



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

EMELLY OLIVEIRA CARVALHO

**A DÍVIDA PÚBLICA E SEU IMPACTO SOBRE OS
DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 À LUZ DA TEORIA
DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Londrina
2020

EMELLY OLIVEIRA CARVALHO

**A DÍVIDA PÚBLICA E SEU IMPACTO SOBRE OS
DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 À LUZ DA TEORIA
DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual de Londrina
como parte dos requisitos necessários à
obtenção de título de Bacharel em
Direito

Orientadora: Prof^a Mirelle Neme Buzalaf

Londrina
2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Carvalho, Emely Oliveria.

A DÍVIDA PÚBLICA E SEU IMPACTO SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: : UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA / Emely Oliveria Carvalho. - Londrina, 2020.
127 f.

Orientador: Mirelle Neme Buzalaf.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Graduação em Direito, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Dívida pública - TCC. 2. Constituição financeira - TCC. 3. Direitos sociais - TCC. 4. Emenda constitucional 95 - TCC. I. Buzalaf, Mirelle Neme. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

EMELLY OLIVEIRA CARVALHO

**A DÍVIDA PÚBLICA E SEU IMPACTO SOBRE OS
DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 À LUZ DA TEORIA
DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientadora Mirelle Neme Buzalaf
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Componente da Banca
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Componente da Banca
Universidade Estadual de Londrina

Londrina, ____ de _____ de 2020.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por conceder-me a benção de chegar ao fim desta jornada.

À Minha mãe por cada gota de suor derramada em prol da minha educação.

À Universidade Estadual de Londrina, seus docentes e corpo administrativo, por ter me possibilitado a concretização deste objetivo.

À minha orientadora, professora Mirelle Neme Buzalaf pelo suporte e incentivo.

E à todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação acadêmica.

*“Toda dor pode ser suportada se sobre ela
puder ser contada uma história.”*

Hannah Arendt

CARVALHO, Emelly Oliveira. **A dívida pública e seu impacto sobre os direitos sociais no Brasil**: uma análise da emenda constitucional 95/2016 à luz da teoria da Constituição Financeira. 2020. 126 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2020.

RESUMO

Historicamente, a sociedade civil nunca foi devidamente informada sobre a relevância e função da dívida pública federal dentro do orçamento geral da união, bem como sobre o impacto que o pagamento da dívida na atual conjuntura econômica brasileira, causa sobre o financiamento dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos como despesas mínimas obrigatórias, como saúde e educação, por exemplo. O direito financeiro por ser o ramo do Direito que estuda o endividamento público, possibilita a melhor compreensão sobre como funciona a dinâmica da administração da dívida dentro da atividade financeira do Estado sob a sua perspectiva normativa. Em geral, o senso comum entende que se existe uma dívida é porque, previamente, houve ingresso de recursos oriundos da contratação de operações de crédito e/ou de emissão de títulos públicos, e que estas dívidas devem ser religiosamente adimplidas para a manutenção da credibilidade no mercado financeiro. Diante disso, o que se propõe neste trabalho é realizar uma análise das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem este instituto, bem como entender a realidade da administração da dívida pública no orçamento geral da união por intermédio do direito financeiro. A partir de tais dados, busca-se compreender sua relação com a emenda constitucional 95/2016, a qual estabelece um novo regime fiscal no país. Demonstrando com base na Teoria da Constituição Financeira o impacto causado pela decisão de não se cumprir o Art 26. do ADCT sobre os direitos sociais no Brasil.

Palavras-chave: Dívida Pública. Constituição Financeira. Direitos sociais. Emenda constitucional 95.

CARVALHO, Emelly Oliveira. **Public debt and its impact on social rights in Brazil: analysis of constitutional amendment 95/2016 in the light of the Financial Constitution theory.** 2020. 126 p. Graduation in Law - State University of Londrina, Londrina,,2020.

ABSTRACT

Historically, civil society has never been properly informed about the impact that public debt has on social rights, still less about the interference of the payment of interest on debt within the dynamics of national monetary policy through the financial activity of the State. In general, common sense understands that if there is a debt, it is because, previously, there was an inflow of funds from the contracting of credit operations and / or the issuance of public bonds, and that these debts must be religiously fulfilled to maintain credibility. Before the financial market. Therefore, what is proposed in this work is to analyze the constitutional and infraconstitutional rules that govern this institute and based on such data, we seek to understand its relationship with the constitutional amendment 95/2016, which establishes a new tax regime in the country and demonstrate with based on the theoretical model of the financial constitution - which presupposes the constitution as a normative letter governing the financial activity of the state - the impact caused by the decision not to comply with Article 26 of the Transitional Constitutional Provisions Act on social rights in Brazil.

Keywords: Public Debt. Financial Constitution. Social rights. Constitutional amendment 95.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Composição da DPF por indexador – fevereiro 2020	18
Figura 2: Detentores da DPMFi – Fevereiro 2020	20
Figura 3: Orçamento Atualizado de Despesas- 2020	24

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ACD	Auditoria Cidadã da Dívida
ACP	Ação Civil Pública
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
BACEN	Banco Central
BIRD	Banco Internacional para a reconstrução e desenvolvimento
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CMN	Conselho Monetário Nacional
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DPF	Dívida Pública Federal
EC	Emenda Constitucional
FMI	Fundo Monetário Internacional
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentarias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PPA	Plano Plurianual
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira
STF	Sumepro Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA	13
2.1	DEFINIÇÃO E COMPOSIÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA NO BRASIL.....	13
2.1.1	BREVE HISTÓRICO DA DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA	26
2.2	A AUDITORIA DA DÍVIDA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	30
2.2.1	COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO SOBRE A DÍVIDA PÚBLICA	38
2.3	A DÍVIDA PÚBLICA E SUA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	40
2.4	O ORÇAMENTO GERAL DA UNIÃO E A DÍVIDA PÚBLICA.....	43
3	O PAPEL DO ESTADO A PARTIR DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA	58
3.1	DA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO	58
3.2	A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	62
3.3	A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	67
3.4	O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA	70
4	EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016: NOVO REGIME FISCAL DA UNIÃO	79
4.1	SOBRE AS ALTERAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95.....	79
4.1.1	A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	87
4.2	O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO ESTADO AO ASSEGURAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	100
4.2.1	QUANTO AOS GASTOS MÍNIMOS EM SAÚDE E EDUCAÇÃO.....	106
4.3	O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS..	108
4.3.1	QUANTO AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO	111
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
	REFERÊNCIAS	119

1.INTRODUÇÃO

A dívida pública federal- DPF é um tema que aparenta ser complexo para a maioria dos cidadãos brasileiros, o que, muitas vezes, inviabiliza a sociedade civil, como maior interessada, a buscar conhecimento sobre este assunto tão importante para o direito financeiro e de exacerbada relevância para a população nacional.

Mesmo com a disponibilização de diversos meios para se buscar entender a dívida pública, através de sites oficiais do governo, ainda é escasso o conhecimento mais apurado acerca do papel da dívida pública na administração financeira e orçamentaria do Estado pela maior parte dos cidadãos brasileiros. O que de certa forma é prejudicial ao exercício da cidadania e, conseqüentemente, à própria democracia, haja vista que consiste em um tema de grande relevância para o interesse da sociedade, como maior afetada por esta pauta.

Atualmente, com a moderna financeirização da economia decorrente da globalização da *lex mercatoria*, é comum os Estados nacionais possuírem dívidas públicas de grande magnitude. No entanto, ao estudar a dívida pública brasileira, constata-se que ela possui singularidades que a diferenciam das dívidas dos demais países, como Japão e EUA, por exemplo.¹

Por envolver aspectos de ordem econômica, são poucos os doutrinadores de direito financeiro que abordam sua composição, bem como o papel ocupado pela dívida dentro do orçamento geral da União numa perspectiva que aborde aspectos econômicos básicos, o que é fundamental para entender sua influência dentro do direito financeiro e sobre os direitos sociais, correspondentes ao núcleo essencial do Estado Democrático de Direito e que exigem financiamento por parte do Estado.

Normalmente os doutrinadores de direito financeiro abordam o tema da dívida pública como um instituto comum de direito financeiro e se restringem ao seu âmbito normativo infraconstitucional, sem questionar sua validade frente ao que dispõe a Constituição Federal, e sem uma análise mais ampla que envolva os dispositivos constitucionais que dela tratam, especialmente o art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT que prevê sua auditoria.

¹ SILVA, A. C.; CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. (Org.). **Dívida pública: a experiência brasileira**. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009.

Nos últimos anos tem-se observado diversas reformas em âmbito financeiro com a finalidade de se reduzir gastos do Estado e o contínuo esforço para se estabelecer um “equilíbrio fiscal”, mas pouco se busca compreender as raízes dessa tendência de “equilíbrio fiscal”. Portanto, este trabalho se propõe a realizar um estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a dívida pública, sua composição dentro da realidade econômica brasileira para entender seu real impacto financeiro sobre os direitos sociais no Brasil. Em específico, buscou-se analisar a emenda constitucional nº 95 aprovada em 2016, como legislação relativamente recente que expressa em âmbito normativo o referido impacto sobre os direitos sociais, vez que estabeleceu um teto de gasto sobre direitos como saúde e educação por 20 exercícios financeiros, áreas essas que são constitucionalmente garantidas como despesas mínimas obrigatórias².

A referida emenda busca, em suma, estabelecer um novo regime fiscal para a União por meio de rigorosa política de austeridade com a finalidade de se atingir um superávit primário e alcançar um “equilíbrio fiscal”. A meta de superávit primário é uma das principais metas do orçamento público brasileiro a partir da criação da Lei de Responsabilidade Fiscal³.

Com a finalidade de se atingir esta meta, a referida emenda constitucional estabelece limites para gastos no tocante ao orçamento fiscal e da seguridade social que representam direitos sociais fundamentais elencados pela Constituição de 1988. Porém esses limites instituídos pela emenda não incluem os gastos com a dívida pública brasileira, a qual atualmente consome quase a metade do PIB nacional e segue em crescimento. Diante disso, o que se busca analisar é a constitucionalidade de tal conjuntura mediante a Teoria da Constituição Financeira, modelo teórico fundado pelo professor Heleno Taveira Torres para estudar as normas de direito financeiro sob a luz da Constituição dirigente de 1988⁴.

Para esmiuçar tal estudo, no primeiro capítulo foi realizada uma primordial conceituação e análise da composição da DP brasileira, bem como expostos dados,

² GIAMBIAGI, Fábio e Ana Cláudia Duarte ALEM. **Finanças Públicas – teoria e prática no Brasil**. 4ª Ed rev. e atualizada- Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

³ Cadernos Adenauer, ano III, 2002, nº 04. **Dilemas da dívida**. Fundação Konrad Adenauer, novembro, 2002.

⁴ SILVA, Anderson Caputo, CARVALHO, Lena Oliveira de.III. LADEIRA, Otavio Ladeira de Medeiros (organizadores). **Dívida Pública. A experiência Brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional: Bancos Mundial, 2009.

tanto de fontes oficiais do governo, quanto de fontes alternativas como da Auditoria Cidadã da Dívida- ACD que informam sobre a sua atual situação dentro da conjuntura normativa e financeira do Estado, abordando brevemente os órgãos da administração pública direta e indireta que possuem ligação com a DPF. Trazendo também um breve histórico de construção da dívida pública até os dias atuais, em que encontra-se majoritariamente internalizada.⁵ Posteriormente, buscou-se analisar as normas constitucionais que tratam a dívida pública, especialmente o art.26 do ADCT que prevê sua auditoria, abordando algumas medidas jurídicas que foram tomadas por iniciativas de instituições para se fazer cumprir esta imposição constitucional. Analisando também a Comissão Parlamentar de Inquerito que realizou uma busca esmiuçada sobre a DPF, trazendo informações importantes quanto à irregularidades e ilegalidades encontradas no desenvolver de sua construção e na política de juros praticadas.

Por fim buscou-se demonstrar a regulamentação da dívida pela legislação infraconstitucional por meio da LRF e da lei 4.320/64, legislação que embora estabeleça regulamentação sobre a dívida, não traz, na prática, a responsabilidade fiscal quanto a ela, vez que regulamenta uma dívida não auditada conforme pede a CF/88. Ao final do capítulo buscou-se analisar o instrumento legal mais importante de veiculação tanto da dívida pública, quanto dos direitos sociais fundamentais tratados na Emenda constitucional nº 95, o orçamento geral da União, abordando os aspectos das leis orçamentárias dentro da perspectiva da Constituição dirigente.

Já no segundo capítulo, a partir da pauta exposta anteriormente em que foram analisados instrumentos normativos e a conjuntura vigente na qual a dívida pública é protagonista, buscou-se delimitar o referencial teórico do trabalho, selecionando doutrinadores do direito constitucional e financeiro que corroboram com a Teoria da Constituição financeira, buscando o amparo em tais doutrinas para conceituar o papel do Estado desde o Estado Liberal de Direito até o atual Estado Democrático de Direito, trazendo uma gama de autores de constitucionalistas que tratam sobre o papel do Estado ao lidar com o direito financeiro, em especial a Teoria da Constituição Financeira do professor Heleno Taveira Torres⁶, esmiuçando a

⁵ VERSIANI, Flavio Rabelo. **A dívida pública interna e sua trajetória recente**. Dilemas da dívida. Cadernos Adenauer III, nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer. 2002.

⁶ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

perspectiva desse modelo teórico em contraponto a forma como as finanças públicas tratam a dívida pública no Brasil.

No terceiro capítulo, parte-se para a análise específica da Emenda Constitucional nº 95, que estabelece o novo regime fiscal da União, fazendo a ligação implícita com o primeiro capítulo que expõe os dados sobre números da dívida pública. Buscou-se, a partir dessa estruturação, estabelecer a ligação entre a forma, de explícito protagonismo e prioridade, que a dívida pública é tratada pelo direito financeiro no Brasil em detrimento dos direitos sociais restringidos pela emenda constitucional nº 95. Abordou-se por fim, a fundamentalidade dos direitos sociais afetados por severas limitações financeiras na referida emenda, realizando uma análise dos princípios e normas constitucionais feridos com esta recente alteração constitucional, buscando na doutrina, na jurisprudência e no próprio texto constitucional amparo para sustentar a sua inconstitucionalidade.

2. A DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA

2.1 DEFINIÇÃO E COMPOSIÇÃO DA DÍVIDA PÚBLICA NO BRASIL

Grande parte dos doutrinadores de direito financeiro costuma utilizar as expressões empréstimo público, crédito público e dívida pública como sinônimas, apesar de a palavra crédito ser antônima da palavra débito. O crédito público teria um sentido duplo, envolvendo tanto as operações em que o Estado toma dinheiro, quanto aquelas em que fornece. O empréstimo público corresponde aos atos pelos quais o Estado se utiliza de uma transferência de liquidez com a obrigação de devolvê-la no futuro, acrescida de juros⁷.

Diante disso, a definição de dívida pública abarca tanto a definição de empréstimo público quanto a de crédito público, visto que a dívida pública advém de empréstimos e financiamentos contraídos pela atividade financeira do Estado junto a entidades financeiras nacionais ou estrangeiras, com a obrigação de devolvê-la em um prazo, acrescidas de juros. Bem como pela emissão de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal em que o Estado atrai o investidor interessado na aquisição destes, nesse caso os investidores poderão ser pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, internas ou externas.⁸

Desse modo, o empréstimo público, na prática, não corresponde a uma receita pública e sim a uma mera entrada de caixa com correspondência no passivo. Mesmo assim, a Lei 4.320/64 inclui os recursos financeiros advindos de empréstimos públicos no rol de receitas.⁹

Quanto à natureza jurídica da dívida pública não tem sido pacífica a doutrina, existem três posições quanto a sua natureza jurídica: a que considera como mero resultado de um ato legislativo, a que entende como um ato de soberania estatal e aquela que considera como um contrato. A posição majoritária dos autores entende que a dívida pública tem natureza jurídica contratual, havendo, no entanto, várias divergências quanto à natureza pública ou privada do direito que rege essas modalidades de operações de crédito.

⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 170.

⁸ FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ CONTI, José Maurício. SCAFF, Fernando Facury. coord. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Este trabalho segue o entendimento de que a dívida pública embora tenha natureza jurídica contratual, não se deve confundi-la com os contratos regidos pelo direito privado, vez que uma das partes da relação jurídica é o Estado na tutela do interesse público, o que obriga a entidade pública, tomadora do empréstimo, a atuar sob a égide do regime do direito administrativo e constitucional. Esta posição é a mesma adotada por doutrinadores como Lafarrière, Velasco, Gabino Fraga e Carlos José Assis Ribeiro¹⁰.

Em um conceito restrito a dívida pública poderia ser definida como o resultado das operações de crédito realizadas pelo Poder Público com o objetivo de antecipar a receita orçamentária, atender demanda orçamentária ou financiar obras e serviços do governo. No entanto, o conceito de dívida deve também abarcar as operações de crédito destinadas a atender os objetivos de política monetária, com administração diária do grau de liquidez. Nesse sentido, a questão da dívida está longe de se reduzir apenas à esfera econômica, revestindo-se de um caráter político muito relevante¹¹.

A Constituição Federal estabelece os princípios informadores do direito financeiro a que se submetem a dívida pública, bem como os princípios e normas especificamente voltados para estes últimos. Deferindo em seu art. 24, I §1º competência à União para estabelecer normas gerais sobre o Direito Financeiro. Ademais, a CF/88 em seu art. 21, VIII, dispõe que cabe à União a fiscalização das operações de crédito em geral, a qual detém competência privativa para legislar sobre a política de crédito. O art. 48, II da CF/88 estabelece que cabe ao Congresso Nacional dispor, entre outras coisas, sobre operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado¹².

Ao Senado da República a Constituição atribuiu importante papel de controlador da dívida pública. Cabendo a este autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada dos entes federados, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, dispor sobre limites e condições

¹⁰ RIBEIRO, Carlos José de Assis. **O crédito público no Brasil: teoria e prática**, 1972.

¹¹ MENDONÇA, Felix. **Cadernos de Altos Estudos. A Dívida Pública Brasileira**. Plenarium- Brasília. 2005

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno, bem como estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com o art. 163, incisos II, III, IV compete ao legislador complementar a missão de dispor sobre a dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público, balizando desde logo o campo de sua disciplinação que vai desde a matéria concernente à prestação de garantias pelas entidades públicas até a fiscalização financeira da administração pública direta e indireta¹³.

O §1º do art. 164 proíbe o Banco Central de conceder, direta ou indiretamente empréstimo ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira, ao mesmo tempo em que, pelo §2º, atribui ao mesmo Banco Central a incumbência de efetuar operações de compra e venda de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, com o objetivo de aumentar ou diminuir a liquidez do sistema financeiro. Uma vez autorizadas as operações de crédito, o §6º do art. 165 da CF determina a inclusão de seus efeitos na lei orçamentária anual (orçamento fiscal), por meio de demonstrativo regionalizado destes, permitindo, outrossim, a inserção de “autorização para abertura de créditos suplementares e contratações de operações de créditos, ainda que por antecipação de receita¹⁴”.

Operações de crédito por antecipação de receita, como o próprio nome está a indicar, são empréstimos feitos para suprir quedas momentâneas de arrecadação. De acordo com o §2º do art.167, a Constituição veda a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital, à exceção das autorizadas por créditos suplementares ou especiais com finalidade específica, aprovados pelo Parlamento por maioria absoluta, bem como a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação de recursos correspondentes, ou concessão e utilização de créditos ilimitados¹⁵.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵ FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012

Teoricamente, a DPF é classificada como dívida interna e dívida externa, de acordo com a localização dos seus credores e com a moeda envolvida nas operações.

Quando a assunção de compromissos financeiros ocorre com pessoa jurídica ou física do exterior, fala-se em endividamento externo. Todavia, quando o credor consiste em pessoa sediada no Brasil, diz-se que se cuida de dívida interna.¹⁶ Em relação à forma, a dívida pública federal pode ser classificada em fundada/consolidada ou mobiliária/flutuante, a fundada/consolidada se origina a partir de contratos de empréstimos ou financiamento entre a União e organismos multilaterais, agências governamentais ou credores privados. A dívida mobiliária, por sua vez, origina-se majoritariamente a partir da emissão de títulos da dívida pública.¹⁷

Segundo o Tribunal de Contas da União¹⁸ a Dívida Pública Federal pode ser definida como:

Dívida pública é o conjunto de obrigações financeiras do setor público contraídas junto a terceiros para cobrir déficits, ou seja, quando as receitas de um determinado ente público não são suficientes para arcar com todas as despesas. Em outras palavras, a dívida pública representa numericamente uma relação na qual figura de um lado um devedor, ente público (União, estados, DF ou municípios), e de outro lado vários credores, que podem ser bancos, fundos de pensão ou mesmo pessoas físicas.

De acordo com o Ministério da Economia, planejamento e gestão do Brasil, pode-se definir dívida pública como:

Dívida pública é a dívida contraída pelo governo com instituições financeiras ou pessoas da sociedade para financiar parte de seus gastos que não são cobertos com a arrecadação de impostos ou alcançar alguns objetivos de gestão econômica, tais como controlar o nível de atividade, o crédito e o consumo ou, ainda, captar dólares no exterior. A dívida pública se subdivide em dívida interna e dívida externa. Os principais credores do setor público são, normalmente, bancos públicos e privados que operam no País,

¹⁶ OLIVEIRA, Regis F. (coord. geral); HORVATH, Estevão; CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

¹⁷ BRASIL. **Tesouro Nacional**. Definição de dívida pública. Disponível em <https://www.tesouro.gov.br/documents/10180/0/QUEM+FINANCIA-pdf/1d535ddb-7a4e-4718-a7a5-f5c17134cc76>. Acesso em 01/02/2020

¹⁸ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Definição de dívida pública. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/comunidades/macroavaliacao-governamental/areas-de-atuacao/divida-publica/>. Acesso em 09/02/2020

investidores privados, instituições financeiras internacionais e governos de outros países.¹⁹

Já de acordo com o Tesouro Nacional pode-se definir dívida pública da seguinte forma:

A Dívida Pública Federal (DPF) refere-se a todas as dívidas contraídas pelo governo federal para financiamento do seu déficit orçamentário, nele incluído o refinanciamento da própria dívida, e para outras operações com finalidades específicas, definidas em lei. É possível classificar a DPF de acordo com os instrumentos usados para captação de recursos e pela moeda na qual ocorre o pagamento de seus fluxos. Em relação à captação de recursos, esta pode ocorrer por emissão de títulos públicos (sendo por essa razão classificada como mobiliária), ou por contratos, firmados principalmente com organismos multilaterais (sendo esta dívida classificada como contratual). Já sobre a moeda usada para fazer face a seus pagamentos, a dívida é classificada como interna quando os pagamentos são realizadas na moeda corrente em circulação no país, no caso brasileiro o real, ou externa, quando os pagamentos são feitos em moeda estrangeira, normalmente o dólar norte-americano. Atualmente, toda a Dívida Pública Federal em circulação no mercado nacional é paga em real e captada por meio da emissão de títulos públicos, sendo por essa razão definida como Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi). Já a Dívida Pública Federal existente no mercado internacional é paga em dólar norte-americano e tem sido captada tanto por meio da emissão de títulos quanto por contratos, sendo por isso definida como Dívida Pública Federal externa (DPFe)²⁰.

Interessante observar que todos os supracitados órgãos oficiais, tem uma definição básica de dívida pública em comum: serve para financiamento do déficit orçamentário. O art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal define a dívida pública da seguinte forma

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - **dívida pública consolidada ou fundada**: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses;

II - **dívida pública mobiliária**: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios;

III - **operação de crédito**: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

¹⁹ BRASIL. **Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**. O que é dívida pública?. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-e-divida-publica>. Acesso em 02/02/2020

²⁰ BRASIL. **Tesouro Nacional Transparente**. Dívida Pública-Conceitos básicos. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/conceitos-basicos-faq>. Acesso em 04/01/2020

IV - **concessão de garantia**: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada;

V - **refinanciamento da dívida mobiliária**: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária.

§ 1º Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.

§ 2º Será incluída na dívida pública consolidada da União a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central do Brasil.

§ 3º Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento.

§ 4º O refinanciamento do principal da dívida mobiliária não excederá, ao término de cada exercício financeiro, o montante do final do exercício anterior, somado ao das operações de crédito autorizadas no orçamento para este efeito e efetivamente realizadas, acrescido de atualização monetária.

Em relação à dívida pública mobiliária/flutuante, na medida em que o governo emite títulos de dívida, ele pede dinheiro emprestado, as condições desse empréstimo dependem também do interesse dos investidores, pois exige um retorno de acordo com o risco que identifica no credor e no negócio. O governo deve se preocupar em controlar o tamanho da dívida, bem como com o prazo de vencimento e o indexador. Para o devedor, é melhor pagar uma taxa previsível, todavia, para o credor, em um cenário de risco, o melhor é se garantir com taxas flutuantes.²¹

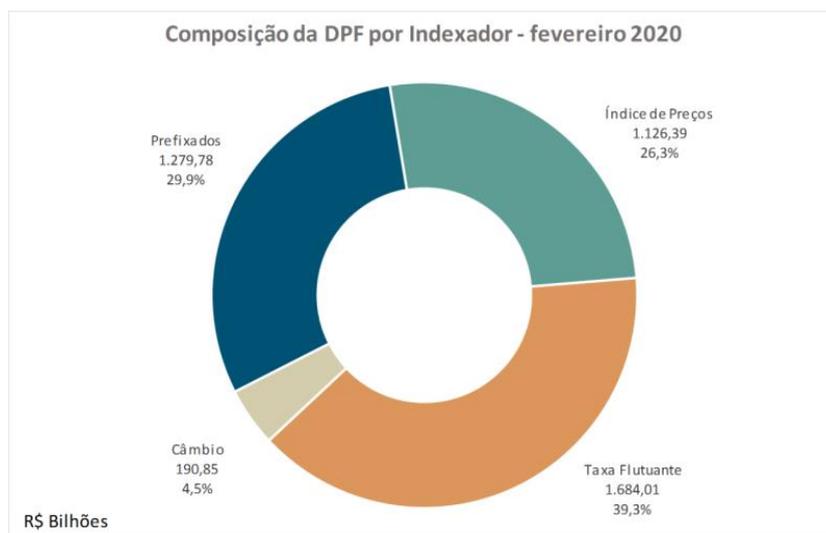


Figura 1 Composição da DPF por indexador – fevereiro 2020

Fonte: Tesouro Nacional²²

²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. p 743 , 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²² BRASIL. **Tesouro Nacional**. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/a-divida-em-grandes-numeros>. Acesso em 05/03/2020

De acordo com a Associação Nacional das Instituições de Mercado Financeiro os títulos da dívida pública são ativos financeiros e, assim, avaliados pelo mercado de acordo com critérios semelhantes aos aplicados a qualquer outro tipo de investimento. Desse modo, encontrará compradores sempre que oferecerem combinações risco/retorno entendidas como atrativas pelos investidores. Os títulos são dotados de plena garantia e crédito do Tesouro Nacional, que, por sua vez, se apoia no poder de taxação e de emissão de moeda do governo federal, esse baixo risco é atrativo para segmentos importantes do mercado financeiro e para a população em geral. O mercado financeiro entende como garantia do Estado que incentiva a aquisição de títulos: ausência de risco de crédito e ininterrupta demanda, o que torna a dívida pública federal um grande instrumento transferidor da riqueza nacional para seus poucos detentores.

Atualmente a dívida pública brasileira é majoritariamente interna. A internalização da dívida e seu crescimento explosivo reside na mutação de sua composição, que atualmente caracteriza-se majoritariamente pela emissão títulos públicos.

A Dívida Pública Brasileira tem três características. Em primeiro lugar, é principalmente doméstica, (...); em segundo lugar tem curta maturidade e duração, e em terceiro, sua composição mostra que grande parte dela é indexada. Essas três características interagem, provocando uma vulnerabilidade significativa da economia, e representam grandes desafios para as autoridades econômicas.²³

Neste sentido, a dívida pública se tornou um mecanismo que faz o futuro sustentar o presente por determinado preço, esse preço são os juros da rolagem da dívida, ademais o poder estatal na ordenação dos mercados, através do mercado aberto reflete o conteúdo político dos instrumentos financeiros, pois através da dívida pública mobiliária o Estado manifesta o uso que faz a geração presente de seu poder de edificar o quadro de obrigações e direitos das gerações vindouras.²⁴

De acordo com Ricardo Lobo Torres, os empréstimos públicos devem observar o princípio da equidade entre gerações, que basicamente requer que a

²³ Cadernos Adenauer, ano III, 2002, nº 04. **Dilemas da dívida**. Fundação Konrad Adenauer, novembro, 2002

²⁴ ANDIMA. **Associação Nacional das Instituições de Mercado Financeiro**. Dívida pública-Propostas para ampliar a liquidez. Rio de Janeiro: Andima, 2003. P. 19-22

geração atual não exceda o limite da razoabilidade no endividamento, a fim de não sobrecarregar as gerações futuras, as quais caberá suportar o ônus dos juros.²⁵

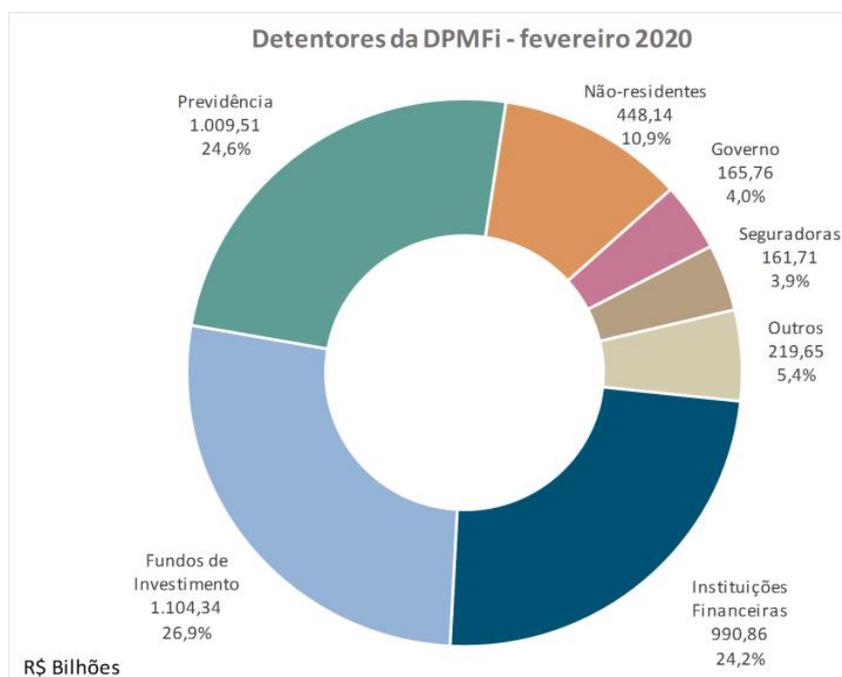


Figura 2: Detentores da DPMFi – Fevereiro 2020
Fonte: Tesouro Nacional²⁶

A parcela externa da dívida tem dinâmica própria, e decorre de assunção de dívidas contraídas pelo Estado fora dos limites de seu território, junto a pessoas ou instituições estrangeiras, como instituições financeiras mantidas pela ONU ou outros organismos internacionais e até mesmo bancos estrangeiros através de títulos colocados nos mercados financeiros internacionais.²⁷ Como é contabilizada em dólares, toda desvalorização da moeda nacional tem consequência direta sobre o estoque da dívida. Assim, a dívida externa, emitida em moeda estrangeira, é por definição indexada ao câmbio.²⁸ Há dois tipos básicos de compromissos externos: os que são feitos com organismos internacionais (Bird²⁹, FMI³⁰) e os que nascem de contratos com instituições privadas. Os primeiros seguem regras específicas e dependem de negociações feitas caso a caso. Já os últimos são os chamados títulos

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 1997

²⁶ BRASIL. **Tesouro Nacional Transparente**. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/a-divida-em-grandes-numeros>. Acesso em 02/03/2020

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**, 4ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁸ HERRERA, Santiago. **"A dívida pública brasileira: uma perspectiva internacional"**. Dilemas da dívida. Cadernos Adenauer III, nº 4. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer. 2002.

²⁹ Banco Internacional para a reconstrução e desenvolvimento econômico

³⁰ Fundo Monetário Internacional

soberanos, vendidos pelo Tesouro Nacional no mercado internacional e que também variam quanto a prazos, rentabilidade e indexação.³¹

Neste sentido, a DPF está diretamente ligada à administração financeira e orçamentária, que consiste na atividade financeira do Estado disciplinada pelo direito financeiro.³² Segundo a Lei 4.320/64 em seus arts. 12 e 13 refere-se as categorias que organizam junto à contabilidade pública o pagamento com juros da dívida pública, o montante dos juros que será pago para os detentores dos títulos adentra a contabilidade pública, em aproximações sucessivas, como despesa pública, despesa corrente e transferência corrente³³

No Brasil, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) é o órgão responsável por administrar as dívidas públicas mobiliária e consolidada, interna e externa, de responsabilidade direta e indireta do Tesouro Nacional, conforme definido pelo Ministério da Fazenda, em observância ao Decreto nº 4.643/2003³⁴.

Segundo o art.192 da Constituição Federal o Sistema Financeiro Nacional é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem. O SFN consiste no conjunto de órgãos e entidades públicas ou não, que se subdividem em um subsistema normativo, e outro subsistema operacional.

O SFN, regulamentado pela Lei 4.595/64, é influenciado por determinada política econômica, a política econômica, por sua vez, compreende a política monetária, creditícia, cambial, bem como a política fiscal. Dentre essas políticas a única que está sob responsabilidade do Tesouro Nacional é a política fiscal, as restantes são normatizadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e executadas

³¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4ªed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

³² FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ AGUIAR. Afonso. **Direito financeiro- Lei 4.320/1964 comentada ao alcance de todos**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. “ (...)Despesa pública é toda saída de dinheiro dos cofres públicos, autorizada ou não orçamentariamente, ou em crédito adicional, de que resulte ou não diminuição de riqueza ou patrimônio estatal, autorizada regularmente, por quem de direito, na honra dos compromissos do respectivo ente público. (...) Despesas correntes são aquelas realizadas na manutenção dos serviços públicos, de cuja saída do numerário não decorre recompensa ao patrimônio em crescimento de igual valor. O numerário assim gasto dilui-se no mercado consumidor, sem retorno patrimonial equivalente. São despesas que, sob o ponto de vista do conceito econômico do período clássico das finanças, são consideradas improdutivas. Subordinada a essa categoria econômica, a Lei 4.320/1964 institui duas subcategorias econômicas intituladas de despesas de custeio e transferências correntes (...)

³⁴ BRASIL. **Tesouro Nacional**. Disponível em <http://www.tesouro.gov.br/documents/10180/0/Quem+Administra+a+D%C3%ADvida+P%C3%BAblica+Federal/3227a476-1b92-450b-9815-f2d8a8d3d95c>. Acesso em 01/02/2020

pelo Banco Central do Brasil- BACEN, que apesar de serem órgãos diferentes, são ambos vinculados ao Ministério da Fazenda. Já a Lei 6.385/76 trata da criação da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) que segundo a referida lei, é responsável pelo mercado de capitais.³⁵

De acordo com José Afonso da Silva³⁶, o supracitado Sistema Financeiro Nacional consiste em um sistema “para público”, haja vista que é composto por instituições financeiras públicas e privadas, todas sob o controle do Poder Público de acordo com o art. 192 da Constituição Federal. O que, portanto, o difere do sistema financeiro meramente público, regulado pelos arts. 163 a 169 da CF/88. O Banco Central, é nesse sentido o elo entre essas duas ordens financeiras.

Quanto ao papel do Banco Central sobre a dívida pública, de acordo com a nova redação dada ao art. 192 da CF/88 pela emenda constitucional nº 40/2003, desapareceu a expressa previsão de lei complementar para a organização, o funcionamento e a fixação de atribuições do Banco Central. O presidente e diretores do BACEN de acordo com a CF/88 serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados os respectivos nomes pelo Senado Federal, por voto secreto, após arguição pública. Segundo o art. 164 da CF/88 cabe exclusivamente ao Banco Central exercer a competência da União para emitir moeda, detendo, portanto, essa autarquia federal o monopólio da emissão de papel-moeda. Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre limites para emissão de moeda, vez que a emissão exagerada pode ocasionar inflação.

Por esta razão, o mesmo artigo veda o BACEN de conceder direta ou indiretamente empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão que não seja instituição financeira. O Banco Central tem, ainda a atribuição de comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros. Na prática, o lançamento desses títulos públicos no mercado financeiro se tornou rotina na atividade financeira na União, com a finalidade precípua de captar crédito público, provocando a alta da taxa de juros. Desse modo, a colocação de títulos públicos no mercado por parte do Banco Central, vem

³⁵ FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

operando como uma “alternativa” à proibição constitucional de financiar o déficit público por meio da emissão de papel-moeda.³⁷

Assim, a DPF, como parte integrante dos assuntos tratados pela administração financeira e orçamentária é um fenômeno altamente complexo que envolve diversos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta.

De acordo com estudos feitos pela Auditoria Cidadã da Dívida³⁸, os números divulgados através do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira) contabilizam a maior parte do pagamento de juros como se fosse amortização da DPF, o que não se observa na realidade, vez que a dívida pública apresenta crescimento contínuo e exacerbado. Este fato foi afirmado também pelo relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito³⁹ sobre a dívida pública realizada pela Câmara dos Deputados em 2009, onde também se concluiu que o maior fator do crescimento da dívida advém das altas taxas de juros, pois o sistema financeiro nacional emite títulos da dívida pública para remunerar sobre de caixa de instituições financeiras privadas que os adquirem. Sob essa perspectiva, a política monetária do Banco Central e a atuação do Tesouro Nacional em relação à dívida vêm contribuindo fortemente para o seu vertiginoso crescimento em virtude dos prejuízos causados pelos swaps cambiais⁴⁰ e operações compromissadas⁴¹. A condução da política monetária é uma variável importante, uma vez que ela é capaz de contribuir

³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Tratado de Direito Financeiro: As finanças públicas na Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁸ BRASIL. Auditoria Cidadã da Dívida. **Relatório Específico de Auditoria Cidadã da Dívida nº 1/2013**. Disponível em <https://auditoriacidadada.org.br/wp-content/uploads/2013/11/parecer-acd-1-versao-29-5-2013-com-anexos.pdf>. Acesso em 08/02/2020

³⁹ BRASIL. RELATÓRIO FINAL. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>

⁴⁰ O **swap cambial** consiste em uma proteção contra a flutuação do câmbio, que busca o ajuste das contas externas e serve como proteção às operações dos agentes privados, sujeitas aos riscos nas variações do câmbio em operações com moedas estrangeiras, especialmente o dólar. Assim, as empresas que têm dívida, compromissos em moeda estrangeira, podem se proteger com o *swap*, recorrendo ao Banco Central, com impactos sobre o setor produtivo sobre a renda, sobre a produção, sobre o emprego, sobre a arrecadação, e os prejuízos do Banco Central, com os contratos de *swaps* cambiais são incorporados às despesas com juros da dívida pública e ajudam a impulsionar o déficit nominal.

⁴¹ **Operações compromissadas** ocorrem quando as instituições privadas entregam sua sobre de caixa ao Banco Central e este entrega títulos da dívida pública aos bancos. Na medida em que os bancos detêm os títulos, eles passam a ter o direito de receber remuneração por isso. O Banco Central não pode utilizar esse dinheiro, porque assume o compromisso de devolvê-lo aos bancos no momento em que eles pedirem de volta. Essa operação pode durar 1 dia ou anos. Isso inviabiliza a maior parte do dinheiro que deveria ficar disponível para empréstimo, ocasionando uma falsa escassez de moeda, o que eleva os juros do mercado.

tanto para uma redução ou aumento na dívida pública, quanto para o controle da inflação.

Os gastos anuais com juros da dívida pública, via de regra, ultrapassam em mais de dez vezes os gastos com educação e saúde, tornando-se um imenso bloqueio à concretização da ordem econômico-social constitucionalmente prevista.

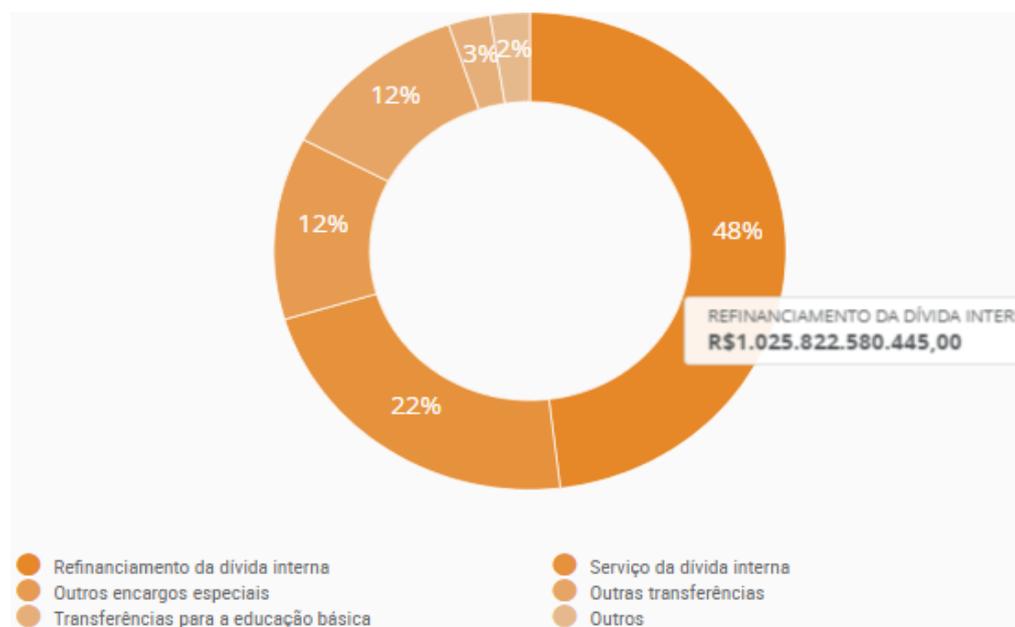


Figura 3: Orçamento Atualizado de Despesas- 2020
Fonte: Portal da Transparência⁴²

De acordo com o portal da transparência⁴³ a rolagem da dívida consiste em

Rolagem da dívida” é um processo rotineiro de gestão referente à substituição de títulos anteriormente emitidos por títulos novos, o que nada mais é que o pagamento de uma dívida com outra dívida. (...)

Atuando desse modo, a política monetária brasileira, ignora o artigo 3º da lei 4.595/64, o qual dispõe que a política monetária do Conselho Monetário Nacional objetivará adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento, violando também o art 167, inciso III da Constituição Federal, que proíbe emissão de títulos públicos para pagar

⁴²BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência**. Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em 02/03/2020

⁴³BRASIL. Portal da Transparência. **Orçamento cidadão. Projeto de Lei Orçamentária Anual 2018**. Disponível em file:///C:/Users/pc/Downloads/Orcamento%20Cidadao_Mensagem%20Modificativa.pdf. Acesso em 01/02/2020

despesas correntes (conhecida como “regra de ouro”), bem como o art. 12, § 2º. da Lei de responsabilidade fiscal.

A cobrança de juros sobre juros e a contabilização de juros como se fosse amortização também é ato que atenta contra o artigo 167 incisos III. A supracitadas práticas também ferem o art. 219 da CF/88, o qual vincula o Estado ao dispor que o mercado interno (isso inclui o mercado financeiro) integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.⁴⁴

De acordo com a análise de alguns economistas, a economia brasileira atual é uma economia em “financeirização forçada” o que a inviabiliza de encontrar as condições estruturais para uma retomada da taxa de investimento produtivo, nos setores de maior intensidade tecnológica. Desse modo cresce por períodos curtos, mas sob taxas historicamente inferiores à média histórica, pois a rentabilidade real de referência não é mais definida de acordo com as necessidades das atividades produtivas e sim sob critérios e exigências de detentores de capitais de curto prazo, em sua maior parte, especulativos e avessos aos riscos das imobilizações necessárias ao desenvolvimento brasileiro.⁴⁵

Em síntese, atualmente a dívida pública é um dos principais instrumentos de intervenção da atividade financeira do Estado na economia, elementar para mobilizar o dinheiro ocioso do sistema de crédito e torná-lo capital produtor de juros, para isso o Estado capta parte do valor produzido na sociedade através de tributos para financiar transações.⁴⁶ Nesse sentido, o Estado cumpre um papel de protagonista na mobilização desse tipo de capital por meio da emissão de títulos da dívida pública, os quais possuem credibilidade no mercado de títulos pela presunção de que o Estado não irá a falência, vez que se sustenta mediante tributos. O que torna a dívida

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁵ CASTRO, Antonio Barros de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires de. **A economia brasileira em marcha forçada**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

⁴⁶ NAKATANI, Paulo. **O Papel e o Significado da Dívida Pública na Reprodução do Capital**. In: Primer Simposio Internacional Deuda Pública, Auditoria Popular y Alternativas de Ahorro e Inversión para los Pueblos de América Latina. Caracas, Venezuela. Septiembre de 2006. p. 3-4.

pública, a principal forma de alteração de capital ocioso por meio da demanda por capital monetário em forma de empréstimo.⁴⁷

Quanto ao papel do Poder Executivo na administração da dívida pública, a lei 10.683/2003, regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.102, de 2007, aprovou a estrutura interna do Ministério da Fazenda, delegando à Secretaria do Tesouro Nacional (STN) a gestão operacional da dívida pública de responsabilidade direta ou indireta da União.

Diante deste cenário, a primeira proposta a ser pensada é o resgate do sentido de “responsabilidade” na gestão fiscal, voltando a discussão sobre o controle democrático e constitucional do Banco Central, bem como incluir os custos da dívida na política de “responsabilidade fiscal” contemplada na LRF. Estabelecer metas rígidas para o gasto com juros e com a rolagem da dívida pública, de modo que se estabeleça um parâmetro claro para a avaliação da conduta do Banco Central e do Tesouro Nacional, de modo que haja inclusão dos gastos com juros entre as despesas públicas a serem tratadas com “responsabilidade fiscal”, vez que a meta de superávit primário, só leva em conta o equilíbrio entre receitas e despesas primárias (excluindo limites quanto pagamento de juros da dívida. Outra atitude que poderia ser considerada como responsabilidade fiscal é incluir as repercussões das taxas de juros sobre o endividamento público entre as restrições de atuação do Banco Central, e incluir estes tópicos no debate sobre o estatuto institucional do Banco Central, criando mecanismos normativos de responsabilização de seus diretores e desenvolvendo instrumentos que assegurem a transparência adequada⁴⁸

2.1.1 Breve histórico da dívida pública brasileira

O Brasil, por muito tempo, recorreu a credores externos, em um processo que teve início oficialmente no período do Brasil Império. No Brasil colônia, eventuais dívidas deveriam ser satisfeitas pelo devedor originário, Portugal, embora este transferisse tais encargos para o Brasil. Desde então, essa dívida foi se desenvolvendo e crescendo no transcorrer da história do país. Durante os governos

⁴⁷ TRINDADE, José Raimundo. **A Dívida Pública como Componente Estrutural do Sistema de Crédito**. Revista Econômica, Rio de Janeiro, v 13, n 1, junho 2011. p. 100-101.

⁴⁸ CARVALHO, Carlos. **Dívida pública: politizar o problema para derrotar a dominação dos credores**. In: SICSU, João (org). Op. Cit., p. 15

de Getúlio Vargas e Juscelino Kubtschek a dívida aumentou vertiginosamente em razão de empréstimos feitos para custear obras de infraestrutura voltadas ao desenvolvimento nacional, quando o principal credor passou a ser os EUA⁴⁹

A partir de 1944, criou-se o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o Bird (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento Econômico), os créditos passaram a ser financiados por tais instituições, sem prejuízo de obtenção de financiamento junto a outros bancos e também perante diversos governos. No entanto, foi a partir da política econômica dos anos 60 e 70, durante o regime militar, que a dívida pública externa brasileira cresce sem precedentes. O período do regime militar representou, portanto, a consolidação definitiva da hegemonia dos bancos na economia, o caráter predominantemente financeiro e especulativo do endividamento, e a intermediação financeira como o modo principal de financiamento da economia.⁵⁰

Diversos juristas questionaram essas dívidas, oriundas de acordos internacionais, constituídas em grande parte por juros impostos, mediante cláusulas de caráter protestativo, acordos esses que sequer foram submetidos ao *referendum* do Congresso Nacional, como mandava a Constituição Federal anterior e como prescreve a atual Constituição.⁵¹

Já o período de 1979/80 é marcado por importantes acontecimentos a nível internacional que influenciaram bastante a dívida pública e a economia do país. Houve uma disparada da taxa de juros no mercado financeiro internacional, com um impacto explosivo sobre nossa dívida externa, agravando muito a inflação. Os juros, que já vinham exigindo o aumento da dívida para seu pagamento, atingem valores inéditos em 1979/80. Pela primeira vez na história recente da dívida externa, o acréscimo da dívida era insuficiente para pagar os juros da própria dívida vencidos no período.

Tendo em vista os princípios que devem nortear toda e qualquer pactuação entre estados, é importante que os povos sejam respeitados em sua individualidade e nada pode ser imposto que cause grave perturbação social ou que seja efetuado

⁴⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵⁰ Cadernos Adenauer, ano III, 2002, nº 04. **Dilemas da dívida**. Fundação Konrad Adenauer, novembro, 2002.

⁵¹ RUSSOMANO, Naile. Dívida externa (sua inconstitucionalidade). RDP 83/120

o pagamento do débito à custa do sacrifício de toda a população, sob o risco de se prejudicar a soberania nacional. Princípios de garantia da prevalência dos direitos humanos e vedação ao retrocesso devem sobrepor-se ao cumprimento do contrato.⁵²

Pode-se precisar que alguns fatores foram fundamentais para a elevação exacerbada da dívida nesse período, como o câmbio flutuante entre as moedas; ampla oferta de crédito internacional; política monetarista; fuga de capitais nacionais e emissão de títulos da dívida pública com garantia de alteração cambial.

Sobre isso leciona Giambiagi⁵³:

Cabe esperar que sociedades com economias desenvolvidas, maior nível de bem-estar social, instituições maduras e certa dose de responsabilidade da parte dos seus dirigentes, criem mecanismos de contrapeso que entrem em ação se, em determinado momento, o déficit público se mostrar perigosamente elevado. Em contraste, governos de sociedades com um menor estágio de desenvolvimento, elevadas carências sociais, instituições mais frágeis e escassa conscientização de suas lideranças acerca dos malefícios de políticas fiscais “frouxas” tenderão a buscar a solução “fácil” do endividamento público, como forma de atender as múltiplas demandas.

Até meados da década de 1990, da dívida pública brasileira era majoritariamente externa. Mas para tentar conter a inflação a partir dos anos 1990 e 2000, o Brasil passou a internalizar essa dívida sob a justificativa de que a dívida interna é mais fácil de ser rolada. Com a renegociação da dívida externa, a pauta econômica voltou-se para o combate da hiperinflação que se prolongava desde a década de 1980 devido à indexação econômica. Neste contexto foi lançado o Plano Real, baseado na criação de uma nova moeda, que tinha por base a ancoragem cambial, câmbio equiparado ao dólar, moeda sobrevalorizada e taxa básica de juros elevada para possibilitar o câmbio sobrevalorizado, bem como na abertura da economia nacional.⁵⁴

O Plano Real obteve êxito no controle da inflação, porém teve como consequência a desnacionalização da indústria brasileira e o crescimento rápido e acentuado da dívida pública interna, vez que a taxa básica de juros permaneceu elevada. O governo Lula, por sua vez, deu prosseguimento à política fiscal e

⁵² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵³ GIAMBIAGI, Fabio. ALÉM, Ana Claudia. **Finanças Públicas. Teoria e Prática no Brasil**. 4ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁵⁴ ANTUNES, Ricardo. **A Desertificação Neoliberal no Brasil**. Campinas: Autores Associados, 2004.

monetária que vinha sendo realizada por FHC, mantendo a política do tripé macroeconômico. E na busca pela confiança do mercado financeiro internacional, pagou mediante empréstimos com bancos nacionais os empréstimos que o Brasil havia contraído no governo anterior com o FMI. Nesse sentido e em razão da política econômica dos últimos anos realizada no país, a dívida interna se encontra maior que a dívida externa e cresce mediante a emissão de títulos da dívida.⁵⁵

Quanto a relação entre a financeirização/globalização da economia mundial e o cumprimento dos direitos sociais dispostos nas Constituições dos países de modernidade tardia, Eros Roberto Grau⁵⁶ leciona que:

As forças econômicas que se manifestam na economia globalizada devem ser orientadas, o que exige governos responsáveis, determinados a agir com voluntarismo, instituições multilaterais legítimas e transparentes que respeitem os direitos de todos os Estados. Assim a comunidade internacional poderá organizar a mundialização segundo e conforme o Direito e a Justiça. O caminho alternativo, do abandono das responsabilidades políticas em benefício de leis pretencionalmente naturais, que passariam a guiar os destinos de nossa sociedade conduzirá ao sacrifício ainda maior da sociedade. Há marcante contradição entre o neoliberalismo- que exclui, marginaliza- e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais.

O desafio que se impõe é, portanto, alinhar crescimento econômico com índice de desenvolvimento humano no país, e para a resolução desta problemática o Direito financeiro é ponto central de discussão. A globalização decorrente da força do sistema financeiro internacional, no que tange as esferas econômicas, políticas e jurídicas, além de conduzir à perda de importância dos conceitos de “país” e “nação”, também leva à redução da importância da noção de Estado. O desafio emergente desta realidade é o da coexistência entre crescimento econômico, necessidades da sociedade civil e liberdade política para se implementar políticas públicas alinhadas à realidade social de cada país de acordo com suas respectivas Cartas Constitucionais.

⁵⁵ GIAMBIAGI, Fabio. ALÉM, Ana Claudia. **Finanças Públicas. Teoria e Prática no Brasil**. 4ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

2.2 A AUDITORIA DA DÍVIDA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A auditoria da DP está prevista na Constituição Federal desde sua promulgação em 1988. O art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê que no prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

De acordo com o §1º desse artigo, a comissão terá a força legal de comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União. O §2º prevê ainda, que apurada a irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível. Ademais, o Tribunal de Contas da União possui mandato constitucional (art. 71) e legal (Lei nº 8.443/92) para realizar auditorias na gestão da dívida pública federal, com escopo abrangente e ampliado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.⁵⁷

Embora realizada em 16/03/1989, a instalação da Comissão Mista do Congresso Nacional e ao final foi produzido relatório que restou aprovado por senadores e deputados em sessão conjunta das casas legislativas. Sendo assim, o comando constitucional insculpido no art. 26 do ADCT teria sido cumprido em sua totalidade. No entanto, a Comissão Mista não procedeu ao exame analítico e pericial sob todos os aspectos de todos os atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro, conforme determina o art. 26 do ADCT. Limitou-se à análise exclusivamente do ponto de vista jurídico da contratação da dívida. Tal comissão mista temporária, instaurada ainda no ano de 1989, restou encerrada em março de 1991, por decurso de prazo, sem apresentação de relatório final. Assim, conclui-se caracterizada a omissão do Congresso Nacional em dar cumprimento ao comando constitucional dado pelo Poder Constituinte Originário.⁵⁸

Em 2004 a Ordem dos Advogados do Brasil entrou com pedido de Arguição de descumprimento de preceito constitucional (ADPF nº 59) questionando a omissão

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº59**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260038>. Acesso em 03/02/2020

do Congresso Nacional quanto ao disposto no supracitado artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal⁵⁹ que estabelece a instauração de uma comissão mista para examinar os atos geradores do endividamento externo brasileiro. O pleito tinha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, estabelecida pelo art. 26, tendo em vista a omissão do Congresso Nacional sobre o assunto no decorrer desses anos, bem como as várias Comissões Parlamentares de Inquérito que denunciaram ilegalidades e inconstitucionalidades na construção dessa dívida.

Outrossim, a Associação da Auditoria Cidadã da Dívida Pública ajuizou em face da União, Ação Civil Pública nº 1005935 28.2017.4.01.3400 objetivando a criação e a instauração imediata de comissão mista pelo Congresso Nacional, com poderes de CPI, em cumprimento ao disposto no art. 26 do ADCT. Não foi objetivo da ACP o exame da constitucionalidade e legalidade das diversas operações e transações que geraram a dívida pública, o que se pleiteou foi exatamente o que está na letra do art. 26 da Constituição: a instauração por parte do Congresso Nacional da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a DPF, única capaz de viabilizar a auditoria com força legal para seus efeitos jurídicos.⁶⁰ O Ministério Público Federal, em minucioso parecer subscrito pelo Procurador Peterson de Paula Pereira, defendeu o reconhecimento do descumprimento do comando constitucional insculpido no art.26 da CF/88, pugnando pelo deferimento do pedido inicial da Ação Civil Pública movida pela Associação. A União, para deixar de cumprir o disposto no art. 26 do ADCT/1988 afirma nos autos do processo que o Tribunal de Contas da União e a Secretaria do Tesouro Nacional acompanham e emitem regularmente relatórios e pareceres da dívida, o que realmente ocorre, no entanto estes órgãos não possuem competência para proceder à auditoria determinada pelo mencionado dispositivo constitucional.

Na sentença do Juiz Federal da 14ª Vara do Distrito Federal que julgou a ACP proposta pela Associação consta o seguinte⁶¹:

⁵⁹BRASIL. STF. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63924>. Acesso em 03/02/2020.

⁶⁰ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. OAB Nacional. **Notícias.** Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/22800/oab-quer-auditoria-da-divida-externa-adpf-adormece-no-stf-desde-2008>. Acesso em 03/02/2020.

⁶¹BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63924>. Acesso em 03/02/2020

A presente demanda envolve questões complexas, porque se refere não só ao desrespeito direto a um determinado dispositivo constitucional, mas, sobretudo, ao descumprimento indireto de diversos outros, em evidente prejuízo à coletividade, afetando-lhe aspectos sociais, políticos, econômicos, de informação, primordialmente quanto à transparência e, vale frisar, quanto ao inquestionável direito à memória e à verdade na gestão da coisa pública. Com efeito, podemos aqui transcrever os princípios preceitos constitucionais que na hipótese deixaram de ser concretizados:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

1-a soberania;

" -a cidadania; (. ..)

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. (. ..)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (. ..)

XIV -é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...)

XXXIII -todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (. ..)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Seguindo a própria ordem da disposição constitucional acima destacada, vê-se que a pretendida auditoria determinada pelo art. 26 do ADCT/1988 visa concretizar, em última análise, o próprio Princípio Republicano, na medida em que a "res publica" assenta-se, segundo o Prof. José Roberto Pimenta (in *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2009), sob três fundamentos, a saber: transparência; prestação de contas e responsabilidade. Daí os incisos XIV e XXXIII do art. 5º acima transcrito garantirem a todo brasileiro o acesso à informação de interesse coletivo ou geral da nação brasileira, acentuando que a administração pública deve pautar-se pelos Princípios da Legalidade, da Moralidade e, em especial, da Publicidade.

Ora, não é razoável admitir que, passadas quase três décadas da promulgação constitucional, o Congresso Nacional não tenha ainda dado integral e efetivo cumprimento ao disposto no **art. 26 do ADCT/1988**. Por outro lado, cumpre ressaltar, tal como feito pela parte autora em sua inicial(...) o impacto da dívida pública é enorme, comprimindo o combalido orçamento brasileiro, ano após ano, sempre a demandar novas e mais severas reformas estruturais no Estado, principalmente nas áreas administrativas, trabalhistas, tributária e, mais recentemente, previdenciária. Contudo, o contingenciamento de receitas para garantir o pagamento da dívida segue firme, com enorme prestígio entre todas as demais obrigações do Estado brasileiro, como se pode ver pelos principais exemplos citados pela parte autora, a conferir (fl. 399): a Desvinculação das Receitas da União -DRU, que permite retirar 30% das receitas da Seguridade Social para o pagamento da Dívida Pública, cuja constitucionalidade está sendo atacada pela ADPF n. 415/2016; o teto de gastos, objeto da Emenda Constitucional n. 95/2016, que não limitaria o pagamento da dívida.

Em verdade, o não cumprimento do art. 26 do ADCT, configura inconstitucionalidade por omissão. Para se configurar a inconstitucionalidade por omissão deve existir uma exigência constitucional de ação objetiva, não basta um mero dever abstrato do legislador. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando a norma constitucional em questão tiver a natureza de uma imposição constitucional objetiva e pontual,⁶² o que é o caso do referido dispositivo constitucional não cumprido até os dias atuais, mesmo com o ajuizamento das supracitadas demandas.

Como leciona Alexandre de Moraes⁶³:

Não se deve, porém, confundir “omissão legislativa” com “opção legislativa”, que se consubstancia em legítima discricionariedade do Congresso Nacional, no exercício de sua função legiferante precípua. Portanto, só há o cabimento da presente ação quando a constituição obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este se queda inerte.

Já se iniciaram diversas auditorias (simples levantamento de informações sem os efeitos do art. 26 do ADCT) através de Comissões Parlamentares, a mais completa foi a realizada em 2009, porém não deu-se prosseguimento a auditoria, por não consistir em comissão mista prevista pela norma constitucional supracitada.

Quanto a superioridade hierárquica da Constituição Canotilho⁶⁴ leciona o seguinte

As normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas de direito constitucional são normas das normas (norma normarum), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias etc; (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição.

O objetivo de uma auditoria da dívida consiste basicamente em realizar um levantamento minucioso e apurado do processo de construção da dívida pública, analisando contratos, operações de créditos, mecanismos de emissões de títulos, legalidade de incidência de juros entre outros documentos relevantes, para se tomar

⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354

⁶³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Atlas. 2016.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed, Coimbra, Livraria Almeda, 1991

conhecimento e realizar a documentação de sua verdadeira natureza e origem, identificando possíveis ilegalidades e ilegitimidades nesse processo. Pois se existe alguma contaminação de ilegalidade em algum momento na construção da dívida, o crescimento em valor decorrente dessa ilegalidade também poderá ser declarado ilegal. Nesse sentido, identificando esta ilegalidade não se é obrigado a reconhecer o valor de dívida dela resultante.

Portanto do ponto de vista jurídico, a auditoria da dívida pública é uma condição fundamental para legitimar seu pagamento, na medida que a sociedade civil, e os cidadãos como titulares de direitos e contribuintes, necessitam que a atividade financeira do Estado respeite a Constituição Federal e cumpra seus dispositivos, independente de externalidades econômicas ou conjunturas políticas.

A Constituição Federal por constituir um Estado Democrático de Direito possui mecanismos que transportam para toda a sociedade o poder-dever de participar não apenas como beneficiários da realização das despesas públicas, mas como agentes fiscalizadores no controle e credores de toda a responsabilidade com os atos jurídicos de manejo de recursos e realização das despesas públicas, com direito legítimo de utilizar-se de garantias constitucionais como a ação civil pública, mandado de segurança e ação popular, ou apresentar denúncias aos órgãos competentes como o Tribunal de Contas da União. Estas garantias constitucionais que viabilizam o controle dos cidadãos às contas públicas visam proporcionar à sociedade como coletividade contribuinte uma fiscalização sobre a tutela financeira dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que consistam expressamente em um dever do Estado financiar de acordo com a Constituição.⁶⁵

A Constituição estabelece em seu art. 70 dois sistemas de controle sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta. Dispondo que o controle externo (controle político) será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas. Já o controle interno será exercido pelos três poderes.⁶⁶

O art. 74, dispõe que o controle interno tem por finalidade avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; Apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. O §2º ainda estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.⁶⁷ Essa modalidade de controle é uma responsabilidade tanto da esfera pública enquanto garantidora do interesse público primário, quanto da sociedade civil também na defesa de seu próprio interesse público no que tange às contas públicas.

Quanto à isso, a Auditoria Cidadã da Dívida como representante do controle interno se posicionou da seguinte forma:

Embora existam diversos indícios de ilegalidades e até fraudes nas negociações da dívida externa com bancos privados internacionais e na dívida interna gerada por mecanismos sem contrapartida alguma à sociedade[...], a auditoria oficial nunca foi realizada, e a Constituição vem sendo modificada para garantir cada vez mais os privilégios financeiros em detrimento dos direitos sociais[...] Uma inspeção simples dos níveis de endividamento público e dos pagamentos de juros no Brasil e em outros países nos permite, à primeira vista concluir que a diferença entre o Brasil e os padrões internacionais vem mais do pagamento de juros altos do que de seu nível de endividamento⁶⁸.

Ademais, em uma auditoria será analisado onde foram aplicados os recursos advindos da dívida, bem como investigado o cumprimento de normas administrativas e financeiras e a observância das legislações de regência, tendo em vista as pressões que são exercidas em torno dos orçamentos públicos no sentido de dar prioridade aos credores, e, a partir disso, promover ações no sentido de rever esse processo que tem consumido a maior parte dos recursos públicos. Mas para isso

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶⁸FATORELLI, Maria Lúcia. **Auditoria cidadã da dívida**. Disponível em <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/acd-30-anos-de-descumprimento-da-cf/>. Acesso em 23/01/2020

ocorra, faz-se necessária a instauração da CPI mista de iniciativa do Congresso Nacional.

As perguntas feitas incluem saber: o que levou o Estado a assumir dívidas cada vez maiores, bem como quais os fins políticos e os interesses sociais que levaram a contrair a dívida, se essas dívidas foram usadas de acordo com o propósito inicial, quem são os credores e que condições impõem, como foram tomadas as decisões para contrair os empréstimos; que parcela do orçamento público é usada para pagar a dívida; como o Estado financia o pagamento da dívida; quais os juros incidentes e quanto do montante principal já foi reembolsado; quais as condições de cada resgate bancário; quanto custaram; quem tomou as decisões.

69

No ano 2000 foi realizado um Plebiscito Popular da dívida externa, o qual foi organizado por diversas entidades da sociedade civil brasileira. Nesta ocasião mais de seis milhões cidadãos participaram do Plebiscito, sendo que mais de 95% votaram não à manutenção do Acordo com o FMI; não à continuidade do pagamento da dívida externa sem a realização da auditoria prevista na Constituição Federal, e não à destinação de grande parte dos recursos orçamentários ao mercado financeiro. Após esse plebiscito surgiu a Associação da Auditoria da Dívida Pública, que consiste em uma associação sem fins lucrativos que busca realizar, de forma cidadã a auditoria da DPF em âmbito interno e externo, federal, estadual e municipal⁷⁰.

Além de dispor sobre a auditoria, na Constituição Federal constam várias normas acerca da DPF. Entre outras disposições, a CF estabelece em seu art.163 que Lei complementar disporá sobre dívida pública interna e externa, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas bem como sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública; Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre operações de crédito e dívida pública;

Já o art.22, VIII dispõe que compete privativamente à União legislar sobre política de crédito em geral. No art.52, VII consta que Compete privativamente ao

⁶⁹ AUDITORIA DA DÍVIDA PÚBLICA. FATORELLI, Maria Lucia. **Instrumento para enfrentar a crise financeira**. Disponível em <http://www.cadtm.org/IMG/pdf/Auditoria-da-Divida-Instrumento-para-enfrentar-a-Crise.pdf>. Acesso em 11/02/2020.

⁷⁰ BRASIL. Site oficial **Auditoria Cidadã da Dívida**. Disponível em <https://auditoriacidadada.org.br/>. Acesso em 04/02/2020

Senado Federal, não exigida a sanção do Presidente da República, dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno na União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal. No art. 164, §1º é vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão que não seja instituição financeira, sendo-lhe ainda facultado segundo o §2º realizar operações de compra e venda de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

De acordo com o art. 165, §8º da CF/88 a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita. No art. 167, III é vedada a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

Em verdade, o descumprimento deste importante art.26 do ADCT, presente na Constituição Federal de 1988, prevendo a auditoria da dívida pública, assim como outras medidas paralelas como a DRU (desvinculação de receitas da União), representam a inversão da constituição dirigente⁷¹, na medida em que esta passou a ser na realidade uma constituição que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação privada de riqueza. Fato que dispensa mais comentários sobre os prejuízos causados sobre a educação, saúde, seguridade social e as relações de trabalho. Nesse sentido, ao se reduzir o Direito a um instrumento para se atingir fins alheios ao que dispõe a Constituição, vamos enfraquecendo a própria Constituição, o que é muito prejudicial ao Estado Democrático de Direito.⁷²

⁷¹ DOMINGUES, J. M. Contribuições Sociais – **Desvinculações prescritas por Emendas Constitucionais**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 193, out 2011

⁷² BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. **A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

2.2.1 Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a dívida pública.

Instalada em agosto de 2009 por iniciativa da Câmara dos Deputados, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Dívida Pública terminou em maio de 2010 tendo como objetivo investigar a Dívida Pública da União, Estados e Municípios, o pagamento de juros, os beneficiários destes pagamentos e o seu impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do país.

Uma CPI mista da dívida está prevista pela Constituição Federal em seu art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê iniciativa do Congresso Nacional, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

O §1º do art. 26, ainda dispõe que a comissão terá força legal de comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas na União e que após apurada a irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal. Embora tenha sido realizada a CPI e encontradas irregularidades, a auditoria da dívida foi descartada.

Consta no relatório final da CPI que foi feito um profundo trabalho de investigação e análise da dívida pública permitido pelas informações disponíveis uma auditoria de largo alcance histórico e prático. Como, porém, esta foi uma CPI da Câmara dos Deputados, e o art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preconiza uma comissão mista do Congresso Nacional, ficou a cargo deste a criação de eventual comissão mista para prosseguir ou estender o trabalho realizado. O que não ocorreu.

Quanto a isto, a Comissão Parlamentar de Inquérito se posicionou da seguinte forma⁷³:

Entre auditar a dívida pública, predominantemente externa, do século XX, e o aprofundamento dos debates sobre políticas alternativas de governo para dívida, juros e câmbio, prevaleceu a segunda via. A comissão parlamentar de inquérito assumiu cada vez mais um caráter informativo, para aprofundamento do assunto e a formulação de recomendações.

⁷³BRASIL. **Relatório final da CPI da Dívida Pública.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em 02/01/2020

Nesta ocasião, a CPI encontrou uma série de indícios de ilegalidades e ilegitimidades no processo e composição da dívida brasileira. Revelando as seguintes ilegalidades: o Estado assumiu dívidas privadas; uma série de cláusulas ilegítimas nos contratos de endividamento externo; dívidas vencidas que ainda continuavam sendo pagas; o próprio setor financeiro determinando a taxa de juros Selic.⁷⁴

Dos debates na CPI concluiu-se que o Brasil ainda tem uma cultura de juros excessivamente elevados, do que é exemplo a lei da caderneta de poupança. A alta taxa de juros também contribui para manter o nosso câmbio sobrevalorizado, com consequências negativas para o balanço de pagamentos e para os setores exportadores de manufaturados. Reservas elevadas em dólares, no ativo, e dívida interna, no passivo, geram um diferencial de taxas de juros negativo para o setor público e um custo elevado de manutenção das reservas.⁷⁵

A política de acumulação de reservas, entre outros fatores, promoveu o aumento substancial das operações compromissadas de curto prazo do Banco Central, usadas em operações do mercado aberto, para anular o impacto da conversão das divisas em reais. Ocorre que a remuneração ao credor do sistema financeiro é a taxa básica de juros da economia. De outro lado, nossas reservas são aplicadas predominantemente em títulos da dívida pública norte-americana, escolha de menor risco, cujo retorno no ano é de 0,5%. A discrepância entre juros recebidos e pagos aumenta os custos da política monetária, o que é prejudicial ao País.

Concluiu-se também que a dívida externa atual é resultado de sucessivas renegociações de uma mesma dívida que cresceu a partir da aplicação de juros flutuantes. Com a alta unilateral e ilegal das taxas de juros internacionais pelos Estados Unidos e Inglaterra, a partir de 1979, as taxas passaram de 6% para 20,5% ao ano. Caso os juros tivessem sido mantidos em 6% ao ano, os pagamentos realizados teriam sido suficientes para pagar toda a dívida externa e o Brasil ainda teria valores a serem ressarcidos.⁷⁶

⁷⁴ idem

⁷⁶ BRASIL. **Relatório final da CPI da Dívida Pública**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em 02/01/2020

2.3. A DÍVIDA PÚBLICA E SUA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

De acordo com a Constituição Federal compete a União estabelecer normas gerais sobre finanças públicas.⁷⁷No que tange a dívida pública, sua regulamentação estrutural se compõe basicamente pela Lei Complementar nº 101/2000 (conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) e pela Lei Federal nº 4.320/64 a qual, estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados, que foi recepcionada pela CF/88 como lei complementar. Em suma, esta lei está preocupada em estabelecer procedimentos de ordem orçamentária, financeira e contábil para as entidades do setor público.⁷⁸

A criação da LRF teve como principal finalidade estabelecer metas de superávit primário através da responsabilidade fiscal (resultado das receitas menos as despesas antes do pagamento de juros da dívida pública). De acordo com o próprio texto da LRF o seu objetivo básico é estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, mediante o cumprimento de metas fiscais para garantir o equilíbrio das contas públicas. Estabelece limites na geração de despesas com pessoal, dívida pública e seguridade social.⁷⁹

A lei de Responsabilidade fiscal é composta por 75 artigos e dividida em 10 capítulos, no entanto este trabalho irá abordar apenas os artigos que dizem respeito à dívida pública, mais especificamente o capítulo VII. A regulamentação da dívida pública pela Lei de responsabilidade fiscal no que tange às finanças públicas adveio do Art. 163 da Constituição Federal, o qual dispõe que cabe à lei complementar regulamentar o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual (PPA), da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e da lei orçamentária anual (LOA). Estabelece o inciso II do art. 163 da CF que cabe à lei complementar dispor sobre dívida pública externa e interna, incluída das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público. A LRF também

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁷⁸BRASIL. **Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 out. 2012

⁷⁹BRASIL. Congresso Nacional (2000). Lei complementar nº101, 4 de maio de 2000. **LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal**, Brasília, 24 p., maio 2000.

dispõe sobre o controle da dívida, e para a realização de operações de crédito destinadas à rolagem da dívida mobiliária e para a prestação de garantias pelas entidades públicas⁸⁰, trazendo no capítulo reservado à dívida pública os conceitos de dívida pública fundada, dívida pública mobiliária, operação de crédito, concessão de garantia e refinanciamento de dívida mobiliária. De acordo com a LRF a dívida pública fundada consiste no montante das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a um ano, bem como aquelas de prazo inferior a um ano cujas receitas tenham constado do orçamento⁸¹. Já a dívida pública mobiliária é a dívida representada por títulos emitidos pelos entes da Federação.⁸²

A operação de crédito, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, consiste em um compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outros derivativos financeiros além da assunção, reconhecimento ou confissão de dívidas pelo ente da federação, a concessão de garantia é o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da federação ou entidade a ele vinculada⁸³ e o refinanciamento da dívida mobiliária é a emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária

Além de dispor sobre os conceitos e modalidades de dívida, a LRF também estabelece alguns parâmetros para a dívida pública e as operações de crédito, ao estabelecer que os limites ao estoque (montante) da dívida pública serão definidos com base na dívida consolidada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que compreende a dívida da administração direta, autarquias e empresas estatais dependentes, sempre em relação à Receita Corrente Líquida.

O inciso I do art. 30 da LRF, determina que o Presidente da República, no prazo de noventa dias após a sua publicação, submeta ao Senado Federal uma

⁸⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. p 743 , 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁸¹ No caso específico da União, será incluída na sua dívida pública consolidada a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central.

⁸² BRASIL. Congresso Nacional (2000). Lei complementar nº101, 4 de maio de 2000. **LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal**, Brasília, 24 p., maio 2000.

proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, cumprindo o que estabelece o inciso VI do art 52 da Constituição. Também determina que, no mesmo prazo, deve o presidente encaminhar ao Senado proposta de limites e condições relativos aos incisos VII, VIII, IX do art 52 da CF.⁸⁴ Caso o montante da dívida seja ultrapassado, a lei estrutura mecanismos para sua recondução aos limites, indicando caminhos para que isso se opere. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições da realização de operações de crédito da União, Estado e Municípios, inclusive das empresas por ele controladas, direta ou indiretamente.⁸⁵

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária consistem naquelas operações que se destinam exclusivamente a atender a insuficiência momentânea de caixa durante o exercício financeiro⁸⁶. Assim, havendo uma previsão orçamentária de receita que ainda não ingressou nos cofres públicos, poderá ser autorizado empréstimo para custear a despesa imediata.

A partir das análises pontuais feitas sobre a dívida pública na Lei de Responsabilidade fiscal, conclui-se que para que a lei ganhe contornos de seriedade e autenticidade em seus objetivos, faz-se necessário que o superávit primário não seja estigmatizado como a linha-mestre que reflete o espírito da lei, posto que a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode se resumir a simples e pouco objetiva geração de superávit, visto que o superávit primário não é um princípio constitucional para ser tratado como valor último de busca na atividade financeira do Estado, muito pelo contrário, o Estado tem o poder-dever estabelecido no art 3º da Constituição que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e portanto vincula tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo de todos os entes da Federação, na produção de normas que regem a administração financeira e orçamentária do Estado. Ou seja, a condição superavitária não é um fim e si mesmo, vez que superávit não é sinônimo de responsabilidade fiscal. A LRF é uma norma

⁸⁴ CF. art 52: Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁸⁵ BRASIL. Congresso Nacional (2000). Lei complementar nº101, 4 de maio de 2000. **LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal**, Brasília, 24 p., maio 2000.

infraconstitucional que estabelece vias para atingir uma finalidade, ou seja caracteriza-se por se um instrumento gerencial da atividade financeira do Estado, não pode ter como objetivo ditar as finalidades da ação governamental.⁸⁷

Neste sentido, defende-se que o equilíbrio das contas públicas é algo importantíssimo a ser observado na gestão pública, mas consiste em um elemento condicionado a um planejamento de governo, o qual com base na LRF terá o norte necessário para colocar em ação o plano governamental de forma responsável e previsível. Mas na realidade prática, a LRF vem sendo interpretada de forma equivocada, na medida em que a perspectiva de longo prazo da União tem sido sinônimo de uma simples manutenção de um superávit primário que de nada adianta, se não for acompanhado pelos avanços institucionais previstos na lei, vide os últimos anos de déficit, mesmo com as mais diversas metas fiscais impostas por diversos mecanismo além da referida lei complementar.

2.4 O ORÇAMENTO GERAL DA UNIÃO E A DÍVIDA PÚBLICA

A doutrina do direito financeiro clássica, entendia o orçamento público, como uma mera lei de índole técnico-contábil, que tinha por função efetuar a previsão das receitas e a autorização das despesas públicas ao longo do exercício financeiro. No entanto, com o decorrer do tempo, este entendimento tornou-se insuficiente, pois desconsiderava seu caráter multidisciplinar, posto que envolve elementos políticos, econômicos e jurídicos, além do técnico-contábil. Com relação ao orçamento público o financista Regis Fernandes de Oliveira⁸⁸ leciona o seguinte:

Daí o orçamento se constituir em peça importante no mundo jurídico de hoje, na vida das nações. Deixa de ser mero documento financeiro ou contábil para ser o instrumento de ação do Estado[...] Em suma, 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 os rumos,[...] Tem seu aspecto político, porque revela desígnos sociais e regionais, na destinação de verbas; econômico, porque manifesta a atualidade econômica; técnico, com o cálculo de receitas e despesas; jurídico pelo atendimento às normas constitucionais e legais.

⁸⁷ BRASIL. Congresso Nacional (2000). Lei complementar nº101, 4 de maio de 2000. **LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal**, Brasília, 24 p., maio 2000.

⁸⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 215

O Orçamento Público é elemento central para entender a atividade financeira do Estado, pois consiste no instituto do direito financeiro, com maior aptidão para concretizar os direitos fundamentais sociais, considerado por importantes autores do direito financeiro como a mais importante lei de um Estado. No Brasil, a lei orçamentária é constituída por três espécies distintas de leis, a lei que veicula o orçamento por excelência (LOA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), bem como o Plano Plurianual (PPA). As três leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo, ou seja é de sua responsabilidade a coordenação geral de todo processo que envolve a elaboração e formalização da proposta orçamentária ao Poder Legislativo.

Faz-se imprescindível ressaltar que o plano ou programa de ação estatal deve observar a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressamente disposto no art.3º da Constituição Federal, o que denota a instrumentalidade das leis orçamentárias no que concerne ao atendimento destes interesses consagrados pelo constituinte. Outrossim, a CF/88 estabelece em seu art. 174, caput, que, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, incumbe ao Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último elemento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Por esta razão, a lei orçamentária consiste no ponto central que veicula a garantia de direitos fundamentais sociais, visto que nela constará as previsões de gastos do Estado na concretização de políticas públicas indicadas constitucionalmente. O Orçamento Geral da União é composto pelo orçamento fiscal, orçamento da seguridade social e o orçamento de capital. O processo de aprovação do Orçamento Público submete-se a um conjunto de regras constitucionais, infraconstitucionais e regimentais.

Neste sentido, com base no que determina o ordenamento jurídico brasileiro, bem como na mais moderna doutrina sobre o assunto, as leis orçamentárias devem ser consideradas como planos de atuação governamental, visto que revelam a existência de uma predeterminação de finalidades a serem alcançadas pelos gestores, ou seja é nas leis orçamentárias que os objetivos e metas ganham materialidade, pois estes objetivos finalísticos servem de norte à implementação de políticas públicas e balizam o processo decisório governamental. Dentro desta perspectiva, as leis orçamentárias traduzidas no orçamento geral da União deixam de permitir arbitrariedades na gestão da coisa pública, pois impedem um

distanciamento entre a atuação prática dos agentes políticos e o plano de trabalho fixado nas leis orçamentárias aprovadas. Assim, as leis orçamentárias possibilitam a identificação de ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma decisão governamental, que não encontra legitimidade em uma mera alegação de juízo de conveniência e oportunidade.⁸⁹

O ciclo orçamentário, em apertada síntese, envolve a elaboração, discussão, votação e aprovação da PLOA, bem como a execução e o controle LOA. A proposta orçamentária consiste no conjunto de documentos referentes ao plano governamental, que o Executivo deve enviar anualmente ao legislativo para sua apreciação e votação, sendo a proposta orçamentária uma sugestão e, como tal, pode ser alterada; o orçamento por sua vez é a lei já pronta.

A elaboração da proposta orçamentária é realizada pelo Executivo, pois o orçamento público configura etapa do processo de planejamento, se inserindo nas funções administrativas em sentido estrito. Já o cálculo da despesa e da receita é usualmente feito pelo órgão da Administração que tem a seu cargo informações sobre a situação financeira da União através da Fazenda Pública.⁹⁰

As propostas dos órgãos legislativo e judiciário têm o mesmo tratamento que as do órgão Executivo e passam pelas mesmas análises e revisões, para, posteriormente, integrarem a proposta geral do governo, a qual será submetida à apreciação do Poder Legislativo. Recebida a proposta orçamentária pelo Congresso Nacional, o projeto de lei será enviado a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados, que examinará e emitirá parecer sobre os projetos de lei referentes ao PPA, LDO e a LOA, bem como aos créditos adicionais. No entanto não há nesse pronunciamento parlamentar um caráter de definitividade. Trata-se de um órgão mais opinativo, visto que a decisão final é das duas casas do Congresso Nacional.⁹¹

Tendo recebido o parecer da Comissão mista, os projetos de lei orçamentárias são enviados ao Plenário das duas Casas do Congresso Nacional, concluída a

⁸⁹ SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011.

⁹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. p 743 , 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹¹ CONTI, José Mauricio. **Orçamentos Públicos. A lei 4.320/1964 comentada**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

votação, e aprovado o projeto de lei orçamentária, deverá ele ser enviado ao chefe do Executivo para sanção ou veto. Se o Presidente da República considerar o projeto aprovado, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, poderá vetá-lo total ou parcialmente, o que obsta sua conversão em lei. O veto será apreciado em sessão conjunta da Câmara e do Senado, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. A rejeição do veto pelo legislativo significa a aprovação definitiva do projeto.

Quanto à composição da LOA de acordo com o art. 2º da Lei nº 4.320/64 a LOA conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, é portanto, pautada na autorização da LOA que as despesas do exercício são executadas. Segundo o §5º do art. 165 da Constituição, a LOA conterá o orçamento fiscal referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta; o orçamento de investimento das empresas que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Ainda de acordo com a Lei 4.320/64 a LOA conterá o sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções de governo; quadro demonstrativo da receita e da despesa segundo as categorias econômicas; quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação e quadro das dotações por órgãos do governo e da administração.⁹²

De acordo com o art. 5º da LRF o projeto de Lei Orçamentária Anual deverá conter em anexo, demonstrativo da compatibilidade do orçamento com os objetivos e metas definidos no Anexo de Metas Fiscais da LDO; ser acompanhado do demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas decorrente da concessão de incentivos de natureza financeira, tributária e creditícia; ser acompanhado das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado; conter reserva de contingência, com

⁹²BRASIL. **Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

percentual da receita corrente líquida destinado ao atendimento de passivos contingentes e outros gastos imprevistos.

No que tange à natureza jurídica do orçamento público, já houve ampla discussão doutrinária quanto a natureza jurídica das leis orçamentária. Alguns autores entendiam que ela possui natureza de lei meramente formal, outros entendem que possui natureza de lei formal e material, já alguns entendem ser o orçamento público um simples ato legislativo.

No entanto de acordo com o que se extrai do art. 165 e 166 da Constituição Federal, os orçamentos públicos são leis, não estabelecendo nenhuma distinção entre leis meramente formais e leis formais com conteúdo material. Outrossim, segundo a lei 4.320/1964 que versa sobre os orçamentos públicos, o orçamento público também corrobora para o seu caráter de lei ordinária, que abrange tanto o caráter formal, quanto material. Segundo José Afonso da Silva⁹³ o orçamento público por conter uma programação governamental assemelha-se às “leis de impulso”, que consistem em instrumentos voltados à realização de objetivos determinados.

Neste sentido, a lei orçamentária consiste em lei material, vez que possui eficácia substancial direcionada aos órgãos do Estado, os quais deverão sujeitar-se às regras por ela instituídas. Por esta razão, este trabalho entende que as leis orçamentárias consistem em leis formais, por observarem um processo legislativo juridicamente previsto e também material, visto que estão substancialmente ligadas a fonte constitucional e vinculam a administração pública a segui-las depois de aprovadas, não há, nessa perspectiva, diferença quanto as demais espécies normativas consagradas na Magna Carta brasileira. O orçamento público, portanto, está sujeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade.⁹⁴

Em relação ao controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, partindo do pressuposto de que A LOA visa concretizar os objetivos e metas propostas no Plano Plurianual (PPA), segundo as diretrizes estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). E considerando-se que no ordenamento jurídico brasileiro as leis infraconstitucionais têm sempre seu

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Orçamento- programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.p 267-275

⁹⁴BRASIL. **Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

fundamento de validade em uma norma superior estabelecida na Constituição, as desconformidades de normas infraconstitucionais com a Constituição acarretam o fenômeno da inconstitucionalidade, o qual normalmente é decretado pelo Poder Judiciário.⁹⁵

No que concerne ao controle de constitucionalidade das leis orçamentárias o entendimento antigo do STF era de que não se admitia controle de constitucionalidade por se tratar de ato normativo de efeitos concretos, não viabilizando o seu controle em abstrato do STF em decisões recentes vem mudando, já reconheceu expressamente a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de leis orçamentárias quando suas normas revelarem contornos gerais e abstratos e mais recentemente, admitiu a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das normas orçamentárias, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato destas, pois entendeu que aquele Tribunal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato.⁹⁶

Ademais, em recente decisão apreciando a constitucionalidade de medida provisória que determina a abertura de créditos extraordinários se manifestou da seguinte forma: “A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle exige-se densidade normativa apenas para ato de natureza infralegal”⁹⁷

Quanto a isto, veja-se:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

⁹⁵SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011.

⁹⁶ CONTI, José Mauricio. **Orçamentos Públicos. A lei 4.320/1964 comentada**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁹⁷ BRASIL. STF. ADI-MC 4.049/df. Min Carlos Britto, j. em 5.11.2008, Dje-084. Divulg 7-5-2009, public8-5-2009

ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea d, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea d, da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.

(STF - ADI: 4048 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232)

O mencionado caso teve por objeto o questionamento da constitucionalidade da medida provisória 405/2007 que tinha como finalidade promover a abertura de créditos extraordinários, contudo, sem o respeito a exigência dos requisitos de relevância e urgência, constante do caput do art. 62 da CF/88.

Portanto, de acordo com o mais recente posicionamento do STF, por serem atos de natureza legal, as leis orçamentárias, incluindo PPA, LDO e a LOA, estão sujeitas ao controle abstrato de sua constitucionalidade. A possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis orçamentárias cria um importante precedente nesta seara, vez que assevera que toda lei é um ato de aplicação primária da própria Constituição, diferentemente de atos administrativos de natureza infralegal.⁹⁸

⁹⁸ Vide os seguintes julgados do STF: ADIn 4048; ADIn 4049

A evolução jurisprudencial, a partir desta decisão do interprete máximo da Constituição Federal, depreende-se que todos os atos editados ou não sob a forma de lei, seja ou não de natureza orçamentária, estarão sujeitos ao controle de constitucionalidade pela via principal, o que reafirma a materialidade das leis orçamentárias através do reconhecimento do seu conteúdo jurídico, possibilitando a identificação no orçamento público de um legítimo plano de atuação governamental para a consecução dos objetivos fundamentais explicitados no art. 3º do texto constitucional.⁹⁹

O controle de constitucionalidade das leis orçamentárias é de extrema importância para a efetividade dos direitos fundamentais sociais na medida que:

Acatar a supremacia constitucional, quando se tem a implementação do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias como seu pano de fundo, significa ir muito além da simples perspectiva de obediência aos mandamentos constitucionais de índole orçamentária, significa estar centrado na necessidade de coibir o abuso na destinação dos recursos públicos, assegurando que estes meios financeiros sejam aplicados, de fato, em prol da efetividade dos direitos fundamentais. Entrever na figura do orçamento público um instrumento essencialmente jurídico de limitação da atuação discricionária dos gestores públicos é o resultado de todo um caminhar das modernas sociedades complexas, que denota a mudança de um viés individualista e até mesmo personalista de exercício do poder político para um viés social, de partilha do processo decisório governamental, em que a Constituição assume a função de assegurar a concretização dos direitos indispensáveis à existência digna dos cidadãos-administrados. Nessa direção, a liberdade de atuação dos Poderes instituídos deve ser balizada pelos limites constitucionais no que tange à aplicação do substrato material coletivo, de modo a impedir que sejam negligenciados os direitos sociais fundamentais.¹⁰⁰

Observar o princípio da supremacia constitucional sobre todo o ciclo orçamentário é reafirmar o orçamento público como elemento central do Estado Democrático de Direito, na medida que as leis orçamentárias devem garantir que as despesas fixadas em prospecto no orçamento se voltem à realização de política públicas que viabilizem concretamente as imposições constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais, pois independente do plano de ação governamental e a política econômica adotada, o orçamento público nunca poderá abandonar financeiramente o núcleo essencial das necessidades públicas, posto que são

⁹⁹ SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011.

¹⁰⁰ SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011.

direitos que proporcionam aos cidadãos o direito fundamental a vida digna, também conhecido como mínimo existencial.

O controle de constitucionalidade do orçamento público não consiste em violação de clausula pétrea quanto a separação dos poderes, bem como não se trata de defender judicialização da política, visto que não se defende que o Poder judiciário no exercício do controle de constitucionalidade adentre o âmbito do juízo de conveniência e oportunidade privativo do Poder Executivo na aplicação dos recursos públicos (mérito administrativo), mas apenas exerça um estrito controle de legalidade, atuando dentro daquela dinâmica de equilíbrio institucional conhecida como “freios e contrapesos” pontualmente para estabelecer a ordem constitucional infringida.

Neste sentido, por se tratar de uma Constituição Dirigente, dada sua abrangência material, o Judiciário é chamado a assumir a titularidade de poderes sobre o destino da Constituição e do próprio Estado, porém esse poder nas suas máximas dimensões sem uma coerência jurisprudencial da Corte Constitucional, acaba impossibilitando a dinâmica democrática, o que seria o mesmo que descumprir seus ditames. Todavia, mormente nas questões típicas da Constituição Financeira, o Tribunal pode muito, mas não pode tudo. Não pode criar políticas públicas, não pode estabelecer programas de governo, mas pode impedir alterar-se regimes jurídicos em discordância com a Constituição e atribuir direitos a quem alega ser prejudicado.

Canotilho¹⁰¹ ao examinar o que se passa hoje no Brasil no tocante ao fenômeno da judicialização entende que:

A estruturação dogmática das sentenças permite descortinar que os tribunais não decidem apenas casos segundo as regras de competência, assumem tarefas de concretização política da Constituição. (...) A questão fulcral é a de saber se o dirigismo jurisprudencial não se assenta numa autoautorização ou “autolegitimação” normativizadora sem fundamento constitucional.

Nesse sentido é importante uma autocontenção judicial para não se ocorrer a politização das Cortes Constitucionais e sim o mero controle de constitucionalidade,

¹⁰¹ SCAFF, Fernando Facury. CONTI, José Mauricio. Et al. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

com base em decisões fundamentadas de acordo com a Constituição e não por preferências políticas ou opções morais.

Como lecio Heleno Taveira Torres¹⁰²:

No constitucionalismo do Estado constitucional de Direito, o controle de constitucionalidade, a pretexto de ser exercido com exclusividade pelo guardião permanente da Constituição, com poderes para controle concentrado com eficácia erga omnes em relação às repercussões decorrentes das leis ou atos normativos declarados inconstitucionais, sem cerimônias, vê-se utilizado como instrumento de poder ou de submissão do poder eleito por opções episódicas ou fruto de interpretações moralistas.

Ou seja, diferente da Judicialização, que é um fenômeno natural em democracias regidas por Constituições dirigentes, o ativismo judicial no âmbito do orçamento público pode se tornar prejudicial a democracia, por exemplo, quando não se tem um precedente coerente formado sobre a natureza jurídica do orçamento, pois anteriormente era considerado meramente formal, mais recentemente passou a ser considerado lei formal e material e, portanto, pode ser submetida ao controle de constitucionalidade de acordo com o STF, vide o supracitado julgado nº 405, de 18.12.2007 quanto a abertura de crédito extraordinário, o que gera grande insegurança jurídica.

Em relação ao equilíbrio fiscal no orçamento público, de acordo com a análise do texto constitucional e respaldando-se na observação de Ricardo Lobo Torres, a Constituição Federal de 1988 não exige explicitamente do administrador público o equilíbrio fiscal.¹⁰³ Nesse sentido, pode-se concluir que uma política orçamentária deficitária (ainda que momentânea) não viola a Constituição. Ricardo Lobo Torres adverte que o equilíbrio fiscal depende de fatores que extrapolam a observância da responsabilidade fiscal, como a conjuntura econômica, por exemplo. Nesse sentido a exigência de equilíbrio fiscal como um fim e si mesmo e a todo custo deixa de ser algo jurídico para se tornar ideológico. Segundo a teoria econômica de Keynes, por exemplo, são recomendáveis orçamentos cíclicos e deficitários em épocas de recessão, em que se obriga a intervenção estatal para se reaquecer a economia. Todavia, o aumento de despesas públicas sem contrapartida social, bem como a administração descontrolada da dívida pública mediante empréstimos para cobrir

¹⁰² TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tradado de direito constitucional financeiro e tributário, o orçamento na Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar. Vol.5, p.174.

déficits públicos foram fatores fundamentais para a crise financeira de 1970, razão pela qual passou-se a defender o controle do déficit público, a contenção de despesas e a limitação dos empréstimos.

Na realidade a exigência de equilíbrios fiscais orçamentários no Brasil adveio de fonte infraconstitucional, por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual estabelece o equilíbrio entre receitas e despesas como um de seus fundamentos, ou seja a lei de responsabilidade fiscal é basicamente constituída visando-se o equilíbrio fiscal. Do ponto de vista jurídico, os recursos obtidos mediante dívida pública não constituem receita, e sim mera entrada de caixa, pois não há acréscimo de valores para o patrimônio público, muito pelo contrário, cada entrada no caixa, corresponde um lançamento no passivo com adição de juros.

Como foi supracitado, o orçamento público com o decorrer do tempo deixou de ser visto pela doutrina como uma mera peça contábil, em razão da complexidade advinda da modernidade o orçamento assume papel central de planejamento de intervenção estatal na economia e na sociedade com base em determinado plano de governo. Desse modo, pode o Estado, com respaldo jurídico e constitucional, assumir políticas fiscais anticíclicas para lidar com períodos de crises.¹⁰⁴ Para tanto, o Estado eleva o nível de seus gastos incentivando a continuidade dos investimentos no setor privado, já que este em momento de recessão, tende a poupar recursos, agravando ainda mais a conjuntura desfavorável.¹⁰⁵

Partindo de uma perspectiva Constitucional, o equilíbrio fiscal não deve ser interpretado como um fim em si mesmo, o equilíbrio das contas públicas é de elevada importância, no entanto deve ser interpretado com parcimônia e acompanhado de um planejamento de gestão para que não se torne uma meta inócua de resultados para a sociedade civil, pois levando em consideração que a conjuntura econômica é cambiante, este fator pode impedir o equilíbrio do orçamento em bases anuais.¹⁰⁶ No entanto, fator mais fundamental que o equilíbrio entre receitas e despesas em determinado exercício financeiro, é o desenvolvimento econômico, e o bem-estar social mediante a preservação dos direitos fundamentais sociais consagrados pela

¹⁰⁴ BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito Financeiro**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad 1998. p 46

¹⁰⁵ HERMANN, Jennifer. **A macroeconomia da dívida pública: notas sobre o debate teórico e a experiência brasileira recente**. Dilemas da dívida. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer. Cadernos Adenauer III, N 4. 2002.

¹⁰⁶ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 92-93.

Constituição Federal, cabendo ao Estado intervir toda vez que necessário para tanto. De acordo com José Afonso da Silva existem três teorias a respeito do equilíbrio orçamentário, quais sejam, a teoria do equilíbrio orçamentário cíclico, a teoria do orçamento compensatório e a teoria da política financeira de estabilização automática. De acordo com José Afonso da Silva, estas teorias foram formuladas para países com economias desenvolvidas, sendo inviável sua aplicação em países em desenvolvimento. Por serem as crises dos países em desenvolvimento, crises de conjuntura e de estrutura, faz-se necessária a intervenção direta do Poder Público para romper os pontos de estrangulamento. Nesse sentido, defende o autor que uma política de déficit controlado e programado no sentido da realização de investimento retributivos tende a compensar-se com a expansão da economia.¹⁰⁷

Partindo dessa ideia, é possível um déficit orçamentário fundamentado em um planejamento plurianual com objetivos e metas voltados ao crescimento econômico e ao enfrentamento de possíveis crises com base em uma política econômica expansionista por parte do Estado. Nessas situações específicas, é aceitável que o Estado eleve o nível de seus gastos, visto que se pauta em um planejamento de crescimento econômico, pois como o PPA é o alicerce do planejamento da atividade estatal e tem vigência de quatro anos, autoriza-se a ocorrência de déficit em determinado ano para cumprir o plano de ação governamental preestabelecido.

De acordo com algumas teorias econômicas a ação governamental planejada não é compatível com a assunção de déficit esporádicos, sendo possível o governante que se pauta por um plano de desenvolvimento real almejar o equilíbrio orçamentário a longo prazo, mesmo que para isso seja necessários momentos deficitários.¹⁰⁸ De acordo com o artigo 165, §2º da CF/88, a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente e 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. Quando define metas e prioridades a lei abre espaço para a margem de discricionariedade do governante, viabilizando que em determinado exercício haja

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Tributos e normas de política fiscal na Constituição do Brasil**. São Paulo: Ed. do Autor, 1968, p. 126

¹⁰⁸ HORVATH, Estavão. **Orçamento público e planejamento**. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). **Direito tributário- Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. Vol.1,p127

déficit orçamentário para a obtenção de fins de uma política econômica anticíclica, neste sentido, as metas e prioridades podem se referir à realização de gastos e investimentos estratégicos que a meio prazo irão produzir superávit.

A alínea a do inciso I do art. 4º da LRF prevê que a LDO disporá sobre o equilíbrio entre receitas e despesas. O dispositivo dá a entender que o administrador público deve observar o equilíbrio orçamentário em bases anuais. No entanto, esse equilíbrio fiscal anual exigido pela LRF, não veda que o orçamento em determinado ano seja deficitário, desde que pautado em um planejamento governamental que o preveja e busque resultados para além deste déficit momentâneo. Posto que antes de se observar o equilíbrio fiscal, a ação governamental que se expressa através do Poder público deve pautar sua atuação pelos princípios fundamentais disposto no artigo 3º da CF/88, o qual estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A responsabilidade fiscal é elemento de grande importância para a administração financeira e orçamentária, no entanto, isso não significa necessariamente que o orçamento deva ser equilibrado, mas que a gestão financeira deve ser responsável ao agir de forma previsível para que o Estado possa cumprir suas funções essenciais. Ou seja, o equilíbrio das contas públicas não é um princípio constitucional para ser considerado um fim e si mesmo, mas apenas possui significado quando agregado a outros elementos que possam conduzir a sociedade à obtenção de um valor desejado.

Quanto à dívida pública na Lei Orçamentaria Anual, a LRF em seu art. 5º exige que todas as despesas relativas à dívida pública bem como as receitas que as atenderão deverão nela constar, e, separadamente, na LOA e nas leis de crédito adicional, o refinanciamento da dívida pública. Ademais, deverá constar a atualização monetária do principal da dívida mobiliária refinanciada não poderá superar a variação do Índice de preços previstos na LDO, ou em legislação específica. A LRF ainda veda a LOA de conter crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada e de consignar dotação para investimento com duração superior a um ano que não esteja incluído no PPA, ou em lei que autorize a sua inclusão. Nesse sentido as regras contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal acerca da LOA pretendem conferir maior transparência ao processo de planejamento, o que

facilitará o seu acompanhamento pelo Legislativo e pela sociedade civil e principalmente maior controle das operações de crédito e serviço da dívida.¹⁰⁹

O Orçamento Público como instrumento de efetivação da democracia constitucional e o ponto central da administração financeira e orçamentária do Estado, é também elemento importante para o direito econômico. Em razão disso, é fundamental salientar que todo o ciclo orçamentário deve ser realizado em observância aos princípios constitucionais e aos princípios básicos da administração pública, como a legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, bem como a supremacia do interesse público, como forma de se evitar, por exemplo, o desvio ou desperdício de recursos públicos. Ademais, deve o orçamento ser transparente com o fim de propiciar as importantes informações a serem disponibilizadas aos órgãos de controle da despesa pública e à própria sociedade, em observância ao princípio da publicidade.

Atualmente o processo de integração-planejamento do orçamento público brasileiro é multidocumental, uma vez que envolve a aprovação de leis temporárias diferentes (PPA, LDO E LOA) para compor o orçamento geral da União. Segundo o art. 165 da Constituição Federal o PPA, LDO E LOA são leis ordinárias, temporárias e especiais de iniciativa do Poder Executivo e que regem o Orçamento Geral da União. Sendo o Plano plurianual correspondente ao nível estratégico (planejar), a Lei de Diretrizes Orçamentárias ao nível tático (orientar) e a Lei Orçamentária Anual ao nível operacional (execução). Somente a partir da aprovação das respectivas leis é possível implementar as políticas públicas, uma vez que na administração pública só se pode executar o que a lei autoriza.

Segundo o art.165, §5º da Constituição o orçamento público é composto atualmente por três partes: a) o orçamento fiscal referente aos Poderes, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União detenha maior parte do capital com direito voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Ademais, o art 165, §8º da CF/1988 estabelece implicitamente que a lei

¹⁰⁹ BRASIL. Congresso Nacional (2000). Lei complementar nº101, 4 de maio de 2000. **LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal**, Brasília, 24 p., maio 2000.

orçamentária deve conter a previsão da receita e a fixação da despesa do Ente Político, bem como a autorização para abertura de créditos suplementares para a contratação de operações de crédito.¹¹⁰

Quanto às limitações de crédito no orçamento público, consta no art. 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que deriva diretamente do art.52, VI, VII e IX da CF/1988, que a dívida dos entes federativos devem observar os limites e condições fixados pelo Senado Federal. No entanto, segundo o art. 32, §1º,III da LRF, esses limites são definidos pelas resoluções do Senado Federal 40/2000 e 43/2000, sucessivamente modificadas.¹¹¹

O art. 3º, I da Resolução do Senado Federal 40/2001 (texto consolidado com as alterações decorrentes da Resolução 5, de 2002) determina que a dívida consolidada líquida não poderá exceder o valor de 2 (duas) vezes a receita corrente líquida nos Estados e distrito federal, e nos Municípios o valor de 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida.¹¹²

Já a Resolução do Senado Federal 43/2001, alterada pela Resolução 03/2002 estabelece em seu art. 7º que o montante global das operações de crédito realizadas em um exercício financeiro não pode ser superior a 16% da receita corrente líquida, bem como o comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos não pode exceder a 11,5%. Neste mesmo sentido, o art. 52, V, da Constituição Federal de 1988 também institui a necessidade de aprovação específica pelo Senado Federal para a realização de operações de crédito externo, a qual deve ser expedida por Resolução, bem como dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Regis F. (coord. geral); HORVATH, Estevão; CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹¹ GIACOMONI, James. “**Orçamento Público**”, 14. Ed. Ampliada e atualizada. São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

¹¹² CONTI, José Mauricio. **Orçamentos Públicos. A lei 4.320/1964 comentada**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

3. O PAPEL DO ESTADO A PARTIR DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

3.1 DA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O DIREITO FINANCEIRO

Antes de adentrar a genealogia do Estado moderno, são necessárias algumas pontuações acerca do conceito de Direito. Segundo o pensamento de Eros Roberto Grau o Direito é, antes de tudo, uma prudência, e a prudência consiste em uma virtude. Nas palavras de Eros Grau [...] a prudência é a capacidade, acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano, a prudência é, pois razão intuitiva, que não discerne o que é exato, porém o que é correto, não é saber puro separado do ser¹¹³.

Este trabalho segue o entendimento de que essa prudência, não teria um caráter jusnaturalista, mas está no sistema jurídico e se expressa pelo texto constitucional, especificamente pelos princípios fundamentais de uma nação, por essa razão, a Constituição Federal de 1988, em seu título I, estabelece como princípios fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p 40 e 41

- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Para dar concretude a esses princípios constitucionais presentes no título I da Constituição existem as normas de direito financeiro e econômico que regem a atuação do Estado, o direito financeiro e o direito econômico são divididos em ramos para fins didáticos da ciência do direito, no entanto, os dois ramos do direito devem estar em constante diálogo na prática, isso se comprova, ainda, pelo próprio título VII da Constituição Federal que dispõe sobre a ordem econômica e financeira.

Este trabalho segue o entendimento de Dworkin, de que princípios não se confundem com valores, vez que os Direitos Fundamentais podem ser considerados “trunfos ante decisões de maiorias”, em razão de sua historicidade, que, para além do jusnaturalismo, são conquistas de lutas históricas.¹¹⁴ A doutrina brasileira importou a definição de “conceitos chave do Direito Constitucional”, aqui chamado de núcleo essencial de direitos, o qual de acordo com Mangoldt e Klein, estariam pré-estabelecidos na Constituição, como unidade substancial autônoma através dos direitos fundamentais.¹¹⁵

Em sua obra a ordem econômica na Constituição de 1988, Eros Grau¹¹⁶ pontua o seguinte ao analisar os princípios constitucionais que regem a atividade do Estado, ou nas palavras de Dworkin, “diretrizes constitucionais”.

Esses subsídios(...) prestam-se a auxiliar a interpretação/ aplicação da ordem econômica na Constituição de 1988. Esta, como penso demonstrar nesse livro, é interpretação/aplicação de textos, não de normas, visto que o Direito é alográfico; mas não apenas de textos, senão de textos e de fatos; e mais: interpretar/ aplicar o Direito é concretizá-lo, ir dos textos e dos fatos à norma jurídica geral e, em seguida, à norma de decisão no desenvolvimento de uma prudência(...) Aqui devo salientar, contudo, inicialmente, que assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim, o Direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. A interpretação de qualquer texto normativo da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição. (...) Uma segunda pauta decorre da importância das normas-objetivo, que surgem definitivamente a partir do

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁵ CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre.(org) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹¹⁶ IDEM, P. 155

momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O Direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do Direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo. (...) Daí a ênfase que imprime à afirmação de que os princípios são normas jurídicas, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos.

O Direito é anterior ao Estado na medida em que nasce de relações jurídicas no bojo da sociedade, mas essa relação jurídica preexistente (direito pressuposto) que advém como algo espontâneo da sociedade, quando se torna algo regulamentado por uma Constituição por meio de um sistema jurídico, passa a ser um direito positivo (direito posto)¹¹⁷

Neste sentido leciona Eros Roberto Grau:

A compreensão de que o direito já está no econômico- mas também não está- permite-nos compreender que nem a economia determina diretamente o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social.¹¹⁸

Como o direito posto surge a partir de uma cultura pressuposta, em cada sociedade tem-se um determinado direito positivo que se difere de outras sociedades em razão da sua especificidade e historicidade. Portanto, cada sociedade corresponde um Direito, integrado por determinadas regras e princípios que em dado momento histórico são instituídos mediante uma Carta Constitucional fundante do Estado e dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹¹⁹

O Direito positivo, o qual organiza o funcionamento do Estado moderno ao mesmo tempo em que legitima sua atuação estabelecendo direitos ao cidadão frente ao arbítrio do Estado, surge no contexto da Revolução Francesa¹²⁰.

Neste contexto, o direito reflete, ainda que de modo deturpado, a universalidade da atividade mercantil. Assim, a igualdade formal de todos perante a lei, oculta a superposição, na base econômica, das relações entre pessoas. A

¹¹⁷ IDEM. p 64

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p 93

¹²⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito: Tradição do ocidente e no Brasil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2019.

legalidade, por outro lado, enquanto garantidora das liberdades individuais (negativas), busca tanto promover sua defesa contra o arbítrio estatal, quanto ao defender cada sujeito detentor de propriedade contra a ação dos desprovidos de propriedade.

Surge então a noção de Estado de Direito, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas da burguesia emergente, principalmente em relação aos contratos e à propriedade. Neste sentido, a burocratização estatal através do Direito nasce para promover a possibilidade de mínima previsão e calculabilidade ao regulamentar as relações jurídicas comerciais, o que configura a racionalidade do mercado.

Sintetizando o supracitado Eros Grau explica que:

O Estado põe um direito definidor das regras de um jogo cujo fim ou cujos fins são externos a ele, porque definidos pelo indivíduo, que se vale de suas formas para realizar seus fins[...] Não é senão por isso que a modernidade do direito supõe o necessário aniquilamento de qualquer tentativa de construção de uma razão de conteúdo. Essa modernidade foi conquistada à custa da imolação dos fins, pelo sagrado culto aos meios.¹²¹

Ou seja, no Estado liberal de Direito a função estatal consistia basicamente em fornecer condições ou meios para os indivíduos alcançarem seus objetivos individuais consubstanciados no modo de produção vigente. Desse modo as primeiras constituições liberais que majoritariamente eram constituições formais, justificavam-se falar do caráter meramente instrumental das normas de direito financeiro.

Os grandes abalos da ordem econômica, decorrentes, sobretudo, de guerras e crises econômicas, impulsionaram as Constituições liberais à adoção de algumas características comuns. No século XX, principalmente após o segundo pós-guerra as Constituições com teor social passam a dominar o constitucionalismo mundial.

Consideradas parte do novo “constitucionalismo social”, essas Constituições incluíram além dos direitos individuais, os chamados direitos sociais, de segunda geração, ou direitos de prestação, os quais dependem de ações diretas e indiretas do Estado. Mas foi apenas com a transição do Estado Social ao Estado Democrático

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p 103

de Direito que se voltaram os estudos para uma integração funcional entre a Constituição e o direito financeiro.

De acordo com Heleno Taveira Torres¹²²:

A instrumentalidade da atividade financeira está quase que consolidada na doutrina como um lugar-comum, por não se definir como um “fim” do Estado. Entretanto, com a passagem da Teoria do Estado de Direito, no qual se desenvolveu a doutrina clássica do direito financeiro, para a Teoria da Constituição do Estado Democrático de Direito, essa afirmação perde expressivo campo de aplicação.

Nas concepções clássicas de Estado, a atividade financeira era vista como um instrumento para atingir “os fins” estatais, que poderiam variar em razão da falta de normatividade que delimitasse esta atuação, mas com o advento das Constituições que instituem um Estado Democrático de Direito essa perspectiva muda, pois a ordem constitucional passa a estabelecer que só é legítimo o poder que estiver fundado sobre o princípio democrático, nesse sentido o poder emanado do Estado através das leis passa a ter de se submeter a normatividade constitucional. De acordo com Heleno Taveira Torres, houve uma transição da ordem legitimadora do Direito positivo da “Teoria do Estado” para a “Teoria da Constituição”. Fato este que mudou também a perspectiva da doutrina que estuda o direito financeiro.

3.2A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de 1988 nasceu dentro de um contexto de ampla mobilização popular (durante o regime militar) que se inicia, nos anos de 1983/84, com a campanha das Diretas Já, e é fortemente inspirada nas constituições de Portugal, de 1976 com forte teor social. Essa nova ordem constitucional se propõe a perseguir a empreitada de reconstruir o Estado e a sociedade brasileira sobre alicerces mais justos e equânimes; de refundar a República a partir de um projeto solidário e inclusivo, com o objetivo de cumprir as promessas da modernidade tardia.¹²³

¹²² TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹²³ Cláudio Pereira de Souza. Neto, Daniel Sarmento. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**; – Belo Horizonte : Fórum, 2012

Numa hermenêutica das constituições materiais integradas à Constituição de 1988, a teoria da Constituição logra seu maior êxito ao ser considerada como uma Constituição social e Dirigente, ganhando o título de “Constituição Cidadã”.¹²⁴

Portanto, no Brasil o Estado Democrático de Direito, com a promulgação da constituição cidadã, já nasce de uma essência democrática, desse modo a democracia não é uma mera promessa do texto normativo, mas a própria força fundante da ordem constitucional no país. É em virtude disso, que qualquer ato de poder deve ser fundado neste princípio, que advém do Poder Constituinte.¹²⁵

Quanto a isto leciona Canotilho¹²⁶:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem juridico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estatal e os atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional de direito- uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo estatal. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia- supremacia da constituição- e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <<primado do direito>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.

Nesse sentido, segundo J.J Gomes Canotilho,¹²⁷ existe um *impulso* constituinte que conduz à existência de um poder, o Poder constituinte. O qual legitima a instituição de uma (ou nova) ordem jurídica, na qual se estabelecem direitos e obrigações fundantes dessa nova ordem arrolados no texto do documento que se denomina Constituição.¹²⁸ Dessa forma, o poder constituinte originário surge deste impulso através do qual se estabelece os fins deontológicos da Constituição, mediante um processo dialético direcionado ao contexto político-social que desencadeia este impulso, inaugurando assim, uma nova ordem como expressão de certeza jurídica e previsibilidade constitucional.

¹²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 116.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Almedina.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Almedina cit. p 96

¹²⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. p 31 , 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

É, portanto, em virtude disso, que o Poder Constituinte concede legitimidade, bem como validade ao texto constitucional. Neste sentido, a Constituição não deve ser vista como um emaranhado de valores abstratos e desconexos, mas ser interpretada na sua integridade (interconstitucionalidade) em observância à força normativa de seu texto.

O dirigismo constitucional é algo que se extrai direta e incontestavelmente da leitura da Constituição Federal de 1988, em virtude das diretrizes e programas ali consignados a serem cumpridos pelo Estado brasileiro. Já a tese que se debruça sobre o dirigismo constitucional, chamada tese da Constituição dirigente, ganha força no Brasil com a grande obra do professor José Joaquim Gomes Canotilho.

Quanto a isto Canotilho¹²⁹ leciona o seguinte:

A inserção do programático na lei fundamental, com o conseqüente desafio da dinâmica social e política, coloca a norma básica perante os seus próprios limites funcionais: a referência necessária à realidade e a mediação executiva ou concretizadora tornam patente que a vontade de constituição dos órgãos especialmente encarregados do programa constitucional, um elemento decisivamente condicionante da motorização programático – constitucional e da própria força normativa da Constituição.

O que o ilustre professor quer dizer é que a Constituição dirigente positiva fins objetivos a serem atingidos pelo Estado e pela sociedade, bem como estabelece os meios para atingi-los, indicando uma atuação positiva do legislador e do executor no sentido de concretizar as imposições e os programas constitucionais, de forma vinculante.

Em razão disso, restringe a discricionariedade legislativa em dar ou não efetividade a direitos constitucionais que necessitam de sua intermediação. Há uma tênue diferença entre normas programáticas e imposições constitucionais, vez que as normas programáticas, são imposições permanentes, mas abstratas. Já as imposições constitucionais são imposições permanentes, mas concretas. Neste sentido, o descumprimento de uma norma programática ensejaria apenas uma situação legislativa constitucional que tenderia para a inconstitucionalidade, já a violação de uma imposição constitucional, daria ensejo à inconstitucionalidade por omissão.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Por esta razão, no Estado Constitucional não se deve mais distinguir Estado e sociedade, uma vez que o Estado Constitucional deve observar não apenas o princípio da legalidade formal, se subordinando às leis, mas também à legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais e à Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido leciona Georges Aboud¹³⁰ que

(...) Os direitos fundamentais e sua respectiva preservação constituem um dos principais objetivos da evolução do constitucionalismo, a tal ponto que hoje não se pode conceber o Estado Constitucional sem a preservação dos referidos direitos.(...) Os direitos fundamentais são direitos subjetivos que o cidadão pode fazer valer contra o Poder Público e contra a própria sociedade, pois eles não possuem caráter meramente privado, assim, faz-se necessário revisitar o postulado do direito administrativo que preconiza a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Do contrário, retirar-se-ia a principal função dos direitos fundamentais na contemporaneidade, qual seja, a sua colocação de trunfos contra a maioria.

O entendimento dos direitos fundamentais como “trunfos contra maioria”, advém do pós-positivista Dworkin. Assim, os direitos fundamentais sociais ligados à educação, saúde e assistência social, configuram claras imposições constitucionais, que caracterizam um poder-dever do Estado, que não pode deixar de garanti-los sob a justificativa do interesse público ou da discricionariedade administrativa, nem mesmo da opção da maioria democrática. E de acordo com a tese da constituição dirigente a observância do legislador às imposições e programas constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais não correspondem a uma “limitação” ou “autorização” à sua atuação, mas verdadeiros deveres permanentes¹³¹.

De acordo com a Teoria da Constituição financeira:

Numa síntese, ao Estado compete realizar os fins estabelecidos pela Constituição e organizar a vida em coletividade[...].E nesses fins estão incluídos muitos que se integram à atividade financeira do Estado[...]. A Constituição definiu os fins a serem perseguidos pelo Estado, como a educação, a organização federativa da forma de Estado, a saúde, e a segurança pública [...] Para o atingimento desses fins, a constituição disponibiliza diversos meios e receitas a serem cobradas dentro de serviços próprios, com intensas e complexas atividades de caráter legislativo, administrativo e judicial, afora a autorização das despesas pelo orçamento e a burocracia necessária à realização do gasto público, e respectivos controles.

¹³⁰ CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre.(org) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹³¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Op. Cit. p. 63

Além da sua função organizadora burocrático-operacional, um Estado regido por uma Constituição precisa criar meios para atingir sua finalidade contida em suas normas programáticas e para tanto necessita desenvolver uma série de atividades: prestação de serviços públicos (educação, saúde) exercer poder de polícia, construir obras públicas infraestruturais e etc. A Constituição como documento solene formador do Estado consubstancia um complexo de princípios e regras disciplinadoras que tratam de conteúdos políticos, econômicos, sociais de determinada realidade social, estes princípios e regras, quando envolvem a atuação estatal, seja em âmbito financeiro, administrativo possuem força normativa para dirigir o exercício do poder, por ser uma carta que representa a sociedade, e portanto, legitima o poder do Estado em todos os seus aspectos. Nesse sentido, qualquer atividade estatal que envolva o poder público só é legítima na medida em que segue as coordenadas hermenêuticas constitucionais.

Como leciona J. J. Gomes Canotilho [...] O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre suas normas, e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes”.¹³² Portanto, toda interpretação da Constituição que envolva seus sujeitos concretizadores, tanto o Poder Judiciário, quanto o Executivo e Legislativo, que fuja da supracitada coordenada hermenêutica constitucional, está fadada ao insucesso.

Como esclarece Paulo de Barros Carvalho¹³³:

Não é difícil distribuir os citados métodos de interpretação pelas três plataformas de investigação linguística. Os métodos literal e lógico estão no plano sintático, enquanto o histórico e o teleológico influem tanto no nível semântico, quanto no pragmático. O critério sistemático da interpretação envolve os três planos e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do Direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque antessupõe os anteriores. “É, assim, considerado o método por excelência”

Nesse sentido, não basta apontar quais as prerrogativas do Estado na sua atividade financeira-administrativa, mas deve haver uma preocupação sobre os meios de defesa que pode possuir o indivíduo ou a sociedade civil para fazer com

¹³²

¹³³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e métodos**. São Paulo: Noeses, 2008.

que o Estado tenha sua atividade limitada aos exatos contornos fixados na Constituição Federal.¹³⁴

3.3 A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Há ampla discussão doutrinária quanto ao sistema econômico estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Alguns doutrinadores entendem que seja um sistema dirigente, outros entendem que seja um sistema neoliberal, e há quem defenda até o liberalismo clássico.

Max Weber entende a ordem jurídica como esfera ideal do dever-ser e a ordem econômica como o âmbito dos acontecimentos reais.¹³⁵ No entanto, neste trabalho o conceito de ordem econômica será sempre utilizado para se referir a um âmbito da ordem jurídica constitucional que regulamenta a realidade econômica do país.

A ordem jurídica, entendida como um sistema integrado de regras e princípios compreenderia uma ordem privada, uma ordem pública, uma ordem econômica e uma ordem social. O conceito de ordem econômica como realidade empírica implica que essa ordem já se mostre na realidade fática de forma auto ordenada, sem necessidade de qualquer regramento jurídico. Ademais, este sentido carrega em si a ideia de que os elementos que compõem essa ordem econômica (capital e trabalho) coexistem harmonicamente na realidade, o que não ocorre.¹³⁶ Para Eros Roberto Grau [...] o conceito de ordem econômica, se é de ordem econômica constitucional[...]é bastante próximo do conceito de Constituição Econômica.

O texto normativo do artigo 170, título VII da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do

¹³⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹³⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017

pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Segundo Eros Grau¹³⁷

A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput- “ a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna”). Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Sobre a dignidade da pessoa humana, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira¹³⁸ entendem que ela, além de ser a base dos direitos fundamentais é um princípio que confere unidade aos direitos fundamentais, tanto os individuais, quanto os sociais e econômicos. De acordo com Eros Grau (...) A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na CF/88, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho), ou como norma-objetivo, como ele mesmo define.

Voltando-se ao texto constitucional, no qual a dignidade da pessoa humana aparece tanto como fundamento da República Federativa do Brasil no art.1º da CF/88, quanto como um fim da ordem econômica disposto no art.170 da CF/88, pode-se compreender que essa dupla menção, torna este princípio uma espécie de “política pública maior”, a qual está subordinada toda a atividade econômica nacional, assumindo esta norma-princípio exacerbada relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que vincula toda atividade financeira e econômica tanto no que tange as ações do Estado, quanto em relação aos particulares, abarcando, então, tanto o setor público quanto o setor privado.

Desse modo, qualquer atividade econômica não adequada à promoção da dignidade da pessoa humana, afrontará este princípio duplamente contemplado pelo texto constitucional. Neste sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana, como unificador de todos os direitos fundamentais, leva em consideração seu amplo sentido normativo-constitucional e sua força normativa em detrimento de uma ideia apriorística de homem. Assim, conclui-se que esse princípio fundamenta não apenas

¹³⁷ Idem, p.191

¹³⁸ Idem, p. 192

os direitos individuais, mas também os direitos sociais e econômicos, na medida em que constrói uma “teoria do núcleo da personalidade”.

As Constituições liberais não precisavam conter normas que regrassem a ordem econômica, pois no entendimento daquele contexto, a economia não necessitava de regulamentação, uma vez que de acordo com esta concepção o próprio mercado se autorregula, assim bastava algumas regras quanto à propriedade privada e as liberdades negativas, dessa forma era composta a ordem econômica liberal.

Com o decorrer do tempo, após diversas crises da ordem econômica liberal e com o surgimento das Constituições sociais o conceito de ordem econômica unicamente como modo de ser empírico de determinada economia, dá lugar ao conceito de ordem econômica como conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam a economia, ou seja, a ordem econômica passa a ser parcela da ordem jurídica já instalada em nível constitucional, a qual visará o aprimoramento da economia real, bem como sua manutenção. Nesse sentido, a ordem econômica anteriormente liberal, dá lugar à ordem econômica intervencionista constitucional.

Delineado, então, que o conceito de ordem econômica adotado neste trabalho trata sobre o conjunto de normas jurídicas que regem a atividade econômica, ficará mais claro o entendimento posterior da Teoria da Constituição Financeira.

Neste sentido, embora seja de fundamental importância o crescimento da economia através da elevação do PIB, este indicador não é suficiente para apontar o grau de desenvolvimento de um país. Deve-se levar em conta também o IDH, indicador que aponta aspectos que estão relacionados à qualidade de vida nacional como educação, saúde e renda, que por sua vez se caracterizam como direitos sociais constitucionalmente garantidos e vinculados à atividade financeira do Estado e ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁹

Para melhor compreensão, faz-se necessária a diferenciação entre as Constituições estatutárias e as Constituições programáticas para que fique mais claro

¹³⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

o entendimento. Nas Constituições estatutárias basta estabelecer um estatuto de poder, sendo este unicamente instrumento de governo, estas não deixam de dispor sobre normas que se possa integrar na Constituição Econômica, ainda que só recepcione a ordem econômica praticada na realidade. Já as Constituições programáticas, além de definir um estatuto de poder, enunciam diretrizes e fins a serem atingidos pela atividade do Estado e da sociedade, nessa perspectiva, a constituição econômica que nelas se encontram enunciam fins da política econômica e da atividade financeira estatal¹⁴⁰.

3.4 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A Teoria da Constituição financeira tem como objeto a atividade financeira do Estado regulada pela Constituição, em observância aos valores do Estado Democrático de Direito e a conexão com a constituição econômica, político-federativa e social. A constituição financeira consiste, no conjunto material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta pelos princípios, competências e regras que dirigem a atividade financeira do Estado, no que tange a obtenção de receitas, orçamento público, dívida pública, realização de despesas de todas as competências materiais, financiamento do federalismo, custos dos direitos e liberdades, gestão do patrimônio estatal, bem como a intervenção do Estado na economia¹⁴¹.

O Direito Financeiro cuida basicamente de tudo que aborda este trabalho, receita, despesa, dívida pública, orçamento público e fiscalização. É, portanto, dentro do direito financeiro que se consubstanciam os máximos valores das finanças públicas e da concretização dos princípios democráticos na diligência do Estado Constitucional. Assim, é através do direito financeiro mediante a atividade financeira do Estado que se garantirá às gerações vigentes e vindouras a permanência dos fins proclamados pela Constituição.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

¹⁴¹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Como bem explica Regis Oliveira¹⁴²:

Traçar o regime Constitucional do direito financeiro significa identificar as normas que lhe são próprias, não criando um regime jurídico autônomo, mas apartando matéria específica e fazendo incidir sobre ela um plexo de princípios e regras que lhe dão certa identidade. É como se um fecho de luz recaísse sobre determinado ponto, iluminando-o, dando-lhe clareza e apartando-o dos demais. A partir daí identifica-se um feixe de assunto que é diferente dos demais.[...]Pode-se apontar uma matéria própria do direito financeiro, na medida em que se ressaltam a obtenção de receitas e os gastos finalísticos, intermediados por um orçamento, tudo submetido ao controle público e social.[...]Basicamente, o direito constitucional financeiro cuida das receitas e despesas dos entes federativos e entidades estatais, dos meios de arrecadação, da disciplina orçamentária, da fiscalização financeira e orçamentária, do controle do gasto público, da dívida e do endividamento (operações de crédito) dos entes federativos e de entidades por eles criadas e do pagamento de débitos do Poder Público. Sobre tal massa de informações, recai a responsabilidade fiscal, pressuposto de tudo isso.

Com o transcorrer da história, o Estado e sua atividade financeira assumiram proporções e complexidade inéditas. E a partir do advento da Constituição de 1988, com suas respectivas constituições materiais, como a constituição econômica e a constituição social, houve a ampliação das competências dos gastos públicos. Em razão dessa realidade, é notória a crise de método e de identidade pela qual o direito financeiro passa. Vê-se tanto na doutrina atual, quanto em manuais para concurso a crescente fragmentação do direito financeiro mediante estudos isolacionistas em detrimento da sua compreensão unitária.

Portanto a “teoria da Constituição” é adotada nesse trabalho como premissa teórica-metodológica com a finalidade de construir um modelo unificador dos conteúdos do direito financeiro através da Constituição, delimitando a unidade do direito financeiro de acordo com o paradigma da teoria dos subsistemas.

Nesse sentido leciona Heleno Taveira Torres que:

O objeto do direito financeiro não pode ser o sujeito da Administração, como Fazenda Pública, mas o domínio material no qual as normas jurídicas têm aplicação ao que a atuação da Administração é condição necessária, como sujeito de direitos, competências e obrigações.[...] A Fazenda Pública deve ser compreendida, em toda a sua extensão, como conjunto dos órgãos da Administração Pública que personaliza o Estado Democrático de Direito, nas suas relações internas e com terceiros, na função especializada da atividade financeira. Sem esta, “a fazenda pública” esgota-se no conceito de função administrativa”

¹⁴² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. p 743, 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Este trabalho adota o aspecto *funcional* para delimitar o objeto da atividade financeira do Estado. Portanto inclui tanto as competências legislativas quanto os procedimentos de obtenção das receitas públicas, os procedimentos de gestão e aplicação dos recursos, a gestão do patrimônio do Estado e a aprovação dos orçamentos. Portanto, há a preferência pela noção funcionalista, dada a impossibilidade de segregação entre a atividade financeira do Estado e a fazenda pública.

No que concerne ao estudo do direito financeiro, durante muito tempo, utilizou-se de doutrinas que entendiam o direito financeiro como um instrumento. Desta percepção, porém, o único resultado tem sido o aumento da sua fragmentação temática, bem como a perda de autonomia científica, em razão do sincretismo metodológico com a ciência das finanças e outros segmentos, a pretexto de interdisciplinaridade, o que conseqüentemente gera a perda da efetividade das suas normas. No entanto, com o decorrer do tempo essas bases teóricas se tornaram obsoletas, principalmente, após a Constituição de 1988, visto que não houve, em um primeiro momento, a preocupação de um alinhamento do Direito financeiro com a Constituição.

Um conjunto de objetivos como a busca de soluções jurídicas para a diversas crises econômicas internacionais, dívida pública, orçamentos públicos, intervenção do Estado na economia, fortalecimento da indústria nacional, redistribuição de renda ante as demandas do Estado Social controle da despesa pública, equilíbrio orçamentário, repartição de recursos no federalismo, entre outros, impulsionaram a produção doutrinária nacional acerca dos temas relacionados às finanças públicas.

O conceito de constituição financeira implica parcela material da constituição total que dirige a atuação financeira do Estado Democrático de Direito.

Sobre isto leciona Regis Fernandes de Oliveira:

O direito regente da atividade administrativa é o direito administrativo. O controle, a satisfação das despesas com eficiência, isto é matéria de direito financeiro. Os ramos se interpenetram para a obtenção plena da satisfação dos interesses em jogo, e que cabe ao Estado tutelar. [...]

Neste sentido, a constituição financeira não se limita ao conjunto de regras típicas de orçamento, despesas ou receitas públicas, mas abarca a totalidade dos assuntos que tenham repercussão financeira, como é o caso das competências constitucionais, das políticas públicas, dos direitos sociais e previdenciários, do

serviço público e da proteção aos direitos fundamentais. Nesta senda, a Teoria da Constituição financeira consiste em um método que redefine o conteúdo do direito financeiro.

Como leciona o professor Heleno Taveira Torres:

Adotar a Teoria da Constituição Financeira (...) não significa uma opção pelo “purismo” no direito ou por um positivismo descompromissado com a realidade. Os valores e fins constitucionais permitem ao interprete o acesso à realidade, ao mesmo tempo em que o processo de inconstitucionalidade interna, i.e., entre a Constituição Financeira e as Constituições Econômica, Político-Federativa e Social, confere as interações necessárias para sua máxima efetividade¹⁴³.

A Constituição tem em seu cerne um projeto de sociedade e de economia orientadas para o futuro, ou seja, é constituída por princípios, fins e normas programáticas, e para isto existem instrumentos jurídicos do Estado. E por garantia dos direitos das gerações futuras tem-se o dever de observância dos valores republicanos de responsabilidade, legalidade e democracia, os quais coexistem na Constituição do Estado Democrático de Direito e dos quais se exprime os fins constitucionais que regem o direito financeiro.

Neste sentido como afirma Heleno Taveira Torres:

A Constituição Financeira volta-se para o Estado como seu principal destinatário jurídico, que recebe todas as competências, segundo os poderes intuídos pela Constituição. E assim, como emanções da soberania popular, os representantes, ocupantes de cargos públicos determinam os destinos do Estado na ordem social ou econômica. Tudo segundo os valores e fins constitucionais do Estado. Desse modo, a Constituição Político-Federativa tem importância capital na relação com a Constituição Financeira, devido ao papel da decisão política nas escolhas legislativas, administrativas ou de controle.

Nesta perspectiva, a constituição-quadro implica que a Constituição não está acabada, portanto é função do legislador dar continuidade à do Constituinte no processo de elaboração das leis. Ou seja, o legislador não tem liberdade para se afastar dos pressupostos do projeto constituinte mediante a elaboração das leis.

Conforme leciona Heleno Taveira Torres:

[...] a concepção de constituição-quadro aplicada às normas de competência ou de fins constitucionais, assegura a continuidade conformadora do legislador no cumprimento dos conteúdos da Constituição,

¹⁴³ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mormente nas funções da Constituição Econômica e da Constituição Financeira

Nessa perspectiva, a político-econômica de modelo neoliberal não coaduna com os fundamentos do Brasil estabelecidos no art. 3º da Constituição de 1988, e com a norma veiculada pelo art. 170. Portanto, a alteração da política de bem-estar estabelecida na Constituição por um modelo neoliberal, mesmo que aplicando políticas sociais compensatórias (assistencialismo neoliberal), não poderá ocorrer sem a alteração dos seus art. 1º, 3º e 170.

Sobre isto leciona Eros Roberto Grau:

A Constituição do Brasil, de 1988, define, [...] um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art.170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e /ou normativa. Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim, há de ser, ainda que o discurso que agrada a unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição¹⁴⁴.

A teoria da constituição financeira vai buscar entender as normas-regras e normas princípios que interligam a atividade financeira do Estado aos princípios e objetivos constitucionais.

No Brasil, nas últimas décadas, teve início o que se chama " Reforma do Estado". Iniciada mais precisamente em meados da década de 1990 com diversas emenda de conteúdo financeiro, seus objetivos eram marcados pela reestruturação e reformulação da forma de intervenção do Estado no domínio econômico, os quais causaram reflexos diretos na ideia de serviço público, então construído basicamente sob a noção de bem-estar social. Adotaram-se diversas medidas objetivando à reformulação da atividade estatal, com base no tripé macroeconômico. Essas medidas afetaram a concepção clássica de serviços públicos advindas do Direito francês, considerada importante por separar a competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum, o que faz aumentar a demanda por direitos sociais no judiciário, mas que ao mesmo tempo não melhora a

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica da Constituição de 1988**. 18ªed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 43.

democratização desse acesso, pois através de políticas públicas, esses direitos tem um alcance muito maior.¹⁴⁵

Dentro da Teoria da Constituição Financeira a Constituição Econômica convive com a Constituição Social numa relação indissociável, isso se mostra, no art. 1º do título I, e no art. 170 que dispõe sobre a ordem econômica. Em razão disso, os direitos sociais estão integrados à ordem econômica, ambos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, até como uma forma de proporcionar coexistência e atuação equilibrada entre ambos. Assim, esses núcleos de direitos, que correspondem a liberdades e direitos fundamentais envolvem tanto o conceito liberdade negativa, (a não ingerência do Estado em determinadas atividades) como o conceito de liberdade positiva, a ingerência do Estado em âmbitos que visem concretizar normas constitucionais que estabelecem alguns pontos centrais como dever do Estado. Esta dissociação entre os dois núcleos de direitos em função do princípio da dignidade da pessoa humana, os colocam sobre a proteção do art. 60, § 4º, portanto jamais podem ser afastados em um contexto de decisão pública.

Quanto aos direitos sociais como cláusulas pétreas, Heleno Taveira Torres¹⁴⁶ leciona o seguinte:

A dignidade da pessoa humana, que justifica a proteção ao mínimo existencial, enquanto direito objetivo, confere efeitos de direito subjetivo fundamental a todos, para que possam recorrer aos meios institucionais e processuais necessários para o atendimento a sua condição. Como direitos objetivo, garantido constitucionalmente na forma de direito fundamental, amparam-lhe o princípio de (proibição do retrocesso, não discriminação e generalidade).

Neste sentido, pode o cidadão individualmente exigir esse direito social garantido constitucionalmente perante o judiciário, quando este acesso lhe é negado pela via principal. Os direitos sociais enquanto direito fundamental e direito público subjetivo, configuram também um dever do Estado em proporcionar o investimento constitucionalmente estabelecido em políticas públicas que visam concretizar os

¹⁴⁵ BERCOVITI, Gilberto; MASSONETTO, L. F. **A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica.** Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

¹⁴⁶ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira.**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2014

direitos sociais. Alguns direitos sociais têm tutela especial na constituição, como os direitos a saúde e a educação, posto que a CF/88 estabelece um gasto mínimo a ser investido nessas áreas, portanto o gasto com esses direitos em específico preponderam sobre o argumento da “reserva do possível”, uma vez que são núcleo intangível da atividade financeira do Estado eleito pelo constituinte, portanto não cabe margem de discricionariedade do Poder Público decidir sobre diminuição de gastos os referidos direitos.

Não se defende neste trabalho uma judicialização da política. O que se defende é que através do controle de constitucionalidade a força normativa da constituição se mantenha e não seja solapada por câmbios políticos que alterem a Constituição em seu núcleo essencial de direitos em clara afronta ao poder constituinte que estabeleceu os direitos fundamentais. Pois os controles da atividade financeira do Estado, seja por meio do judiciário, seja por meio do povo, contribuem para o aperfeiçoamento da democracia.

Ou seja, embora exista direitos fundamentais que não podem ser abolidos pelo Poder Executivo e Legislativo mediante atos administrativos e normativos, a democracia não deve submissão ao judiciário. A autodeterminação legislativa deve ser assegurada como a capacidade de agir conforme a vontade política democrática e pelas preferencias indicadas no voto popular. Contudo, ao mesmo tempo que a democratização do gasto público pede uma valorização da decisão política, deve ser assegurada a necessária interferência do Poder Judiciário quando presentes relevantes indícios de vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade que interfiram na concretização de direitos fundamentais.

Na medida em que a Constituição Federal estabelece que compete à União cuidar de determinado assunto, surge um dever, pois este passa a estar obrigado a fazer determinada atividade. Ou seja, nasce a necessidade-fim, o bem jurídico-político tutelado, e a conseqüente existência das necessidades-meio, para que a primeira possa ser materializada. Nesse sentido, pode-se falar que tudo aquilo que incumbe ao Estado prover em decorrência de uma decisão política, inserida em norma jurídica, é necessidade pública. Portanto a noção de necessidade pública e atividade financeira do Estado jamais podem se desvincular.

O conceito de norma de decisão envolve qualquer decisão tomada pela atividade estatal, e não meramente decisões tomadas pelo poder judiciário, pois de acordo com Canotilho uma norma constitucional só adquire normatividade quando

concretizada. Nesse sentido, não adota-se um conceito semântico de norma, mas um conceito interpretativo. Portanto a força normativa da constituição não se revela pela mera existência de enunciados normativos, mas sim na medida em que a constituição é concretizada na realidade social como norma de decisão.

Sobre o assunto leciona Canotilho¹⁴⁷ que:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através de sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar);(2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial);(3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.

Nesta perspectiva, as necessidades decorrem do interesse público primário, em detrimento de interesses particulares ou coletivos (de setores determinados). Para tanto, deve haver uma decisão política que torne uma norma jurídica fundamental aplicável, tal interesse já possui seus contornos delineados no texto constitucional. É por esta razão que a atividade da administração financeira também envolve a vinculação constitucional. Ou seja, o sujeito concretizador das normas constitucionais, em qualquer âmbito dos três poderes, em respeito ao princípio do Estado Democrático de Direito, sempre estará vinculado à Constituição.

Quanto a isto, como bem explicita Canotilho:

Num Estado de direito democrático, o trabalho metódico de concretização é um trabalho normativamente orientado. Como corolários subjacentes a esta postura metodológica assinalam-se os seguintes. O jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma <<grandeza autônoma>>, independente da norma jurídica, nem uma <<decisão>> voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral. A distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende, como é obvio, da própria constituição, mas não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias; a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da constituição que <<densificam>> outros princípios; b) nível político-legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de <<decisões políticas>> com densidade normativa- os actos legislativos-

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Almedina cit. p 96

, os preceitos da constituição;c) nível executivo e jurisdicional; com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolver-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.”¹⁴⁸

Portanto, partindo do que foi abordado pelo primeiro capítulo deste trabalho, em que a dívida pública foi analisada tanto na sua normatividade constitucional como infraconstitucional, entende-se que tanto a elaboração de normas que versam sobre a dívida pública brasileira, quanto os atos administrativos que dela tratam, por se tratar de precípua atividade financeira do Estado, tem interferência direta sobre o financiamento dos direitos fundamentais sociais, tanto na elaboração das leis orçamentárias, quando na elaboração de emenda constitucionais que tratem de direito financeiro. Uma vez que estes exigem financiamento por parte do poder público, o qual dará concretude as imposições constitucionais delegadas ao Estado mediante suas decisões. Desse modo, quer na esfera legislativa ou na esfera do executivo faz-se imperioso o alinhamento tanto de atos administrativos, quanto das elaborações de normas que respeitem a supremacia constitucional e o Estado Democrático de Direito em observância aos direitos e garantias fundamentais, evitando a ideia do direito financeiro como submisso aos ditames do mercado financeiro.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Almedina cit. p 96

4. EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016: NOVO REGIME FISCAL DA UNIÃO

4.1 SOBRE AS ALTERAÇÕES CONTIDAS NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95

Instituída sob o argumento de medida capaz de retomar o desenvolvimento econômico¹⁴⁹ contendo o déficit fiscal diante da crise política e econômica brasileira, o estabelecimento do teto para os gastos públicos federais, objeto da PEC 241/55, foi aprovado em 16 de dezembro de 2016, instituindo a Emenda Constitucional de número 95, a qual instaurou um novo regime fiscal, no âmbito da União, por 20 exercícios financeiros (anos), vigorará, portanto, até 2036.¹⁵⁰

A Emenda Constitucional nº 95 foi aprovada pelo Senado Federal e em primeiro turno na Câmara dos Deputados por 366 votos a favor, 111 contrários e duas abstenções. A proposta foi alvo de intensos protestos pela sociedade civil, sendo a causa de diversas greves e ocupações estudantis que ocorreram nas escolas e universidades públicas de todo o país, o que não inviabilizou, contudo, sua aprovação. Em momentos de crise como o do contexto da proposta de emenda é comum ressurgir atos que expressam as bases autoritárias nas quais o Brasil foi construído e de permanente discriminação ao espaço público de discussões, demonstrando que sequer uma noção elementar de república conseguiu obter êxito em seu intento¹⁵¹

A apresentação da proposta informou, entre outros argumentos¹⁵², que:

A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. 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.[...] Com vistas a aprimorar as instituições fiscais brasileiras, propomos a criação de um limite para o crescimento das despesas primária total do governo central. Dentre outros benefícios, a implementação dessa medida: aumentará previsibilidade da política macroeconômica e fortalecerá a confiança dos agentes; eliminará a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição; e reduzirá o risco-país e, assim, abrirá espaço para redução estrutural das taxas de juros. Numa perspectiva

¹⁵⁰ BRASIL. **Teto de gastos: o gradual ajuste para o crescimento do país.** Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/teto-de-gastos-o-gradual-ajuste-para-o-crescimento-do-pais.pdf/>

¹⁵¹ CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

¹⁵² BRASIL. EMI nº 00083/2016. SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm. Acesso em 03/04/2020

social, a implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Contribuirá, portanto, para melhorar da qualidade de vida dos cidadãos e cidadãs brasileiros.

A referida emenda tem como objetivo alterar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir um novo regime fiscal no âmbito do orçamento fiscal e da seguridade social da União, não abordando despesas de capital. Qualquer mudança nas regras só poderá ser realizada a partir do décimo ano de vigência do regime.

De acordo com o art. 107 da EC/95 ficam estabelecidos limites individualizados para despesas primárias no âmbito da seguridade social e do orçamento fiscal, ou seja, não incluindo limites sobre as despesas financeiras, com pagamento do serviço da dívida pública. Tais limites irão incidir sobre as despesas primárias (que correspondem ao montante da despesa total antes do pagamento do serviço da DPF), dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Ministério Público da União, Conselho Nacional do Ministério Público e a Defensoria Pública da União, cabendo a cada um deles a responsabilidade sobre seus limites. Nesse sentido, este teto de gastos irá incidir essencialmente sobre assistência social e despesas que envolvem gastos com serviços públicos à sociedade como saúde, educação, segurança pública e acesso à justiça.¹⁵³

Nessas áreas haverá apenas a reposição das perdas inflacionárias com base no exercício anterior, sendo proibido o aumento real de gastos. Segundo o art. 109 da Emenda, caso esses limites estipulados sejam ultrapassados por qualquer dos poderes, estarão sujeitos a sanções¹⁵⁴. Desse modo, as regras do novo regime não permitem, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia vier a melhorar, o que diferencia o caso brasileiro de outras experiências internacionais quanto a ajustes fiscais.

Estabelecido este teto de gastos fixo, haverá a vinculação de todas as atividades administrativas pelos próximos 20 (vinte) anos, o que, obviamente,

¹⁵³BRASIL. Emenda Constitucional n.º 95/2016, de 15.12.2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e da outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

¹⁵⁴ PACELLI, Giovanni. **Administração Financeira e Orçamentária**. JusPodivm,: Salvador, 2018. p. 1036

impedirá os investimentos necessários à permanência dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, o que se faz necessário em virtude do crescimento demográfico, e em virtude dos objetivos e fundamentos constitucionais, voltados a um projeto constituinte de um Estado de Bem Estar-Social.

Na votação em primeiro turno, foram rejeitadas todas as propostas de alteração apresentadas pela oposição e que foram votadas separadamente. O primeiro retiraria dos limites de gastos os recursos da saúde e da educação. O segundo solicitava a realização de um referendo popular em 2017 para que os brasileiros pudessem decidir se concordam ou não com o novo regime fiscal. O terceiro sugeria um limite de gastos também para o pagamento de juros e encargos da dívida pública da União¹⁵⁵.

Na verdade, a necessidade de cumprir a meta de superávit primário (economia necessária para pagamento dos juros da dívida pública) impulsionou o governo a apresentar essa proposta de mudanças no regime fiscal brasileiro. Com isso, o projeto constituinte de 1988 do Estado de Bem Estar Social encontrou seu limite no sistema da dívida pública, que exerce hoje grande constrangimento sobre a Constituição e sobre os serviços públicos. O que a EC 95/2016 veio apenas traduzir ao priorizar o pagamento da dívida em detrimento do financiamento de serviços públicos essenciais.

De acordo com o art. 112 da EC/95 as disposições introduzidas pelo novo regime fiscal não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário; e não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas. Portanto, os limites da LRF e os demais limites continuam válidos até porque o novo regime fiscal não inclui os Estados e os Municípios, e a LRF continua se aplicando a todos os entes.

É importante destacar que de acordo com o art. 107, §2º da EC/95 a autonomia orçamentária e financeira dos demais poderes foi afetada, uma vez que de acordo com o art. 51 da Constituição Federal compete privativamente à Câmara dos Deputados dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação,

¹⁵⁵BRASIL. Senado notícias. **Emenda constitucional nº 95**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/pec-que-restringe-gastos-publicos-e-aprovada-e-vai-a-promulgacao>. Acesso em 03/02/2020.

transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Segundo o art. 52 da Constituição Federal também compete privativamente ao Senado Federal dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Já de acordo com o art. 99 ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira, conforme o §1º os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Quanto à autonomia do Ministério Público o art. 127, §3º da Constituição Federal dispõe que o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. E no tocante à autonomia da Defensoria Pública, o art. 134, §2º dispõe que às defensorias Públicas estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º, ainda de acordo com o §3º do art. 134 aplica-se o disposto no §2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. Por esta razão, todos estes artigos da Constituição Federal, que se referem à autonomia dos órgãos supracitados foram relativizados por força da emenda constitucional.¹⁵⁶

Na EC nº 95 consta que na elaboração da proposta de lei orçamentária anual, a mensagem presidencial que encaminhar o projeto de lei orçamentária deve demonstrar os valores máximos de programação compatíveis com os limites individualizados dispostos na EC/95. Já em relação à execução da LOA, a despesa primária autorizada na lei orçamentária anual sujeita aos limites individuais da EC/95 não poderão exceder os valores máximos constantes da mensagem presidencial. Segundo a EC/95 é vedada a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária. Ademais, a EC/95 engessa exacerbadamente a autonomia orçamentária dos entes federados.¹⁵⁷

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁵⁷ PACELLI, Giovanni. **Administração Financeira e Orçamentária**. JusPodivm,.: Salvador, 2018.

Especificamente em relação ao teto de gastos com saúde e educação a EC/95 estabelece o que:

Art.110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

No exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do §2º do art.198 e do caput do art. 212 da Constituição Federal; e

Nos exercícios posteriores, aos 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.111. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do §9º e 11 do art.166 da Constituição Federal corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art.107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art.113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

Ou seja, a partir do exercício de 2018, os gastos com saúde e educação não poderão exceder os limites do valor gasto no exercício anterior, será apenas corrigido o gasto do ano anterior pelo índice IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), para corrigir as perdas inflacionárias.

De acordo com a Constituição Federal, as despesas com saúde e educação são despesas obrigatórias e vinculadas, uma vez que gastos mínimos obrigatórios do orçamento devem ser destinados a essas áreas, além disso existe um elo normativo entre a fonte e a destinação desses gastos, pois determinada quantia da receita da União tem necessariamente de ser gasta com serviços públicos em saúde e educação. Isto tem como efeito prático limitar a discricionariedade da administração pública na alocação de seus gastos, ao estabelecer diretrizes financeiras aos governantes futuros.

Ademais, existe um sistema de tutela do custeio desses direitos fundamentais na nossa ordem jurídica que além de fixar o piso de custeio em favor dos direitos à saúde no art. 198, §1º, §2º e §3º e à educação no art. 212 e ss, e de estabelecer o orçamento da seguridade social conforme o art. 195, a CF contém um conjunto de normas que, analisadas sistemicamente, revelam um microssistema de tutela, como por exemplo as hipóteses de intervenção inscritas nos artigos 34, VII, alínea "e" e

35, III da Constituição Federal, o que atribui a natureza de princípios sensíveis à saúde e educação, cuja sanção pelo descumprimento dos deveres de gasto mínimo nestas áreas enseja, por um raciocínio lógico, vedação de reforma no que tange a esses direitos por parte da União¹⁵⁸.

Outrossim, o condicionamento das transferências de recursos provenientes das receitas de que tratam o inciso II do caput do artigo 158, as alíneas "a" e "b" do inciso I e o inciso II do caput do artigo 159 (Fundo de Participação dos Municípios – FPM e Fundo de Participação dos Estados - FPE), na forma do artigo 160, parágrafo único, inciso II da Constituição, em caso de descumprimento do dever de aplicação mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde; a existência de uma sistemática orçamentária apartada na forma do artigo 165, parágrafo 5º, III, para resguardar o Orçamento da Seguridade Social e assegurar a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a irredutibilidade dos benefícios referidos aos direitos à saúde, à previdência e à assistência social ali inseridos, nos moldes do artigo 194, parágrafo único, incisos I e IV da Constituição.¹⁵⁹

Espécie tributária das contribuições sociais (artigos 149 e 195 da CF/88), cuja existência no ordenamento brasileiro somente se justifica em face da sua destinação à seguridade social; exceção explícita ao princípio da não afetação do produto da arrecadação de impostos de que trata o artigo 167, IV da Constituição, que trata da destinação de recursos para as ações de serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XII.

Ademais, a organização da política pública em nível constitucional, a exemplo do Sistema Único de Saúde - SUS (artigo 200), do Fundeb (artigo 211 da CR/1988 e artigo 60 do ADCT) e do Plano Nacional de Educação - PNE (orientado pelo artigo 214, mas cujo conteúdo substantivo tem assento nos princípios do artigo 206 e nos deveres do artigo 208); responsabilidade pessoal do gestor em caso de déficit de aplicação, desvio, fluxo irregular ou falta de condicionamento dos repasses, dentre outras formas de mitigar ou fraudar os recursos destinados à saúde e à educação,

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

segundo dispõem o artigo 208, parágrafo 2º da Constituição, o artigo 60, XI do ADCT,”

Para se ter noção dos impactos em valores do novo regime fiscal sobre os serviços sociais de saúde e educação, é elucidativo recorrer nota técnica publicada pelo IPEA (instituto de pesquisa econômica aplicada) que demonstra quanto deixará de ser investido em saúde. De acordo com o estudo divulgado no início do mês de outubro de 2016, somente o SUS perderá, com o novo regime fiscal, cerca de R\$ 743 bilhões¹⁶⁰. Já outro levantamento realizado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos socioeconômicos - DIEESE, elaborou projeção do teto dos gastos aplicado como se estivesse em vigor nos anos de 2002 a 2015¹⁶¹.

O setor da educação, com a emenda, sofreria a redução seria de 47% no período. Já com relação às despesas de saúde, a redução seria de 27%, o que corresponde em valores, que a perda na saúde, no período supracitado, teria sido de R\$ 295,9 bilhões e, na educação, de R\$ 673,6 bilhões, o que corresponderia a um montante total em torno de R\$ 969,5 bilhões que, na lógica do novo regime fiscal já em vigor, seriam expropriados das políticas sociais para remunerar os investimentos dos donos da dívida pública brasileira.

Projeções do IBGE revelam que, em 2036, a população brasileira terá um crescimento de, pelo menos, 20 milhões de pessoas, com aumento significativo da população idosa, provavelmente o dobro da que se tem hoje. Isso significa maior demanda por serviços de saúde. Diante desse quadro, a despesa per capita não será apenas congelada, mas sofrerá redução. Se atualmente o país carece de serviços públicos nessa área, que sofre de subfinanciamento crônico, imagine a situação caótica que se instalará com o referido incremento populacional, mas sem possibilidade de aumentar a disponibilidade de serviços, dadas as limitações orçamentárias impostas pela EC 95/2016.

Do ponto de vista Constitucional, o novo regime fiscal suspende, por consequência da fixação temporal de 20 exercícios financeiros, o projeto constituinte

¹⁶⁰ NOTA TÉCNICA. OS IMPACTOS DO NOVO REGIME FISCAL PARA O FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc. Acesso em 03/02/2020

¹⁶¹ Nota técnica. PEC nº 241/2016: **o novo regime fiscal e seus possíveis impactos**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acesso em 03/02/2020

de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento. O que violenta o princípio democrático posto que, na prática, impossibilita o exercício do direito do cidadão brasileiro escolher, a cada eleição, o programa de governo expresso pelo orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas necessárias. Dessa forma, o teto dos gastos públicos inviabiliza o gozo de um direito fundamental universal ao voto. Ademais, a emenda constitucional violenta a separação dos Poderes ao engessar a suas respectivas autonomias orçamentárias, o que afronta o princípio democrático posto que, na prática, impossibilita o exercício do direito da sociedade civil escolher, a cada eleição, o programa de governo expresso pelo orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias ao interesse público.

Qualquer emenda constitucional, ao alterar dispositivos do texto constitucional direta ou indiretamente, necessita respeitar princípios fundamentais que constituem o núcleo essencial da Constituição, pois a exacerbada relativização de princípios pode ocasionar sua demasiada fragmentação, o que poderá causar a perda de sua identidade como carta solene que dá unicidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

A EC/95, em específico, estabelece novo regime fiscal, que é uma política essencialmente pública, por se tratar de uma decisão política quanto aos gastos públicos. Desse modo, deve sujeitar a análise de sua conformidade com os direitos fundamentais, assim é possível concluir que a política fiscal é passível de controle de constitucionalidade via judicial especialmente porque ela determina o êxito ou insucesso de outras políticas públicas voltadas a financiar serviços para a sociedade civil e assegurar proteção social a quem precisa.¹⁶²

A EC/95, desde a sua gênese e no curso de seu processamento, falta com a transparência, prestação de contas e participação social, mecanismos, de resto, de uso ainda muito limitado no cenário brasileiro. Também não conta com avaliações periódicas sobre a eficácia e impactos sobre a economia e a sociedade a longo prazo. É de fundamental importância, portanto, se analisar a conformidade formal e material da emenda constitucional 95 à disciplina constitucional, especialmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

4.1.1 A fundamentalidade dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988

Como já mencionado no capítulo anterior, o crescimento da importância dos direitos sociais se deu no século XX, junto a uma nova concepção estatal pautada não mais no individualismo extremo do Estado Liberal de Direito, mas um Estado interventor na economia, que preocupado principalmente com estratégias de desenvolvimento econômico, começa a garantir direitos sociais aos cidadãos.

No Brasil essa concepção de Estado se inicia com Getúlio Vargas. No decorrer da história houve uma gradativa transformação da organização jurídico-política dos Estados europeus e do Constitucionalismo ocidental, a qual perpassa o Estado Liberal de Direito do século XIX, passa pelo Estado Social de Direito, até chegar ao Estado Democrático de Direito caracterizando a atual conjuntura jus-político e social¹⁶³. Os direitos sociais consistem num conjunto de direitos que dominaram as constituições pós segunda Guerra Mundial, no ordenamento jurídico brasileiro encontram-se atualmente dispostos na Constituição Federal de 1988, em seu capítulo II, do título II, que trata dos Direitos e garantias fundamentais.

Os impactos da referida emenda constitucional sobre os direitos sociais foram objeto de análises de especialistas do IPEA, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. E os mais diversos estudos deixaram evidente os efeitos devastadores que o Novo Regime Fiscal terá sobre os direitos sociais, no que diz respeito ao atendimento da população mais vulnerável. Como apontado anteriormente, o primeiro impacto notório do “Novo Regime Fiscal” sobre as áreas sociais resulta do seu artigo 110, que implica uma (inusitada) suspensão temporal, por 20 anos, da vigência do art. 198 §2º, I, da Constituição Federal. Esse dispositivo, incluído pela EC 29 e com redação modificada pela EC 86, obriga a vinculação de 15% da receita corrente líquida da União aos serviços públicos de saúde. O mesmo se aplicando ao dispositivo do art. 212 da Constituição Federal, introduzido na nossa história constitucional pela paradigmática “Emenda João Calmon”, que obriga a União a

¹⁶³ STRECK, Luis Lênio. **Hermeneutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

aplicar 18% das receitas provenientes de impostos na promoção na manutenção e desenvolvimento do ensino.¹⁶⁴

Para iniciar a análise doutrinária dos direitos fundamentais sociais, faz-se necessária a diferenciação entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos” para esclarecer que o objeto aqui é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais sociais, à luz do direito constitucional positivo do país, visto sob uma perspectiva da teoria da constituição financeira, o que afasta as expressões “direitos naturais” e “direitos humanos”, por possuírem uma forte conotação jus-naturalista, carecendo dos caracteres da positividade¹⁶⁵. Uma parte da doutrina que estuda direitos fundamentais entende esses direitos aproximando-os a valores, como Robert Alexy, já Dworkin, por exemplo, faz uma diferenciação entre “argumentos de princípios” e “argumentos de política”, entendendo os direitos fundamentais como “trunfos” (com caráter de substancialidade, historicidade e indisponibilidade) frente decisões de maioria, decorrentes da dinâmica democrática¹⁶⁶.

A partir do texto normativo constitucional pode-se entender que diferente de outras constituições, a CF/88, por conceder especial proteção aos direitos sociais, a noção de “social” não se reduz a algo extraconstitucional, ou a algo constituído/concedido sociologicamente, mas abarca os chamados direitos sociais dentro da esfera de princípios fundamentais, na medida em que este teor social está na sua própria força fundante expressa pelo Poder constituinte, ao estabelecer no texto da CF que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, configurando, assim uma democracia econômica e social.¹⁶⁷

A partir da Constituição de 1988, positivou-se no título II uma gama normativa de conquista de múltiplas lutas emancipatórias expressas através de um projeto constituinte de nação. Para garantir isso, a CF/88 contém normas que traduzem políticas públicas que buscam superar desigualdades advindas de um processo histórico específico do Brasil. A partir disso, os direitos sociais não são mais

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶⁷ CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre. (org). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

expressão de algo meramente concedido pelo Estado como política social, mas são fruto da própria força fundante decorrente do poder constituinte, o qual estabeleceu um projeto de desenvolvimento nacional, por meio de um pacto político social fundado no Estado Democrático de Direito. Desse modo, supera-se então a arcaica ideia de algum tipo “caridade”, típicas dos Estados Sociais de Direito. De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Ao prever a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, a CF/88 garante uma dimensão mínima de direito a existência digna, e estabelece um projeto de igualdade mediante normas programáticas que trazem aos direitos sociais natureza de fundamentais ao vinculá-los diretamente ao direito fundamental a igualdade (material) e não meramente formal típica do Estado Liberal de Direito.

Nesse sentido, supera-se a ideia de abstencionismo estatal, posto que para garantir a eficácia das normas programáticas contidas na Constituição, requer-se uma posição ativa do Estado, para isso o Estado brasileiro conta com uma ampla gama de normas financeiras que buscam dar efetividade a esses fins constitucionais, no intuito de que os direitos sociais não se revistam de eficácia meramente simbólica.¹⁶⁸

É bastante comum a comparação da constituição federal de 1988 às constituições mais “enxutas”. No entanto, é vazia de fundamento empírico esta crítica à abrangência de direitos disposto na CF brasileira, partindo da comparação a constituições estrangeiras (nas quais constam uma gama bem menor de direitos, relacionados apenas a liberdades negativas). O Poder constituinte como força fundante da Constituição analisa a realidade fática e o processo histórico que dão caráter autêntico ao sistema normativo nacional, não se sustenta, portanto, a ideia de se adotar um modelo de constituição instituída em uma outra realidade estrangeira decorrente de um contexto social alheio ao do Brasil.¹⁶⁹

¹⁶⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Desse modo, ao analisar o processo histórico brasileiro, justifica-se o modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para observância do direito fundamental à igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Parte-se do pressuposto de que a igualdade (material) é um objetivo a ser buscado através de comportamento estatal ativo, e que em razão disso, ela demanda iniciativas concretas em proveito de determinados grupos sociais hipossuficientes. Em outras palavras, o constituinte foi especialmente atento à profunda desigualdade que atravessa a sociedade brasileira e se propôs a combatê-la categoricamente, instituindo direitos sociais e normas programáticas com natureza de princípios fundamentais.¹⁷⁰

Nesse sentido, como bem explica a ministra do STF¹⁷¹ Carmem Lúcia Antunes Rocha:

(...) a Constituição brasileira tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los (...) Verifica-se que os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. (...) Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade que a Constituição assegura como direito fundamental de todos.

É, portanto, fundamental que autoridades administrativas brasileiras tenham responsabilidade em relação à observância dos princípios de progressividade e não regressão na área dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois medidas como a emenda constitucional 95 levam o país a um patamar anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, violentando via reforma o projeto constituinte orientado ao futuro nacional.

Quando se estuda Direitos Fundamentais, observa-se que há uma confusão da doutrina quanto ao uso terminológico utilizado para se definir direitos fundamentais.

Ricardo Lobo Torres, por exemplo, adota uma diferenciação quanto à esfera dos direitos individuais, os quais chama de *status negativus libertatis* e os direitos

¹⁷⁰SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial**. In: Flávia Piovesan e Douglas Martins (Coord.). "Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

¹⁷¹ ROCHA. Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. In: "Revista Trimestral de Direito Público", nº 15, 1996, p. 93/94 de Direito Público", nº 15, 1996, p. 93/94

sociais, que chama de *status positivus libertatis*, que é garantido pela entrega de serviços públicos específicos gratuitos, como é o caso da saúde pública, educação e prestação jurisdicional, estes últimos, segundo o autor, dependem da situação econômica do país e da riqueza nacional, razão pela qual não são considerados vinculativos da ação estatal. Portanto, Ricardo Lobo Torres¹⁷² entende que os direitos sociais que excedam o mínimo existencial por não corresponderem aos direitos individuais, não são oponíveis ao Estado pelos particulares, pois se encontram submetidos às limitações orçamentárias, devendo ser prestados de acordo com as políticas públicas eleitas pelo Governo.

Em que pese a relevante contribuição do professor fluminense no que tange a doutrina que trata dos direitos fundamentais, tal perspectiva não parece de todo correta levando em consideração uma leitura mais atenta da Constituição Federal.

Dentre os direitos fundamentais, não são apenas os direitos sociais que geram custos. As chamadas prestações negativas, decorrentes de direitos individuais que correspondem aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, igualmente acarretam custos, vez que estes direitos só podem ser efetivamente exercidos se contarem com um expressivo aparato estatal que os garanta e proteja. Portanto, tanto os direitos individuais, quanto os direitos sociais, exigem serviços prestados pelo Estado, os quais serão custeados pela sociedade civil através do recolhimento de tributos. Não é porque os direitos individuais e os relativos à propriedade sejam garantidos a séculos, diferentemente da relativa “juventude” dos direitos sociais, que aqueles serão prioritários. De acordo com o texto constitucional todos tem aplicabilidade imediata.¹⁷³

O eminente professor Ingo Sarlet¹⁷⁴ ao sustentar a fundamentalidade dos direitos sociais o faz sob duas perspectivas, uma formal e outra material. A fundamentalidade formal advém do fato de tais direitos se encontrarem expressamente contidos no texto da Constituição, especificamente no título II que trata dos Direitos e garantias fundamentais, nesse sentido, seu caráter fundamental decorre diretamente de sua positivação como fundamental, da maneira como está

¹⁷² TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁷³ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

disposto na Constituição. Por esta razão, estão submetidos aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, possuem também aplicabilidade imediata e vinculação a todos os poderes públicos¹⁷⁵.

Por outro lado, a fundamentalidade material está atrelada ao valor axiológico que tais direitos representam para a democracia por decorrerem de um pacto político constituinte, que vinculam a sociedade e o Estado, como direitos essenciais da pessoa humana, por se relacionarem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na perspectiva material, os direitos fundamentais objetivam garantir a permanência de direitos, liberdades, garantias, tidos como básicos para a sociedade, para a identidade e continuidade da Constituição e para a afirmação do Estado Democrático de Direito. Justamente por isso, o conteúdo da Constituição não se encontra plenamente vinculada à discricionariedade do legislador¹⁷⁶.

Quanto ao assunto Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁷⁷ afirmam o seguinte:

Em síntese[...] firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional- todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados o título II da CF (Dos Direitos e Garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional.

Neste sentido, ainda que seja uma análise mais topográfica, não se pode ignorar a intenção do legislador constituinte de incluí-los entre os direitos e garantias fundamentais no título II, por esta razão há uma manifestação objetiva do legislador constitucional ao incluir os direitos sociais dentre os direitos fundamentais, diferentemente do que sustenta a perspectiva jusnaturalista do professor Ricardo Lobo Torres. Assim, embora localizados em capítulos diferentes, ambos os núcleos de direitos (individuais e sociais) são dotados de aplicação imediata de acordo com a CF.

Ademais, ao analisar o rol de direitos sociais dispostos na Constituição Federal, observa-se que há uma certa heterogeneidade entre direitos sociais e

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86-87.

¹⁷⁶ Idem, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 120.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “**Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde**” op. Cit, p.18

direitos individuais, nesse mesmo sentido observa o professor Fernando Facury Scaff¹⁷⁸:

Este extenso rol de direitos sociais nos leva à constatação de que estes direitos não possuem um núcleo jurídico unitário, mas heterogêneo, sendo muito mais caracterizado pelo seu “objetivo” ou seu alcance do que por seu núcleo. O Direito à saúde, por exemplo, pode ter no caso concreto um alcance individual- e aí não ser propriamente em “direito social, mas pode ter um alcance social, quando implementador de uma política pública. Ou seja, a caracterização de um direito como “direito social”, além de não ter um núcleo jurídico unitário, depende de seu objetivo e alcance para ser caracterizado como social.

Neste sentido, a emenda constitucional 95 fere clausula pétreia na medida que o § 4º do art. 60 da Constituição Federal veda emenda constitucional tendente a abolir direitos individuais. Apesar de alguns direitos sociais estarem localizados no título II que cuida dos direitos e garantia fundamentais, mas em capítulo separado os direitos individuais, alguns desses direitos convergem para um caráter individual na medida em que tocam a dignidade da pessoa humana, como o acesso a saúde pública, educação e a assistência social, por exemplo. Isto é, os direitos sociais assumem uma dimensão subjetiva na medida em que viabiliza o titular deste direito exigir judicialmente o seu cumprimento por parte do poder público, por esta razão são classificados como direitos públicos subjetivos.¹⁷⁹ Dessa forma, estabelecer um teto de gastos no que tange a estes direitos, provavelmente converterá esta exigência constitucional em precatórios, aumentando ainda mais a judicialização referente a esta seara.

Quanto a fundamentalidade dos direitos sociais, José Afonso da Silva¹⁸⁰ entende o seguinte:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona

¹⁷⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Direito tributário e financeiro aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28ª ed. Malheiros, 2006.

condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2006, p. 229).

Embora os autores utilizem as mais diversas terminologias e grande parte das vezes usem as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas, em verdade há uma diferenciação quanto os dois conceitos, visto que os direitos fundamentais são aqueles direitos juridicamente positivados em uma Constituição. Já os “direitos humanos” não necessariamente estão positivados em uma constituição, portanto nem sempre tem perspectiva objetiva que lhe garanta concreção positiva, faltando, assim, a necessária cogência a esses direitos¹⁸¹

Em síntese, os direitos fundamentais consistem naqueles indicados pela Constituição Federal, sem os quais o cidadão não exerce sua cidadania plena, não convive e às vezes nem sobrevive em sociedade, razão pelas quais são exigíveis de imediato. São direitos que devem ser não apenas reconhecidos, mas concretizados, vez que possuem ligação direta com princípios fundamentais dispostos no título I da Constituição Federal, que estabelecem os objetivos da República sob a responsabilidade do Estado e seus poderes.

Quanto aos direitos fundamentais sociais e sua relação com a democracia o professor Lenio Streck¹⁸² leciona o seguinte:

A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso[...] é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um 'desde-já-sempre', condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de ser-no-mundo.

O próprio texto constitucional em seu §2º do artigo 5º, dispõe que os direitos sociais não se resumem ao capítulo específico dentro do título dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ou ainda ao artigo 6º a 11 da CF/88, porquanto tais direitos encontram dispositivos em outros locais ao longo do texto constitucional, que lhes confere, em muitos casos, elevado grau de densificação. Como é o caso da

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 172

¹⁸² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

assistência social, em que a CF/88 em seu art. 203, *caput* determina a prestação do benefício independentemente de qualquer contribuição à seguridade social.

Neste mesmo sentido, Gilmar Mendes ao se referir a força normativa da constituição em Konrad Hesse diz que a Constituição é elementar para a continuidade da ordem jurídica fundamental, em virtude do seu papel de inviabilizar a materialização de um “suicídio” do Estado Democrático de Direito sob a forma de legalidade.¹⁸³

Os ensinamentos de Paulo Freire nos despertam para o entendimento de que a liberdade plena do indivíduo só é alcançada através da educação¹⁸⁴ e Amartya Sen¹⁸⁵ em sua obra desenvolvimento como liberdade, nos mostra que países até então considerados subdesenvolvidos venceram os entraves do atraso mediante investimento maciço em direitos sociais, como a educação, saúde e combate ao desemprego, ao entender que essa estratégia pode ser a solução para o baixo índice de desenvolvimento humano e que o desenvolvimento nacional não depende apenas da elevação do PIB, mas que ao melhorar a qualidade de vida da população por meio de um bom sistema de saúde e a qualificação profissional por meio do investimento em educação, ciência e tecnologia, produz-se mão de obra qualificada para o desenvolvimento sustentável de um Estado que busca o progresso nacional¹⁸⁶.

No sentido do modelo de desenvolvimento e conceito de progresso supracitado o constituinte estabeleceu na CF de 88, em seu artigo 6º, *caput*, do Capítulo II, do Título II, que trata sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, bem como o art. 170 que trata da ordem econômica.

A Constituição da República consagra a educação no Título VIII que trata da Ordem Social, qualificando o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. Ademais, a própria Constituição institui um Estado Social e Democrático de Direito, constituído, dentre outros fundamentos, na dignidade da

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferrerira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, 1990

¹⁸⁴ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

¹⁸⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

¹⁸⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 112-113.

pessoa humana e tendo a República Federativa por objetivo constituir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem-estar de todos.

No entanto, ainda é possível notar que não atingimos uma maturidade político-econômica ao nível da Constituição, posto que no Brasil, ao observar políticas econômicas aplicadas nos últimos anos fica claro que o ideal de progresso das autoridades brasileiras é muito diferente do declarado constitucionalmente.

A negligência quanto aos direitos sociais constitucionalmente garantidos tem ligação direta com a miserabilidade, desigualdade e violência do país, vez que perpetua baixo nível de renda e de desenvolvimento, ao passo que essas mesmas variantes potencializam o cidadão fazendo superar não só a pobreza de renda, mas a pobreza de capacidade. A expansão da educação pública de qualidade, aliada a um serviço de saúde pública preventivo, é pressuposto elementar para a melhoria da qualidade de vida da população, sendo o meio mais racional de viabilizar o projeto constituinte de redução da miséria e da marginalização, podendo representar um baixo custo para o erário público a longo prazo e a desnecessidade de políticas sociais compensatórias (assistencialismo) típicas de modelos econômicos neoliberais.

Apesar de tamanha preocupação do legislador constituinte originário com os direitos sociais, a ponto considerar ambos como direito de todos e dever do Estado, e levando em consideração os números do PIB brasileiro, que em 2019 foi de R\$ 7,3 trilhões¹⁸⁷. Há um paradoxo, quando se observa, por outro lado, que a maioria da população continua vivendo sem um serviço de saúde e educação pública de qualidade, com pessoas em condições sub-humanas nos corredores dos hospitais e alto índice de analfabetismo funcional, em contradição entre a vontade normativa da Constituição e a realidade social. Ainda assim, muitos governantes insistem no retrocesso ao afrontarem a essência constitucional baseada em seus princípios fundamentais ao negligenciar direitos sociais sendo que estes constituem parte dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional.

E nesse propósito de dar efetividade aos direitos sociais o orçamento público assume papel central, na medida em que é uma expressão de decisões políticas determinantes sobre a concretização de políticas públicas relevantes para a

¹⁸⁷ BRASIL. IGBE. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 10/02/2020

sociedade. Quanto a isso, Heleno Torres¹⁸⁸ enfatiza a relação necessária entre orçamento público e direitos fundamentais:

A proteção da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais tem máxima eficácia no Estado Democrático de Direito. Por isso, o orçamento público regido por uma Constituição Financeira deve ter como objetivo alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas suas máximas possibilidades. [...] Cumpre apenas assinalar o papel do orçamento público como 'meio' privilegiado para que se evidencie o controle sobre a realização daqueles fins constitucionais do Estado e sua capacidade de funcionar como instrumento essencial para promover a aplicabilidade dos direitos e liberdades.

Em consonância ao que foi supracitado, os direitos sociais sendo núcleo de direitos fundamentais, dão densidade normativa aos princípios da República Federativa do Brasil elencados no título I da CF/88, na medida em que visam concretizar tais princípios dotados de certa porosidade, que exigem normas que lhe concedam viabilidade material.

O direito ao mínimo existencial advém da interpretação sistêmica da unicidade constitucional que liga os direitos sociais aos princípios dispostos no título I da CF/88. Este mínimo não está ligado apenas à existência material (mínimo vital), mas à existência biopsicossocial, posto que existe uma dignidade sociocultural que pede níveis básicos de educação, saúde, assistência social e etc., os quais objetivam pelo menos uma igualdade material de oportunidades para que o cidadão possa exercer a cidadania plena, o que não deixa de estar ligado ao princípio da liberdade.¹⁸⁹

Segundo Ana Paula de Barcellos¹⁹⁰ o mínimo existencial representa um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas ao indivíduo. Neste sentido, o mínimo existencial seria um cerne irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Sendo o mínimo existencial um núcleo intangível dos direitos sociais diretamente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ele não pode sucumbir à alegação da

¹⁸⁸ TORRES, Heleno Taveira. **"Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira."** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

¹⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

¹⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

reserva do possível. Normalmente o argumento da “reserva do possível”¹⁹¹ surge para defender a indisponibilidade de recursos financeiros estatais. Segundo esta teoria efetivação dos direitos sociais estaria limitada às possibilidades orçamentárias do Estado. No entanto este trabalho segue o entendimento da professora Ana Paula de Barcellos, segundo o qual o mínimo existencial consiste no conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por esse motivo, deve ser aplicado como uma regra, sem margem à ponderação. Ademais, não há um consenso quanto ao conceito e à natureza jurídica da reserva do possível, diferentemente do mínimo existencial. Portanto a reserva do possível não pode deve prevalecer quando se esteja diante do que configura o mínimo existencial.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos¹⁹²:

Uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

A partir dessa perspectiva, o mínimo existencial pode coexistir com a reserva do possível, mas em primeiro lugar devem ser atendidas as demandas relacionadas a esse mínimo, para que só então possa haver discussão sobre a aplicação dos recursos públicos.

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 deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de

¹⁹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá ed. 2008.

¹⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252.

prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível¹⁹³.

Em que pese não haver citação explícita sobre o mínimo existencial no texto constitucional, a sua relevância jurídica advém de uma interpretação conjunta dos princípios fundamentais presentes no título I, mais especificamente quanto a dignidade da pessoa humana, e os direitos e garantias fundamentais sociais abordados no título II da CF/88, sendo inclusive já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴.

Alguns autores, diferentemente do que sustenta este trabalho, entendem que o conceito de mínimo existencial é pré-constitucional, pautando-se na moral e em condições anteriores ao exercício da liberdade, na ideia de felicidade e nos direitos humanos. Essa concepção, no entanto, parte de uma noção jus naturalista de mínimo existencial da qual discorda esse trabalho, por carecer de análise do direito positivo constitucional, vale salientar que este trabalho tem como base primordial o texto constitucional, como ponto de partida da fundamentação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, analisado sob a luz da teoria da constituição financeira, que por sua vez está pautada no positivismo metódico-axiológico.

Neste sentido, este trabalho defende a partir da teoria da constituição financeira, instrumentos fiscais e financeiros que contribuam para a efetivação dos direitos sociais que consubstanciam o mínimo existencial, entendido aqui não apenas no seu aspecto de assistencialismo, mas compreendendo todos os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, que são prejudicados na sua viabilidade material em decorrência da Emenda Constitucional tratada neste capítulo, por diminuir drasticamente e por longo período de tempo os gastos mínimos com tais direitos fundamentais. Ademais, não há como sustentar o argumento da reserva do possível frente aos direitos fundamentais sociais, uma vez que como já foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho, mais da metade do PIB nacional fica a disposição do pagamento da dívida pública federal, a serviço do mercado financeiro, o que na prática está na contramão da observância ao princípio do

¹⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

¹⁹⁴ RE 580963, RE567985, ADPF 45

interesse público primário e conseqüentemente ao atendimentos das demandas sociais mínimas dos cidadão garantidas constitucionalmente.

4.2 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO ESTADO AO ASSEGURAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

De acordo com a Constituição, o Estado deve cuidar das atividades classificadas essenciais, que atendem a interesses primários da administração pública, uma vez que a razão de existência do Estado se deve exatamente a ele organizar e operacionalizar situações que não cabe ao particular, nesse sentido, a função do Estado consiste em evitar conflitos individuais e cuidar daquilo que é importante para a permanência da sociedade. Ou seja, não há uma aferição subjetiva quanto a isso, mas são os interesses públicos primários elencados no texto do documento solene que é a Constituição, a qual identifica aqueles fins que estão sob responsabilidade do Estado, dentre eles, a saúde, a educação, a segurança pública, acesso à justiça e etc. Todavia, para executar essas atividades, necessita carrear recursos financeiros. Nesse sentido, as atividades de arrecadação dos recursos e destinação de receitas são meramente instrumentais, identificadas pelos denominados interesses secundários.¹⁹⁵

Alguns direitos sociais são constitucionalmente consagrados como verdadeiros deveres do Estado. Quanto a isso, vejamos alguns artigos da Constituição Federal que comprovam isto

Art. 196. A **saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§1º O sistema de saúde será financiado, nos termos do art.195 com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes.

§2º A União, os Estado, do Distrito Federal e os Municípios **aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais** calculados sobre:

No caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º.(...)

Art. 205. **A educação, direito de todos e dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 211. (...)

¹⁹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 33º Ed., São Paulo: Maleiros, 2016;

§1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacionnal, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estado, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Art. 212 A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estado, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (grifo nosso)¹⁹⁶

Por esta razão, os direitos fundamentais sociais à saúde e educação prestados como serviços públicos são despesas classificadas obrigatórias por força da Constituição, compondo o que se chama de necessidades públicas essenciais, haja vista que ao estabelecer o dever do Estado a prestar esse serviço público, e instituindo um gasto mínimo no orçamento a esta seara, entende-se que o constituinte priorizou esses direitos fundamentais sociais, limitando a margem de discricionariedade do agente público.¹⁹⁷

Como leciona Kiyoshi Harada¹⁹⁸

Tudo aquilo que incumbe ao Estado prestar em decorrência de uma norma jurídica, de natureza constitucional ou legal, configura necessidade pública, que não se confunde com necessidade coletiva. Em outras palavras, necessidade pública é aquela de interesse geral, satisfeita sob o regime de direito público, presidido pelo princípio da estrita legalidade, em contraposição aos interesses particulares ou coletivos, satisfeitos pelo regime de direito privado, informado pelo princípio da autonomia da vontade.(...) Pode-se dizer que, entre nós, atualmente, a atividade financeira do Estado está vinculada à satisfação de três necessidades públicas básicas, inseridas na ordem jurídico-constitucional: a prestação de serviços públicos, o exercício regular do poder de polícia e a intervenção no domínio econômico.

A necessidade pública, decorre do princípio do interesse público (implícito) na prática, envolverá uma decisão política (mundo do ser) do que tange ao seu conceito, mas ao mesmo tempo esta decisão não pode estar desvinculada do texto normativo constitucional (mundo do dever-ser). Toda decisão, seja ela política ou jurídica precede de uma interpretação, mas essa decisão por emanar de órgão estatal, não

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá ed. 2008.

¹⁹⁸ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

deve estar desvinculada da legalidade do direito administrativo e constitucional que classificam direitos como saúde, educação como despesas obrigatórias.¹⁹⁹

No Brasil, tem-se um modelo em que parte das despesas públicas é veiculada como permissão de gasto ao administrador público, e outra parte possui um mandamento constitucional ou legal que torna obrigatória a realização do gasto chamado “orçamento impositivo”, que já foi objeto de diversas propostas legislativas, cria comandos normativos específicos para que despesas veiculadas nos orçamentos públicos tenham caráter obrigatório, e não meramente autorizativo, de forma a obrigar os administradores públicos a executarem o orçamento de acordo com aquilo que foi votado pelo Legislativo, diminuindo a margem de discricionariedade da execução orçamentária. Os gastos com saúde e educação, portanto, fazem parte do “orçamento impositivo”.²⁰⁰

Neste sentido, é de elementar importância a observância dos mecanismos assecuratórios da longevidade da vontade legislativa do poder constituinte originário quando estabelece os direitos fundamentais, sociais e o papel do Estado como sujeito concretizador, em face dos inexoráveis câmbios sociais, nacionais e globais para que não se perca de vista a essência da Constituição que garante certa estabilidade saudável à sociedade civil e à dinâmica política.

Importante enfatizar que a referida emenda constitucional foi de iniciativa do poder Executivo, mais especificamente do Presidente da república, que na ocasião era cargo ocupado por Michel Temer, em razão do impeachment de Dilma Roussef. Foi, desse modo uma proposta de emenda constitucional apresentada em um contexto de grande instabilidade política no país.

Ao estabelecer um teto de gastos em relação aos direitos sociais com saúde e educação, violenta o núcleo essencial de direitos fundamentais que dão identidade à Constituição Federal como uma constituição social. É possível entender que a Constituição prioriza alguns direitos sociais ao estabelecer fontes próprias de custeio e o mínimo de recursos financeiros suficientes em relação à saúde e educação.

Assim, a emenda constitucional nº 95 ao limitar os já escassos recursos financeiros nessas áreas, inviabiliza sua concretização, ao afrontar os supracitados

¹⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁰⁰ SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011

artigos constitucionais que estabelecem o mínimo que deve ser gasto com educação e saúde, uma vez que de acordo com a emenda, se o valor corrigido pelo IPCA for inferior ao percentual estabelecido nos referidos artigos, não será aplicado o valor mínimo exigido pela Constituição nessas áreas. Ou seja, a emenda constitucional 95 tende a abolir os direitos sociais, na medida em que estabelece um teto de gastos por longo período de tempo, em áreas de direitos fundamentais básicos, e na medida que se restringe violentamente os recursos financeiros que viabilizam seu funcionamento, vez que se trata de direitos fundamentais sociais materializados via serviços públicos, que podem se sucatear com o decorrer do tempo sem o devido investimento na sua manutenção.²⁰¹

Ainda sobre o as normas constitucionais que garantem um gasto mínimo em direitos sociais o professor Fernando Facury Scaff²⁰² leciona o seguinte

Estas normas constitucionais que estabelecem fontes de financiamento para os direitos sociais se constitui em uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro, em especial da Constituição de 1988. Permitem sua efetivação independente de qualquer intervenção judicial, e concede a qualquer Governo a garantia de *recursos orçamentários mínimos* para a implementação de seu plano de ação social. Estas fontes de financiamento dos gastos sociais estabelecidos na Constituição garantem a execução das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Além disso, a emenda constitucional nº 95 obstaculiza a autonomia orçamentaria dos poderes executivo, legislativo, judiciário, bem como da Defensoria Pública da União e do Ministério Público da União, que são áreas fundamentais para o funcionamento da justiça, afrontando também o acesso à justiça na medida que limitará os gastos da Defensoria Pública da União.

No que tange aos direitos políticos, individuais e sociais, a EC nº 95, na prática, também atenta contra a Constituição, ao retirar dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, o que fere o princípio democrático posto que, na prática, impossibilita o exercício do direito da sociedade civil escolher, a cada eleição, o programa de governo expresso pelo orçamento e, com isso, decidir pelas políticas

²⁰¹ SCAFF, Fernando Facury. O que vale mais: **A Constituição ou o anexo de metas fiscais da LRF?**. Consultor Jurídico. 29. nov. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/contas-vista-vale-constituicao-ou-anexo-metas-fiscais-lrf> >. Acesso em 03.02.2020.

²⁰² SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento mínimo social garante a execução de políticas públicas**. Consultor Jurídico. 20. maio. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-mai-20/orcamento-minimo-social-entre-liberdade-vinculacaol> >. Acesso em 03.04.2020.

públicas prioritárias para a sociedade. Dessa forma, o estabelecimento do teto dos gastos públicos inviabiliza, na prática, o gozo de um direito fundamental universal ao voto.

Neste sentido, a perspectiva de unidade e interpretação sistêmica da Constituição exige a vinculação não só do judiciário, como também do executivo e legislativo à Constituição Econômica e social e conseqüentemente à atividade financeira do Estado. A vinculação do legislador à constituição abrange tanto critério formal quanto o critério material, razão pela qual só serão consideradas válidas as leis formal e materialmente conforme a constituição. O que significa dizer que até os atos não normativos, que configuram momentos de “decisão política” permitidos pela Constituição, atos políticos propriamente ditos, devem se submeter ao caráter dirigente da Constituição mediante o controle jurídico ou mesmo políticos para alinhar sua conformidade com as normas constitucionais.²⁰³

Como bem explica Canotilho²⁰⁴:

Utilizaremos aqui o termo constituição econômica no seu sentido restrito, ou seja, o conjunto de disposições constitucionais- regras e princípios- que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia. A constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões política e econômica), consagrou uma <<constituição econômica>> que, embora não reproduza uma << ordem econômica>> ou um sistema econômico <<abstrato>> e <<puro>>, é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização econômica e social. Neste contexto, o âmbito da liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido diretamente pela Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética <<neutralidade econômica>> da Constituição ou de uma pretenso mandato democrático da maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e econômica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um limite e um impulso para o legislador. Como limite, o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como impulso, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição.

Neste sentido, os direitos sociais por se tratar de direito fundamental são protegidos pelo princípio da reserva da Constituição (Verfassungsvorbehalt), o qual se exprime do princípio da supremacia constitucional numa interpretação sistêmica. Basicamente o princípio da reserva da constituição se materializam mediante dois princípios densificadores

Nas palavras do professor Canotilho²⁰⁵:

Esta reserva de Constituição articula-se com a liberdade de conformação do legislador, ou seja, um espaço de conformação atribuído ao legislador e que significa não ter querido a constituição remeter para o órgão legiferante apenas tarefas de mera execução de normas constitucionais. A reserva de constituição concretiza-se sobretudo através de dois princípios: o princípio da tipicidade constitucional de competências e o princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias. Na definição do quadro de competências, as funções e competências dos órgãos constitucionais do poder político devem ter fundamento na constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência. **O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os órgãos do estado só tem competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite.**

Com base nisto, fica claro que a tese da Constituição Dirigente, não se presta à ideia equivocada de substituição da política pelo direito; substituir o legislador pelo magistrado. A proposta em verdade, se trata de dar direcionamentos à política mediante a compreensão da própria força normativa constitucional para consagração do projeto constituinte expresso pelo texto constitucional, que a depender de um sujeito concretizador, sai da condição de potência e ganha normatividade.

Sobre o assunto o professor e constitucionalista Lenio Streck²⁰⁶ leciona o seguinte:

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem a dimensão democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.p. 247

²⁰⁶ STRECK, Lenio luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do do Advogado, 1995.

estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente.

Nesse sentido, tanto as leis orçamentárias, quanto as propostas de emendas constitucionais devem observar os textos normativos constitucionais que vinculam o poder público a despendar recursos mínimos em áreas estratégicas elencados pelo constituinte, que, para além das opções de maiorias políticas, constam na Constituição Federal como verdadeiros direitos fundamentais, como classifica Dworkin “trunfos contra maiorias”. Não podendo, portanto, o financiamento dessas políticas públicas estarem sujeitas à arbitrariedades de decisões políticas momentâneas, ou da dinâmica democrática de proposta governamental que esteja em desacordo com a Constituição.

Quanto à isto leciona o Ministro Luiz Roberto Barroso que

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia²⁰⁷.

Neste sentido, a atuação do judiciário ao declarar a inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 95 não configuraria um ativismo judicial, mas a defesa da própria democracia ao defender o financiamento dos direitos fundamentais sociais prejudicados pela referida emenda, está a se defender a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais que estão progressivamente sendo solapados, na vida prática, via reformas constitucionais.

Quanto ao entendimento acerca dos direitos materialmente fundamentais e sua relação com as cláusulas pétreas, já decidiu o STF favoravelmente em sede de ADPF no seguinte sentido:

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição. (...) **É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da**

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=8. Acesso em 03/03/2020

Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um "engessamento" da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). **Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas "garantias de eternidade", como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.** Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das "garantias de eternidade" somente será obtido mediante esforço hermenêutico. **Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.** (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados "princípios sensíveis" (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: "(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. **Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados**" (Rp 94, rel. min. Castro Nunes, Arquivo Judiciário 85/31, 34-35, 1947).

[ADPF 33 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004.

Portanto, organização da sociedade e a garantia do bem estar comum, é dever do Estado ao suprir as chamadas necessidades públicas, que se referem ao conjunto das obrigações que o Estado se vinculou junto à sociedade, por meio de um comando normativo constitucional. Sendo o atendimento das necessidades públicas meta a ser satisfeita pelo Estado, surge daí, então, a necessidade do exercício de uma atividade financeira estatal, justamente para viabilizar a consecução desses objetivos, nesse sentido, a responsabilidade fiscal não é um fim

em si mesmo, mas um meio para melhor possibilitar a concretização dos fins elencados como necessidades públicas pela Constituição.

4.3 O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O poder de reforma, também definido como poder constituinte derivado decorre da necessidade de se conciliar o caráter dinâmico do sistema democrático representativo com as manifestações de uma vontade soberana que advém do pacto político do constituinte originário. É exercido quando se permite alterações via emendas à Constituição. A constituição de 1988 concedeu a titularidade do poder constituinte da nação ao povo. Essa concepção está vinculada à doutrina democrática do poder e, conseqüentemente, da soberania popular.

Nesse sentido, o poder supremo, num Estado, pertence ao povo, e a soberania reside no povo, logo, o Poder Constituinte pertence ao povo, e por ele, em seu nome e interesse, será exercido. Portanto, o acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica, decorrendo, também, da adesão por parte da coletividade, e que constrói a ponte entre a norma e a realidade, mediante um pacto político fundamental que estabelece o interesse público primário fundado na democracia, selecionando um conjunto de direitos que serão fundamentais/essenciais para compor a identidade do ordenamento jurídico.

A concepção historicamente vitoriosa de soberania popular na modernidade foi a de Jean Jacques Rousseau, fundada no conceito de Vontade Geral em sua obra *O contrato social* ²⁰⁸

Segundo Jean-Jacques Rousseau, a Vontade Geral nem sempre corresponde à vontade da maioria, é por esta razão possível a ação contramajoritária das Cortes Constitucionais em determinadas conjunturas para defender a própria democracia, a supremacia constitucional e os direitos fundamentais. Neste sentido, de acordo com o Professor Lenio Streck, a Corte Constitucional do país (Supremo Tribunal Federal) tem o papel de defender a democracia dela mesma contra o que ele chama de “predadores externos” da Constituição, vez que a substancialidade da

²⁰⁸ COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania Popular e Supremacia Constitucional**: limites do controle de constitucionalidade sobre emenda à constituição aprovada por referendo. Brasília:TJDFT, 2017. p. 13

Constituição, dependendo das circunstâncias sociais, pode ser solapada por fatores econômicos, políticos, morais entre outros.

É claro que a nossa Constituição não é rígida ao ponto de não permitir mudanças, mas o seu critério procedimental rígido para a provação de emendas pode ser interpretado como uma forma do constituinte querer evitar que as emendas ferissem o núcleo essencial de direitos estabelecidos como fundamentais pelo povo como titular do poder constituinte.

Quanto à restrição aos direitos fundamentais Georges Aboud²⁰⁹ leciona o seguinte

I.A restrição a qualquer direito fundamental deve, necessariamente, observar o princípio da proibição do excesso (übermassverbot). É dizer toda restrição a direito fundamental deve ser proporcional.(...)III. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do poder público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fáticos- jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível.

IV. Todo ato proveniente do direito público que busque restringir qualquer direito fundamental deve ser amplamente fundamentado, não basta mais simples alegações de que a restrição beneficiaria o interesse público. No Estado Democrático de Direito, a mera alegação de preservação do interesse público não permite a realização de qualquer restrição a direito fundamental.

V.Todo ato da Administração Pública que pratique restrição a direito fundamental poderá ser revisto pelo Judiciário, primeiro porque nessa matéria, inexistem discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelo Judiciário; segundo, porque em última instância é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in)constitucionalidade do ato do poder público que restrinja direito fundamental, qualquer restrição a esse direito configurará flagrante violação ao disposto no art.5º, XXXV, da CF.

Mesmo se a Emenda Constitucional nº 95 houvesse sido aprovada sob uma conjuntura de legitimidade político-social substancial/material, ela deveria respeitar os direitos fundamentais que dão identidade à Constituição no seu diálogo com a sociedade a qual rege. Posto que os poderes políticos representativos só existem em função e para servir a sociedade, a qual em uma democracia, se liga ao Estado através tanto de seus mecanismos procedimentais de democracia, quanto pelos

²⁰⁹ CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre.(org) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mecanismos substanciais representados pelos direitos fundamentais que devem ser respeitados pelo Poder Público.

Portanto, em defesa do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais sociais não podem ser violados em prol de interesses privados do mercado financeiro. O núcleo essencial de direitos constitucionais não pode ser sacrificado por um novo regime fiscal que favorece interesses rentistas de grupos econômicos em detrimento do interesse público primário, na medida que a maior parte dos recursos públicos se escoam para o pagamento de juros e rolagem da dívida pública para se manter a “credibilidade” do Estado perante o mercado financeiro. A razão de existência e a legitimidade do poder em um Estado substancialmente democrático reside na sociedade civil e no compromisso dos poderes públicos com a Constituição e não em sua subserviência ao que dita o mercado financeiro.

Desde sua promulgação até os dias atuais, no decorrer desses 32 anos, a Constituição da República Federativa do Brasil já aprovou 109 emendas, mesmo tendo a Constituição Federal característica rígida, ou seja, sua alteração depende de requisitos teoricamente rigorosos, posto que deve haver proposta de um terço dos membros de uma das Casas do Parlamento; ou do Presidente; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas de cada unidade federativa, mediante maioria relativa de seus membros e apenas será aprovada a emenda se obtiver aprovação em ambas as Casas do Congresso, “três quintos dos votos dos respectivos membros”²¹⁰

Sobre o exacerbado número de reformas constitucionais adverte Konrad Hesse em sua obra “A força Normativa da Constituição” que

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição²¹¹.

²¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²¹¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

Neste sentido, o entendimento do grande jurista alemão Konrad Hesse propõe valiosa crítica sobre a dicotomia estabelecida por Lassale²¹², o qual afirmava a existência de duas constituições, um real e outra jurídica; aquela resultaria das relações fáticas estabelecidas na sociedade, e esta seria mera folha de papel. No sentido de superar tal reducionismo do texto constitucional, Hesse defende a força normativa da Constituição, como carta solene que garante segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito.

Diante disso, no processo de criação de uma emenda constitucional, é fundamental que essa interveniência legislativa adote uma interpretação adequada à constituição, respeitando a força normativa do texto constitucional a partir de uma interpretação da Constituição como sistema integrado de textos normativos, como fenômeno que dá unicidade ao Direito mediante a deontologia de seus princípios, pois, apesar de se permitir reformas, é preciso que não haja um distanciamento exacerbado da essência do Poder Constituinte originário, uma vez que esse distanciamento pode causar grave prejuízo a estabilidade político-social do país. Faz-se necessário o entendimento de que é possível modificar via reformas apenas aquilo que é acessório sem tocar naquilo que é essencial.

4.3.1 Quanto ao princípio de vedação ao retrocesso social

Em períodos de crise no Brasil, é comum surgir o argumento de que os direitos sociais são financeiramente mais caros ao Estado, e sob essa justificativa observamos diversas alterações constitucionais que de forma direta ou indireta desencadeiam várias restrições aos direitos fundamentais, especificamente no âmbito social. A emenda constitucional nº 95 fere o princípio da igualdade no seu núcleo mais fundamental, vez que as três principais políticas públicas que visam concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como fazer face às desigualdades sociais e ao desequilíbrio de oportunidades, estão comprometidas com o novo regime fiscal, quais sejam assistência social, saúde e educação.

Entre a doutrina, parece haver certo consenso de que a proibição de retrocesso social, advém da preocupação com o resgate das promessas da

²¹² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, Trad. Walter Stöner. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

modernidade tardia, pautada na teoria da constituição dirigente em contraponto ao paradigma constitucionalismo liberal. Isso decorre da significação jurídico-constitucional do princípio da democracia econômica e social, no sentido de vincular o legislador, não apenas para delimitar a sua atuação, como também para, positivamente, concretizar as imposições constitucionais sociais e econômicas; também no sentido de determinar ao legislador e ao administrador a adoção das medidas necessárias para a efetiva realização progressiva dos preceitos constitucionais, dando, assim, concretude aos direitos fundamentais sociais.

A teoria do não retrocesso encontra-se também atrelada a um quadro de insegurança social, provocado, entre outros fatores, pelo advento da globalização, fenômeno que se caracteriza pela financeirização da economia, com a expansão do mercado em escala global que passam a ter influência direta, pelo domínio da *lex mercatória*, sobre os ordenamentos jurídicos estatais, comprometendo a soberania dos Estados-Nações e, afetando as políticas sociais segundo as Castas Constitucionais dos países.

Manifesta-se também, no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais no sentido de o seu titular poder fazer valer esse direito, mediante uma ação outorgada pelas próprias normas consagradoras dos direitos fundamentais de impor ao Estado, por efeito de alta significação social, o reconhecimento de tais direitos, com a obrigação deste de criar as condições normativas, materiais e financeiras que viabilizem de maneira concreta, a eficácia e o efetivo exercício, pelos cidadãos, a tais direitos.

O princípio de vedação ao retrocesso considera a proteção dos direitos fundamentais sociais, especialmente no âmbito objetivo, no sentido de um reforço da juridicidade dessas normas; pela sua presença na CF/88, como que apontando para a obrigatoriedade de o legislador legislar progressivamente para criar condições normativas, financeiras e, conseqüentemente materiais para o atendimento dos direitos prestacionais aos cidadãos, bem como num dever de limitação do poder discricionário do legislador, no sentido de evitar medidas que, sem a criação de esquemas compensatórios, se tornem, na prática, uma verdadeira ab-rogação ou tendência material a aniquilação do núcleo essencial constituído por tais direitos.

A seara objetiva dos direitos fundamentais sociais tem conexão direta com o princípio do não retrocesso social, posto que a vinculação estreita deste princípio implícito com outros explicitados no texto constitucional, quais sejam, segurança

jurídica, Estado Democrático de Direito, Dignidade Humana, garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, além dos objetivos elencados no artigo 3º da Constituição, numa categórica preocupação do legislador constituinte originário com a garantia dos direitos sociais aos indivíduos ao indicar ao legislador concretizar as suas normas, seja na construção da legislação ordinária: densificando, preenchendo, complementando o espaço normativo constitucional, para tornar juridicamente efetivas e eficazes as suas normas, evitando medidas retrocessivas que possam acarretar supressão e/ou restrição desses direitos, seja ao elaborar emendas.²¹³

De acordo com o professor José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais sociais e econômicos, uma vez instituídos pela Constituição e concretizados pelo legislador ordinário, passam a constituir verdadeiro direito público subjetivo, ficando vedado ao legislador restringir ou retroceder em relação a tais direitos.

Assim, leciona Canotilho²¹⁴

A idéia aqui expressa também tem sido designada como 'proibição de contra-revolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.(...) mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial afectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada 'justiça social'⁹⁶

Assim, no entendimento de Canotilho, o direito fundamental social, uma vez satisfeito pelo legislador infraconstitucional, ao efetivar políticas públicas nas áreas de educação, saúde e assistência social, voltadas ao atendimento do que prevê a Constituição, tais direitos passam a se incorporar ao patrimônio social do cidadão,

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Revista Gênese. Curitiba, nº 118, outubro de 2002;

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

não podendo o legislador criar uma nova lei ou emenda que acene a extinção ou revogação destes direitos já concretizados, sob pena de aniquilação do núcleo essencial desses direitos, com violação do princípio da dignidade humana, da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão.

Já segundo José Vicente dos Santos Mendonça²¹⁵, a proibição de retrocesso pauta-se no princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual, tornado eficaz e efetivo um dispositivo da Constituição, através de uma lei ordinária, fica impedido ao legislador a revogação pura e simples dessa legislação, por outra lei que limite seus efeitos, pois se a Constituição é um dever-ser, que adquire força normativa a partir do momento em que logra realizar progressivamente a sua vontade expressa no pacto constituinte, nada mais natural do que obstar a ab-rogação da lei concretizadora, evitando-se, assim, a destruição ou aniquilação de certos serviços públicos .

Quanto ao papel dos princípios fundamentais e a vedação ao retrocesso, Walter Rothenburg²¹⁶ leciona o seguinte

Trazendo em si o norte axiológico do ordenamento jurídico, os princípios reclamam retomada e aperfeiçoamento através de atividade normativa integradora, incorporando e garantindo desde logo um eventual desenvolvimento normativo já verificado, dotados que são os princípios de uma eficácia impeditiva de retrocesso.

Segundo esse princípio, são inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas compensatórios, acenem para sua restrição e/ou abolição. Além disso, os compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, também são regidos pelo princípio da proibição ao retrocesso social, conhecido por “efeito cliquet”. Para concluir a análise sobre a emenda constitucional nº 95, e quanto ao papel do Direito nos momentos de crise que ameaçam a Constituição implícita e explicitamente impossível não recorrer à crítica do professor Lenio Streck²¹⁷ referente a emenda quando ainda era apenas uma proposta.

²¹⁵ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do retrocesso: o que é e com perder o medo**. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Direitos fundamentais**. Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XII, 2003.

²¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 82.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Do AI-5 à PEC 55, receita para destruir uma Constituição e um país**. Disponível em <https://waltersorrentino.com.br/2016/12/13/do-ai-5-a-pec-55-receita-para-destruir-uma-constituicao-e-um-pais-por-lenio-luiz-streck/>. Acesso em 03/03/2020

E a história nos prega peças. Quem diria que este mesmo Brasil de um milhão de advogados, em que de já há muito vivemos uma juristocracia, justamente na hora em que mais precisamos do direito, ele já não está. Brincamos de fazer direito. Montamos uma máquina jurídica pela qual judicializamos (de) tudo. Do latido do cachorro aos banheiros transexuais. Fomos com tanta sede ao pote que substituímos as leis e a Constituição pela jurisprudência. Sim, no Brasil o direito foi substituído por aquilo que o judiciário diz que o direito é. A única coisa que não fizemos foi proteger a Constituição naquilo que ela mais importa(va): na parte das políticas de Estado social. Na proteção contra os predadores rentistas. Como na fábula do Pedro e o lobo, gritamos “é o lobo”, “é o lobo”. E ninguém acode. Pensam que é de mentirinha. Por isso tudo, a PEC 55 é o golpe de misericórdia. Talvez os juristas mereçam. Só quem não merece são os destinatários da constituição dirigente: aqueles que nunca se beneficiaram das conquistas da modernidade. Ficaram nas promessas.

Nesse sentido, faz-se necessário observar que, historicamente, são em momentos de crise que normalmente surgem os autoritarismos, por esta razão é de fundamental importância que nesses contextos seja integralmente protegida a Constituição Federal na sua identidade e núcleo essencial, para que suas sucessivas alterações em momentos de crise não provoquem a sua descaracterização por completo, e para que não nos contentemos com uma constituição dirigente invertida.²¹⁸

A partir do que foi estudado, entende-se que o ideal de progresso expresso por meio das decisões políticas em âmbito financeiro e orçamentário no Brasil não correspondem ao ideal de progresso constitucional, visto que não priorizam o financiamento dos direitos fundamentais sociais, os quais de acordo com o posicionamento doutrinário majoritário são considerados cláusulas pétreas, especialmente os direitos à saúde e educação que são materialmente fundamentais.²¹⁹ Essa perspectiva excludente de desenvolvimento, em que o pagamento do serviço da dívida pública ocupa lugar de protagonismo na atividade financeira do Estado, com a aprovação da emenda constitucional nº 95 fica ainda mais clara. Ademais, diante desta conjuntura não se consegue observar o respeito da República pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito quanto à soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana no que tange às finanças públicas.

²¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Rumo a Norundi, a bordo da CDI- Constituição Dirigente invertida**. Consultor Jurídico. 27 de out. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida> >. Acesso em 03.03.2020.

²¹⁹ CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre.(org) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do estudo do direito financeiro e do direito constitucional o presente trabalho abordou, a dívida pública, orçamento público, bem como as despesas públicas mediante a análise da emenda constitucional 95/2016, que estabelece um novo regime fiscal para a União, limitando gastos com as despesas primárias por 20 exercícios financeiros. Buscou-se expor a definição legal, institucional e doutrinária, bem como a composição da dívida pública brasileira, para posteriormente iniciar a análise das normas que a regem no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo em tópico específico seu principal instrumento legal de administração financeira, o orçamento público.

Ademais como contraponto ao número do governo, foi exposta a perspectiva crítica da auditoria cidadã da dívida, que questiona os números oficiais do governo e apresenta uma contabilidade diferente deste no que tange a dívida pública. Posteriormente foi exposto o modelo teórico adotado para analisar a dívida pública e a emenda constitucional nº 95/2016: a Teoria da Constituição Financeira, teoria esta fundada pelo professor Heleno Taveira Torres, que basicamente consiste em entender a atividade financeira do Estado regulamentada pelo direito financeiro como um subsistema do direito constitucional, e, portanto, vinculada aos seus princípios e garantias fundamentais, tendo como base as imposições constitucionais para dirigir a administração financeira e orçamentária do Estado. E por fim, a partir da teoria da constituição financeira, foi realizada a análise específica da Emenda Constitucional nº 95, que estabeleceu um novo regime fiscal para a União, alterando pontos importantes da Constituição Federal.

O objetivo geral do trabalho foi demonstrar o impacto do pagamento dívida pública mediante as normas que regulamentam a atividade financeira do Estado, que proporcionam certo protagonismo ao pagamento da dívida em detrimento do financiamento dos direitos fundamentais sociais. Já o objetivo específico consistiu em, a partir das normas de direito financeiro constitucionais e infraconstitucionais, demonstrar que tal conjuntura se demonstra inconstitucional, de acordo com o referencial teórico adotado pelo trabalho. Em que pese a constituição permita espaço para decisões políticas que traduzem os câmbios democráticos e essas decisões através do voto popular possam se expressar através de legislação infraconstitucional ou até de uma emenda constitucional, não foi o que ocorreu no

contexto da aprovação da emenda constitucional 95/2016. A aprovação da referida emenda frente ao não cumprimento do art. 26 do ADCT, representa tanto a omissão constitucional decorrente do não cumprimento do referido artigo, quanto inconstitucionalidade da emenda que limita gastos com direitos fundamentais sociais correspondentes a despesas mínimas obrigatórias estabelecidas pelo Constituinte, como saúde e educação. Direitos sociais esses já consolidados também pela legislação infraconstitucional, assim, a restrição quanto ao seu financiamento por 20 exercícios financeiros representa grande retrocesso social, tendente a abolição de tais direitos, em virtude do longo período de vigência. Fato que viola as cláusula de eternidade expressas pelo art.60, §4º da Constituição Federal, entre outras normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais sociais.

Portanto, a partir do estudo realizado por este trabalho, pode-se concluir que embora a constituição estabeleça expressamente a auditoria da dívida pública e as medidas judiciais dela decorrentes, a CPI mista que prevê o art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até os dias de hoje não foi realizada por omissão do legislativo em cumprir esta imposição constitucional, o que está inviabilizando a instauração desta auditoria. Ademais, as leis infraconstitucionais que versam sobre a dívida como a LRF e a lei 4.320/64, regulamentam uma dívida que nunca foi auditada como pede a Constituição Federal, sendo assim, atualmente mais da metade do orçamento público está submetido ao pagamento do serviço de uma dívida que sequer foi auditada.

Portanto, a forma como o Estado brasileiro vem lidando com a administração da dívida não demonstra nenhuma responsabilidade fiscal com a mesma, ao que parece a lei de responsabilidade fiscal, na prática, se aplica apenas com as despesas primárias, excluindo-se assim, limites quanto ao pagamento da dívida. A legislação financeira constitucional e infraconstitucional parece corroborar com a omissão legislativa já verificada, transformando a Constituição de 1988, que em sua essência é uma Constituição dirigente, em uma constituição dirigente invertida, subserviente ao mercado financeiro. Outrossim, partindo do modelo teórico da Teoria da Constituição financeira, tal realidade já configura explícita afronta a Constituição dirigente de 1988, o que fica ainda mais visível com a aprovação da emenda constitucional nº 95, pois confirma o ciclo de inconstitucionalidades que se operam através da dívida pública brasileira, que a cada emenda constitucional aprovada

prejudica o núcleo essencial de direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988.

6.REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **A Desertificação Neoliberal no Brasil**. Campinas: Autores Associados, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=8. Acesso em 03/03/2020
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, L. F. **A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.
- BERCOVITI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Revista de informação legislativa. Brasília, n.142, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Auditoria Cidadã da Dívida. **Relatório Específico de Auditoria Cidadã da Dívida nº 1/2013**. Disponível em <https://auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2013/11/parecer-acd-1-versao-29-5-2013-com-anexos.pdf>. Acesso em 08/02/2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Controladoria Geral da União. Portal da Transparência.** Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em 02/03/2020.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência.** Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em 02/03/2020.

BRASIL. EMI nº 00083/2016. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Emenda constitucional nº 95.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm. Acesso em 03/04/2020.

BRASIL. **IGBE.** Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em 10/02/2020.

BRASIL. **Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.** O que é dívida pública?. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-e-divida-publica>. Acesso em 02/02/2020.

BRASIL. **Ordem dos Advogados do Brasil.** OAB Nacional. Auditoria da dívida pública. Notícias. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/22800/oab-quer-auditoria-da-divida-externa-adpf-adormece-no-stf-desde-2008>. Acesso em 03/02/2020.

BRASIL. Portal da Transparência. **Orçamento cidadão. Projeto de Lei Orçamentária Anual 2018.** Disponível em file:///C:/Users/pc/Downloads/Orcamento%20Cidadao_Mensagem%20Modificativa.pdf. Acesso em 01/02/2020

BRASIL. **Relatório final da CPI da Dívida Pública.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em 02/02/2020.

BRASIL. **Relatório final da CPI da Dívida Pública.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em 02/01/2020.

BRASIL. **Relatório final da CPI da Dívida Pública.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>.

BRASIL. Senado notícias. **Emenda constitucional nº 95.** Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/pec-que-restringe-gastos-publicos-e-aprovada-e-vai-a-promulgacao>. Acesso em 03/02/2020.

BRASIL. STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63924>. Acesso em 03/02/2020

BRASIL. **Tesouro Nacional Transparente**. Dívida Pública- Conceitos básicos. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/conceitos-basicos-faq>. Acesso em 04/01/2020.

BRASIL. Tesouro Nacional. **Definição de dívida pública**. Disponível em <https://www.tesouro.gov.br/documents/10180/0/QUEM+FINANCIA-pdf/1d535ddb-7a4e-4718-a7a5-f5c17134cc76>. Acesso em 01/02/2020.

BRASIL. Tesouro Nacional. **Dívida pública**. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/a-divida-em-grandes-numeros>. Acesso em 05/03/2020.

BRASIL. Tesouro Nacional. **Dívida pública**. Disponível em <http://www.tesouro.gov.br/documents/10180/0/Quem+Administra+a+D%C3%ADvida+a+P%C3%BAblica+Federal/3227a476-1b92-450b-9815-f2d8a8d3d95c>. Acesso em 01/02/2020.

BRASIL. **Teto de gastos**: o gradual ajuste para o crescimento do país. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/teto-de-gastos-o-gradual-ajuste-para-o-crescimento-do-pais.pdf/>. Acesso em 04/02/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Definição de dívida pública**. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/comunidades/macroavaliacao-governamental/areas-de-atuacao/divida-publica/>. Acesso em 09/02/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO, Antonio Barros de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires de. **A economia brasileira em marcha forçada**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CLEVE, Clemerson Merlin. FREIRE, Alexandre.(org) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COLOMBANO, Leandro Pereira. **Soberania Popular e Supremacia Constitucional**: limites do controle de constitucionalidade sobre emenda à constituição aprovada por referendo. Brasília:TJDFT, 2017.

CONTI, José Mauricio. **Orçamentos Públicos. A lei 4.320/1964 comentada**. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FATORELLI, Maria Lucia. Auditoria da dívida pública. **Instrumento para enfrentar a crise financeira**. Disponível em <http://www.cadtm.org/IMG/pdf/Auditoria-da-Divida-Instrumento-para-enfrentar-a-Crise.pdf>. Acesso em 11/02/2020.

FATORELLI, Maria Lúcia. **Auditoria cidadã da dívida**. Disponível em <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/acd-30-anos-de-descumprimento-da-cf/>. Acesso em 23/01/2020.

FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1984.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GIACOMONI, James. **“Orçamento Público”**, 14. Ed. Ampliada e atualizada. São Paulo, Ed. Atlas, 2009.

GIAMBIAGI, Fabio. ALEM, Ana Claudia Duarte. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 4ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional- Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de ciência de las finanzas**. Trad. Dino Jarach. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1949.p 10.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2019

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade fiscal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

HERMANN, Jennifer. **A macroeconomia da dívida pública**: notas sobre o debate teórico e a experiência brasileira recente. Dilemas da dívida. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, nov. 2002. 46. Cadernos Adenauer III, N 4.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HORVATH, Estavão. Orçamento público e planejamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). Direito tributário- **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Trad. Fernando de Los Ríos. México: Fondo de cultura econômica, 2002

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Trad. Luiz Legaz Lacambra. Granada: Comares, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Tratado de Direito Financeiro**: As finanças públicas na Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2013

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004

MENDES, Gilmar Ferrerira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, São Paulo: Saraiva 1990

MENDONÇA, Felix. Cadernos de Altos Estudos. **A Dívida Pública Brasileira**. Plenarium- Brasília. 2005

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Atlas. 2016.

OLIVEIRA, Regis F. (coord. geral); HORVATH, Estevão; CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá ed. 2008.

PACELLI, Giovanni. **Administração Financeira e Orçamentaria**. ed. JusPodivm, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Revista Gênese. Curitiba, nº 118, outubro de 2002;

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de Direito Financeiro** – São Paulo: Saraiva, 2012

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Carlos José de Assis. **O crédito público no Brasil: teoria e prática**, 1972.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1994.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social: Princípios de Direito Político**. Tradução de Antônio P. Machado. Ed especial. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. et al. **Orçamentos públicos e direito financeiro**. Editora: revista dos tribunais, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **O que vale mais: A Constituição ou o anexo de metas fiscais da LRF?**. Consultor Jurídico. 29. nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-23/luiz-cardoso-inconstitucional-ausencia-analise-impacto-politico-criminal>. Acesso em 03.02.2020.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento mínimo social garante a execução de políticas públicas**. Consultor Jurídico. 20. maio. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-20/orcamento-minimo-social-entre-liberdade-vinculacaol>. Acesso em 03.04.2020.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, A. C.; CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. (Org.). **Dívida pública: a experiência brasileira**. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, Banco Mundial, 2009

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do do Advogado, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica em crise**: uma exploração hermeneutica da construção do Direito. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Volume V**: O Orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, José Raimundo. **A Dívida Pública como Componente Estrutural do Sistema de Crédito**. Revista Econômica, Rio de Janeiro, v 13, n 1, junho 2011

VITAL MOREIRA. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito: Tradição do ocidente e no Brasil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2019.