou à receita pública, a população exigirá mais gastos desse tipo, justamente pelo aumento do envelhecimento da população, do desemprego e da informalidade, o que acarreta maior número de pessoas demandando serviços públicos de saúde. Em linguagem mais simples, em períodos de crise, os usuários do serviço público de saúde aumentam, pois a renda das pessoas diminui e as obriga a se socorrer apenas nos serviços públicos de saúde.

A partir de estudo intitulado *Austeridade e retrocesso – finanças públicas e política fiscal no Brasil*, elaborado por iniciativa do Fórum 21, Fundação Friedrich Ebert, GT de

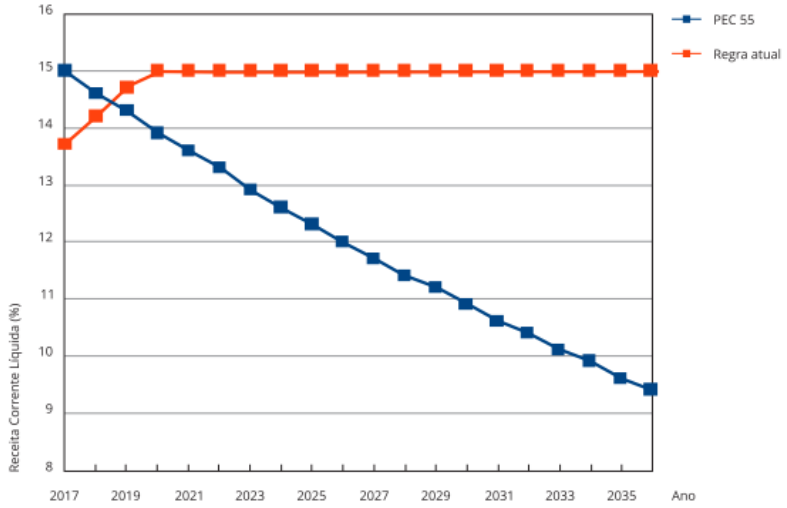
---

[336] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition, posição 8751 de 48294.

[337] Ver: 14.12.2019. Reportagem de Ligia Guimarães. Banco Mundial: Brasil precisa priorizar as quase 1 milhão de famílias vivendo na pobreza sem Bolsa Família. *UOL*. 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/12/14/banco-mundial-brasil-precisa-priorizar-quase-1-milhao-de-familias-vivendo-na-pobreza-sem-bolsa-familia.htm. Acesso em: 23. dez. 2019.

Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP) e Plataforma Política Social[338], os pesquisadores Pedro Rossi e Esther Dweck[339] fizeram um comparativo do antigo regime de financiamento de saúde (na tabela chamada de *regra atual*) com o atual (na tabela chamada de *PEC 55*), resultado da EC nº 95[340], verificando-se a diminuição desses gastos com o passar dos tempos, o que afetará substancialmente a saúde da população mais vulnerável, mais atingida pela crise econômica:

Gráfico 4 - Comparativo do antigo regime de financiamento de saúde com o atual.




Dessa forma, o gasto primário passaria de 19,6% do PIB em 2015 para 15,8% em 2026 e 12% em 2036. As despesas com saúde passariam de 4% do PIB em 2015 para 2,7% do PIB em 20 anos, quando a população brasileira será 10% maior.

Em continuação, o estudo compara os gastos com saúde, educação, benefícios previdenciários e demais despesas, considerando um cenário otimista de crescimento econômico de 2,5% ao ano a partir de 2018, ainda que inferior à media de crescimento do PIB nos últimos 20 anos, próxima de 3%, juntamente com uma evolução conservadora dos gastos com benefícios previdenciários:

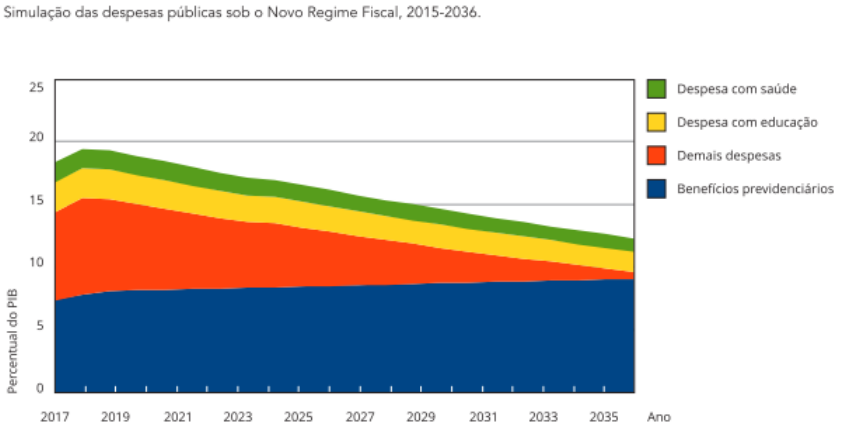
---

338 AUSTERIDADE e retrocesso: Finanças públicas e política fiscal no Brasil. São Paulo: Fórum 21; Fundação Friedrich Ebert Stiftung (FES); GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP); e Plataforma Política Social, 2016. *Brasil debate*. Disponível em: https://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

339 ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, e00194316, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2019.

340 Nesse estudo, a simulação considera a hipótese de crescimento do PIB de 2,5% ao ano no período e a RCL cresceria acompanhando o crescimento do PIB.

Gráfico 5 - Simulação das despesas públicas sob o Novo Regime Fiscal (2015-2036).




Assim, pelas análises supracitadas, haverá redução substancial do gasto público *per capita* com saúde, que certamente causará proteção deficiente do direito à saúde dos usuários de ASPS no Brasil.

Não se pode modificar o financiamento público de saúde desprezando o aumento de usuários desse serviço, sob pena de diminuição substancial dos gastos *per capita*. A modificação trazida pela EC nº 95 foi péssima escolha política de austeridade por: i) ser severamente seletiva, pois impacta exclusivamente os mais pobres; ii) desvincular receita de despesa; iii) desprezar fatores que resultam em maior número de usuários do serviço público de saúde, como crise econômica, aumento de taxa de desemprego, aumento da informalidade, aumento da população idosa e aumento da população mais vulnerável (na linha da pobreza e abaixo da linha da pobreza).

A EC nº 95, naquilo que modificou o financiamento federal de saúde, é expressão do exercício do *jusnaturalismo econômico*, nos termos do conceito de Alexandre Morais da Rosa:

> O ‘Neoconstitucionalismo dos Princípios’ consegue pelo discurso manifesto manter a aparência de efetividade da Constituição, quando opera, no discurso latente, como mecanismo de deslocamento da legitimidade do Direito Estatal para uma forma de ‘jusnaturalismo econômico’, no qual o ‘Deus Mercado’ e seu agente ‘eficiência’ seria o justificador de todas as normas cambiantes de um direito transformado mero chancelador das

> escolhas econômicas. Perde-se, assim, a dimensão do Direito em nome da 'estabilidade econômica'.[341]

Pelo acima exposto, percebe-se que há frontal violação ao princípio da proibição da proteção deficiente do direito à saúde, constitucionalmente previsto, e que causará dano extremo à população mais carente. Assim, a EC nº 95, naquilo que modificou o financiamento público de saúde, estipulou regra que viola o *princípio da proibição da proteção deficiente* do direito à saúde, sendo inconstitucional.

Os direitos sociais, como o direito à saúde, são prestacionais, exigem mais recursos públicos para sua implementação. Não garantir minimamente recursos públicos implica violação a esses direitos fundamentais. A forma mais eficaz e silenciosa de violação a direito social é não garantir recursos públicos mínimos para seu custeio como fez a EC nº 95. Por isso, a modificação do financiamento público de saúde, estabelecido pela EC nº 95, é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, em especial o princípio da proibição da proteção deficiente.

---

[341] MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al*. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo*: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 1, p. 144.

# CONCLUSÃO

A partir do que fora defendido neste trabalho, pode-se constatar que a desigualdade brasileira, além de ser uma realidade fática, é reconhecida constitucionalmente, motivo pelo qual o constituinte originário de 1988 elencou como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (art. 1º e art. 3º, ambos da CF/88). Por isso, as escolhas políticas brasileiras devem respeitar necessariamente esses fundamentos e objetivos, sob pena de serem tidas por inconstitucionais.

Os fundamentos e os objetivos constitucionais reconhecem a desigualdade brasileira e impõem a adoção de medidas estatais para sua superação. Não é um simples reconhecer constitucional, mas também uma insatisfação com a realidade desigual brasileira, que requer mudança. Assim, a Constituição de 1988 impôs a superação desse *status quo*, de modo que toda e qualquer atividade estatal não pode estar dissociada dos fundamentos e objetivos constitucionais. Dessa forma, a tributação, o orçamento e as despesas públicas, por exemplo, não podem ser dissociados dos fundamentos e dos objetivos do Estado brasileiro. O caminho escolhido pelo legislador constituinte de 1988 a ser seguido pela sociedade brasileira está traçado a partir da análise dos fundamentos e dos objetivos constitucionais.

Nessa forma de caminhar, o Estado brasileiro deve ter importante papel na ordem econômica. A previsão de constituição que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, não é incompatível com a intervenção estatal na economia. A livre iniciativa é fundamental para o desenvolvimento brasileiro. Entretanto o Estado brasileiro é um dos promotores do desenvolvimento como agente de fomento e indutor do desenvolvimento. É pela atividade estatal que se pode mitigar as externalidades negativas da economia baseada no livre mercado sobre os mais vulneráveis. Não há equilíbrio estável no desenvolvimento. Pela teoria da causação circular cumulativa, o livre mercado tende a fixar riqueza em regiões já desenvolvidas, o que acarreta dano econômico a outras regiões, gerando-se, então, efeitos progressivos e regressivos. Justamente, com a finalidade de conter esse desequilíbrio que o Estado deve exercer imprescindível papel de contentor de dano aos menos favorecidos.

Não é verdadeira a tese de que o subdesenvolvimento é fase ao desenvolvimento. Para se atingir o desenvolvimento, necessariamente não é preciso passar pelo subdesenvolvimento. É pela teoria econômica desenvolvida pela CEPAL que se constatou que o

subdesenvolvimento é uma realidade histórica e autônoma que necessitava ser estudada e interpretada. Dessa forma, somente se pode superar o subdesenvolvimento a partir da adoção de política pública duradoura e, tendo o Estado como agente indispensável, pois o livre mercado, por si só, não tem o condão de promover a superação dessa fase a fim de atingir o desenvolvimento a todos, principalmente aos mais carentes. A atuação estatal, portanto, é imprescindível como medida de planejamento, incentivo, regulação e mitigação dos efeitos regressivos do desenvolvimento. Somente é desenvolvimento quando também são contempladas a população mais carente, justamente por isso que a dignidade da pessoa humana é tanto fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) quanto *fim* da ordem econômica. Da mesma forma, a redução das desigualdades sociais e regionais é tanto *objetivo* da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) quanto *princípio* da ordem econômica.

Somente há verdadeira superação do subdesenvolvimento quando os benefícios do desenvolvimento resultam em melhoria das condições sociais e econômicas dos mais necessitados. Desse modo, o desenvolvimento somente é assim republicanamente considerado quando o crescimento econômico é inclusivo e permite que as pessoas tenham condições de exercer suas capacidades humanas básicas. *O princípio republicano* e o *princípio democrático* devem ser elementos pertencentes ao modo de desenvolvimento do Brasil. Isso determina que o desenvolvimento vise ao bem comum, atinja a todos, principalmente aos mais pobres. Quando república e democracia estão dissociadas do desenvolvimento, confundem-se dominação e desenvolvimento. Crescimento econômico que resulta apenas em benefício aos que já são ricos não é desenvolvimento, mas sim forma de manutenção de dominação.

A adoção de critérios mínimos de justiça no ordenamento jurídico é condição indispensável para o atingimento dos objetivos e fundamentos constitucionais e para a superação do subdesenvolvimento brasileiro, em um Estado republicano e democrático de direito, que possa garantir ao indivíduo o exercício de suas capacidades humanas básicas. Um indivíduo que não possa exercer suas capacidades humanas básicas não é dotado de dignidade.

O desenvolvimento econômico apenas pode resultar em transformação social quando for inclusivo o suficiente para promover a ruptura do subdesenvolvimento brasileiro, utilizando-se, para tanto, da atuação estatal conformadora, contendora e indutiva a partir de critérios de justiça distributiva em políticas públicas estatais para atingimento dos objetivos

fundamentais do país que garantam a todos os brasileiros a fruição das capacidades humanas básicas de maneira efetiva.

As medidas estatais, que precisam estar sempre associadas aos objetivos e fundamentos constitucionais, são escolhas políticas tomadas, em sua grande maioria, por ocupantes de cargos públicos eletivos. A forma de acesso a cargos públicos eletivos está diretamente relacionada a decisões políticas tomadas por seus ocupantes. As escolhas orçamentárias relativas à arrecadação pública, ao gasto público e à dívida pública são reflexos dos interesses não apenas daqueles que ocupam cargos públicos eletivos como principalmente de quem os financiam. Orçamento público é lei. Quem o confecciona são os indivíduos que participam do processo legislativo para elaboração de leis. São eles que têm o poder sobre o orçamento público brasileiro, a eles cabe decidir quem deve pagar ou deixar de pagar tributos, quem serão os beneficiários dos serviços públicos prestacionais e quem serão os credores estatais.

O acesso a cargos públicos eletivos é uma das formas indiretas de exercício do poder pelo povo. É, portanto, questão relativa à forma de acesso ao poder. Ao exercer tal poder, os ocupantes desses cargos não podem se dissociar do princípio republicano. Suas escolhas precisam respeitar o bem comum. Esse mesmo princípio impõe que a forma de acesso a cargos eletivos seja a mais igual e paritária possível. As condições de elegibilidade aos que pretendem ocupar cargo eletivo necessitam permitir que os mais variados grupos sociais consigam eleger seus representantes. A via de acesso a cargos eletivos requer estar disponível a todos os grupos sociais, em igualdade de competição e proporcionar igual oportunidade a todos os participantes do processo eleitoral.

As condições de elegibilidade devem ser somente aquelas descritas na Constituição (art. 14, §3º, CF/88). Ao verificar a realidade brasileira quanto à forma de acesso a cargos públicos eletivos, percebe-se que o poder econômico exerce desproporcional vantagem àqueles que dele dispõe, em virtude da forma de financiamento de campanha eleitoral. Ainda que se tenha impedido a doação eleitoral por pessoa jurídica, a forma atual de financiamento eleitoral ainda beneficia os mais ricos, que, em vários casos, podem sozinhos financiar toda sua campanha. Pelo regramento atual, o autofinanciamento está limitado a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. Em alguns casos, esse limite pode ser até maior que o limite de gastos estabelecidos pela lei para o cargo ao qual concorre, permitindo que o candidato financie inteiramente sua própria campanha, não

propiciando que haja igualdade no pleito eleitoral. Assim, o poder econômico, ainda quando exercido dentro das normas jurídicas que regem as disputas eleitorais brasileiras para acesso a cargos públicos eletivos, é instrumento que desequilibra significativamente o pleito eleitoral em benefício dos que dispõem de melhores condições financeiras. Em resumo, o acesso para obtenção de mandatos eletivos é bem mais fácil ao rico que ao restante da população, impedindo que haja representatividade de toda a camada social brasileira.

Como tentativa de permitir que o acesso a cargos eletivos ocorra de maneira mais paritária, sugeriu-se, no presente trabalho, a estipulação conjunta de três limites para doação de pessoa física, quer seja relativa a autofinanciamento, quer seja relativa a financiamento de terceiros: i) 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição; ii) limitado a dez salários mínimos para cada cargo ou chapa majoritária em disputa; iii) somadas todas as doações, é medida que atende com maior razão ao princípio republicano no direito financeiro eleitoral e propicia condições de igualdade ao acesso a cargos públicos, minorando a influência do poder econômico nos pleitos eleitorais.

De igual forma a distribuição de recursos em campanhas eleitorais oriundos do FP também viola o princípio democrático e republicano, pois a estrutura interna partidária, que determina a forma de distribuição, é dotada de critérios coronelistas de divisão de poder, havendo verdadeiros donos de partidos políticos, por região, por estado e nacionalmente. Os candidatos e a forma de distribuição dos recursos financeiros do partido serão aqueles que o dono do partido quiser que sejam. As regras intrapartidárias são severamente antidemocráticas, beneficiam somente os que já detêm o poder partidário, impedindo a alternância de poder e o surgimento de novas lideranças, em prol da manutenção dos caciques políticos.

Um dos instrumentos internos que mantém a estrutura coronelista dos partidos políticos brasileiros é a comissão provisória para desempenhar o trabalho de órgão de direção partidária, quando não houver eleição para a constituição desse órgão de direção. Os integrantes dessa comissão provisória são escolhidos por intermédio de indicação do órgão de direção superior. Apesar de provisória, os partidos requerem sucessivas prorrogações dessas comissões ao TSE como forma de perpetuar suas indicações na comissão provisória.

Assim, a eliminação ou diminuição de comissão provisória intrapartidária é medida que pode propiciar o respeito ao princípio democrático e ao republicano na estrutura interna do partido político, fomentando o surgimento de novas lideranças e permitindo que haja

alternância de poder, de modo a refletir na modificação da forma de financiamento eleitoral a partir dos recursos do FP, tornando-o igualmente democrático e republicano.

Atualmente, a forma de financiamento eleitoral, ainda pós-proibição de financiamento por pessoa jurídica, é tanto causa quanto consequência do uso do poder econômico pelos beneficiários de regras antidemocráticas para acesso a cargos eletivos, havendo verdadeira captação do poder político pelo econômico. A realidade brasileira demonstra que o dinheiro é condição de elegibilidade aos que disputam acesso a cargos eletivos, ainda que não esteja expresso no art. 14, §3º da CF/88.

A forma de financiamento eleitoral irá refletir diretamente nas escolhas do legislador orçamentário. Se a forma de acesso a cargos eletivos respeita o princípio republicano e democrático, igualmente o orçamento público respeitará tais princípios. Há relação direta entre a forma de acesso a cargos eletivos e às escolhas orçamentárias brasileiras relativas ao perfil da tributação, dos gastos e da dívida pública brasileiros.

A forma de arrecadação estatal também é determinada pelo exercício do poder político. O legislador constituinte optou pela instituição de modelo tributária progressivo na medida de suas possibilidades. Um modelo tributário justo deve ser progressivo quanto mais possível for, evitando-se arrecadar mais de quem tem menos. A tributação, como um dos componentes orçamentários, necessita ser medida de implementação de justiça distributiva e igualmente não pode estar dissociada dos objetivos e fundamentos constitucionais.

A carga tributária brasileira não é uma das maiores do mundo como se propaga coloquialmente por bares, botecos e meios de imprensa. Ao contrário, é menor do que a média dos países da OCDE. Entretanto a composição dessa carga tributária é severamente regressiva. Há um descompasso entre o que determina a Constituição de 1988 e a realidade tributária brasileira. Enquanto a Constituição de 1988 requer um modelo de tributação justo, progressivo, que cobre mais de quem tem mais, a realidade fática brasileira demonstra que os tributos são cobrados de maneira regressiva, mais de quem tem menos, dos mais vulneráveis.

Isso ocorre em virtude da composição da carga tributária brasileira, severamente concentrada em tributos sobre *bens e serviços* (base de incidência mais onerada pela tributação brasileira) e sobre *folha salarial* (segunda base de incidência mais onerada) e extremamente benéfica aos contribuintes de tributos sobre *renda* e sobre *propriedade*. O Brasil, quando comparado aos países da OCDE, é o que menos tributa renda, lucro e ganho de capital.

A concentração tributária sobre bens e serviços, por meio de tributos indiretos, resulta em cobrança sem análise da capacidade contributiva de cada contribuinte, o que penaliza sensivelmente os mais vulneráveis, que pagam um valor proporcionalmente maior em virtude de sua menor capacidade contributiva. A seletividade da alíquota de tributos indiretos em virtude da essencialidade do produto ou do serviço não é causa suficiente a eliminar o caráter regressivo do sistema tributário brasileiro, pois os tributos indiretos têm carga maior de dificuldade em adequar a cobrança às características individuais dos contribuintes, pois incidem sobre transações comerciais, independentemente de quem sejam o comprador e o vendedor. Há estudos que demonstram que os tributos indiretos sobre bens e serviços aumentam o índice de Gini, em demonstração de que esse tipo de tributação aumenta a desigualdade social das pessoas mais vulneráveis.

A promoção ao pleno emprego, um dos princípios da ordem econômica, é dificultada também pela elevada carga tributária sobre folha salarial. Isso dificulta a criação e manutenção de postos de trabalho, aumentando a taxa de desemprego e enviando o trabalhador à informalidade.

Quanto à tributação sobre renda, constatou-se que há enorme discrepância entre progressividade das alíquotas legais e a progressividade das alíquotas efetivas. As alíquotas efetivas são progressivas até os contribuintes com faixa de renda de 30 a 40 salários mínimos, a partir de então há regressividade da alíquota efetiva, cobrando-se menos quanto maior a renda auferida. Isso ocorre porque quanto mais rico o indivíduo maior sua renda oriunda de ganhos de capital (dividendos e JCP). No Brasil, os lucros e dividendos destinados aos acionistas não ficaram sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte nem integram a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário (art. 10º). Além disso, permitiu-se deduzir do lucro tributável da pessoa jurídica (com apuração contábil pelo lucro real), os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio. Dentre os países da OCDE, apenas a Estônia não tributa dividendos e JCP.

Constatou-se que o modelo tributário brasileiro é severamente regressivo em virtude das seguinte características: i) sua maior base de incidência são tributos indiretos sobre bens e serviços; ii) a progressividade do imposto de renda é limitada em virtude da isenção ou tributação diminuta de dividendos e JCP, que compõe a maior parte da renda dos mais ricos, causando pagamento de alíquota efetiva bem menor do que a média dos demais brasileiros; e

iii) a folha salarial é a segunda maior base de incidência tributária no Brasil, dificultando a busca pelo pleno emprego, a criação e a manutenção de postos de trabalho.

Sugeriu-se, no presente trabalho, como forma de adequar a tributação brasileira ao valor republicano, diminuindo seu caráter regressivo: i) a revogação de benefícios tributários aos rendimentos oriundos de ganho de capital, eliminando-se a isenção de dividendos, a dedução de JCP do lucro tributável da empresa e a tributação única de 15% sobre JCP quando destinado ao acionista; ii) a diminuição de sua base de incidência de tributos sobre bens e serviços e sobre folha salarial; e iii) o aumento da tributação sobre a renda. Essas medidas ajudariam na diminuição de desigualdade social e garantia a busca pelo pleno emprego, diminuindo a concentração de renda no país, promovendo progressividade no modelo tributário brasileiro, respeitando o princípio republicano, visando ao bem comum.

Pela análise feita dos gastos públicos percebeu-se que o maior gasto público federal é o destinado ao pagamento da DPF, restando pouco a custear gastos sociais. Do valor executado pelo orçamento público federal no exercício 2018, a DPF foi responsável pelo gasto de R$ 1,1 trilhão, sendo a maior despesa orçamentária executada em 2018, em seguida por gastos relativos à previdência social, com saúde e com educação.

O regime previdenciário brasileiro apresenta várias distorções que causam o aumento dessa despesa e provocam concentração de renda e regressividade. Curiosa é a disparidade entre os regimes previdenciários quando se analisa a relação entre despesa e receita. Ao se dividir despesa por receita, o RGPS apresenta o fator de 1,49, o RPPS o fator de 2,42 e o sistema de benefícios com inativos militares e pensões militares apresenta o assustador fator de 23, o que significa dizer que a despesa com benefícios com inativos militares e pensões militares representa 23 vezes o valor da arrecadação obtida por esse regime.

Em grande medida, a regressividade do sistema previdenciário brasileiro ocorre em virtude de os beneficiários servidores públicos do topo da pirâmide receberem acima (e muito acima) do teto da previdência. Assim, sugeriu-se, ao longo deste trabalho, a adoção de algumas medidas como forma de tornar o sistema previdenciário brasileiro mais justo e republicano, como: i) unificação dos regimes de previdência; ii) proibição de recebimento cumulativo de aposentadoria e pensão; e iii) instituição de teto previdenciário ao setor público. Isso diminuiria a estratificação e concentração do sistema de proteção social brasileiro, permitindo que as despesas públicas fossem direcionadas aos gastos sociais, o que

propiciaria garantia do desenvolvimento das capacidades humanas básicas de todos os brasileiros, principalmente os das camadas sociais mais baixas.

O Brasil precisa melhorar sua forma de gasto público. Os gastos públicos sociais podem ser instrumentos relevantes para a diminuição das desigualdades sociais brasileiras. A STN, a partir de estudo por ela conduzido, constatou que, no período analisado, os gastos com transferências sociais diretas ocasionaram 47% da redução da desigualdade e 32% da melhoria da proporção da pobreza, o que permitiu a retirada de 6,8 milhões de pessoas da pobreza, demonstrando a relevância dos gastos sociais na diminuição da desigualdade e redução da pobreza.

Ao se analisar o perfil da DPF, pode-se concluir que: i) o serviço da dívida é o maior gasto público orçamentário brasileiro, pois 50% do orçamento federal é destinado à despesa da dívida e 50% do orçamento fiscal é destinado apenas ao pagamento de juros e amortização da dívida; ii) os empréstimos passaram a ser contraídos pela União não somente para cobrir déficits orçamentários como também para refinanciar a própria dívida (rolagem da dívida); iii) a dívida pública brasileira é majoritariamente interna (96,18% da DPF fora contraída no Brasil); iv) o prazo médio de vencimento da dívida é muito curto (prazo médio de 4,11 anos), somente 24,5% da dívida tem prazo de pagamento maior que 5 anos; v) os credores da DPF são compostos por 7 grupos: fundos de investimento (26,9%), fundos de previdência (25%), instituições financeiras (22,7%), não residentes no país (11,2%), outros (5,8%), governo (4,2%) e seguradoras (4,1%); vi) os títulos que compõem a dívida são indexados de maneira que dificulta o planejamento a longo prazo por 35,5% desses títulos estarem vinculados à taxa flutuante; vii) o custo do serviço da dívida é extremamente elevado (9.86% ao ano); e viii) a DPF é muito alta (R$ 3,8 trilhões no ano de 2018).

Percebeu-se que a necessidade de o legislador orçamentário ter adotado as medidas do NRF deriva da pressão exercida pelo aumento das despesas primárias sobre o serviço da dívida pública. Em linguajar mais simples, o aumento das despesas primárias pode resultar em maior risco de os credores brasileiros tomarem calote e não terem seu crédito adimplido pela União. Assim, optou o legislador constituinte orçamentário por impedir o crescimento real das despesas primárias pelos próximos 20 anos como forma de diminuir o risco de os credores não receberem seu crédito do Brasil. O poder político e econômico dos credores da DPF vem sendo exercido ao longo de todo o processo político brasileiro e não diferente tem sido após a Constituição de 1988, que considera o serviço da dívida algo intocável, não

sujeito a deliberações, quase que uma divindade. A intocabilidade da dívida pública é demonstrada por meio de duas medidas de blindagem modificativa ou cláusulas pétreas orçamentárias reforçadas: i) fixação unilateral pelo Executivo dos valores pagos de serviço da dívida (art. 166, §3º, II, b da CF/88); e ii) impossibilidade de contingenciar as verbas destinadas ao serviço da dívida (art. 9º, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Sugeriu-se no curso deste trabalho que é necessário melhorar não somente o montante da dívida (diminuí-lo), mas, principalmente, melhorar a sua qualidade, como: i) aumento do prazo médio de pagamento do seu estoque; ii) mudança na composição da DPF, priorizando títulos pré-fixados ou indexados a índices de preços; iii) aumento da liquidez desses títulos no mercado secundário; e iv) desconcentração dos credores. Somado a isso, o serviço da dívida não pode ficar excluído de deliberação parlamentar, sendo medida unilateral do Poder Executivo. É imprescindível que o brasileiro, por meio de seus representantes eleitos no Legislativo, possa ter voz ativa no processo decisório do montante a ser pago de serviço de dívida e que as medidas de contingenciamento de verbas sejam também suportadas pelos credores dessa dívida, não sendo destinadas apenas à população mais carente, que é a primeira a sofrer com medidas de austeridade fiscal seletiva.

Não se pode excluir da discussão legislativa o gasto público que mais onera o orçamento público brasileiro. A adoção do NRF jamais poderia ter ocorrido sem sequer se debater amplamente, no Brasil, o perfil e o custo da dívida pública brasileira. Apenas se fez isso com a finalidade de manter hígido o pagamento do serviço da dívida em benefício de credores, ainda que isso importasse em proibição de aumento de gastos públicos sociais pelos próximos 20 anos em detrimento da população mais carente, em total afronta aos objetivos republicanos dispostos na Constituição de 1988.

Em virtude do aumento do risco de inadimplemento da DPF, caso a despesa pública primária continuasse a aumentar, o legislador constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 95/2016, instituiu o NRF. Essa modificação constitucional teve por objetivo congelar as despesas primárias por 20 anos, proibindo que tenham aumento real e estipulando limites individualizados para os Poderes da República e prevendo apenas a correção desses limites pela aplicação do IPCA. Quanto à aplicação mínima em ASPS, estipulou-se o valor já previsto de, no mínimo, 15% da RCL especificamente para o exercício 2017. Os demais exercícios financeiros deveriam aplicar em ASPS, no mínimo, os valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos pelo IPCA.

Percebeu-se, assim, que, pelo NRF, os gastos mínimos com ASPS deixaram de ter relação direta com a arrecadação de RCL e passam a orbitar sobre seu próprio eixo, instituindo-se o *narcisismo da despesa pública*, pois apenas se leva em consideração a despesa para fixar a própria despesa, independentemente de qual o volume de receita obtido pela União.

A modificação de financiamento federal de saúde impacta direta e negativamente na prestação desse direito à saúde às pessoas mais vulneráveis. As mudanças constitucionais que atinjam os direitos fundamentais devem ocorrer com extrema moderação e sem afetar seu núcleo essencial, independentemente a qual geração de direitos fundamentais pertençam. Não há mais espaço para uma interpretação dos direitos fundamentais que os enxerguem como direitos isolados e independentes. Os direitos individuais e políticos (1ª geração ou dimensão) necessitam obrigatoriamente dos direitos econômicos, sociais e culturais (2ª geração ou dimensão), que igualmente nada são sem os direitos coletivos e difusos (3ª geração ou dimensão) e sem o direito à democracia e ao desenvolvimento (4ª geração ou dimensão).

Defendeu-se, no presente trabalho, que todos os direitos materialmente fundamentais são considerados como cláusula pétrea, independentemente de estarem no rol do artigo 5º ou de pertencerem a uma geração diversa dos direitos de 1ª geração ou dimensão, pois o princípio da dignidade da pessoa humana apenas pode ser garantido ao se proteger todos os direitos fundamentais, dada a interdependência e interrelação existente entre eles.

A garantia de condição material básica de prover suas necessidades requer ser dada a todo indivíduo dotado de dignidade, devendo a ele ser garantida essa condição mínima existencial, independentemente de ele ser o menos adaptado ou o mais fraco na competição entre os indivíduos que compõem uma sociedade.

O mínimo existencial não pode ser visto apenas como medida de instrumentalização a outros direitos, como o direito à liberdade e à democracia. A dignidade da pessoa humana determina que ao indivíduo devem ser garantidos direitos muito além da liberdade e da democracia. Ao indivíduo garantem-se tantos quantos forem os direitos fundamentais à sua existência digna. Isso também é válido para aqueles com impedimentos físicos e mentais, crianças, idosos, pessoas momentaneamente sem discernimento, mulheres em determinadas sociedades (consideradas não produtivas e inferiores social e economicamente) e cidadãos de outras nacionalidades, ainda que por impossibilidades físicas e mentais, não possam exercer na sua inteireza os direitos à liberdade e à democracia, pois independentemente de sua

condição física ou mental continuam a manter sua dignidade. O direito ao mínimo existencial também é a eles destinado.

Justamente por isso que o direito ao mínimo existencial é autônomo, independente, não instrumentalizado, pois concebido para indivíduo com dignidade.

A modificação no financiamento público federal de saúde ofende o mínimo existencial, na medida em que afeta diretamente a população mais vulnerável, usuária dos serviços públicos de saúde, principalmente em período de recessão econômica, quando há aumento do desemprego e da informalidade no mercado de trabalho. O NRF impede que haja crescimento real de gastos com saúde. Além disso, essa mudança constitucional resultará diminuição dos gastos *per capita* com saúde, pois desconsidera o aumento da população brasileira, o aumento do número de idosos, que necessitam em maior grau de ações e serviços de saúde, principalmente em períodos de recessão econômica. A população mais vulnerável não dispõe de outra alternativa para tratar de sua saúde que não sejam os serviços públicos de saúde.

Defendeu-se, neste trabalho, que a consideração de proibição de modificações tendentes a abolir direito à saúde (*cláusula pétrea*), a necessidade de garantia do mínimo existencial, a possibilidade de vinculação de receitas de impostos a gastos com saúde e educação, bem como a imposição de um gasto mínimo obrigatória nessas áreas sociais determinam que as modificações constitucionais relativas a financiamento de direito à saúde sejam dotadas de imprescindível e obrigatório respeito ao princípio da proporcionalidade, sob pena de ferir cláusula pétrea. Impõem-se, assim, que reformas constitucionais que atinjam direitos fundamentais respeitem os critérios da *adequação* (o meio necessita ser apto para o atingimento da finalidade pretendida), da *necessidade* (dentre as opções disponíveis, precisa ser a que resulte no menor sacrifício do direito restringido) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (deve haver razoável relação de custo-benefício entre os meios e fins), não podendo atingir o mínimo existencial

O discurso político usado para a adoção do NRF foi que seu resultado seria a melhoraria das contas públicas brasileiras e instrumento imprescindível para crescimento econômico com geração de emprego e renda.

Ao se analisar o princípio da proporcionalidade e seus componentes, constatou-se que o limitador de financiamento à saúde aqui analisado respeitou o subprincípio *adequação*, mas

violou a *necessidade*, a *proporcionalidade em sentido estrito* e a *proibição à proteção deficiente*.

A mudança constitucional no financiamento público federal de saúde, como medida de austeridade, com a finalidade de propiciar a diminuição de gastos públicos, foi adequada, pois melhorar o desequilíbrio fiscal é um fim legítimo perseguido pelo Estado e é um meio apto para contribuir com o alcance desse fim. Não há como negar que o congelamento real das despesas públicas primárias pelos próximos 20 anos não seja instrumento de controle de gasto público. Não é apenas instrumento de controle de gasto público como também é um dos mais drásticos adotados em comparativo com outras nações.

Quanto ao subprincípio da *necessidade*, o legislador constituinte orçamentário deveria ter adotado a medida menos gravosa dentre as disponíveis para o alcance de sua finalidade (equilíbrio das contas públicas). Entretanto optou-se pela mais drástica, severa e gravosa, em total desrespeito ao subprincípio da necessidade. A *prima ratio* das medidas de austeridade da União foi criar limites para as despesas primárias, dentre eles a correção dos gastos mínimos com saúde e educação pelo IPCA durante os próximos 20 anos.

Defendeu-se, no presente trabalho, que haviam várias outras medidas prévias a serem adotadas antes da adoção de medida de austeridade tão drástica quanto à constante no NRF como forma de demonstrar que a diminuição no financiamento de direitos sociais foi *ultima ratio* dentre suas medidas de austeridade e somente atingiu os mais vulneráveis por não haver mais medida anterior menos prejudicial a ser adotada. Dentre as medidas prévias aqui defendidas estão: i) aumento da arrecadação pela tributação de dividendos e JCP; ii) adoção de medidas que visem melhorar a cobrança de dívida ativa; iii) modificação do perfil da tributação brasileira, diminuindo sua regressividade pelo aumento da carga tributária incidente sobre a renda e pela diminuição da carga tributária incidente sobre bens, consumo e folha salarial; iv) auditoria da dívida pública brasileira; v) remodelamento do perfil da dívida pública, aumentando o prazo de financiamento dos títulos públicos e outras medidas de diminuição do custo da dívida; vi) instituição de teto para gastos com serviço da dívida; e vii) reforma previdenciária que verdadeiramente acabe com os privilégios de uma minoria do serviço público que causa desproporcional déficit orçamentário, ao contribuir pouco e ser beneficiária dos maiores benefícios previdenciários.

A adoção do NRF como *prima ratio* demonstra que a escolha política do legislador constitucional orçamentário é medida de austeridade fiscal seletiva, pois destinada a manter

privilégios dos donos do poder, dos que exercem o poder político e de seus financiadores. Assim, a garantia de pagamento do serviço da dívida pública brasileira está sendo dada e reforçada pelo sacrifício aos direitos da população mais vulnerável, ao se impedir aumento real das despesas públicas primárias, incluindo as relativas à saúde, pelos próximos 20 anos.

Igualmente, as modificações trazidas pela EC nº 95 relativas a financiamento público de saúde violam cabalmente o subprincípio *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o ganho com a restrição imposta a direito ou bem jurídico não é compensado pela promoção do interesse contraposto. É dizer: o custo-benefício é deveras alto e suportado justamente por quem já não tem o que suportar, a população mais vulnerável. Certamente, a adoção de algumas das medidas acima elencadas permitiria manter a correção de gastos públicos de maneira minimamente satisfatória aos mais vulneráveis, não desprezando a necessidade de aumento real dos gastos sociais em virtude do aumento e do envelhecimento populacional e igualmente do aumento do número de pessoas que necessitam de serviços públicos sociais, dada a crise econômica que eleva a taxa de desemprego e a informalidade laboral.

Da mesma forma, a reforma constitucional aqui analisada viola o *princípio da proibição da proteção deficiente*, pois não se pode modificar o financiamento público de saúde desprezando o aumento de usuários desse serviço, sob pena de diminuição substancial dos gastos *per capita*.

Pelas informações supracitadas, a modificação constitucional de financiamento federal de saúde, ocorrida com a EC nº 95, é inconstitucional, pois ofende o direito ao mínimo existencial, é severamente desproporcional e protege deficientemente o direito à saúde da população mais vulnerável. Enquanto isso os verdadeiros beneficiários da institucionalização desse teto de gasto público continuam a estar em dias com seus planos de seguro saúde ou com seus tratamentos particulares em clínicas médicas no exterior.

A modificação trazida pela EC nº 95 foi péssima escolha política de austeridade por ser severamente seletiva, pois impacta exclusivamente os mais pobres, por desvincular receita de despesa e desprezar fatores que resultam em maior número de usuários do serviço público de saúde, como crise econômica, aumento de taxa de desemprego, aumento da informalidade, aumento da população idosa e aumento da população mais vulnerável (na linha da pobreza e abaixo da linha da pobreza).

Dessa forma, restou demonstrado que a forma de acesso a cargos eletivos, a partir do modelo de financiamento eleitoral, resulta em benefício de privilégios da classe dominante,

em detrimento da população mais carente. Medidas de austeridade como a instrumentalizada pela EC nº 95 é exemplo de defesa dos privilégios dos mais favorecidos e donos do exercício do poder político. Cabe à população, enquanto não se respeitar o princípio republicano e democrático no acesso a cargos eletivos, suportar o ônus da austeridade pretendida pelo legislador constituinte orçamentário como forma de garantir o pagamento dos credores da dívida pública brasileira.

O congelamento das despesas públicas primárias pelos próximos 20 anos, incluindo os gastos sociais com saúde, é consequência da cooptação do poder político pelo poder econômico. Este utiliza aquele como instrumento de manutenção dos privilégios dos mais ricos, elaborando orçamento público antidemocrático e antirrepublicano, mantendo sistema tributário e previdenciário regressivos, garantindo pagamento de seus créditos junto à União, ainda que para isso seja necessário congelar as despesas públicas com saúde por 20 anos. Assim, o *Brasi de baxo*, narrado por Patativa do Assaré, continua sustentando os privilégios do *Brasi de cima*.

# REFERÊNCIAS


ALDERMAN, Liz. Portugal abandona austeridade e impulsiona crescimento. *Internacional Estadão*, 10 ago. 2018. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,portugal-abandona-austeridade-e-impulsiona-crescimento,70002430442. Acesso em: 16 dez. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Luciana. Com patrimônio de R$ 668 mi, candidato mais rico é dono de farmacêutica. *Uol*, 22 ago. 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/08/22/candidato-mais-rico-e-dono-de-farmaceutica-com-patrimonio-de-r-667-milhoes.htm. Acesso em: 21 jan. 2019.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016.

ASSARÉ, Patativa do. *Melhores poemas*. Seleção de Cláudio Portella. São Paulo: Global, 2006.

AUSTERIDADE e retrocesso: Finanças públicas e política fiscal no Brasil. São Paulo: Fórum 21; Fundação Friedrich Ebert Stiftung (FES); GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP); e Plataforma Política Social, 2016. *Brasil debate*. Disponível em: https://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*, vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Um outro país*: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BASTOS, Carlos Pinkusfeld; MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. Crise subprime nos Estados Unidos: a reação do setor público e o impacto sobre o emprego. *Revista tempo do mundo*, Brasília, v. 3, n. 2, abr. 201. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6213. Acesso em: 13 jan. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BEGHIN, Nathalie; CARDOSO, Alessandra. *Subsídios aos combustíveis fósseis no Brasil*: conhecer, avaliar, reformar. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2018. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wpcontent/uploads/2018/06/Estudo_completo_Inesc.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, vol. 57, n. 1, 2014.

_____. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BITTAR, E. C. B. A teoria aristotélica da Justiça. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 92, p. 59, jan. 1997.

BLYTH, Mark. *Austerity* - the history of a dangerous idea. New York: Oxford University Press, 2013.

BOUDEVILLE, J. R. *Amémagement du territoire et polarization.* Paris: M-ThGénin, 1972.

BRASIL. *A dívida em grandes números*. Tesouro Nacional. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/a-divida-em-grandes-numeros. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução nº 322, de 8 de maio de 2003*. Aprova seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Brasília: CNS, 2003. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2003/Reso322.doc. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. *Gasto social do governo central – 2002 a 2015*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2016. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/Gasto+Social+Governo+Central/. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. *Grandes Números IRPF* – Ano-Calendário 2016, Exercício 2017. Brasília: Receita Federal - Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/estudo-gn-irpf-ac-2016.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. *Lei nº 12.858, de 9 de setembro de 2013*. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. *Mensagem nº 357, de 30 de junho de 2003*. Dispõe sobre as razões para os vetos ao Projeto de Lei nº 2, de 2003 - CN, que "Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. Receita Federal do Brasil. *Carga Tributária no Brasil – 2017* (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Brasília, 2018. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. Ministério da Economia. *Relatório Anual da Dívida 2018* (RAD). Dívida Pública Federal, Secretaria Especial de Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RAD_2019.pdf/85c6fb46-144a-4c26-88f2-6b15e4098744. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Ministério da Economia. *Relatório mensal da dívida pública federal (dezembro/2018)*. Dívida Pública Federal, Secretaria Especial de Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional, Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/710823/Texto_RMD_Dez_18.pdf/61dd4cbc-2ac0-4b30-ba32-0c074604680a. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. Ministério da Economia. *Relatório Resumido da Execução Orçamentária* (RREO) – contabilidade e custos. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019. Disponível em: http://www.tesourotransparente.gov.br/temas/contabilidade-e-custos/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. Ministério da Economia. *Resultado do Tesouro Nacional* – dezembro de 2018. Brasília, 2019. Disponível em: http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/thot/transparencia/anexo/5023:182718:inline. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Senado Federal. *Orçamento da União 2020*. Portal SIGA Brasil. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2019. Disponível em: http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrcamentoVisaoGeral. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AgR no RE 417408*, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 20.03.2012 e Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 254.764, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 21.02.11.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AgR no RE 658171*, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 01.04.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *AI 553712*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 05.06.2009. e Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, AgR no AI 597182, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 06.11.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *HC 124.306*, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 09.08.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, *MS 33340*, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 31.07.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no ARE 639337*, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 23.08.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no RE 559646*, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 07.06.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, *AgR no RE 634643*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 13.08.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4650* – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Monocrática*, MC em ADPF 45, Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1205/2014*. TC. 018.259/2013-8. Relatório de levantamento de auditoria. Relator: Ministro Raimundo Carreiro, 15 de maio de 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório das eleições 2014*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016. p. 481. Disponível em: http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/relatorio_eleicoes/relatorio-eleicoes-2014.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRITO, Edvaldo. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Eleições 2002: o financiamento das campanhas eleitorais e seu controle. Enquadramento jurídico. *Revista de Direito Mackenzie*, ano 3, n. 1, p. 89-90, 2002. Disponível em: http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/7232/4900. Acesso em: 03 mar. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, jan./dez. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASO da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Gray v. Sanders case. *Justia*. 1963. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/368/. Acesso em: 3 fev. 2019.

CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. *In*: _____.*Políticas Sociais*: acompanhamento e análise - vinte anos da Constituição Federal - Introdução, nº 17. Brasília: Ipea, 2009.

COMISSÃO aprova aumento do fundo eleitoral, que chega a R$ 3,8 bi. *Congresso em Foco*, 04 dez. 2019. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/comissao-aprova-aumento-do-fundo-eleitoral-que-chega-a-r-38-bi/. Acesso em: 15. dez. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. 57, nº 1, Coimbra, 2014.

_____. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

COTA, Rodrigo Toledo Cabral. *Uma imersão nas contas públicas brasileiras*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2294b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUBAS, Marina Gama. Quem são os candidatos mais ricos que disputam os governos estaduais. *Carta Capital*. 2018. Disponível em:

https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-sao-os-candidatos-a-governo-mais-ricos/. Acesso em: 21 jan. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Financiamento público de campanhas eleitorais: influência do poder econômico, o fundo especial de financiamento de campanha (FEPC), instituído pela lei nº 13.487, de 2017, limites máximos de gastos em campanhas eleitorais e outros temas correlatos. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). *Financiamento e prestação de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad* (Simposium Franco-espanhol de Derecho Constitucional). Sevilla: Editora Civitas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo:* Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 1.

_____. O estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional:* teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

_____. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRY, Luc. *A revolução do amor*: por uma espiritualidade laica. Tradução: Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FINANCIAL Literacy Around the World: insights from S&P global finlit survey. *GFLEC*. 2015. Disponível em: http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/3313-Finlit_Report_FINAL-5.11.16.pdf?x87657. Acesso em: 19 jan. 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAIGER, F. S. *et al. Fiscal Equity*: Distributional Impacts of Taxation and Social Spending in Brazil, IPC-IG Working Paper No. 115, Brasília: International Policy Centre for Inclusive Growth, 2013.

GARCIA, Manuel Enriquez; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. *Fundamentos de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Progressividade tributária*: a agenda esquecida. Brasília: Tesouro Nacional, 2015.

_____. *Tributação do capital no Brasil e no mundo*: Texto para discussão. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. p. 30-31. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2380b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* Interpretação e Crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUIMARÃES, Ligia. Banco Mundial: Brasil precisa priorizar as quase 1 milhão de famílias vivendo na pobreza sem Bolsa Família. *UOL*, 14 dez. 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/12/14/banco-mundial-brasil-precisa-priorizar-quase-1-milhao-de-familias-vivendo-na-pobreza-sem-bolsa-familia.htm. Acesso em: 23. dez. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERÁCLITO. *Fragmentos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOLMES, S.; SUSTEIN C. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2000.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IDOETA, Paula Adamo; SANCHES, Maria. Sem merenda: quando férias escolares significam fome no Brasil. *O Globo*, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/07/15/sem-merenda-quando-ferias-escolares-significam-fome-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 01. dez. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas sobre o IPCA*. 2019. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=o-que-e. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016-2017*: Informativo Educação 2017. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf. Acesso em: 19 jan. 2019.

_____. *Pesquisa Nacional de Saúde*: 2013, acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=294074. Acesso em: 14 dez. 2019.

_____. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2019. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *A Responsabilidade Social das Empresas no Processo Eleitoral.* Edição 2014. Disponível em: https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Responsabilidade-das-Empresas-no-Processo-Eleitoral_20141.pdf. Acesso em: 3. fev. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Equidade fiscal no Brasil*: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519comunicadoipea92.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

JONES, Owen. No alternative to austerity? That lie has now been nailed. *The Guardian*, 24 ago. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/24/austerity-lie-deep-cuts-economy-portugal-socialist. Acesso em: 16 dez. 2019.

JUDT, Tony. *O mal ronda a terra*. São Paulo: Objetiva, 2011.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*: o que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. Das Letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. *A Essência da Constituição.* 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIMA, Paulo César Ribeiro Lima. *Divergência relativas à medida provisória nº 795, de 2017, convertida na lei nº 13.586, de 2017*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: https://www.aepet.org.br/w3/images/2018/02/docs/PClima.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

MAGRO, Maíra. Receita cobra tributo sobre propina mesmo de dinheiro devolvido. *Valor Econômico*, 27 mar. 2017. Disponível em: https://www.valor.com.br/politica/4914726/receita-cobra-tributo-sobre-propina-mesmo-de-dinheiro-devolvido. Acesso em: 20 jan. 2019.

MARTELLO, Alexandre. Comissão aprova aumento, e fundo eleitoral pode chegar a R$ 3,8 bilhões em 2020. *G1 – Brasília*, 04 dez. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/12/04/comissao-aprova-aumento-e-fundo-eleitoral-pode-chegar-a-r-38-bilhoes-em-2020.ghtml. Acesso em 15 dez. 2019.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro. *Gasto público, tributos e desigualdade de renda no Brasil*: Texto para discussão. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1844b.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Igor; RIBEIRO, Jeferson; SALLES, Stefano. No Brasil, 15 dos 35 partidos mantêm presidentes há mais de 10 anos ou desde a fundação. *O Globo*, 16 jul. 2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-15-dos-35-partidos-mantem-presidentes-ha-mais-de-10-anos-ou-desde-fundacao-22889708. Acesso em: 27 jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* (*Ajuris*), nº 60, 1994.

_____. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 21, 1997.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. Poder constituinte. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al*. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo:* Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 1.

MYRDAL, G. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Rio de Janeiro: MEC/IESB, 1960.

NUNES, António José Avelãs. *Do capitalismo e do socialismo*. Coimbra: Atlántida, 1972.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OECD. *Revenue Statistics*. OECD Publishing: Paris, 2008. p. 63. Disponível em: https://doi.org/10.1787/rev_stats-2018-en. Acesso em: 11 fev. 2019.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Francisco. A vanguarda do atraso e o atraso da vanguarda: globalização e neoliberalismo na América Latina. *In*: _____. *Os direitos do antivalor*: a economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Gastos públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Indagação sobre os limites da ação do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos princípios de observação eleitoral internacional e código de conduta para observadores eleitorais internacionais*. Nova York: Nações Unidas, 2005. Disponível em: http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20254-Anexo%20IV%20P.pdf. Acesso em: 03 mar. 2014.

OXFAM. *Uma Economia para os 99%*. 2017. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/publicacoes/uma-economia-para-os-99. Acesso em: 07 dez. 2018.

PELLICER, Luís. Islândia atribui sua recuperação à recusa em aplicar a austeridade. *El País*, 19 fev. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/18/economia/1424281414_946592.html. Acesso em: 16 dez. 2019.

PERROUX, F. *L'économie du siécleme XX*. 2. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1964.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* - Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PIOLA, Sérgio Francisco *et al. Financiamento público da saúde*: uma história à procura de rumo. Texto para Discussão, n. 1846. Brasília: Ipea, 2013.

PIOLA, Sérgio Francisco *et al.* Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? *Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, Série vinte anos da Constituição Federal, Brasília, v.1, n. 17, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PREBISCH, Raúl. O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus problemas principais (1949). *In*: BIELSCHOWSKY, Ricardo (org.). *Cinquenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, v. 1.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

_____. Democracia versus República – a questão do desejo as lutas sociais. *In*: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Austeridade seletiva e desigualdade. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 7, n. 8, jan./jun., 2019. Disponível em: https://doi.org/10.12957/rfptd.2019.39274. Acesso em: 18 fev. 2019.

ROCHA, Bruno Alves. *Subsídios acerca da adequação orçamentária e financeira da Medida Provisória nº 795, de 17 de agosto de 2017*. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Câmara dos Deputados. 2017. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2017/mp-795-2017-nota-tecnica-no-39-2017-cd-bruno. Acesso em: 15 dez. 2019.

ROFMAN, A. *Desigualdades regionales y concentración económica:* el caso argentino. Buenos Aires: SIAP, 1974.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2019.

SALAMA, Pierre. *O Desafio das Desigualdades – América Latina/Ásia*: Uma Comparação Econômica. Tradução: Wilson F. Menezes. São Paulo: Perspectiva, 2011.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SARDINHA, Edson. Vinte mais ricos concentram mais da metade do patrimônio de todos os congressistas. *Congresso em Foco*, 18 fev. 2019. Disponível: https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/vinte-mais-ricos-concentram-mais-da-metade-do-patrimonio-de-todos-os-congressistas/. Acesso em: 19 fev. 2019.

SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar./abr., 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Kindle Edition.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Eleições, dinheiro e democracia. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 8, n. 26, p. 15-38, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 57, nº 3, Coimbra, 2014.

_____. *Orçamento republicano e liberdade igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHOLLES, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo na Alemanha. *Interesse Público*, Ano 1, n. 2, p. 93-107. São Paulo: Notadez, 1999.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar*. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SIEYÈS. Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, M. A.; FILHO, P. J. M.; CORONEL, D. A. Análise das desigualdades entre os COREDES no período de 1990 a 2003: origem e evolução. *Perspectiva Econômica*, v. 3, n 1, 2007. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4356/1614. Acesso em: 12 jan. 2019.

SOUSA, Francisco José Rocha de; MATTOS, Cesar Costa Alves de. Avaliação do estudo "análise técnica da medida provisória 795, de 2017". Nota Técnica. *Câmara dos Deputados*. 2017. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/34799/avaliacaoestudosouzamattos.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 dez. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____;_____. *Direito constitucional*: teoria, história, métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

SOUZA, Nali de Jesus de. Teoria dos polos, regiões inteligentes e sistemas regionais de inovação. *Revista Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 87-112, 2005.

SPENCER, Herbert. *The Principles of biology*. London & Edinburgh: Williams & Norgate, 1864, v. 1.

STIGLITZ, Joseph. *O Preço da Desigualdade*. Tradução: Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição*: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Vol. 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2004.

STUCKLER, David; BASU, Sanjay. *A Economia Desumana* – Porque Mata a Austeridade. Tradução: Rui Pires Cabral. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2014.

TAVARES, André Ramos. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembleia constituinte e da competência constitucional reformadora. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional*: teoria geral da constituição. Coleção doutrinas essenciais, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul., 1989. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271. Acesso em: 01 dez. 2019.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Projeto Às Claras*, de iniciativa da organização independente e autônoma Transparência Brasil, que analisa os dados eleitorais disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral. 2019. Disponível em: http://www.asclaras.org.br/@index.php. Acesso em: 3 fev. 2019.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, Ano 4, 2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal* – Jurisprudência Política. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.