# FINANCIAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## Políticas Públicas Vinculadas, Estabilização Monetária e Conflito Distributivo no Orçamento da União do pós-Plano Real

Financiamento_completo.indd 1 8/6/2010 00:52:13

Financiamento_completo.indd 2 8/6/2010 00:53:08

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Doutora em Direito Administrativo pela UFMG
Professora de Direito Administrativo da UFMG, da ESDHC e do UNIFEMM
Servidora da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental –
EPPGG do Estado de Minas Gerais

# FINANCIAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## Políticas Públicas Vinculadas, Estabilização Monetária e Conflito Distributivo no Orçamento da União do pós-Plano Real

EDITORA O LUTADOR
Belo Horizonte
2010

Financiamento_completo.indd 3 8/6/2010 00:53:08

© 2010 by Editora O Lutador

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Projeto gráfico e capa: Derval Braga
Formatação: Juliana Vaz
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo – CRB 2751 – 6ª Região
Impressão e acabamento: Gráfica O Lutador




Escola Superior Dom Helder Câmara
Reitor: Paulo Umberto SJ
Vice-Reitor: Estêvão D´Ávila Freitas
Pró-Reitora de Ensino: Anacélia dos Santos Rocha
Pró-Reitor de Extensão: Francisco Haas
Pró-Reitor de Pesquisa: Newton Teixeira Carvalho
Pró-Reitora de Pós-Graduação: Valdênia Geralda de Carvalho
Pró-Reitora de Administração: Cácia Rita Stumpf
Sede
Rua Álvares Maciel, 628 - Bairro Santa Efigênia
CEP 30150-250 - Belo Horizonte – MG
www.domtotal.com




Gráfica e Editora O Lutador
Praça Padre Júlio Maria, 01 - Bairro Planalto
CEP 31730-748 - Belo Horizonte - MG
Telefax: (31) 3439-8000
www.olutador.org.br
comercial@olutador.org.br

P659f Pinto, Élida Graziane

Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. / Élida Graziane Pinto. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

403 p.
ISBN 978-85-7907-028-0
1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3. Políticas públicas. I. Título.

CDD: 341.2
CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais*: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. 403 p. ISBN 978-85-7907-028-0.

Financiamento_completo.indd 4 8/6/2010 00:53:08

*A Duvanjo e Adriano*

Financiamento_completo.indd 5 8/6/2010 00:53:08

Financiamento_completo.indd 6 8/6/2010 00:53:08

# Agradecimentos

Antes de qualquer coisa, o desafio de enfrentar um projeto como esse (de doutoramento e, em seguida, de publicação dos resultados ali obtidos) – com a responsabilidade e o engrandecimento pessoal que lhe correspondem – devo à instigação do Professor Florivaldo Dutra de Araújo, sobretudo, porque sua orientação (desde os primórdios de minha formação acadêmica) sempre foi firme apoio nos questionamentos sobre o que, embora pareça óbvio à Administração Pública, é afronta ao Direito e à Constituição.

Ao Fred (já que estranho seria chamá-lo de Frederico Gonzaga Jayme Jr.), agradeço pelo fato de, mais que co-orientador, haver sido um interlocutor que me ajudou a não abandonar as inquietações sobre a ortodoxia econômica que comprime todo o orçamento da União, asfixia o setor produtivo e inverte as prioridades alocativas do Poder Público, em detrimento do rol de políticas públicas definido constitucionalmente como "dever do Estado".

À querida professora Maria Coeli, sempre agradecerei de forma aberta e simples pela compartilha acadêmica do mais elevado nível e, fundamentalmente, pela amizade. Tão generosa, quanto rigorosa é ela na correção do texto e nos diálogos sobre as insuficiências do controle sobre a Administração Pública.

Tantas pessoas e instituições apoiaram-me nesta caminhada, de forma especial, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), a Secretaria de Estado da Casa Civil de Minas Gerais (com o singular apoio dado pelo grande amigo Dr. Walter) e, mais recentemente, a Prefeitura Municipal de Pedro Leopoldo e a Assessoria Técnico-Legislativa da Secretaria de Estado de Governo de Minas Gerais. À Escola Superior Dom Helder Câmara, enfim, registro meu mais consistente e direcionado agradecimento por haver encampado o projeto de publicação deste texto em sua versão mais encorpada e crítica.

Agradeço também a Karina, Dierle, Kasla e Maria Tereza que leram minhas versões prévias e efetivamente contribuíram para o aperfeiçoamento do trabalho. Felipe prontamente aceitou meu pedido de ajuda na revisão das traduções dos resumos, pelo que lhe agradeço. Marli e Alaíde – queridas amigas da época de início da graduação quando a Biblioteca da Faculdade de

Financiamento_completo.indd 7 8/6/2010 00:53:08

Ciências Econômicas da UFMG era uma visita constante – ajudaram-me com a revisão bibliográfica do texto. Agradeço a Sueli o apoio amigo na Secretaria da Pós, assim como não posso deixar de mencionar "tia" Neide e Laércio, pela minoração de tantas dúvidas e ansiedades.

Não poderia deixar de agradecer aos meus alunos pela paciência para com o estado de concentração e relativa "suspensão da realidade" provocado pela elaboração de um tal estudo. Pelo debate em sala de aula é que se justifica todo o esforço de questionar e apresentar os limites da ação estatal – aparentemente ilimitada em sua discricionariedade – que, por vezes, afasta-se das finalidades que deveria perseguir e, assim, "emancipa-se ilegitimamente".

Merecem ainda menção Cynthia e Túlio, a quem devo o incentivo de tantas orientações existenciais, assim como o forte apoio de suas amizades: raro é encontrar pelo mundo quem, como vocês, dividam não só as alegrias, mas singularmente os pesos das adversidades. Queria, de alguma forma, retribuir o carinho e os cuidados de que fui destinatária no curso dessa nossa bela amizade.

Afinal, sem prejuízo da lembrança de tantos amigos que, direta ou indiretamente, sustentaram-me nos momentos de cansaço e de pesquisa, agradeço à base de tudo isso, às pessoas de cujo convívio familiar carinhoso me furtei para enfrentar esse desafio. D. Duvanjo, Dajuzinha, Tizé, Elma, Cecilinha, Letícia, Nilsinho e Adriano: é, sem sombra de dúvida, por causa de vocês que consegui chegar até aqui. A vocês, meu muito obrigada!

A autora

*Argumentos de necessidade, por mais relevantes que possam ser, não devem prevalecer sobre o império da Constituição. Razões de Estado, ainda que vinculadas a motivos de elevado interesse social, não podem legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e valores sobre os quais tem assento o nosso sistema de direito constitucional positivo*

*Ministro Sepúlveda Pertence*

Financiamento_completo.indd 9 8/6/2010 00:53:09

Financiamento_completo.indd 10 8/6/2010 00:53:09

# Sumário

Lista de ilustrações ..... 13

Lista de abreviaturas e siglas ..... 15

Capítulo 1
Introdução ..... 17

Capítulo 2
Direitos fundamentais e orçamento público: processo definidor de prioridades governamentais ..... 39
2.1 Orçamento Público: noções gerais e breve apanhado histórico ..... 54
2.2 Modelo procedimental discursivo de democracia e nova concepção de interesse público ..... 74
2.3 Limites discursivos e balizas republicanas à conformação democrática dos orçamentos ..... 83
2.4 Discricionariedade técnica, redução do escopo emancipatório da cidadania e o discurso da ingovernabilidade como pauta para a agenda de reforma do Estado ..... 108
2.4.1 "Discricionariedade técnica" e racionalidade comunicativa ..... 108
2.4.2 Cidadania e emancipação ..... 115
2.4.3 Crise e reforma do Estado ..... 123
2.5 Controle da discricionariedade das políticas públicas em contraponto ao controle da execução orçamentária no paradigma da gestão fiscal responsável ..... 133
2.5.1 Controle judicial de políticas públicas: judicialização da política? ..... 139
2.5.2 Possibilidades de controle ..... 144

Capítulo 3
Estabilidade monetária e instabilidade fiscal no período de 1994 a 2005 no Brasil ..... 161
3.1 Estado e mercado: definição discursiva dos limites e custos da intervenção estatal ..... 167
3.2 Política econômica no Brasil: antecedentes do quadro de crise da década de 1990 ..... 172
3.3 Plano real e endividamento público ..... 182

Capítulo 4
Absorção da política monetária no ciclo orçamentário da União.....199
4.1 Alocação discricionária de recursos.....202
4.1.1 Fundo de Emergência Social.....207
4.1.2 Fundo de estabilização fiscal.....211
4.1.3 Desvinculação de receitas da União.....212
4.1.4 Conformidade constitucional da desvinculação de receitas da União.....213
4.1.5 Déficit nominal zero e "superdesvinculação" de receitas da União.....239
4.2 Metas fiscais nas Leis de Diretrizes Orçamentárias.....249
4.3 Expansão das receitas tributárias.....271
4.4 Contingenciamento de empenhos.....306
4.5 Endividamento.....320

Capítulo 5
Planejamento orçamentário e controle de políticas públicas:
possibilidades e limites.....329
5.1 Princípios constitucionais.....338
5.2 Democratização e republicanização do financiamento da dívida pública.....356
5.3 Políticas públicas, direitos fundamentais e vinculações orçamentárias.....372

Conclusão.....387

Referências.....393

# Lista de ilustrações

Gráfico 1 - Participação percentual por indexador na dívida mobiliária da União em novembro de 2005 ..... 266
Gráfico 2 - Composição das Receitas Orçamentárias da União de 1970 a 2003 ..... 282
Gráfico 3 - Dívida Líquida Interna do Setor Público em % do PIB ..... 323
Tabela 1 - Programas de Trabalho da União previstos na Lei n.º 11.100/2005 – relação entre dotação autorizada e execução da despesa ..... 47
Tabela 2 - Juros Nominais – Setor Público Consolidado ..... 184
Tabela 3 - Superávit Primário do Setor Público Consolidado de 1999 a 2005: Metas Versus Resultado Alcançado ..... 189
Tabela 4 - Resultado Nominal e Primário, Juros Nominais e Dívida Líquida do Setor Público Consolidado – 1998-2004 ..... 197
Tabela 5 - Dispositivos de desvinculação de receitas da União inseridos no ADCT – Emendas Constitucionais de que se originaram – Prazo de vigência ..... 206
Tabela 6 - Execução Orçamentária da União de 2005 – Relação entre dotação autorizada e montante pago com o serviço e o refinanciamento das dívidas interna e externa ..... 244
Tabela 7 - Re-centralização tributária em favor da União no período de 1998 a 2004 ..... 290

Financiamento_completo.indd 13 8/6/2010 00:53:09

Financiamento_completo.indd 14 8/6/2010 00:53:09

# Lista de abreviaturas e siglas

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI - Ação direta de inconstitucionalidade
BACEN - Banco Central do Brasil
BB - Banco do Brasil
BC - Banco Central
BC-DEPEC - Departamento Econômico do Banco Central do Brasil
BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CIDE - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIESP - Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
CMN - Conselho Monetário Nacional
CMO - Comissão Mista de Orçamento
COFINS - Contribuição para o financiamento da seguridade social
COPOM - Comitê de Política Monetária
CTN - Código Tributário Nacional
DETC - Déficit em transações correntes
DLSP - Dívida líquida do setor público
DPMFI - Dívida pública mobiliária federal interna
DRU - Desvinculação de receitas da União
FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador
FCEP - Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza
FEF - Fundo de Estabilização Fiscal
FMI - Fundo Monetário Internacional
FPE - Fundo de Participação dos Estados
FPM - Fundo de Participação dos Municípios
FSE- Fundo Social de Emergência
FUNDEB- Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico
FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IE - Imposto sobre a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados
IGF - Imposto sobre Grandes Fortunas

Financiamento_completo.indd 15 8/6/2010 00:53:09

IOF - Imposto sobre Operações Financeiras
IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados
ITR - Imposto Territorial Rural
IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LDO - Lei de diretrizes orçamentárias
LOA - Lei orçamentária anual
LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal
NFSP - Necessidades de financiamento do setor público
OGU - Orçamento Geral da União
PASEP - Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PED - Países em desenvolvimento
PEF - Programa de Estabilização Fiscal
- Plano de Estabilidade Fiscal
PIB - Produto interno bruto
PIS - Programa de Integração Social
PLDO- Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias
PLOA- Projeto de Lei Orçamentária Anual
PPA- Plano Plurianual
PPBS - *Planning programming and budgeting system*
(Sistema de planejamento programação e orçamento)
RAT - Rational action theory (Teoria da ação racional)
SELIC - Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SEST - Secretaria de Controle das Empresas Estatais
SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira
STF - Supremo Tribunal Federal
STN - Secretaria do Tesouro Nacional
SUS - Sistema Único de Saúde
UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais
UO - Unidade orçamentária
UTI - Unidade de tratamento intensivo

# Capítulo 1
# Introdução

Diante do desafio de pensar a redução experimentada pelo Estado brasileiro na década de 1990, pelo viés da limitação de sua capacidade de implementar políticas públicas, emerge com destaque o problema do financiamento estatal e da alocação de recursos entre as mais diversas prioridades governamentais.

É este, pois, um estudo informado pela inquietação democrático-republicana sobre onde e como são alocados recursos públicos, até porque o Estado discursivamente os obtém em nome do exercício de atividades não assumidas devidamente pela sociedade civil e pelo mercado.

Ao lado dessa clássica idéia de controle dos gastos públicos, está a própria definição residual e historicamente conflituosa do que devam ser atividades estatais. Saber para quais finalidades justificar-se-ia a existência do Estado e como deve ser a distribuição coletiva dos seus custos não se trata de um esforço facilmente empreendido, por mais que esteja posto como necessário há séculos.

Como crivo de legitimidade possível, o Estado moderno passou a contar com a remissão à vontade popular (vontade geral rousseauniana) para configurar o ciclo de exercício do poder em bases democráticas. A lei, como veículo condutor desse processo, nada mais seria que uma emissão mediatizada da vontade geral a informar os limites do agir estatal. Com isso, foi superado o governo de homens (justificados fragilmente numa hereditariedade divina) para dar vazão a governos calcados no contratualismo social e nas leis direta ou indiretamente emanadas pelo povo.[1]

[1] Tanto a idéia de vontade geral, quanto a de povo são reduções simplificadas da condensação dinâmica do interesse público. E é exatamente porque "povo" não é uma entidade ontológica que se faz necessário ir além da invocação desse conceito como um valor absoluto ou fechado. Para uma discussão problematizadora acerca do conceito de povo, ver Müller (1998).
A esse respeito, Carvalho Netto leciona que "'povo' é uma palavra *gorda*, manipulável, que serve a usos como esse que Carl Schmitt fez da democracia [no sentido de que o próprio governante que se legitima e constitui as massas como povo ao manipulá-las]. No Estado Moderno, há uma tensão entre o fato de o Direito ser imposto de cima para baixo, por um aparato estatal, e a exigência de uma legitimidade fundada na autodoação do próprio Direito, ou seja, e o requisito de que as pessoas se sintam co-autoras das normas que as regem. Essa tensão inafastável, inerente ao Direito moderno, exige que, mesmo ditaduras empreguem justificações discursivas do tipo da elaborada por Schmitt. Por isso mesmo, o povo como legitimação, esse povo compacto, esse povo total, em bloco, pode se prestar a usos retóricos bastante perigosos. No entanto, toda essa discussão levou mesmo, como disse Friedrich Müller, à clara noção de que *povo* é o resultado de todo um processo de institucionalização. Mas, precisamente na medida em que é enfocado como esse resultado é que se torna possível visualizar toda a imensa dimensão dos perigos, dos riscos presentes nesse processo através de virtuais

Financiamento_completo.indd 17 8/6/2010 00:53:09

A aquisição de patamares democráticos de discussão do que deva ser papel do Estado, de pronto, atrelou-se ao binômio inscrito na relação entre delegação de poderes e controle do exercício desses. Como essa delegação – que é voltada para o atingimento de finalidades públicas – pode ser desvirtuada com a hipótese de apropriação privada dos poderes conferidos, a sistemática de controle obteve guarida constitucional no mesmo patamar de relevância que a sistemática de distribuição de competências.

Em coerência com o princípio da separação de poderes, o controle não se limitou a um ou outro órgão ou a aspectos formais no exercício das competências recebidas: o controle dos diversos Poderes da República foi concebido (embora nem sempre de todo implementado) como controle de uns sobre os outros Poderes (política e juridicamente) e também para ser exercido pelo cidadão contra qualquer desses.

Com a emergência do paradigma do Estado Democrático de Direito, a estrita legalidade (típica do Estado Liberal) mostrou-se limitada como instrumento de controle dos atos da Administração Pública. Isso ocorreu na medida em que, à impossibilidade de absoluta previsão legal de todas as hipóteses decisórias da Administração, vieram sendo contrapostas esferas de discricionariedade[2] a clamarem, por si só, por novos padrões de responsabilização.

Em um Estado Democrático, sem prejuízo da obediência às regras, controlar a Administração Pública significa formular os atos em consonância com o devido processo e analisá-los diante do caso concreto, com os seus pressupostos de fato e de direito e com a sua adequação normativa e constitucional em caráter principiológico.

Considerando que o presente estudo se volta para a retomada das possibilidades de controle sobre a administração do endividamento público no âmbito da União, vale fixar, de antemão, que os processos estatais de obtenção e alocação de recursos são processos jurídico-discursivos de circulação de poder, os quais, para serem legítimos, devem ser realizados diante dos interessados, com a sua participação direta ou indireta.

Historicamente, a centralização institucional do poder para o exercício de funções de interesse público e a necessidade de custear as atividades desse aparato institucional são movimentos que tiveram suas fronteiras normativas fixadas em lei. Mas a lei, que é baliza, não é resposta totalizante das prioridades orçamentárias estatais.

Presentemente, o desafio é expandir as possibilidades de controle sobre a alocação dos recursos para que os gastos públicos sejam executados de

[2] Tais esferas ampliadas de discricionariedade foram assimiladas como mecanismo que reconhece a complexidade da realidade social na aplicação da lei e ganharam densidade com a atuação positiva do Estado a partir do paradigma do Estado Social de Direito.

forma constitucionalmente adequada. Para além da busca de comandos legais estritos, cumpre suscitar que a execução das mais diversas políticas públicas é pragmaticamente limitada à dotação orçamentária prevista em lei, sem prejuízo da possibilidade de que, mesmo dentro dessa fronteira, não haja a realização integral do gasto.

As incertezas que marcam a execução orçamentária advêm das oscilações na arrecadação de receitas, no surgimento de despesas inesperadas (passivos contingentes), no redesenho de prioridades governamentais e na administração do endividamento público. Os remanejamentos entre as diversas políticas públicas integram, portanto, o espaço de discricionariedade conferido à execução orçamentária. Mas dentro de quais limites é exercida tal margem de liberdade alocativa?

As leis orçamentárias anuais refletem os programas de ação governamental dos diferentes níveis da federação e respondem pela identificação contábil-financeira de como o Estado se desincumbirá de seus deveres constitucionais. Considerando que tais deveres envolvem a administração da tensão entre recursos orçamentários finitos e demandas sociais diversas e, por vezes, concorrentes, somente no caso concreto cabe propor soluções constitucionalmente adequadas.

A apreensão de que os programas orçamentários devem ser ajustados à realidade – tal como ela se apresenta com seus pressupostos de fato e de direito – justifica a abertura para o administrador de margem de discricionariedade decisória. Contudo, o ordenamento constitucional brasileiro estatuiu diversas políticas públicas como "deveres do Estado", além de haver garantido receitas destinadas para a seguridade social e patamar percentual mínimo de gasto com saúde e educação.

Conjugar a dinâmica discricionária da execução dos orçamentos anuais com a garantia de que o Estado tem de assegurar minimamente seguridade (aqui incluídas as ações de saúde, além de previdência e assistência social) e educação passa pela revisão dos pressupostos jurídicos do controle das políticas públicas. Tal esforço mostra-se necessário especialmente se se levar em conta os efeitos da política fiscal contracionista por que o Brasil vem passando desde 1994, a título de estabilização monetária e, desde 1999, sob o fundamento da sustentabilidade da dívida líquida do setor público.[3]

[3] Segundo informa o Banco Central do Brasil (BACEN, 2002, p. 91), o conceito de dívida líquida do setor público "corresponde ao saldo líquido do endividamento do setor público não-financeiro e do Banco Central com o sistema financeiro (público e privado), o setor privado não-financeiro e o resto do mundo. Entende-se por saldo líquido, o balanceamento entre as dívidas e os créditos do setor público não-financeiro e do Banco Central. É importante ressaltar que os saldos da dívida líquida são apurados pelo critério de competência, ou seja, a apropriação de encargos é contabilizada na forma *pro rata*, independente da ocorrência de liberações ou reembolsos no período. Deve-se mencionar ainda que, diferentemente de

Ora, política monetária, administração da dívida pública, saúde, educação, assistência e previdência social são políticas públicas de competência constitucional do Estado. Todas elas, diante das restrições orçamentárias e da pluralidade de incumbências governamentais, passam pelo crivo anual de previsão do montante total de recursos necessários ao seu custeio.

Controvérsia surge quando, no ciclo orçamentário da União, o Poder Executivo expande os gastos com o serviço da dívida e promove a desvinculação seja das receitas destinadas à seguridade, seja dos gastos mínimos com saúde e educação, em nome de sua "discricionariedade técnica". O controle do manejo de tal discricionariedade alocativa deve perquirir, diante da concretude da execução orçamentária, se houve motivação constitucionalmente adequada para a ocorrência de déficit nominal (causado eminentemente pelo custeio do serviço da dívida líquida do setor público) e para a redução proporcional dos gastos com políticas públicas de execução orçamentária vinculada.

Nesse sentido, controlar se, na aplicação discricionária da lei orçamentária anual, não houve desvio de finalidade ou inadequação dos motivos apresentados com o caso concreto é exercício que passa tanto pela submissão a processos discursivos de deliberação, quanto pelo respeito a salvaguardas fundamentais. Ambas as hipóteses são necessárias porque, por um lado, asseguram o respeito republicano às prioridades alocativas inscritas constitucionalmente, quanto, por outro, asseguram o caráter democrático dos eventuais remanejamentos orçamentários ocorridos entre todas essas políticas públicas.

Se as políticas públicas prestacionais de saúde, educação, previdência e assistência social têm vinculação constitucionalmente assegurada seja de gastos mínimos, seja de fonte de receita, e se anualmente elas devem ser inscritas na lei orçamentária segundo os desígnios constitucionais, não basta que a União obtenha genérica autorização do constituinte derivado para desvincular 20% (vinte por cento) daqueles valores. São deveres do Estado, dos quais ele não se desincumbirá caso a alocação discricionária oriunda da desvinculação se torne um fim em si mesmo, isto é, não seja motivada segundo as balizas constitucionais, nem seja fruto de processo discursivo de deliberação com os interessados na decisão.

---

outros países, o conceito de dívida líquida utilizado no Brasil considera os ativos e passivos financeiros do Banco Central, incluindo, dessa forma, a base monetária." Por outro lado, "o conceito de setor público utilizado para mensuração da dívida líquida e do déficit público é o de setor público não-financeiro mais Banco Central. Considera-se como setor público não-financeiro as administrações diretas federal, estaduais e municipais, as administrações indiretas, o sistema público de previdência social e as empresas estatais não-financeiras federais, estaduais e municipais, além da Itaipu Binacional. Incluem-se também no conceito de setor público não-financeiro os fundos públicos que não possuem característica de intermediários financeiros, isto é, aqueles cuja fonte de recursos é constituída de contribuições fiscais ou parafiscais. O Banco Central é incluído na apuração da dívida líquida pelo fato de transferir seu lucro automaticamente para o Tesouro Nacional, além de ser o agente 'arrecadador' do imposto inflacionário."

Por outro lado, quando se trata da expansão do serviço da dívida líquida do setor público e do controle de sua sustentabilidade intertemporal, impõe-se ao administrador o dever de motivar tanto as alterações no financiamento da dívida (juros, longevidade, perfil do indexador etc), quanto a limitação de despesas (especialmente por meio do contingenciamento de empenhos).[4] Assim, cumpre lembrar que a majoração dos gastos com o serviço da dívida, direta ou indiretamente, acarreta o contingenciamento de outras despesas, na medida em que faz contrair o montante disponível para executar as demais políticas públicas. Tudo isso é feito em nome da formação de resultados fiscais primários[5] positivos que garantiriam minimamente uma equação equilibrada entre o serviço da dívida e a possibilidade de sua expansão.

Mas como falar em processamento democrático e equilibrado da ampla competição por dotações orçamentárias que as políticas públicas – implicitamente – travam entre si, se alguns dos motivos das oscilações no orçamento da União não são apresentados no curso de processos discursivos que garantam o caráter público das decisões?

Considerando que o serviço da dívida líquida do setor público compõe – com destaque – o quadro das despesas orçamentárias e que, em torno de sua administração, são definidas e reformuladas várias políticas públicas, a discricionariedade de que goza o Executivo para administrar a dívida deve ser controlada diante dos casos concretos de remanejamento orçamentário.[6] Não se questiona aqui o fato de que a dívida pública seja indiretamente utilizada como meio de absorção das disponibilidades financeiras no mercado e que essa seja uma estratégia de controle das pressões inflacionárias. O que não se pode perder de vista é que os juros que remuneram a dívida pública e a própria

[4] A limitação de empenho e de movimentação financeira (também conhecida como contingenciamento de despesas) encontra-se prevista no art. 9º da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, e será mais bem abordada no tópico 4.4 do Capítulo 4 deste estudo. Em breve explicação, quando o Chefe do Executivo emana decreto de contingenciamento, ele restringe formalmente a possibilidade de geração de despesas dentro dos limites fixados no aludido decreto e em conformidade com a lei de diretrizes orçamentárias.

[5] Segundo Greggianin (2005, p. 03), "o resultado fiscal no conceito primário (antes das despesas com juros) pode ser apurado pelo conceito '*acima e abaixo da linha*'. No método '*acima da linha*' o cálculo é feito a partir da execução orçamentária das receitas e despesas primárias ou não-financeiras, sendo utilizado pelo Tesouro Nacional. Receitas e despesas primárias ou não-financeiras afetam (positiva ou negativamente) o endividamento líquido.
No conceito '*abaixo da linha*', utilizado pelo BACEN, o resultado fiscal é obtido pela variação do estoque da dívida líquida menos os encargos financeiros líquidos. O resultado nominal corresponde à variação da dívida líquida do setor público refletindo a Necessidade de Financiamento do Setor Público. Visto de outra forma, é a diferença entre receitas e despesas totais. Subtraindo os juros nominais do resultado nominal teremos o resultado primário, indicador do esforço fiscal do setor público."

[6] A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, prevê, em seus arts. 42 e 43, que a abertura de créditos adicionais – necessários para cobrir despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na lei de orçamento – deve ser autorizada por lei, depende da existência de recursos disponíveis e será precedida de exposição justificativa.

dívida são itens regulares do orçamento da União, ou seja, são despesas públicas que devem se ater aos limites legais e cuja motivação e finalidade podem, aliás, devem ser avaliadas desde o ponto de vista de sua conformidade com o texto constitucional vigente.

Noutras palavras, o foco da presente inquietação reside na necessidade de desvendar qual seria o crivo democrático que informaria o custeio do serviço da dívida pública, para além da autorização genérica inscrita no art. 17, § 6º da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000) de que tal despesa não precisa ter comprovada a sua fonte de custeio.

Republicanamente, é essa uma questão de insuficiência de controle. Falta erigir limites sobre a administração da dívida pública da União, haja vista o fato de que, até o início de 2008, ainda não foi emanada a normatização demandada pelos arts. 48, XIV e 52, VI[7] da Constituição de 1988. Isto é, nem o Congresso Nacional aprovou lei que dispusesse sobre o montante da dívida mobiliária federal, nem o Senado Federal fixou, a partir de proposta do Presidente da República, os limites globais para o montante da dívida consolidada da União.

Há de se frisar que a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, em seu art. 30, buscou fixar prazo (90 dias) para encaminhamento pelo Executivo das propostas de que tratam os arts. 48, XIV e 52, VI supracitados. Não obstante o encaminhamento haver sido feito[8] e o Senado já haver fixado limites para a dívida consolidada dos Estados e Municípios por meio da Resolução n.º 40, de 21 de agosto de 2001, os limites de endividamento (consolidado e mobiliário) da União ainda estão por ser definidos, mesmo depois de tantos anos do advento da Constituição de 1988 e da LC n.º 101/2000.[9]

---

[7] Para cumprir o disposto no art. 30 da LRF, o Chefe do Poder Executivo federal encaminhou, em 2000, proposições que ainda se encontram em tramitação no Congresso Nacional. No que se refere à hipótese prevista no art. 48, XIV da CR/1988, trata-se do Projeto de Lei n.º 3.431, de 08 de agosto de 2000, o qual disporia sobre limites para a dívida mobiliária da União e que atualmente encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.
Já no que se refere ao art. 52, VI da CR/1988, foi encaminhada ao Senado Federal a Mensagem do Executivo n.º 154, de 08 de agosto de 2000, para que, assim, fossem fixados os limites de dívida consolidada da União.

[8] Segundo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, "Os limites [da dívida consolidada] propostos são: 3,5 vezes a Receita Corrente Líquida para a União, 2 para os Estados e 1,2 para os Municípios. O nível médio atual de endividamento para Estado e Municípios é igual a, respectivamente, 1,56 e 0,97 (dados de abril e março de 2000, respectivamente, e apenas para os municípios das capitais). Os níveis propostos são, portanto, iguais ao níveis médios atuais, acrescidos de uma margem para acomodar problemas de mensuração. No caso da União o nível de endividamento atual alcança 3,45 já considerados passivos existentes e ainda não contabilizados, bem como o aporte futuro ao Banco Central do Brasil para dar conta da execução da política monetária, em vista da proibição imposta pela LRF de emissão de títulos pelo Banco Central a partir de 2002. Assim, a proposta implica, grosso modo, a estabilização do endividamento do setor público consolidado, estando de acordo, portanto, com o objetivo estabelecido pelo Programa de EstabilizaçãoFiscal." (<http://www.planejamento.gov.br/lrf/conteudo/fatos_importantes/governo_envia_senado.htm>. Em 04 de agosto de 2000. Acesso em: 1º jun. 2005).

[9] Para aprofundar sobre o tema da falta de regulamentação da LRF, vale retomar análise crítica empreendida em Afonso (2004) (<http://www.joserobertoafonso.ecn.br>).

A falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais sob comento e indiretamente do art. 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal leva a um cenário em que os gastos com a dívida pública, especialmente com a taxa de juros que a remunera, crescem sem fonte pré-determinada de custeio e, por isso, sem se submeterem à premissa de equilíbrio orçamentário, por serem inexistentes os limites.

Instala-se, com isso, ciclo vicioso em que, sem limites legalmente instituídos, não se aplicam os comandos (art. 31 e seus §§) da Lei de Responsabilidade Fiscal que regem a recondução da dívida pública aos limites que deveriam garantir a sua sustentabilidade, e assim, por seu turno, a dívida poderá crescer e afetar futuramente as demais ações governamentais, porquanto haja maior comprometimento de receitas para a rolagem da dívida, com juros e encargos cada vez maiores.

Vale lembrar que, muito embora o art. 5º, § 1º, da LRF determine que haja a previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA) de "*todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão*", o art. 17, § 6º da mesma LRF deixou de exigir, em relação às despesas com o serviço da dívida, os seguintes procedimentos jurídico-discursivos[10] de controle:

a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;
b) demonstração da origem dos recursos para seu custeio;
c) comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no Anexo de Metas da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Entre tais metas, conforme o referido no § 1º do art. 4º da LRF, deve haver meta sobre o montante da dívida pública e sobre os resultados primário e nominal, sendo que todas elas visam ao equilíbrio intertemporal nas contas públicas.
d) no caso de não se comprovar a não afetação das metas fiscais – porque a despesa é grande o suficiente para lhes impactar – os efeitos financeiros da despesa, nos períodos seguintes, devem ser compensados pelo aumento permanente de receita (a qual deve ser necessariamente tributária[11]) ou pela redução permanente de despesa.[12]

[10] Aqui se está a entender por procedimento jurídico-discursivo o curso decisório formado por atos concatenados em torno de uma mesma finalidade e para cuja formação participam os interessados com suas diferentes pretensões de validade diante do caso concreto. Por essa razão é que o caráter discursivo do procedimento demanda a apresentação consistente dos motivos envolvidos na análise e a busca, em contraditório, por soluções constitucionalmente adequadas.

[11] Assim o §3º do art. 17 da LRF dispõe: "considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição."

[12] O exemplo mais evidente de redução permanente de despesa é o que se encontra previsto no art. 169 da Constituição de 1988, a saber, a dispensa de servidores em níveis sucessivos, vez que tal dispensa começa com os servidores comissionados, passa pelos servidores não-estáveis e pode chegar a afetar até os estáveis. Trata-se de alternativa a ser empregada no caso de excesso de gasto com pessoal, na forma do que dispõe o art. 23 da LRF.

Nesse sentido, a temática do endividamento público havido no período pós-1994 por força da repercussão orçamentária e financeira da política de estabilização monetária precisa ser observada pelo foco da adequação ao texto constitucional vigente, em especial pelo foco de que a liberdade conferida por lei não pode se tornar arbítrio, tampouco pode desconhecer a finalidade pública que lhe legitima a existência.

Em torno de tal inquietação, trabalha-se com a hipótese de que, sem o controle do custeio do serviço da dívida, não há como se falar em gestão fiscal intertemporalmente responsável[13] e em definição democrática de prioridades orçamentárias tal como determina a Constituição de 1988.

Como limite discursivo à discricionariedade conferida pelo art. 17, §6º, da Lei Complementar n.º 101/2000, deve-se questionar o fato de que a estabilização de preços (controle da inflação) promovida no período de 1994 até os presentes dias trouxe consigo crescente instabilidade fiscal, o que se fez perceber notadamente no agigantamento da dívida líquida do setor público.[14]

A expansão geométrica do endividamento público – particularmente o interno[15] – durante a década de noventa do século passado foi conseqüência de muitas idas e vindas na consecução da política econômica que visa à manutenção da correspondência entre o valor nominal da moeda e o seu valor real de compra na realidade social.

Por idas e vindas, deve-se entender o caráter experimentalista na condução da política monetária, já que, de 1994 a 1999, a principal variável de controle da inflação era a paridade cambial e, de 1999 em diante, adotou-se o regime de metas de inflação,[16] essas por seu turno, cumpridas primordial e quase exclusivamente com o emprego da variável taxa básica de juros (taxa SELIC[17]).

---

[13] Fala-se em gestão fiscal intertemporalmente responsável na medida em que o ajuste das contas públicas não é buscado, de forma isolada, a cada exercício financeiro. É preciso avaliar as contas públicas no médio prazo. Disso tratou a Lei de Responsabilidade Fiscal quando determinou, no seu art. 4º, que os resultados das contas públicas devem ser analisados não apenas por meio da fixação de metas para o exercício financeiro de referência, mas também mediante projeções de metas fiscais para os dois anos seguintes e avaliação do cumprimento das metas do ano anterior.

[14] A dívida líquida do setor público cresceu de 32,31% (trinta e dois inteiros e trinta e um centésimos percentuais) do Produto Interno Bruto (PIB), em janeiro de 1994, para 50,91% (cinqüenta inteiros e noventa e um centésimos por cento) do PIB, em novembro de 2005, segundo dados do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (BC-DEPEC – séries temporais). Ou seja, a relação entre o estoque da dívida pública e o PIB cresceu, no período considerado, em percentagem bruta 18,6% (dezoito inteiros e seis décimos percentuais) do PIB, o que, em dados relativos, significa um crescimento de cerca de 58% (cinqüenta e oito por cento) sobre os 32,31% iniciais de estoque de dívida.

[15] Para Carvalho (2005, p. 382), "a maior parte da DLSP [Dívida Líquida do Setor Público, conceito esse que engloba o endividamento dos três entes da federação, incluídas a Previdência e as empresas estatais] é formada, nos últimos anos, pela dívida interna líquida, da ordem de 46,3% do PIB no final de 2003, mais que o dobro do recorde da década de 1980, 22,4% do PIB em 1984."

[16] A adoção de tal regime se deu por meio do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999, o qual "*estabelece a sistemática de 'metas para a inflação' como diretriz para fixação do regime de política monetária e dá outras providências*."

[17] A Taxa SELIC – regulada pela Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 1.693, de 26 de março de 1990, e pelo Decreto n.º 2.701, de 30 de julho de 1998 – é fixada por meio do cálculo da média ponderada e

Ora, o ponto nuclear de tal política econômica – e que vem causando falta de transparência no ciclo orçamentário da União em todo o período considerado – é justamente a falta de controle sobre o custeio do serviço da dívida líquida do setor público, majorado, em larga escala, pela indexação dessa ao câmbio e à taxa de juros.

Porque os gastos com o serviço da dívida não têm limite pré-determinado no ciclo orçamentário, podendo ser expandidos discricionariamente, o debate jurídico-político sobre o seu custo e sobre a origem dos recursos que lhe fazem frente não se abre à sociedade.[18]

Não resta claro que manter a política de estabilização monetária nos moldes atuais significa, entre outras coisas, desvincular 20% (vinte por cento)[19] de todas as receitas e fundos, incluídas aí as receitas destinadas constitucionalmente à seguridade social e os limites constitucionais mínimos de gasto com saúde e educação.

Tampouco há clareza no fato de que o custeio da dívida acarreta, em maior ou menor grau, o contingenciamento de empenhos para formação de superávits primários, ainda que sejam mantidos como inquestionáveis os déficits nominais.[20] E, por último, mas não menos importante, não se discute

ajustada das operações de financiamento, por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e promovidas no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (de onde decorre a sigla SELIC) na forma de operações compromissadas. Para o Banco Central do Brasil (2002, p. 129), "as operações compromissadas são operações de venda de títulos com compromisso de recompra assumido pelo vendedor, conjugadamente com compromisso de revenda pelo comprador, para liquidação no dia útil seguinte. [...] O Comitê de Política Monetária (COPOM) fixa, como instrumento de política monetária, meta para a taxa Selic e seu eventual viés, visando o [sic] cumprimento da meta para a inflação."

[18] Carvalho (2005, p. 388-389) fala em "imobilização do debate econômico e da política econômica", bem como diz haver ali uma "verdadeira interdição". Nunes (2005, p. 06-07, grifo nosso) também denuncia essa interdição e preocupa-se com o fato de que ela restrinja o debate necessário entre Executivo e Legislativo, senão veja-se: "**ficam à margem do Congresso Nacional as discussões sobre o nível de endividamento, a taxa de juros, real e nominal, e os principais parâmetros macroeconômicos (inflação, massa salarial, câmbio e crescimento econômico), que são tomados como dados no orçamento. E, principalmente, ficam à margem do Congresso Nacional as discussões de fundo sobre política econômica**. Na área econômica do governo, argumenta-se que ao Congresso Nacional não compete discutir política monetária, nível de juros e controle da inflação, **questões consideradas excessivamente 'técnicas'. Essa postura do governo interdita o debate.**" Nessa mesma linha de questionamento, Afonso (2004, p. 04) suscita que "há muito que se fazer ainda no campo legislativo, e a agenda está completamente travada".

[19] Pochmann (2005, p. 09) alerta que tem havido "a exigência de duplicação da Desvinculação da Receita da União (DRU) de 20 para 40% como parte integrante da proposta de déficit nominal zero, acrescido de um expressivo corte nas despesas de pessoal e demais contas públicas operacionais. Por conta disso, a adoção da medida de elevação brutal do superávit primário para 7,85% do PIB, tem implicações sociais inquestionáveis."
No âmbito da discussão sobre "déficit nominal zero", será tratada no tópico 4.1.4 do Capítulo 4 deste estudo a proposta de fazer com que a desvinculação de receitas da União – inscrita atualmente no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CR/1988 – chegue à casa de 40% (quarenta por cento).

[20] Tem sido proposta pelo deputado federal Delfim Neto uma rota progressiva de redução do déficit nominal, de modo a se alcançar um resultado equilibrado a partir de 2008 (seria o "déficit nominal zero"). Embora esse seja um debate incipiente, vale considerar que a tendência do que vem sendo proposto não é a fixação de patamares de oscilação do serviço da dívida, mas a subordinação da política fiscal à política monetária. Ou seja, para que não haja déficit nominal, deve se promover o superávit primário que for necessário para cobrir todo o serviço da dívida do exercício financeiro. As despesas não-financeiras do orçamento se ajustarão ao serviço da dívida, por mais imprevisível que seja a política monetária.

que a falta de controle sobre o custeio da dívida, indiretamente, provoca a expansão da carga tributária sem correspondente expansão das despesas de capital (na forma de investimentos e inversões financeiras) e sem expansão proporcional do gasto social federal.[21] Ou seja, o custeio da política de estabilização monetária, direta ou indiretamente, constrange todas as demais políticas públicas federais, sem que, com isso, tenha sido alterada a rota de crescimento do endividamento público.

As medidas que deram guarida constitucional à política de estabilização de preços no período pós-1994 podem ser analisadas juridicamente segundo duas linhas de raciocínio alternativas. Ou tiveram natureza transitória e excepcional, vez que o desarranjo provocado por dita política no ciclo orçamentário e na capacidade de implementação de políticas públicas só podia ser admitido como alternativa emergencial de curta duração. Exemplo disso foi o Fundo de Emergência Social, que mais tarde tornar-se-ia Fundo de Estabilização Fiscal e depois apenas Desvinculação de Receitas da União (DRU). Ou, numa segunda via de sentido, as medidas eram simplesmente percebidas como inseridas no seio de uma "discricionariedade técnica".[22]

As "intransparências"[23] – aqui argüidas à luz do ordenamento democrático constitucional brasileiro – dizem respeito à impossibilidade de tematização do problema de quanto custa a política de estabilização econômica no seio do processo deliberativo-discursivo de definição das prioridades orçamentárias da União. Isso ocorre, apesar e mesmo contra as evidências empíricas de que a política de estabilização monetária seja responsável por grandes implicações fiscais em todo o ciclo orçamentário.

Segundo Carvalho (2005, p. 379-380), "a gravidade do problema conduz ao silêncio cauteloso sobre alternativas para enfrentá-lo". O risco de uma dívida líquida do setor público em rota de expansão desgovernada não é discutido no Brasil – ao longo desses últimos anos – porque há, entre outras perspectivas, um "entrelaçamento entre a dívida e os haveres financeiros da economia".

A "interdição do debate" denunciada por Carvalho (2005, p. 380) emerge, em larga escala, de complexo impasse havido na relação entre o interesse estatal de administração da dívida e os haveres financeiros dos credores ali aplicados,[24]

[21] Nesse sentido, vale conferir Castro (2003).

[22] Esse conceito será abordado de forma mais detida no Tópico 2.4 do próximo Capítulo.

[23] Muito embora o termo "intransparência" não pertença propriamente ao léxico da língua portuguesa, ele será adotado nesta pesquisa como um neologismo bem sucedido tomado a Habermas (1987) para explicitar o caráter oculto e incongruente de determinadas medidas de ordenação da dívida pública brasileira. Para uma análise mais aprofundada ver Habermas (1987).

[24] O impasse denunciado por Carvalho (2005) também é deveras criticado por Pochmann (2005, p. 02), na medida em que "constata-se a existência de um elemento de ordem estrutural na dinâmica capitalista atual que transforma o setor público no comandante da produção de uma nova riqueza financeirizada,

já que "nas aplicações financeiras com lastro em títulos públicos se misturam as disponibilidades financeiras, o capital de giro, a poupança e as reservas das pessoas físicas e das empresas".

Para Carvalho (2005, p. 380), a ameaça latente de uma crise de desconfiança sobre a sustentabilidade da dívida líquida do setor público poderia levar a uma busca irracional dos credores por ativos reais e moeda estrangeira de modo a "desestabilizar o sistema bancário e a economia". Por outro lado, essa mesma ameaça "tem sido decisiva para manter a questão fora do debate público, o que facilita a continuidade das políticas em curso, cujos principais beneficiários são os bancos, as grandes empresas, os rentistas e os credores do estado em geral."

Além do fato de os títulos públicos lastrearem "a maior parte da riqueza financeira líquida da sociedade", Carvalho arrola – como segundo motivo "poderoso" a justificar a "interdição do debate" sobre a dívida pública no Brasil – a perspectiva de que "a acumulação de títulos públicos e de seus expressivos rendimentos representa um dos principais **mecanismos de extração de renda**[25] **da maior parte da sociedade em benefício dos credores do Estado**, dos rentistas e das empresas e indivíduos que dispõem de liquidez." (CARVALHO, 2005, p. 388-389, grifo nosso)

Vale pontuar que, no próprio corpo da proposição que deu origem à Lei de Responsabilidade Fiscal, foi afastada hipótese consistente de controle prévio

---

apropriada privadamente na forma de direitos de propriedade dos títulos que carregam o endividamento público.

Assim, para dar conta da contínua geração de direitos de propriedade dos resultados da acumulação financeira, tornou-se imperativo a implementação de um padrão de ajustamento regular nas finanças públicas e que termina atuando perversamente para imensa maioria da população excluída do ciclo da financeirização. Isso porque o padrão de ajuste tem representado o aumento da carga tributária que afeta proporcionalmente os mais pobres, bem como a contenção do gasto social, a desvinculação das receitas fiscais sociais e a focalização das despesas em ações de natureza mais assistencial do que a universalização de bens e serviços públicos."

[25] Tal extração de renda é obtida na forma de tributos expandidos ou por meio do contingenciamento/restrição aos gastos não financeiros no orçamento público, o que, em ambas as hipóteses, acirra a desigualdade social existente e o caráter regressivo do sistema tributário no Brasil, o que ocorre por meio do avanço de tributos indiretos (incidentes sobre o consumo e a produção).

Segundo Pochmann (2005, p. 04-05, grifo nosso), "não obstante o enorme custo social imposto pela perda de dinâmica da acumulação produtiva de capital no Brasil, assiste-se também ao **constante avanço do bloqueio à universalização das políticas de saúde, educação, habitação e saneamento, cultura, transporte, trabalho, entre outras**. Em contrapartida, o compromisso do Estado para com as classes endinheiradas permaneceu praticamente inalterado, conforme a evolução da distribuição funcional da renda permite observar. [...]

No mesmo período de tempo [no estudo citado, o autor analisou o período compreendido entre 1993 a 2004], o peso relativo do pagamento com juros subiu quatro pontos percentuais em relação à renda nacional. **Em valores reais acumulados no ano 2004, a renda do trabalho perdeu o equivalente a 1,152 trilhões de reais, ao passo que os proprietários dos títulos da dívida pública apropriaram-se do total de 841 bilhões de reais na forma de recebimento de juros**. [...].

Diante disso, não parece haver dúvidas que o principal sustentáculo do ciclo da financeirização de riqueza tem sido o Estado, quando adota um padrão de ajustamento nas finanças públicas contrário à maior parte da população."

(no mínimo, parlamentar) sobre o custeio orçamentário-financeiro do serviço da dívida pública, quando foi vetado o inciso II do art. 4º da LC n.º 101/2000. O dispositivo sob comento – ao tratar da Lei de Diretrizes Orçamentárias – dispunha que esta:

> II- estabelecerá, para efeito de adoção de medidas especificadas nas alíneas deste inciso, limite referencial para o montante das despesas com juros, com base em percentual da receita corrente líquida, apurado na forma do § 3º do art. 2º, que, se excedido, implicará:
>
> a) vedação da realização de novas operações de crédito, ressalvadas as realizadas com a finalidade de pagamento de juros, as operações por antecipação de receita e as relativas ao refinanciamento da dívida;
>
> b) obtenção de resultado primário necessário à redução do montante da dívida e das despesas com juros, dentre outras medidas.

Ora, sob o argumento apresentado nas razões de veto de que "a introdução de limite para despesas com juros, ainda que com caráter referencial, suscitaria a interpretação de que o objetivo seria o não-pagamento de juros", o Chefe do Poder Executivo rechaçou qualquer possibilidade de controle fiscal sobre a geração de despesas com o serviço da dívida da União.

Assim, afastado de pronto o controle em nome da "credibilidade"[26] da dívida, poder-se-ia questionar que a relação entre credores e Estado esteja se tornando uma esfera intangível ao crivo jurídico-deliberativo de formação do orçamento público. Ou seja, em restando tão "alheia" do debate público, tal relação amplia o risco de apropriação privada da coisa pública. Segundo Carvalho (2005, p. 389, grifo nosso), "o entrelaçamento de interesses daí resultante é um forte obstáculo a qualquer discussão sobre os significados e implicações dessa **contínua transferência de renda**, paga pelo Tesouro Nacional aos credores da dívida pública."

Sob o argumento de se tratar de tema de natureza exclusivamente técnica e, por isso, intangível ao debate promovido na esfera pública, o custeio do serviço da dívida – cuja expansão ocorreu como variável de ajuste da política

[26] Dito de outro modo, tal credibilidade passa pela confiança em que a dívida pública seja sustentável, porque o Estado brasileiro teria condições financeiras de garantir sua solvência.
Preocupada com a dissociação entre os esforços de formação de superávit primário e os gastos elevados com o serviço da dívida (decorrentes da instabilidade dos seus indexadores – juros e câmbio –, os quais são utilizados no seio da política monetária), Hermann (2002, p. 63) critica o fato de que tal credibilidade venha sendo buscada exclusivamente por meio da política fiscal, mediante o manejo de resultados primários positivos progressivamente maiores. Para a autora em questão, "a abordagem hoje dominante, que privilegia a relação k (estoque da dívida pública/ PIB) como indicador de solvência do setor público e a relação s (superávit primário do governo/ PIB) como variável de ajuste peca por negligenciar o papel da política monetária e do perfil que ela impõe à dívida pública (em termos de prazos e custos) na definição das condições financeiras do governo a cada período."

de estabilização de preços[27] – veio sendo promovido juridicamente sem se encontrar adstrito a limites legais outros que lhe assegurassem algum controle dentro das próprias balizas da lei orçamentária anual.

Para garantir a solvência da dívida e a título de manter estável a relação entre essa e o produto interno bruto (PIB), certo é que o Estado brasileiro não só expandiu a carga tributária em mais de dez pontos percentuais do PIB em duas décadas,[28] como também privatizou significativo número de empresas estatais,[29] promoveu superávits primários anuais de 3,19 (três inteiros e dezenove centésimos) a 5,58% (cinco inteiros e cinqüenta e oito centésimos por cento) do PIB de 1999 a 2005,[30] e desvinculou receitas com destinação determinada constitucionalmente. Apesar disso, a soma de todas essas grandezas arrecadatórias[31] não foi suficiente para cobrir o volume de gastos com o serviço da dívida e para promover alguma amortização dela.[32]

---

[27] Segundo Carvalho (2005, p. 385), "desde o início do Plano Real, o aumento da dívida pública representou uma válvula de escape para as tensões do programa antiinflacionário. [...] A dívida pública representou a principal variável de ajuste, sem metas definidas e submetida reiteradamente a novas exigências, a depender de problemas e tensões imprevistas."

[28] Segundo Pochmann (2005, p. 07), "o aumento da tributação constitui uma das principais medidas do padrão de ajuste das finanças públicas. Durante a década de 1980, por exemplo, o total da arrecadação tributária representava cerca de 22% de todo o Produto Interno Bruto.
Nos anos 90, a carga tributária em relação ao PIB passou a ser de 27,8%. Em 2004, a carga tributária bruta correspondeu a 34,1% do PIB. Em duas décadas, a carga tributária bruta subiu cerca de 12 pontos percentuais."

[29] A esse respeito, Pochmann (2005, p. 06) lembra que "a venda do patrimônio estatal e o corte do gasto público também se destacam como uma das principais medidas do padrão de ajuste fiscal adotado ao longo da década de 1990. A privatização tornou possível a obtenção de receitas extra-orçamentárias, bem como viabilizou a redução das transferências orçamentárias para algumas empresas públicas.
Durante a década de 1990, por exemplo, 166 empresas foram privatizadas, gerando uma receita extra estimada em 100 bilhões de dólares (cerca de 17% do PIB de 2004). A maior parte desse recurso arrecadado terminou sendo utilizada como pagamento da dívida pública aos titulares dos direitos da riqueza financeirizada.
Ademais da privatização do setor público, assistiu-se simultaneamente ao movimento de redução relativa do gasto orçamentário. Uma das principais contenções orçamentárias diz respeito à diminuição nos investimentos públicos, que se tornou residual na administração pública."

[30] A fonte dos dados é do Departamento Econômico do Banco Central (DEPEC-BACEN), sendo que os mesmos foram divulgados no "Caderno Dinheiro" das edições de 18 de dezembro de 2005 e de 24 de dezembro de 2005, pelo jornal *Folha de S.Paulo* (respectivamente páginas B1 e B3).
Nesse sentido, interessante notar que, para 2005, a meta prevista na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) – expressa em termos correntes – era de R$ 82,8 bilhões (oitenta e dois bilhões e oitocentos milhões de reais), mas, segundo noticiou o jornal *Folha de S.Paulo*, em 24/12/2005, o superávit primário deveria atingir R$ 98,6 bilhões (noventa e oito bilhões e seiscentos milhões de reais). Esses quase dezesseis bilhões de reais adicionais correspondem à diferença entre a meta oficial de 4,25% (conforme previsão legal da LDO de 2005) e a meta que, em 24/12/2005, estimava-se em 5,58% do PIB para o exercício financeiro de 2005.

[31] Alencar (2005, p. XXIII) suscita um cálculo interessante em torno de apenas três variáveis: aumento da dívida, elevação da carga tributária e privatizações e chega ao montante de setecentos e cinqüenta bilhões de reais consumidos com a política de estabilização monetária.

[32] Exemplo claro disso é o dado divulgado, em 24/12/2005, pelo "Caderno Dinheiro" do jornal *Folha de S.Paulo* (página B3) de que a dívida pública consolidada deveria crescer – no balanço geral da dívida líquida do setor público (DLSP) em dezembro de 2005 – cerca de R$47,9 bilhões (déficit nominal de 2,71% do PIB). Isso deveria ocorrer porque – embora o superávit primário dos três níveis da federação tenha chegado a R$98,6 bilhões (5,58% do PIB), superando em R$15,8 bilhões (1,33% do PIB) a meta fixada na LDO (que era de R$ 82,8 bilhões, ou seja, 4,25% do PIB) – os recursos poupados no resultado primário não foram suficientes para cobrir os gastos com juros que chegaram a R$146,5 bilhões, ou seja, 8,28% do PIB.

Com o crescimento causado pelos eventuais déficits primários[33] e regulares déficits nominais[34] acumulados ao longo desse período, a dívida líquida do setor público (referente aos três níveis da federação) chegou à casa de R$ 984.949.110.000,00 (novecentos e oitenta e quatro bilhões novecentos e quarenta e nove milhões e cento e dez mil reais) ou, dito de forma relativa, chegou a 50,91% (cinqüenta inteiros e noventa e um centésimos por cento) do PIB em novembro de 2005.[35]

Desde 1994[36] – e até 2011 assim será, de acordo com a EC 56/2007 –, 20% (vinte por cento) de todos os impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico da União tem sido empregado de modo desvinculado

---

O jornal *Folha de S.Paulo*, na mesma oportunidade ("Caderno Dinheiro", página B3, 24/12/2005), noticiou que "esse valor [de déficit nominal em torno de R$ 47,9 bilhões, ou seja, 2,71% do PIB] ainda deverá subir neste ano [em 2005]. A expectativa do BC [Banco Central do Brasil] é encerrar 2005 com um déficit nominal de 3,6% do PIB."

Obviamente, o avanço do déficit nominal não advém do resultado primário (o qual excedeu a própria previsão legal), mas contundentemente decorre dos gastos com o serviço da dívida pública. Em 2005, houve expansão de gastos com os juros da dívida porque a taxa SELIC (que corrige mais de 50% da dívida mobiliária federal) foi majorada saindo, em setembro de 2004, do patamar de 16 % ao ano e chegando, em maio de 2005, ao teto de 19,75% anuais.

[33] Até 1998, não havia preocupação consistente com a formação de superávits primários, o que adveio com o Programa de Estabilização Fiscal e com o regime de metas de inflação, o qual foi adotado como medida coadjuvante da política monetária (Hermann, 2004). A partir de 1999, são firmadas metas de superávit primário com o Fundo Monetário Internacional – FMI, tais metas posteriormente foram substituídas pelas metas fiscais inscritas na LDO tal como dispõe o art. 4º da LRF e cumpridas com margem relativa de folga. Segundo noticia o jornal *Folha de S.Paulo*, no seu "Caderno Dinheiro" (página B1), em 18/12/2005, o superávit primário cumprido em 1999 foi de 3,19% do PIB; em 2000 foi de 3,46% do PIB; em 2001 atingiu-se a meta de 3,64%; em 2002 tal meta chegou a 3,89% do PIB; em 2003 foi de 4,25% do PIB; em 2004 a meta alcançada foi de 4,59% do PIB e em 2005 esperava-se que a meta chegasse a 5,58% do PIB, conforme se desse o balanço geral do exercício nos três níveis da federação. Por essa razão é que o título da matéria veiculada pelo jornal em questão foi "Governo faz o maior aperto fiscal desde 99".

[34] Por força do custeio do serviço da dívida.

[35] Ambos os dados sobre a dívida líquida do setor público (número absoluto e percentual do PIB) têm como referência o mês de novembro de 2005 e foram consultados nas séries temporais do DEPEC-BACEN, cuja denominação respectivamente é "Dívida Líquida do Setor Público - Saldos em R$ milhões - Total - Setor público consolidado" e "Dívida Líquida do Setor Público (% PIB) - Total - Setor público consolidado" (<http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/>. Acesso em: 26 dez. 2005).

[36] A instituição, no texto da Constituição de 1988, da desvinculação orçamentária de 20% sobre todos os impostos e contribuições da União foi feita por meio da Emenda Constitucional de Revisão n.º 1, de 01/03/1994. A desvinculação era uma das hipóteses de origem de receita do Fundo de Emergência Social, que, por seu turno, fora previsto nos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para vigorar inicialmente entre os exercícios financeiros de 1994 e 1995.

Com a Emenda Constitucional n.º 10, de 04/03/1996, o Fundo de Emergência Social passou a ser chamado de Fundo de Estabilização Fiscal a partir do exercício financeiro de 1996 e teve, por previsão de vigência, o prazo compreendido entre 01/01/1996 a 30/06/1997. Ainda mantendo-se como Fundo de Estabilização Fiscal, em 22/11/97, o prazo de duração foi novamente prolongado, por força de determinação da Emenda Constitucional n.º 17, estendendo a desvinculação para 01/07/1997 a 31/12/1999.

Já com a Emenda Constitucional n.º 27, de 21/03/2000, foi adotada uma fórmula nova, ao não mais se fazer qualquer remissão expressa ao Fundo de Estabilização Fiscal. Tratou-se, portanto, de fazer inserir um novo artigo no ADCT (o art. 76) para direta e especificamente dispor sobre a desvinculação, com duração prevista de 2000 a 2003. Em outras palavras, não mais se alterou a redação dos arts. 71 e 72 do ADCT para estabelecer nova duração do instituto do Fundo de Estabilização. A EC 42, de 19/12/2003, prorrogou a DRU por 48 meses até 31/12/2007.

A mais recente alteração foi já também empreendida no texto do art. 76 do ADCT para estender a duração da desvinculação (2008 a 2011), conforme a EC 56, de 20/12/2007.

em relação a qualquer órgão, fundo ou despesa, para tornar possível a formação de resultados primários positivos.

A formação de superávits, por seu turno, no balanço geral das contas orçamentárias – excluídas, na mensuração desse dado primário, apenas as despesas com os encargos e os juros incidentes sobre a dívida pública – visa a fazer frente ao controle do crescimento desordenado dos déficits nominais, os quais ocorrem exatamente porque o montante poupado pelo governo não consegue abater o serviço da dívida, fazendo, portanto, com que ela cresça.

Nesse sentido, o crescimento da dívida pública foi impactado profundamente pela linha de estabilização da moeda brasileira, segundo a qual haveria de se evitar as pressões inflacionárias contra esta, por meio da fixação de altas taxas de juros que tanto tornassem cara a expansão da demanda, já que o custo do crédito com juros altos a inibiria; quanto atraíssem fluxos de capitais em moeda forte (dólar ou euro) – para serem mantidas as reservas cambiais que, até 1999, asseguraram a paridade cambial entre real e dólar e que hoje apenas mantêm a liquidez do balanço de pagamentos do país em moeda estrangeira.

Como já se disse antes, problema reside no fato de que não há certeza quanto à garantia democrática de estar se expondo – ao fluxo comunicativo de formação das vontades e das opiniões no seio da esfera pública – o balanço material de prioridades que permitiria ao sistema político manter legitimamente a desvinculação de receitas para formação de superávit primário, ao longo de tantos anos, contra todas as garantias substantivas de gastos mínimos com determinadas políticas públicas, tal como se encontram previstas no texto permanente da CR/1988.

Tampouco é certo haver algum controle discursivo da repercussão orçamentária dos gastos públicos com os juros (fixados em caráter meramente monetarista), o que, contudo e talvez exatamente por isso, tem permitido ocultar a natureza de geração de despesa que envolve a decisão administrativa de majoração da taxa de juros. A desnecessidade de apresentar fonte de custeio e de estimar o impacto orçamentário-financeiro das despesas destinadas ao serviço da dívida, conforme dispõem o art. 16 e o art. 17, § 6º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, se, de um lado, facilitam sobremaneira a gestão da dívida pública, por outro, constrangem mais uma vez o controle sobre os custos com juros e encargos que a remuneram.

Aqui o desafio, então, passa a ser o de compreender institucionalmente como o sistema jurídico-político central de deliberação sobre os gastos públicos tem processado as pressões da opinião pública por maior controle e transparência na gestão fiscal responsável. Em outras palavras, busca-se observar, por meio do marco do Estado Democrático de Direito, como a União está sendo forçada a atualizar suas "sensibilidades em relação às [suas] responsabilidades

políticas reguladas juridicamente" (HABERMAS, 1997, p. 89). Isso deve ser feito para incorporar a problematização das rotinas administrativas que têm, por um lado, levado à prorrogação indefinida – porquanto reiterada – da gestão discricionária das receitas desvinculadas e, por outro, permitido a fixação dos juros em patamares elevados sem qualquer cálculo ou juízo de adequação específico sobre sua repercussão orçamentário-financeira.

Para tratar de tal feixe de problemas, optou-se metodologicamente por não se fazer quaisquer outras incursões[37] no mérito do programa de estabilização econômica empreendido no Brasil a partir da década de 1990, para além da análise da repercussão do câmbio e dos juros (empregados como variáveis de ajuste da política monetária) no crescimento da dívida líquida do setor público. Justifica-se a presente restrição em face da perspectiva de que este livro propõe-se a elucidar crivos jurídico-discursivos para itens da agenda político-econômica[38] do Governo Federal na estrita medida em que tais itens se inserem no ciclo orçamentário de definição da despesa pública.

De todo modo, vale pontuar que este estudo está, por concepção, marcado pelo debate interdisciplinar entre a Economia e o Direito, razão pela qual impôs-se a co-orientação naquela área em meio a uma análise jurídica que pretendeu observar as possibilidades de controle jurídico-constitucional de ações estatais priomordialmente justificadas em bases econômicas.

O aludido debate foi estruturado majoritariamente pela técnica de pesquisa bibliográfica e de absorção de dados primários produzidos pelo Banco Central do Brasil para avaliar o avanço da dívida líquida do setor público, de seus indexadores e do custo dos seus encargos.

Em sua matriz analítica, o presente texto funda-se na metodologia de estudo de caso, na medida em que tem por objeto o caso do endividamento público brasileiro recente e de sua administração promovida pela União, durante o período de 1994 a 2005, no seio do programa de estabilização econômica adotado sob o título de Plano Real. O que se pretende compreender são os fundamentos e limites normativos do processo por meio do qual, ao longo desses anos, a União adotou mecanismos – como a desvinculação de receitas, a fixação de metas fiscais, a recentralização e expansão da carga tributária, o contingenciamento de despesas e o próprio endividamento – para absorver os custos da política monetária e buscar garantir a sustentabilidade da dívida pública.

[37] Não importa para o presente estudo saber se o programa é mais ou menos adequado para reduzir o nível de inflação, se impacta negativamente o nível de crescimento e de emprego na economia, se permite ou não estabilizar a balança comercial e de pagamentos, entre outras questões que ultrapassariam a idéia de estabilidade monetária para absorver a noção mais ampla de estabilidade macroeconômica.

[38] A agenda em questão envolve o tripé controle inflacionário – ajuste da dívida pública – volatilidade cambial, no qual se assenta as linhas gerais da política econômica brasileira implementada desde 1999.

Mais do que medidas fiscais, essas variáveis significaram rearranjos normativos no ciclo orçamentário do governo federal, razão pela qual é preciso perquirir sobre sua conformidade constitucional e sua adequação ao ordenamento jurídico vigente.

Neste estudo, embora haja diálogo com a Economia e com as Finanças Públicas, é junto aos elementos do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, do Direito Financeiro e do Direito Tributário que se espera promover a juridicização do debate (ainda muito calcado em bases econômicas) sobre a dívida líquida do setor público no Brasil.

O foco dado ao presente estudo de caso reside, pois, no esforço de estender as possibilidades jurídicas de controle para que, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, não se restrinja apenas ao crivo da eficácia econômico-financeira a avaliação do quão consonantes com o interesse público seriam aquelas supracitadas variáveis de ajuste fiscal empregadas pelo Governo federal.

Não basta dizer que a relação entre a dívida líquida e o PIB (indicador de sustentabilidade da dívida pública) tem se estabilizado, se severas forem as implicações (in)constitucionais das medidas de (a) desvinculação de receitas sobre os direitos fundamentais que detêm sistemática de financiamento diferenciada, (b) de recentralização e expansão desarrazoada da carga tributária, (c) de contingenciamento preventivo de despesas, (d) de fixação de metas fiscais de resultado primário, sem que haja fixação vinculante de metas de resultado nominal e, enfim, (e) do próprio endividamento alheio a qualquer limite normativo.

Esse processo de ajuste fiscal poderá ser tido como legítimo para analistas que se restrinjam a argumentos puramente econômicos, mas a quem observe o ordenamento jurídico brasileiro poderá não ser considerado como consonante com o interesse público, assim como poderá ser questionado no mérito de sua conformidade constitucional.

Para superar a "interdição do debate" a que se refere Carvalho (2005), impõe-se seja feito o questionamento sobre a conformidade constitucional da administração recente do endividamento público no Brasil, para que, no mínimo, seja possível elucidar as dificuldades de financiamento das atividades estatais. A partir daí, espera-se poder debater os limites da discricionariedade do Poder Executivo federal no curso da execução orçamentária, o que se intenta fazer tanto para demandar processos democráticos de redefinição das prioridades alocativas estatais, quanto para não admitir afronta às salvaguardas constitucionais ou qualquer retrocesso social.

O marco de aprofundamento teórico adotado reside no modelo procedimental-discursivo de circulação de poder proposto pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, segundo o qual, uma vez que é necessário haver um subsistema

administrativo que age em nome do conjunto da sociedade e que é "especializado em decisões coletivamente obrigatórias" (HABERMAS, 1995, p. 119), um tal subsistema deve, para ser legítimo, guardar, tanto quanto possível, correspondência com as demandas que vêm das estruturas comunicativas da esfera pública.

A correspondência em questão do subsistema administrativo com o poder comunicativo oriundo do fluxo intersubjetivo de discussão contínua no seio da esfera pública tenta evitar, pois, que haja a emancipação ilegítima daquela instância central do poder. Se não houver vinculação[39] entre as decisões e atos emanados pela Administração com o poder comunicativo da esfera pública, ocorrerão hipóteses de desvio de finalidade, isso porque o poder comunicativo institucionalizado nas normas e nos procedimentos discursivos de aplicação delas é garantia do quão público e do quão feito em público é um ato administrativo.

Assim, ocorre emancipação ilegítima do subsistema administrativo quando o gestor público permite ou promove a apropriação privada do interesse público, na medida em que passa a cuidar estritamente de interesses do próprio aparelho do Estado (interesse secundário[40]) ou de terceiros, sem que tenha havido qualquer processo de deliberação democrática que tenha identificado normativamente tais interesses como devidos. Carvalho Netto bem lembra que "o público não se reduz ao estatal, pelo contrário, sabemos que sempre que essa redução ocorre, estaremos diante de uma **privatização do público**, passível de ser objeto do controle de constitucionalidade." (CARVALHO NETTO, 2001, p. 01, grifo nosso)

Para Habermas, (1997, p. 90), a sociedade civil – tomada como periferia que tem de ultrapassar as comportas institucionais estabelecidas nos vários processos deliberativos do sistema político-jurídico – consegue fazer ressoar a sua percepção a respeito de problemas de integração social latentes, por meio do poder comunicativo gerado democraticamente. E ao conseguir rastrear os

[39] Interessante lembrar a célebre diferença entre arbitrariedade e discricionariedade, na medida em que o gestor público não pode se descuidar de agir conforme o que a lei lhe autoriza. Fora do que houver disposto a lei, não há agir administrativo, há arbitrariedade inadmitida no ordenamento brasileiro. Por outro lado, as autorizações legais para que haja atuação estatal trazem níveis distintos de vinculação, sendo certo que sempre há vinculação. Assim, nos casos em que a lei tenha previsto em caráter minudente todas as esferas de sua aplicação, trata-se de exercício plenamente vinculado das competências ali atribuídas ao gestor público. Já nos casos em que seja necessário admitir margem de liberdade decisória, para o melhor atingimento dos fins públicos que autorizaram a atribuição de competências (poderes) ao gestor, ter-se-á o espaço da discricionariedade para que haja análise de conveniência e oportunidade na emanação dos atos desejados.

[40] Citando Renato Alessi, Bandeira de Mello esclarece que a distinção entre interesses primários e secundários está marcada pela perspectiva de que os primeiros são os interesses da coletividade (correspondem, pois, aos fins a que deve se voltar a Administração Pública) e os últimos são os interesses "que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade" (MELLO, 1999, p.32).

problemas cuja elaboração é essencialmente política, "identificá-los, tematizá-los e introduzi-los no sistema político, passando pelas comportas do complexo parlamentar (ou dos tribunais)", a sociedade civil consegue quebrar o modo rotineiro de que os sistemas político e administrativo se valem, por ocasião do tratamento desses problemas, para manter aquela correspondência em patamares legítimos.

Nesse sentido, o objeto do presente estudo reside em análise mais detida da insuficiência – por assim dizer – dos ciclos e procedimentos regulares de controle em nome da capacidade financeira do Estado de arcar com os encargos e juros incidentes sobre o conjunto da dívida líquida do setor público.

Tal insuficiência dos controles constitucionais e infraconstitucionais sobre a atividade financeira e orçamentária estatal deu-se, a partir de 1994, em razão do movimento promovido pela União, junto ao Congresso Nacional, de obtenção de maior margem de liberdade para realocação de recursos públicos e redefinição de gastos.

A aludida liberdade[41] foi conquistada – à luz de um cenário excepcional e temporário –, prometendo ser medida extrema, mas necessária para garantir a "governabilidade" do aparelho federal de gestão de finanças públicas. E assim a desvinculação foi conferida até mesmo em contraposição direta a dispositivos constitucionais explícitos de obrigatoriedade material de gastos mínimos com saúde e educação (respectivamente art. 198, § 2º, e art. 212).

A desvinculação, por outro lado, também buscou receitas destinadas exclusivamente à seguridade social (art. 195 cominado com art. 165, § 5º, III, ambos da CR/1988), o que, a rigor, mudaria a natureza tributária de tais receitas, já que contribuições sociais são criadas para a seguridade e, fora dessa destinação,[42] sua cobrança seria flagrantemente inconstitucional.

---

[41] Tal tema será objeto do Tópico 4.1 do Capítulo 4 deste estudo.

[42] Ampla é a controvérsia jurídica sobre o tratamento do problema do desvio dos montantes arrecadados a título de contribuição social para outras finalidades diversas da que fora prevista na lei instituidora da contribuição. Se se trata de cobrança inconstitucional ou de infração – passível de correspondente responsabilização – do gestor que dá causa ao desvio orçamentário das fontes vinculadas de receita é este um debate que será mais detidamente abordado no Tópico 4.3 do Capítulo 4 deste texto.
De toda forma, vale pontuar inicialmente o estágio do debate. Bem é de se ver – juntamente com Machado Segundo e Machado (2003, p. 306, grifo do autor) – que "é importante distinguir o desvio determinado ou autorizado *normativamente*, o qual desnatura a contribuição, tornando-a inconstitucional, do desvio *de fato,* ou seja, do desvio que se deve ao frontal descumprimento das normas que regulamentam a aplicação dos recursos oriundos da arrecadação respectiva.
A primeira forma de desvio desnatura de plano a contribuição, que se transforma em imposto. Caso a norma 'autorizadora' do desvio possibilite uma quantificação do mesmo, a inconstitucionalidade contamina apenas o montante cujo desvio fora juridicamente autorizado. Caso a norma não viabilize essa identificação, as contribuições eivam-se de inconstitucionalidade em seu todo.
A segunda forma de desvio, por sua vez, deve ensejar a responsabilização pessoal daqueles que desviaram a contribuição, e a obrigação de a União corrigi-lo ou compensá-lo, redirecionando os recursos desviados ou destinando outros, no mesmo montante, para a correspondente finalidade. Não nos parece que, nessa segunda modalidade de desvio, a relação de tributação seja contaminada".

À liberdade oriunda da desvinculação deve se somar o fato de que, mesmo com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/2000), não se fez da previsão do art. 5º, § 1º, da LRF, de que deve haver uma dotação para gastos com os encargos e juros da dívida, mais do que mera formalidade. Materialmente não há controle sobre a geração de despesas com a administração da dívida, pois o acréscimo dos gastos com os juros, por força da majoração das taxas, não veio sendo acompanhado das mesmas exigências instituídas na geração de despesa (criada ou acrescida), tal como dispõem os arts. 16 e 17 da aludida Lei.

Pois bem, uma vez esclarecidos preliminarmente os limites metodológicos, o objeto e o marco teórico desta pesquisa, tem-se que o aprofundamento analítico ao longo do texto dar-se-á de tal forma que, primeiramente, serão retomadas as diretrizes de controle discursivo na atividade orçamentário-financeira da Administração Pública, o que se faz sob o pálio do marco constitucional vigente para conformação do Estado Democrático de Direito. Aqui, a elucidação do fluxo comunicativo estendido no tempo de participação e controle na relação Estado-sociedade civil busca possibilitar a condensação de elementos normativos no confronto com a CR/1988 e com a LRF. Assim, posteriormente, espera-se seja possível demandar ampla submissão aos crivos jurídico-discursivos de controle ao apontar algumas "intransparências" na forma como a União federal vem administrando a dívida pública.

Outros movimentos, contudo, hão de ser feitos depois do primeiro momento de apresentação do marco de controle da Administração Pública no seio do paradigma de Estado Democrático de Direito, mas ainda antes do confronto analítico desse com o quadro histórico de administração da dívida, no nível federal, em suas duas interfaces aqui sob observação, quais sejam, a prorrogação da Desvinculação de Receitas da União (DRU) via Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a fixação da taxa de juros sem se submeter ao regime de geração de despesa da LRF.

Dessa forma, cumpre, de plano, apresentar os princípios e o regime constitucional da atividade orçamentário-financeira do Estado brasileiro no período pós-CR/1988, o que será feito no esforço de delimitar o panorama normativo geral em que são elaboradas, executadas e controladas todas as peças (incluídas as de planejamento plurienal) do ciclo orçamentário.

A seguir far-se-á o acompanhamento da variação da taxa de juros ao longo do período compreendido entre 1994 a 2005 para se delinear o como a fixação administrativa da taxa veio sendo feita e qual foi o impacto de suas alterações no orçamento anual, a qual, apesar de ser um critério de correção da dívida, tem sido tomada apenas como medida de controle monetário da inflação.

Será trazido à tona, em seqüência, o desenvolvimento – à luz das seis emendas constitucionais que lhe fizeram menção – do dispositivo inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que permite à União aplicar discricionariamente ("desvinculado de fundo, órgão ou despesa") vinte por cento de todos os seus tributos. O foco da apresentação do aludido desenvolvimento se fixará na repercussão orçamentária da DRU no cumprimento da priorização constitucional nas políticas públicas de saúde (art. 198, § 2º), educação (art. 212) e seguridade social (arts. 149, 165, § 5º, III, e 195).

Ao final, espera-se proceder ao confronto supracitado para empreender um cenário de responsabilização abrangente em um campo – a administração da dívida pública – ainda hoje pouco submetido à lógica discursivo-procedimental que permeia o marco constitucional democrático vigente no país. Falta estender o horizonte de controle porque essa relativa "insubmissão" ocorre na esteira do discurso da urgência e da neutralidade técnica na gestão macroeconômica dos gastos públicos.[43]

Ora, ambos os pressupostos – urgência e neutralidade técnica – esvaziam-se diante do cenário intertemporal de fixação das prioridades governamentais, o que somente pode ser extraído à luz do próprio texto constitucional em sua aplicação concreta diante dos diversos conflitos sociais e tensões principiológicas. Tudo o que não se pode dizer da política de estabilização monetária é que se trate de dispositivo urgente e absolutamente técnico, vez que, para implementá-la já se vem, há mais de década, argüindo seu caráter emergencial e constrangendo todas as demais prioridades alocativas da política fiscal (orçamento).

Como o balanço de prioridades estatais é um movimento dinâmico – cuja conformação democrática pressupõe debate, no mínimo, entre Legislativo e Executivo – e como, na hipótese de omissão ou ação abusiva de qualquer desses Poderes, o Judiciário poderá ser chamado a controlar tanto o desrespeito a direitos, quanto o descumprimento de deveres constitucionais, é necessário que haja a tematização do impacto orçamentário-financeiro do serviço da dívida líquida do setor público na formação e execução das peças orçamentárias (PPA-LDO-LOA[44]). Em linhas gerais, a tese que se está a defender – e que se espera confirmar ao longo deste estudo – reside na perspectiva de que cabe controle discursivamente exercido pelas competentes instâncias constitucionais para que haja:

[43] Nunes (2005, p. 07, grifo nosso) pertinentemente aponta que "Na área econômica do governo, argumenta-se que ao Congresso Nacional não compete discutir política monetária, nível de juros e controle da inflação, **questões consideradas excessivamente 'técnicas'**".

[44] Plano Plurianual – Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei Orçamentária Anual, em conformidade com o art.165 da Constituição de 1988.

a) fixação dos limites a que se refere o art. 30 da LRF e os arts. 48, XIV e 52, VI da CR/1988, a saber, os limites para as dívidas consolidada e mobiliária da União;
b) adoção vinculante da meta de resultado nominal, tal como dispõe o art. 4º, § 1º da LRF;
c) vedação de contingenciamentos preventivos, os quais são feitos fora dos pressupostos de fato (risco de frustração das receitas) e de direito inscritos no art. 9º da LRF;
d) caráter mandatório do programa de trabalho do governo aprovado anualmente na lei de orçamento após o cumprimento das metas fiscais previstas na LDO, segundo o qual alterações pelo Executivo no curso da execução orçamentária devem ser necessariamente motivadas perante o Poder Legislativo; e, por fim, mas não menos importante;
e) interpretação conforme a Constituição das ações que visam – de forma desarrazoada e desproporcional – a remanejar recursos e assim indiretamente restringir o financiamento de políticas públicas que, além de serem deveres do Estado, tanto se configuram como direitos fundamentais de natureza prestacional (individualmente exigíveis), quanto têm vinculações orçamentárias inscritas constitucionalmente (seja de patamar mínimo de gastos, seja de fonte própria de receitas).

Com a efetividade de tais linhas de controle, romper-se-ia a limitação interpretativa imposta pela desnecessidade de previsão de fonte de custeio do serviço da dívida (art. 17, § 6º, da LRF) e inserir-se-ia, de forma razoável e proporcional, tal item da despesa pública na sistemática orçamentária regular. Conseqüentemente, tais "intransparências" discursivas poderiam ser elucidadas e, assim, seria possível caminhar rumo a uma definição mais legítima da capacidade estatal de financiamento de políticas públicas, incluída aqui a própria política de estabilização econômica.

# Capítulo 2
# Direitos fundamentais e orçamento público: processo definidor de prioridades governamentais

O presente capítulo cuida de esclarecer conceitualmente como se dá o controle e o planejamento das finanças públicas, tomando, para tanto, o orçamento público como instrumento nuclear desse processo.

Constitucionalmente, no Brasil, não há despesa que não esteja autorizada na lei orçamentária anual (art. 167, I e II) e não é permitido ao Estado buscar receitas indefinidamente, sem qualquer correlação com suas necessidades de financiamento. Tanto é assim que o panorama de custeio das atividades estatais (dentro de uma justa equação[45] entre receitas e despesas) passa por uma relação, no mínimo, de elaboração conjunta e de controle recíproco entre Executivo e Legislativo.

[45] Não significa que tal equação deva ser necessariamente de equilíbrio ou de resultado positivo (superávit), com sobra de receitas em relação às despesas executadas. Econômica e juridicamente é possível a administração de resultados negativos (déficits) para fazer frente a eventos de justificada envergadura e desde que o equilíbrio nas contas públicas seja obtido intertemporalmente. Dito de forma mais direta, numa linha keynesiana de discussão do papel estatal, não só é admissível, como necessário que o Estado possa usar a política fiscal (seu orçamento) para equilibrar as oscilações da economia e, assim, promover desenvolvimento.
Hermann (2002, p. 46-48, grifo nosso) explica que "O ponto de partida da teoria macroeconômica de Keynes é o 'princípio da demanda efetiva', segundo o qual são as decisões de *gasto*, em especial os gastos privados em investimentos, que determinam o ritmo da atividade econômica. Reconhecendo a natureza inerentemente instável das expectativas de longo prazo que orientam essas decisões de investimento, Keynes concluiu, em primeiro lugar, que o nível corrente de produção e emprego em economias de mercado era, também inerentemente, sujeito a oscilações, que caracterizam períodos de super-emprego e, mais frequentemente, de desemprego involuntário. Em segundo lugar, observou que, quando as expectativas se tornavam desfavoráveis ao investimento, gerando desemprego, não havia qualquer tendência endógena à sua recuperação. Ao contrário, como o gasto determina a renda agregada, a retração dos investimentos tende a penalizar a renda das próprias empresas, realimentando o pessimismo das expectativas. Essa tendência era ainda reforçada pelo efeito multiplicador da queda dos investimentos sobre a renda agregada, através da retração induzida no consumo.
Com base nessa análise, **a teoria keynesiana atribui ao Estado um papel anticíclico, de caráter permanente, nas economias de mercado**. **O gasto e, principalmente, o déficit do governo são identificados como instrumentos anticíclicos potentes que, aliados a uma política monetária adequada, de juros baixos, são capazes de reverter situações de desemprego, comuns às economias de mercado. A administração da dívida pública é, portanto, parte integrante deste modelo**.
Mais especificamente, nos períodos de recessão da atividade econômica, cabe ao governo ampliar seus gastos em investimento, de modo a expandir a demanda agregada no curto prazo e, no médio prazo, contribuir para a melhora das expectativas de lucro das empresas, motivando, assim, a recuperação dos investimentos privados. [...]. Por fim, admite-se que a solvência do governo e, portanto, a garantia de pagamento da dívida seriam preservadas, num horizonte de médio prazo, pela própria recuperação da atividade econômica, que permite ampliar a receita tributária e, assim, sustentar os encargos da dívida assumida no período recessivo."

Todo o controle das contas públicas, bem como o tracejo dos planos de investimento estatal são conformados dentro de um processo discursivo, cujos principais objetivos são a definição democrática do que seja prioridade estatal e a apresentação transparente dos limites orçamentário-financeiros que orientam o agir do Poder Público. É dizer: o que o Estado faz e dentro de quais constrições financeiras deve ser objeto de um processo formal de deliberação, não só anualmente, mas ao longo de um período maior de planejamento.

De antemão, cumpre situar o orçamento público no constitucionalismo contemporâneo como verdadeira aquisição evolutiva que permitiu a contabilização das receitas autorizadas ao Estado (especialmente pela via tributária) em contraponto às necessidades de financiamento do mesmo. De mera técnica jurídico-contábil, os orçamentos passaram a ser concebidos, ao longo dos anos, como estrutura de intervenção no domínio econômico e social, daí porque ganharam força como instrumento de política fiscal.[46]

Não é gratuita a sempre presente preocupação com a aplicação de recursos públicos, seja por meio de gastos discricionariamente definidos ano a ano, seja por meio dos percentuais mínimos constitucionalmente definidos em algumas políticas públicas. Se não houvesse a absorção de riquezas privadas pelo Estado para dar consecução a gastos públicos (por meio do manejo do instrumental orçamentário-financeiro), decididamente o Estado não executaria atividades materiais, limitando-se a políticas de regulação normativa: tal hipótese corresponderia, pois, ao primado de um Estado composto estritamente pelo aparato de polícia e justiça, cujo custeio é efetivamente reduzido.

Mais ou menos Estado é questão que, obviamente, passa pela equação entre receitas disponíveis e despesas autorizadas. No gargalo da execução de competências legais está o importante viés do seu custeio. E não se está dizendo aqui que o custeio pode ser tomado como determinante da fixação do papel do Estado, sem que a recíproca ocorra.

Ora, o Estado cresce e se contrai em função não só das disponibilidades orçamentário-financeiras, mas pelo complexo processo político em que as demandas sociais e econômicas tracejam o quanto de atuação a iniciativa privada promove por si e o quanto daquelas demandas somente o Estado é capaz de atender. A definição do que deva ser papel do Estado não é precisa, tampouco apreensível de forma neutra, porque se trata de apreensão histórica e socialmente identificada em cada nação.

[46] O termo "política fiscal" advém da seara econômica para qualificar as medidas de intervenção (pela via tributária e do endividamento, entre outras) que visam ao financiamento do aparelho e das ações estatais. Os gastos e receitas públicas são, obviamente, instrumento de intervenção na economia, seja porque impactam a disponibilidade de riqueza no mercado, seja porque podem significar fomento ou restrição à atividade econômica. Hermann (2002, p. 44), por exemplo, lembra que "a dívida pública é uma 'instituição' da vida econômica quase tão antiga quanto o próprio Estado, integrando o conjunto de instrumentos gradativamente criados para financiar suas atividades."

Os recursos tomados à sociedade e ao mercado para financiar as atividades estatais passam pelo curso jurídico-discursivo de formação do que seja interesse público na forma do processo legislativo de aprovação das peças orçamentárias. O embate das prioridades governamentais é feito a partir da sua exposição ao Parlamento que as discute, as aprova e as controla diante do Executivo que as propõe e as promove diretamente.

Problema surge e merece especial atenção se a equação receitas-despesas passar ao largo das prioridades definidas legalmente. O orçamento é peça importante de controle e de planejamento, mas não consegue responder às demandas sociais de forma absolutamente vinculada à lei. A discricionariedade de que é dotada a execução orçamentária é instrumento de racionalidade administrativa, já que seria impossível antever normativamente todas as hipóteses de revisão do orçamento, como o são a anulação de rubricas, a suplementação de outras, a não realização de determinadas despesas e o contingenciamento de empenhos. Isso ocorre porque o orçamento é dinâmico.

Desse modo, o caráter autorizativo[47] da peça orçamentária deve ser percebido como liberdade conferida pela lei para o melhor atendimento da finalidade de promoção legítima dos gastos públicos. Só há a prerrogativa de alocação discricionária do gasto público em face do dever de atender aos fins públicos inscritos no próprio sistema constitucional de finanças públicas.[48]

Seguindo nessa linha de raciocínio, vale ressaltar que há grande diferença entre a atuação empreendida com margem de liberdade conferida nos limites da lei e uma atuação que se faça fora da lei ou até contra a mesma. Em se tratando de políticas públicas, importa conhecer e exercitar os limites da lei para fixação dos controles cabíveis, quiçá expandindo a fronteira de responsabilização em uma retomada típica do paradigma do Estado Democrático de Direito.

O que se está a questionar é se a administração da crise fiscal no Brasil, desde 1994, não acabou se tornando uma agenda que, sob o argumento de ser discricionária, restou muito pouco motivada. Assim, cumpre apontar para o risco de estarem sendo tomadas posições apriorísticas e dogmáticas quanto à condução de uma agenda orçamentária contraída, a título de respeito a comandos de ordem técnico-econômica. Ora, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, não há princípios absolutos ou dispositivos normativos que possam

[47] Para superar os problemas de "distanciamento da execução orçamentária em relação à autorização legislativa expressa na lei orçamentária, dada a idéia de que o orçamento aprovado tem caráter autorizativo; [e de] contingenciamento discricionário da execução orçamentária" (2005), a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional apresentou proposta de reforma orçamentária, visando instituir o "orçamento impositivo". Tal temática será retomada no Tópico 4.4 do Capítulo 4 deste estudo.

[48] Trata-se, pois, da locução célebre de "dever-poder" construída por Bandeira de Mello a partir da retomada da noção de "poder-dever" de Renato Alessi (MELLO, 1999, p. 32).

ter sua aplicabilidade determinada sem a consideração do caso concreto[49] e dos conflitos a esse atinentes. (HABERMAS, 1997)

A suspeita é de que boa parte da execução orçamentária no seio da Administração Pública federal esteja se furtando – até mesmo de forma inconstitucional – à necessária submissão discursiva das decisões ao crivo da participação direta ou indireta de todos os interessados nas mesmas, por força de argumentos como estabilidade da moeda e contenção da crise fiscal da União. A prestação de contas em torno desse fato encampa a idéia de uma neutralidade técnica a dizer que não poderia ter sido de outra forma, por mais que sigam inefetivos muitos direitos sociais previstos constitucionalmente, os quais são conformados como políticas públicas de prestação positiva.

Diferentemente do que se poderia imaginar numa visão mais direta do problema, não se trata aqui de defender a garantia dogmática dos direitos previstos constitucionalmente em detrimento da estabilidade monetária e da solvência financeira do Estado brasileiro. Tampouco, por outro lado, significa dizer que a defesa estrita de uma ortodoxia econômica não agregaria à discussão a vivência do marco constitucional do Estado Democrático de Direito.

Em tempos de escassez tão declarada de recursos para fazer frente às demandas postas na Constituição da República de 1988, não se pode deixar que o Direito se ponha à margem da discussão encampada no dilema "maior superávit", de um lado, e "menor equidade social", do outro.

Às voltas com esse dilema (verdadeiro conflito distributivo[50]) entre maior superávit primário e menor montante de gastos sociais, Pochmann (2005, p. 09), em pertinente análise acerca da proposta de desvinculação de 40% (quarenta por cento) das receitas tributárias (com impostos e contribuições) da União para que fosse alcançado o assim chamado "déficit nominal zero",[51] suscita que, "com a

[49] Carvalho Netto (2001, p. 02, grifo nosso) pondera que "a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento que, como demonstra Friedrich Müller, só se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos, **requerendo de modo inafastável a concretude e a singularidade das situações de aplicação**".

[50] De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2004, p. 21, grifo nosso) as pressões da sociedade organizada pela regulamentação de direitos sociais buscam "desnudar o **conflito distributivo** que é evidente entre a Emenda Constitucional da DRU e outros Projetos em circulação no campo da Seguridade Social".

[51] Segundo Pochmann (2005, p. 08-10, grifo nosso), "vem ganhando expressão o aumento da ortodoxia fiscal de procurar zerar o déficit nominal nas contas públicas. Em outras palavras, a busca do equilíbrio fiscal a partir da elevação substancial do superávit primário de 4,25% para 7,85% do PIB (estimativa de gastos com juros para o ano de 2005).
Para que seja possível um acréscimo de 84,7% na atual meta de superávit primário, **deve haver inexoravelmente uma ampla contenção do gasto público operacional estimada em 57,6 bilhões de reais (valores de 2004). Ao invés do superávit primário de 81,1 bilhões de reais verificado em 2004, seria necessário alcançar a quantia de 138,7 bilhões de reais (7,85% do PIB, com valores de 2004)**.
Dessa forma, o superávit primário poderia ser suficiente para financiar a totalidade da despesa com os juros do endividamento público. Embora o Brasil tenha produzido um dos maiores superávits primário nas contas públicas em 2004 (4,58%do PIB), houve ainda um déficit nominal de 2,68% do PIB, que resul-

desvinculação de 40% da arrecadação fiscal federal, estima-se que o conjunto da despesa social federal deva sofrer uma redução estimada em 17,8% em relação à verificada em 2004, o que permitiria gerar uma contenção de 42,5 bilhões de reais (equivalente a 2,4% do PIB)." Do ponto de vista econômico-financeiro, o aludido conflito distributivo é evidenciado por Pochmann (2005, p. 10) de modo que a esclarecer que "o custo social decorrente da adoção da proposta de déficit público nominal zero deverá ser socializado de forma perversa para 21 milhões de beneficiários do sistema previdenciário e assistencial, bem como para 140 milhões de usuários do sistema público de saúde (SUS), [...] entre outras áreas governamentais."

Exatamente pela intensidade dos impactos sobre direitos sociais que detêm especiais fontes constitucionais de financiamento (vinculação de receitas e percentual mínimo de gasto), é que o enfoque jurídico-constitucional deve cuidar de apontar os limites e orientar (positivamente) a direção da pretensão legiferante estatal. Não pode haver retrocesso social, tampouco as alterações no manejo orçamentário das receitas e despesas (mais ou menos vinculadas) podem impactar desproporcionalmente os meios financeiros que visam a garantir progressivamente os direitos fundamentais.

De todo modo, a presente exigência de que o Direito não se ponha à margem da avaliação orçamentário-financeira das prioridades governamentais não se confunde, de forma alguma, com a defesa apriorística ou dogmática de qualquer das ponderações em torno da tensão entre superávit primário e gastos sociais.

Justamente porque não cabem defesas dogmáticas, de parte à parte, em um Estado de Direito que se pretenda Democrático, é que se elegeu a abertura à discursividade – dela decorrendo o cumprimento do dever da motivação, do respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, da garantia do contraditório e da consulta à pluralidade de interesses envolvidos – como norte no apontamento do respeito àquele paradigma de Estado, para se tentar

---

tou justamente do acréscimo das despesas com juros.
No ano de 2004, o superávit primário equivaleu a 63,1% do total de despesas com juros. Nos últimos dez anos, por exemplo, o déficit público nominal médio anual foi de 6,7% do PIB.
Por outro lado, destaca-se a exigência de duplicação da Desvinculação da Receita da União (DRU) de 20 para 40% como parte integrante da proposta de déficit nominal zero, acrescido de um expressivo corte nas despesas de pessoal e demais contas públicas operacionais. Por conta disso, **a adoção da medida de elevação brutal do superávit primário para 7,85% do PIB, tem implicações sociais inquestionáveis e que precisam ser consideradas numa decente avaliação governamental.**
[...] Dessa forma, o superávit primário social federal passaria de 34% do total de gastos com juros no ano de 2004 para alcançar 61% das despesas com juros estimadas para 2005.
Ademais, a previdência social, os servidores públicos e a saúde passaram a ser as áreas mais afetadas pelos cortes de recursos para alcançar a nova meta de superávit primário. Isso é claro, na hipótese de redução dos recursos segundo a atual composição da despesa social federal, em que a previdência, os servidores e a saúde correspondem juntamente por cerca de 80% das despesas sociais do governo federal."

controlar, para que não se torne arbítrio, o caráter de escolha discricionária da política de estabilização monetária que afeta a execução orçamentária da União.

Há de se afastar, por equivocada, a apreensão de que decisões econômicas que relativizam ou mitigam a garantia de direitos assegurados pela Constituição de 1988 em caráter gratuito e universal são, por concepção, desconformes com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Tais decisões podem ou poderiam ter sido assumidas e legitimadas socialmente, por meio dos instrumentos e processos jurídico-discursivos cabíveis.

Exemplo disso – embora questionável por afetar o pacto federativo,[52] por instalar larga controvérsia sobre a inconstitucionalidade da cobrança de contribuições sociais parcialmente desvinculadas da sua destinação à seguridade social[53] e por vir sendo reiterado indistintamente[54] desde 1994 (com vigência assegurada até 2011) – foi a aprovação de Emendas à Constituição da República (EC de Revisão n.º 01/1994, EC's n.º 10/1996, n.º 17/1997, n.º 27/2000, n.º 42/2003 e nº 56/2007) que desvincularam 20% (vinte por cento) dos recursos da União para fazer frente à gestão das muitas instabilidades da economia brasileira.

---

[52] Embora este seja tema que será especificamente analisado no Tópico 4.1 do Capítulo 4 deste estudo, vale explicitar, desde já, que há na figura da desvinculação de receitas da União duas hipóteses de afronta inconstitucional ao pacto federativo, a saber:

1 – as Emendas Constitucionais que, primeiramente, veicularam a figura da desvinculação de receitas da União (Emenda de Revisão n.º 01/1994 e Emenda n.º 10/1996) captaram – para formação do Fundo de Emergência Social e Fundo de Estabilização Fiscal – parcela dos impostos que deveriam ser transferidos obrigatoriamente para os fundos de participação dos Estados e Municípios. Ou seja, tais emendas restringiram a regra de transferências obrigatórias entre os entes da federação e, por isso, teriam ferido o art. 60, § 4º, I da CR/1988. E, por outro lado,

2 – como a União não tem exercido a sua competência residual prevista no art. 154, I da CR/1988, não se aplica a regra (inscrita no art. 157, II da Constituição) de repartição com Estados e Distrito Federal de 20% do montante arrecadado com os impostos criados segundo a aludida competência. Ocorre, contudo, que a busca por novas receitas tributárias – ao invés de priorizar os impostos que, por concepção, não se vinculam a qualquer despesa, órgão ou fundo – tem se dado eminentemente na forma da instituição/ majoração de contribuições sociais, as quais, por força da sua destinação (art. 149 da CR/1988), não são repartidas pela União com os entes subnacionais.

Tal como afirma Machado Segundo (2005, p. 181, grifo nosso), "se a União precisa de receitas 'desvinculadas' [e para isso se vale da DRU], que reduza as contribuições existentes, e crie ou majore impostos. O que não se admite é a criação exagerada de contribuições que se caracterizam por sua vinculação a uma finalidade, seguida de uma 'desvinculação' das receitas com elas obtidas.

Fala-se tanto em 'fraude à lei' e em 'abuso de direito' no âmbito do planejamento tributário feito por alguns contribuintes, e **não se vê a evidentíssima fraude à divisão de rendas tributárias levada a efeito pela União Federal. Um verdadeiro 'planejamento abusivo' na instituição de tributos, em prejuízo de Estados e Municípios**."

[53] Esta discussão será tratada no Tópico 4.3 do Capítulo 4 deste texto. De todo modo, para análise mais detalhada de tal controvérsia, ver GRECO. *Contribuições*: uma figura "*sui generis*", 2000; MACHADO (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*, 2003; MACHADO SEGUNDO. *Contribuições e federalismo*, 2005; e, SPAGNOL. *As contribuições sociais no direito brasileiro*, 2002.

[54] As emendas constitucionais citadas foram acrescidas ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas o caráter transitório de todas elas foi sendo paulatinamente revertido e a medida de alocação discricionária de 20% (vinte por cento) de todas as receitas segue vigente há dezessete anos, com perspectiva de duração até, no mínimo, dezembro de 2011. O transitório tornou-se permanente...

Contudo, o esforço de aprimoramento e consolidação do profundo viés democratizante da Constituição[55] de 1988 não pode se dar de forma apenas simbólica, razão pela qual jamais se deveria admitir, como bem acentua Nunes (2005, p. 06-07), que fossem excluídos do debate institucional temas de intenso impacto na busca de soluções possíveis para a crise fiscal do Estado brasileiro, como o são o superávit primário, a taxa de juros SELIC, as metas de inflação e a livre flutuação do câmbio.

Certo deveria parecer a cada cidadão – em sua condição difusa, mas consciente – e a todas as instâncias legítimas de controle do Poder Público que o embate de interesses entre a contenção ortodoxa de despesas e a execução de direitos que demandam a atuação positiva do Estado só poderia ser razoavelmente processado em níveis democráticos se não se permitisse adotar um discurso – por parte do núcleo tecno-burocrático dos governos que se sucederam desde o início da década de 1990 – de que, para fazer frente à crise de governabilidade brasileira, seria necessário inexistir discussão.

Mais do que nunca é necessário que haja discussão, seja do ponto de vista do Direito, seja do ponto de vista da Teoria da Democracia. É preciso dividir o peso das decisões econômicas – cada vez mais tomadas como se apolíticas fossem – por e com todos os que são interessados nelas e nas suas repercussões, sob pena de se negligenciar a natureza democrática do Estado de Direito que vige no Brasil e se deixar uma plutocracia administrar o interesse público de forma privada, porquanto não discursiva.

Daí decorre o uso indiscriminado de medidas provisórias para lançamento de inúmeros planos econômicos, da proibição, por meio de medida provisória,[56]

[55] Para Carvalho Netto (2001, p. 04-05, grifo nosso) o caráter democrático das Constituições advém, em alguma medida, da convivência institucional com a perene tensão entre igualdade e liberdade. A lição é de que o "constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente **a exigência idealizante** que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: **a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum**.
A liberdade, tal como a entendemos, requer o respeito às diferenças e assim se assenta, pois supõe o reconhecimento da igualdade de todos, embora diferentes. Esses princípios (igualdade e liberdade), de início formais, reclamaram a sua materialização em um segundo momento. Essa materialização foi buscada, no entanto, ao preço da formalidade. E hoje vivemos um momento em que sabemos que forma e matéria são eqüiprimordiais, que **a materialização, conquanto importante, deve resultar do próprio processo de afirmação dos sujeitos constitucionais e contar com garantias processuais (formais) de participação e de controle por parte dos afetados das medidas adotadas em seu nome**, e, pelo menos retoricamente, visando ao seu bem-estar, sob pena de se institucionalizar o oposto do que se pretendera ou se afirmara pretender. Em outros termos, **essa exigência idealizante é uma exigência de democracia** e sabemos que a democracia é um regime improvável, pois sempre requer que se corra o risco ínsito às suas práticas, ou, do contrário, instauramos a ditadura. Nada pode prepará-la, pode-se apenas buscar praticá-la e sempre de modo tendencial, a construir instituições que possam lidar com a possibilidade inafastável da burocratização, da corrupção, das tentativas de golpe etc."

[56] Trata-se especialmente da Medida Provisória n.º 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano Collor.

de que fossem concedidas medidas liminares contra os aludidos planos, do encastelamento de técnicos em relação aos cidadãos a que eles deveriam servir e da frustração reiterada de agendas orçamentárias discutidas, aprovadas em lei, mas apenas minimamente executadas.

Apenas a título de exemplo, segue a TAB. 1, com extensa lista de programas inscritos na Lei de Orçamento de 2005 da União[57] que, em 28 de dezembro do aludido exercício, não tinham executado plenamente (ou seja, não tinham chegado ao estágio de pagamento da despesa realizada) nem ao menos 10% (dez por cento) da dotação originalmente autorizada.

Os trinta e seis programas citados na TAB. 1 foram selecionados, no conjunto dos programas executados pela União em 2005, a partir do critério de a relação percentual entre o volume pago e a dotação inicialmente autorizada ser inferior a 10% (dez por cento), para atestar o fenômeno aqui denominado de "frustração reiterada de agendas orçamentárias discutidas, aprovadas em lei, mas apenas minimamente executadas".

TABELA 1
Programas de Trabalho da União previstos na Lei n.º 11.100/2005 – relação entre dotação autorizada e execução da despesa
(*R$1,00*)

O relator da cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 223, RTJ, n. 132, p. 571-590) contra a MP n.º 173/1990 – Ministro Sepúlveda Pertence – assim se posicionou: "Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, *vero a priori,* a toda e qualquer restrição que se faça a concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares, *initio litis,* distinguir, em tese, e só assim podemos decidir neste processo – até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso de poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a jurisdição legítima do Poder Judiciário. [...]

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose constitucional [...] dos dois sistemas de controle de constitucionalidade [concentrado e difuso] da lei permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde [...] a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva."

[57] Trata-se da Lei n.º 11.100, de 25 de janeiro de 2005.

(Continua)

| Programa | Dotação Autorizada na Lei de Orçamento | Montante Empenhado | Montante Pago | Relação percentual entre o montante pago até 28/12/2005 e o autorizado na LOA |
|---|---|---|---|---|
| 0103 - Desenvolvimento Centrado na Geração de Emprego, Trabalho e Renda | 500.000 | 0 | 0 | 0,00 |
| 0120 - Desenvolvimento da Faixa de Fronteira | 98.212.800 | 17.863.966 | 271.677 | 0,28 |
| 0122 - Saneamento Ambiental Urbano | 882.991.701 | 629.751.098 | 52.307.896 | 5,92 |
| 0152 - Atendimento Socioeducativo do Adolescente em Conflito com a Lei | 25.447.548 | 11.143.929 | 300.819 | 1,18 |
| 0236 - Corredor Oeste-Norte | 310.447.180 | 174.702.344 | 30.022.955 | 9,67 |
| 0255 - Universalização do Acesso aos Serviços de Comunicação Eletrônica | 4.743.200 | 0 | 0 | 0,00 |
| 0257 - Universalização dos Serviços de Telecomunicações | 34.049.825 | 90.781 | 76.106 | 0,22 |
| 0274 - Abastecimento de Energia Elétrica | 133.904.447 | 600.819 | 583.727 | 0,44 |
| 0353 - Desenvolvimento da Heveicultura | 4.250.000 | 1.040 | 0 | 0,00 |
| 0498 - Desenvolvimento Sustentável do Pantanal | 10.290.865 | 1.927.180 | 67.500 | 0,66 |
| 0698 - Gestão da Política na Área da Justiça | 7.821.000 | 495.338 | 356.393 | 4,56 |
| 0812 - Competitividade das Cadeias Produtivas | 22.922.388 | 4.411.353 | 896.481 | 3,91 |
| 1008 - Inclusão Digital | 348.233.218 | 93.390.785 | 17.457.526 | 5,01 |

(Continua)

| Programa | Dotação Autorizada na Lei de Orçamento | Montante Empenhado | Montante Pago | Relação percentual entre o montante pago até 28/12/2005 e o autorizado na LOA |
|---|---|---|---|---|
| 1025 - Promoção da Sustentabilidade de Espaços Sub-Regionais – PROMESO | 165.502.480 | 55.502.962 | 8.478.046 | 5,12 |
| 1027 - Prevenção e Preparação para Emergências e Desastres | 142.369.152 | 35.680.908 | 2.325.742 | 1,63 |
| 1037 - Eficiência na Agricultura Irrigada | 2.870.000 | 115.964 | 115.964 | 4,04 |
| 1046 - Eficiência Energética | 1.294.701 | 4.066 | 4.066 | 0,31 |
| 1059 - Recenseamentos Gerais | 13.259.154 | 1.365.176 | 202.373 | 1,53 |
| 1076 - Democratização do Acesso à Informação Legislativa | 1.100.000 | 3.454 | 3.454 | 0,31 |
| 1088 - Gestão Pública para um Brasil de Todos | 42.392.876 | 4.556.308 | 3.588.797 | 8,47 |
| 1137 - Reabilitação de Áreas Urbanas Centrais | 34.783.526 | 10.669.107 | 13.409 | 0,04 |
| 1138 - Drenagem Urbana Sustentável | 330.235.853 | 111.619.350 | 7.961.882 | 2,41 |
| 1246 – Rumo ao Pan 2007 | 57.390.000 | 6.365.990 | 5.709.005 | 9,95 |
| 1250 - Esporte e Lazer da Cidade | 365.848.600 | 211.996.152 | 9.301.194 | 2,54 |
| 1304 - Conservação, Uso Racional e Qualidade das Águas | 32.661.380 | 9.411.450 | 511.411 | 1,57 |
| 1333 - Avaliação do Plano Plurianual | 2.070.000 | 53.437 | 53.283 | 2,57 |
| 5005 - Desenvolvimento do Complexo Agroindustrial Sucroalcooleiro | 526.283.000 | 21.040.795 | 20.982.247 | 3,99 |

(Conclusão

| Programa | Dotação Autorizada na Lei de Orçamento | Montante Empenhado | Montante Pago | Relação percentual entre o montante pago até 28/12/2005 e o autorizado na LOA |
|---|---|---|---|---|
| 6001 - Apoio ao Desenvolvimento Urbano de Municípios de Pequeno Porte | 708.927.840 | 394.696.668 | 1.453.750 | 0,21 |
| 6002 - Apoio ao Desenvolvimento Urbano de Municípios de Médio e Grande Porte | 386.682.960 | 134.582.610 | 13.000.000 | 3,36 |
| 6003 - Apoio ao Desenvolvimento do Setor Agropecuário | 276.666.990 | 107.605.517 | 10.151.741 | 3,67 |
| 6004 - Revitalização de Bens do Patrimônio Histórico Nacional | 20.340.000 | 0 | 0 | 0,00 |
| 6021 - Atenção Integral à Saúde da Mulher | 7.500.000 | 3.057.719 | 225.511 | 3,01 |
| 8006 - Gestão da Política de Comunicações | 53.731.072 | 9.278.321 | 3.531.533 | 6,57 |
| 8007 - Resíduos Sólidos Urbanos | 92.581.928 | 56.982.606 | 4.073.614 | 4,40 |
| 8021 - Comércio Eletrônico | 2.343.306 | 1.194.116 | 178.541 | 7,62 |
| 9989 – Mobilidade Urbana | 313.232.702 | 134.654.572 | 440.444 | 0,14 |
| TOTAL* | 1.634.231.297.203 | 1.570.999.887.050 | 999.100.812.094 | 61,14 |

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Sistema Integrado de Administração Financeiora (SIAFI), atualizados até 28/12/2005. (http://contasabertas.uol.com.br/Siafi2005/basica-programa.asp).
Nota: * Valores totais referentes ao somatório de todos os programas previstos na LOA.

Os programas dessa amostra exemplificativa, embora perfaçam um montante total de dotação autorizada de R$ 5.365.168.892,00 (cinco bilhões trezentos e sessenta e cinco milhões cento e sessenta e oito mil e oitocentos e noventa e dois reais), tiveram apenas 41,5% (quarenta e um inteiros e cinco décimos por cento) da dotação inicial empenhada. Ou seja, apenas R$ 2.226.951.915,00 (dois bilhões duzentos e vinte e seis milhões novecentos e cinqüenta e um mil

novecentos e quinze reais) foram empenhados para os mais diversos gastos que visassem à consecução de cada programa.

Mais preocupante é o dado de que, em 28 de dezembro de 2005, haviam sido liquidados e pagos restritos 3,63% (três inteiros e sessenta e três centésimos por centos) daquele volume inicial de dotação autorizada, o que, em valores correntes, significa que a execução dos trinta e seis programas citados mal alcançou a casa dos duzentos milhões de reais. Em dados mais precisos, tem-se que, dos R$ 5.365.168.892,00 (cinco bilhões trezentos e sessenta e cinco milhões cento e sessenta e oito mil e oitocentos e noventa e dois reais) programados na lei anual de orçamento da União, no exercício de 2005, para o atendimento desses programas, apenas o volume de R$ 194.375.410,00 (cento e noventa e quatro milhões trezentos e setenta e cinco mil e quatrocentos e dez reais) chegou completa e efetivamente a ser gasto em 28/12/2005.

Esse é um dado nada desprezível, ainda mais se se considerar que os cinco bilhões de reais autorizados na LOA deixaram de ser alocados em outras prioridades governamentais e sequer metade disso foi gasto (no mínimo, empenhado) para o fim público a que deveria destinar-se.

Para exemplificar em bases comparativas o impacto de tal inexecução orçamentária, pode-se dizer que os R$ 3.138.216.977,00 (três bilhões cento e trinta e oito milhões duzentos e dezesseis mil novecentos e setenta e sete reais) que sequer foram empenhados nos trinta e seis programas supracitados correspondem proporcionalmente a 8,05% (oito inteiros e cinco centésimos por cento) da dotação autorizada em 2005 para a função saúde no Orçamento da União e a 17,05% (dezessete inteiros e cinco centésimos por cento) para a função educação. Isso ocorre porque, em 2005, o Orçamento Geral da União[58] previu R$ 39.000.368.747,00 (trinta e nove bilhões trezentos e sessenta e oito mil setecentos e quarenta e sete reais) para as ações destinadas ao atendimento da função saúde e R$ 18.408.140.921,00 (dezoito bilhões quatrocentos e oito milhões cento e quarenta mil novecentos e vinte e um reais) para as ações em educação.

Tal inexecução parcial e, por vezes, integral dos programas de trabalho inscritos na lei anual de orçamento advém tanto de falhas no planejamento e nos atos administrativos de execução do gasto (solicitação da compra, serviço ou obra; licitação; contrato ou convênio; empenho; liquidação e pagamento); como, na grande maioria dos casos, decorre do contingenciamento preventivo de despesas, para formação de superávits primários superiores às metas fiscais inscritas na LDO.

[58] Dados da execução por funções (saúde e educação) do Orçamento de 2005 da União constantes do seu Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), atualizados até 28/12/2005 (<http://contasabertas.uol.com.br/Siafi2005/basica-programa.asp.>. Acesso em: 29 dez. 2005).

A esse respeito, a crítica de Sadeck *et al*. (2005, p. 02, grifo nosso) é deveras incisiva:

> O contingenciamento orçamentário é um recurso que vem sendo bastante utilizado nos últimos anos **como meio de assegurar metas de superávit primário e acordos firmados com instituições financeiras multilaterais, funcionando como um apêndice da política econômica adotada pelo governo federal**. Trata-se de um instrumento que limita o empenho, a movimentação financeira e os pagamentos de despesas discricionárias no âmbito federal.
>
> **Essa necessidade de geração de superávits primários, maiores até do que os especificados na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, e a priorização de pagamento de juros da dívida em detrimento da execução das políticas sociais, tem levado o governo a adotar o contingenciamento preventivo**. No começo do exercício fiscal, são limitados os gastos de diversos órgãos da administração direta. A liberação dos mesmos ocorre no decorrer do ano.
>
> Essa liberação de recursos ocorre após a realização do pagamento de juros e encargos de dívidas e do cumprimento de metas econômicas. **Tal procedimento prejudica a continuidade das políticas, reduzindo a transparência e dificultando o controle social às custas de assegurar credibilidade frente ao mercado**.
>
> As conseqüências desse contingenciamento preventivo foram observadas no ano de 2003, quando foram executados R$ 120,2 bilhões em 19 dias, e em 2004 quando foram executados R$ 90,0 bilhões em apenas 15 dias, sempre no final do exercício fiscal. **Todo começo de ano há interrupção na execução das políticas para nos últimos dias do mês de dezembro haver liberações exorbitantes de recursos**.

Em última instância, é como se os crivos de exposição à discursividade democrática[59] postos na Constituição brasileira de 1988 não estivessem se aplicando – como deveriam – às decisões lastreadas em argumentos econômicos, ditos de contenção da crise de governabilidade pela qual o país estaria passando.

[59] Se o debate encontra-se "interditado" para o Poder Legislativo, tal como anunciam Nunes (2005, p. 06-07) e Afonso (2004, p. 04), não menos complexa é análise de tais variáveis financeiras da dívida pública pelo Poder Judiciário, o qual, na maioria das vezes, restringe-se ao controle de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV da CR/1988), sem que possa aferir a consecução orçamentária de quaisquer políticas públicas. Quanto ao Tribunal de Contas, embora tenha papel destacado pela CR/1988 (art. 71) e pela LRF (art. 59, §§1º a 3º) no controle do equilíbrio fiscal, tampouco ele pode rever ou questionar decisões da seara econômica, sem que o próprio Legislativo assuma diretamente o exercício desse âmbito de controle, na forma do que dispõem o art. 4º, § 4º, o art. 7º, §§ 2º e 3º, e o art. 9º, § 5º, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 48, II da Constituição da República de 1988. E ainda não houve a regulamentação da figura do Conselho de Gestão Fiscal, que fora previsto no art. 67 da LRF e que poderia ser instância pertinente de avaliação do cumprimento da noção de responsabilidade na gestão fiscal em todos os níveis da federação.

Ora, está-se às voltas, neste estudo, com o chamamento ao crivo democrático de todo o mar ruidoso de interesses e conflitos na dita administração da crise fiscal brasileira. Como em uma tragédia anunciada, sabe-se aqui, de antemão, da impossibilidade de uma resposta apriorística para um problema hiper-complexo como o que se está a apresentar. Sabe-se também que a aparente irracionalidade da ausência de respostas (não as há fora dos respectivos casos concretos) só poderia ser dirimida discursivamente diante das especificidades do caso e das motivações que lhe forem atinentes.

Ao cabo de todo esse apanhado introdutório de questões, cumpre informar que o capítulo está dividido em cinco partes (além desta apresentação), de tal sorte que, primeiramente, deverá ser feita uma discussão da natureza republicano-democrática[60] dos orçamentos públicos a partir da apreensão da sua evolução histórica e de suas noções fundamentais. Na mesma oportunidade, será traçada breve análise do modelo constitucionalmente definido no Brasil para sua formulação e execução.

Em segundo passo, são apresentados os pressupostos do modelo procedimental-discursivo de democracia, o qual será retomado para permitir a identificação do que seja público ou privado e de como seria a consecução do marco de Estado Democrático de Direito. Adota-se, neste estudo, a via discursiva como a mais adequada democraticamente para apontar soluções coerentes com a complexidade do mundo da vida e seus conflitos concretos.

A seguir, deverão ser focados os dilemas discursivos à consolidação de orçamentos identificados como instrumentos públicos de definição de

[60] A tensão entre democracia e republicanismo é item obrigatório na discussão sobre os rumos do agir estatal. Do ponto de vista das finanças públicas, falar em orçamento sem falar em balizas substantivas que resguardam direitos fundamentais, mesmo contra o movimento de maiorias eventuais, é esquecer-se da existência de vinculações constitucionais para políticas públicas inafastáveis (do que são exemplo notório saúde e educação). Por outro lado, falar em orçamento desconhecendo a conformação dinâmica das prioridades publicísticas, conforme o processo político de aprovação dos planos e metas dentro do ciclo das leis de Plano Plurianual, de Diretrizes Orçamentárias e de Orçamento Anual (PPA-LDO-LOA), é engessá-lo fora do diálogo atualizado com as demandas sociais.
Nesse sentido, Sarmento (2005, p. 06) relembra interessante comparação entre as balizas substantivas de natureza republicana e as oscilações oriundas do debate aberto com todos os interessados (tido como noção basilar de democracia). A imagem é de Ulisses amarrado à proa da embarcação para resistir ao canto das sereias: dessa imagem se valeu o constitucionalismo moderno com sua pretensão de assegurar direitos fundamentais oponíveis contra as maiorias circunstanciais.
Segundo Sarmento (2005, p. 06), "Uma analogia interessante foi empregada por Jon Elster para responder a esta mesma questão inspirada na estória de Ulisses e as sereias, contada por Homero no livro XII da Odisséia. Ulisses, advertido por Circê, sabia que, ao passar perto da ilha das sereias, seria atraído por seu canto irresistível e o navio naufragaria. O engenhoso herói mitológico determinou então aos seus marinheiros que tapassem os próprios ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. O pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima das suas paixões ou fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo."

prioridades estatais. Por "público" – com base na discussão do tópico anterior – entende-se a qualidade do evento que permite a participação efetiva (por vias diretas ou não) dos interessados na decisão, respeitadas as salvaguardas constitucionais aplicáveis ao caso concreto.

A análise dos dilemas de legitimidade e adequação constitucional na consecução discricionária de políticas públicas – inscritas na lei orçamentária anual – tem por base a definição dos próprios constrangimentos à existência de padrões absolutos de justiça e, por isso, será adotada a feliz construção de Santos (1987), de que é a busca por Justiça sempre uma espécie de tragédia edipiana, como mais adiante se verá.

Uma vez configurado o entendimento de que o dilema "maior ou menor superávit" *versus* "menor ou maior equidade social" acaba sendo uma decisão fora de soluções racionalmente previsíveis em todos os casos e circunstâncias, passa-se a ponderar sobre como administrar democraticamente a incerteza interpretativa que permeia o mundo do Direito.

Habermasianamente, a solução de dilemas classicamente inscritos no campo da discricionariedade administrativa passa pela procedimentalização discursiva dos atos e decisões, abrindo o cenário de definição do interesse público no tempo e espaço para os interessados, com a apresentação dos motivos e com a obediência aos princípios aplicáveis ao caso concreto.

Assim, no quarto tópico deste capítulo, passa-se a desconstruir alguns argumentos teóricos empregados reiteradamente, como "válvula de escape" para a não inserção da política de estabilização monetária no curso jurídico-discursivo de deliberação e controle do ciclo orçamentário. Nesse sentido, hão de ser revisitadas as idéias de discricionariedade técnica, de ingovernabilidade e de adoção de um modelo "gerencial" de Administração Pública para abrir o debate sobre a "crise" do Estado brasileiro dos anos 1990. Pretende-se, com isso, resgatar o quanto se tem assimilado ou não a discursividade democrática em decisões tomadas no seio de uma administração "puramente econômica" da crise fiscal brasileira.

Ao final do capítulo, será relevante entrar na seara do controle de políticas públicas, especialmente no que se refere à sua definição jurídico-política, à interpelação do quão discricionárias seriam e ao dever de seu financiamento. A pergunta é: como controlar – pelo manejo efetivo dos instrumentos jurídicos disponíveis – o processo de elaboração e de execução de tais políticas consideradas isolada ou agrupadamente?

Naquilo que afeta diretamente o objeto deste estudo, importa elucidar que a política monetária, notadamente no seu viés de estabilização da moeda (controle da inflação), é política pública, cujo custeio se insere no ciclo orça-

mentário,[61] por vezes de forma concorrente com outras políticas públicas de envergadura constitucional.

A definição de prioridades e o custeio de políticas públicas são temas que encerram o tópico de forma a suscitar que só serão normativamente adequados os atos e processos que admitam, no mínimo, a abertura aos crivos discursivos de controle. Não há política pública, especialmente política monetária que possa passar ao largo das instâncias competentes de deliberação coletiva sobre o custeio global do Estado: é este um limite substantivo que precisa ser fixado de pronto.

## 2.1 Orçamento Público: noções gerais e breve apanhado histórico

O orçamento responde historicamente pela função de controle do Estado, seja pela estimativa do quanto arrecada, seja do quanto se lhe autoriza que gaste.

A correlação lógica entre receitas e despesas do aparato estatal é pauta típica da agenda republicana, porquanto o custo do financiamento do Estado seja distribuído entre todos os cidadãos e os gastos públicos correspondem àquelas prioridades que sozinhos os indivíduos não conseguiriam cumprir. Ou

[61] De forma muito objetiva, pode-se dizer que tal ciclo é composto pelas leis de Plano Plurianual, de Diretrizes Orçamentárias e de Orçamento Anual (PPA-LDO-LOA) – que respondem pela fase de planejamento em conformidade com o disposto no art. 165 da CR/1988 – e pelos diversos atos administrativo-financeiros de execução das leis mencionadas. Entre esses atos, podem ser citados – em ordem não necessariamente cronológica – como mais importantes os atos de:

1 – a fixação da programação financeira e do cronograma de execução mensal de desembolso até 30 dias após a publicação da LOA, conforme exigido pelo art. 8º da LRF;
2 – o repasse mensal, pela unidade que gerencia o Tesouro (vale lembrar que a receita é arrecadada na sistemática de Caixa Único), do duodécimo (que é o desembolso em si de 1/12 avos da dotação inicialmente autorizada para todo o exercício financeiro) para cada unidade orçamentária;
3 – a solicitação de compra, serviço ou obra que dá início às licitações e correspondentes contratações (ou convênios), na forma do que dispõe a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993;
4 – a descentralização ou reserva da cota orçamentária necessária à cobertura da contratação (de acordo com o art. 55, V da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 167, II da CR/1988),
5 – se se tratar de ação governamental criada, expandida ou aperfeiçoada que acarrete aumento de despesa na forma do que dispõe o art. 16 da LRF, deve haver estimativa de impacto orçamentário-financeiro (no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois seguintes) e declaração do ordenador de despesa de que o aumento é adequado com a LOA e compatível com o PPA e a LDO;
6 – a licitação, coerente com a modalidade e o tipo demandados pelo objeto da ulterior contratação. É possível, dada a circunstância, que haja dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que deve ser adequadamente motivado por correspondente processo, tal como dispõe o art. 26 da Lei n.º 8.666/1993;
7 – a celebração de contrato (ou de convênio, segundo o disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993) para cumprir a previsão do art. 62 da Lei de Licitações e Contratos;
8 – o empenho (art. 58 da Lei n.º 4.320/1964), que é ato formal de assunção de obrigação de pagamento pelo Estado;
9 – a liquidação da despesa (prevista no art. 63 da Lei n.º 4.320/1964) que é ato de verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito; e, por fim,
10 –o pagamento, tal como dispõem os arts. 64 e 65 da Lei n.º 4.320/1964, que é ato de disponibilização efetiva ao credor do valor financeiro devido pelo Estado.

seja, dentro dessa visão intuitiva de porque o custeio do Estado é um propósito coletivo, os gastos devem corresponder às demandas sociais que – de outra forma – jamais seriam atendidas.

A legitimidade do financiamento do Poder Público pela cobrança de tributos somente seria sustentável mediante processo objetivo e consistente de controle.[62] Daí decorreu, por exemplo, o esforço de obrigar que os governantes somente considerassem como receitas autorizadas aquelas que tivessem sido aprovadas pelo Parlamento. O marco histórico desse movimento foi, indubitavelmente, a Magna Carta de 1215.[63]

Na Inglaterra, segundo informa Giacomoni (2002, p. 45), a assimilação de tal "controle representativo" ao longo dos séculos passou por questionamentos de monarcas tendentes ao absolutismo. Entre esses, vale citar, notadamente, a divergência havida no século XVII entre Carlos I – sucessor de Jacques I – e Parlamento, por ocasião do lançamento de empréstimo compulsório, contra o que foi baixada a *Petition of Rights*, confirmando dispositivo da Magna Carta de somente ser possível tributar mediante anterior previsão legislativa. O resultado desse embate foi a destituição de Carlos I, com sua condenação e decapitação.

[62] Em pertinente análise histórica, Spagnol (2004, p. 6) apresenta a linha de evolução do controle dos cidadãos sobre a tributação estatal, o qual passou pelo controle visual na Grécia antiga até chegar ao controle parlamentar nos Estados modernos: "na Grécia antiga, à época das Cidades-Estados, [...] a solução [para a tensão entre liberdade individual e o interesse comum de sustentar e manter a organização política vigente] foi concentrar a tributação sob a forma de tributos indiretos de consumo, aduana e similares." Por outro lado, "as imposições diretas – agressoras da liberdade individual – foram substituídas pelas *liturgias*, ou seja, doações espontâneas dos cidadãos tendentes a financiar atividades de interesse comum, tais como festas e construções de monumentos públicos" (SPAGNOL, 2004, p. 06, grifo do autor).
Importa notar, com Spagnol, que os cidadãos na Grécia antiga somente suportavam exações diretas mediante "doações espontâneas", o que era institucionalmente possível e funcional na medida em que havia ali uma estrutura de tributação controlada visualmente pelos cidadãos.
Com o avanço das atividades estatais e notadamente a partir da unificação dos Estados Nacionais (movimento iniciado no século XIV), "coloca-se [...] em xeque a noção de ingresso-gasto para as imposições diretas, expressão prática de um princípio que remonta à Grécia antiga, ou seja, o prévio consentimento do cidadão para imposição de tributação direta." Foi esse avanço das responsabilidades do Estado diante da "administração de um vasto território" que impediu "o *controle visual* do sujeito passivo sobre a arrecadação e a aplicação dos tributos". Essa nova realidade – qual seja, a complexificação da organização estatal – "provoca uma mudança fundamental em toda a estrutura de tributação, funcionando como divisor de águas para seu estudo" (SPAGNOL, 2004, p. 10, grifo do autor).
Nesse sentido, Spagnol (2004, p. 10-11, grifo nosso) leciona que "não sendo mais possível o controle visual da tributação direta pelo contribuinte e tendo esta a supremacia no sistema arrecadatório, desenvolveu-se o controle parlamentar sobre os ingressos e gastos da Fazenda, calcado em normas e regras de Direito positivo. Assim, a relação tributária vai gradativamente evoluindo e, **sendo inicialmente uma relação de poder, assume característica da relação jurídica, com base na lei, no parlamento**, cujo corolário evolutivo se dará com a codificação de normas e princípios gerais de Direito Tributário."

[63] Bem é de se ver o art. 12 da Carta Magna, segundo o qual: "*Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo seu Conselho Comum, exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, fazer seu primogênito cavaleiro e casar sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim serão razoáveis em seu montante.*"

O núcleo dos conflitos havidos, como alerta Giacomoni (2002, p. 45), era o montante de recursos pretendidos pela Coroa, cuja apropriação seria empreendida pela via tributária. Isso ocorre porque naquela época ainda não havia controle deliberado sobre o volume de gastos. Ora, sem se saber o montante de gastos justificados, a tendência é que a demanda por recursos fosse feita sem qualquer lastro em necessidades comprováveis.

É Giacomoni (2000, p. 46) quem lembra que "a passagem do tempo ensinou que não bastava autorizar a cobrança das rendas públicas. Era necessário verificar se a sua aplicação correspondia às finalidades para as quais foram autorizadas."

Novos movimentos – como a vinda da *Bill of Rights* em 1689 – confirmaram na Inglaterra o disposto no art. 12 da Magna Carta e especialmente a separação entre o patrimônio da família real ("finanças da Coroa") e o patrimônio estatal ("finanças do reino").

Em 1787, foi aprovada a Lei do Fundo Consolidado, o que, para Giacomoni (2002), representou a possibilidade de contabilização dos fundos públicos, já que os fundos corresponderiam a serviços de natureza permanente, para os quais seriam destinados recursos anteriormente previstos. De acordo com Viana (1950, p. 43), haveria controle mais direto do Legislativo sobre tais fundos quando houvesse excedente de receitas em relação ao montante das despesas, hipótese em que se poderia questionar a existência de impostos desnecessários.

Ocorre, contudo, que tal hipótese de sobra de receitas – atualmente rara – também àquela época era pouco factível, vez que os serviços prestados pela Administração aumentavam geométrica e exponencialmente (em quantidade e variedade) em face de crescimento apenas aritmético das receitas. Nesse sentido, cabia ao Parlamento atender ao pedido do Governo por novas receitas pela via da criação de tributos ou pela majoração dos já existentes, se se configurasse cenário de expansão dos gastos (VIANA, 1950, p. 43).

Tal evolução no constitucionalismo inglês propiciou, segundo Giacomoni (2002, p. 46) que, a partir de 1822, o chanceler do Erário passasse "a apresentar ao Parlamento uma exposição que fixava a receita e a despesa de cada exercício". Para Burkhead (1971, p. 5), "essa data [...] marca o início do orçamento, plenamente desenvolvido, na Grã-Bretanha."

Nesse sentido, importante princípio – o qual, desde antes de 1822, vem informando a Câmara dos Comuns – é o de se aprovar as despesas, porquanto tenham sido elas encaminhadas pelo Executivo, já que é prerrogativa desse cuidar das finanças do Estado. A separação de poderes entre Legislativo e Executivo foi fixada de tal modo que àquele compete "aprovar, reduzir ou rejeitar a despesa proposta, bem como o controle da execução do orçamento" e a esse último cabe a função de delinear onde e como serão alocados os recursos públicos nas mais diversas atividades (GIACOMONI, 2002, p. 46).

Diante do quadro parlamentarista inglês, as atribuições da Coroa passaram ao Gabinete do primeiro Ministro e, atualmente, o programa de ação governamental do Executivo é apresentado à Câmara dos Comuns que pode "aprovar reduções nas despesas ou solicitar fórmulas alternativas sem que isso signifique moção de desconfiança em relação ao Gabinete." (GIACOMONI, 2002, p. 47)

Hipótese efetivamente determinante para a queda do Gabinete, segundo Giacomoni (2002, p. 47), é a de haver proposta de aumento de despesas pela Câmara dos Comuns, já que, para Burkhead (1971, p. 7), "a determinação do teto das despesas é considerada a mais grave responsabilidade do Gabinete em relação ao orçamento." É relevante a fixação do montante total das despesas, porque o teto dos gastos está condicionado pelo montante de recursos autorizados pelo Legislativo e, se houver majoração de gastos, necessariamente será empreendida revisão das fontes de receitas, sob pena de o Estado ter de assumir dívidas para saldar suas obrigações.

De todo modo, o montante de gasto passa pela determinação da maior ou menor presença do Estado na economia e no atendimento a demandas sociais. Em raciocínio bastante intuitivo e genérico, sabe-se que quanto maior for a arrecadação estatal, menor será a disponibilidade de recursos na iniciativa privada e maior será a capacidade do Poder Público de expandir suas atividades perante as pressões e necessidades coletivas. O problema é saber – não só do ponto de vista orçamentário, mas da alocação eficiente de recursos – se tais receitas estão atendendo às finalidades para os quais foram vertidas legalmente em favor do Estado.

Não é sem razão, portanto, a preocupação com o teto das despesas no modelo inglês, já que dele depende a definição de até onde o Estado intervém e atua. Hoje, se o orçamento – em todo o mundo – é considerado como "instrumento básico da política econômica e financeira do Estado" (GIACOMONI, 2002, p. 47), isso se deu, entre outras coisas, em função do aprendizado buscado junto à experiência na Grã-Bretanha.

A difusão por outros países da idéia de controle político sobre as contas públicas merece ser observada, especialmente no que se refere à França e aos Estados Unidos. Tal foco se justifica porque o aprimoramento do processo orçamentário[64] para além da premissa do controle se deu com a apreensão do seu papel de instrumento de planejamento e de intervenção estatal na realidade sócio-econômica.

[64] Aqui entendido como a concatenação de atos de realização de receitas e de geração de despesas que visam a promover os diversos programas de trabalho do Estado, por meio da execução das leis orçamentárias, as quais, no Brasil, são o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei de Orçamento Anual.

É do sistema francês – consolidado a partir de 1831 – que emergiram algumas noções principiológicas básicas para a compreensão do que seja orçamento público. Segundo Giacomoni (2002) e Burkhead (1971), são "regras básicas" tomadas à experiência francesa a idéia de anualidade do orçamento, a sua votação antes do início do exercício em que deva entrar em vigor, a previsão de todas as receitas e gastos (princípio da universalidade) e a não afetação de receitas a despesas específicas.

Por outro lado, a experiência acumulada historicamente nos Estados Unidos permitiu decididamente que se caminhasse da apreensão do orçamento apenas como peça de controle contábil-político e se passasse ao papel proativo de planejamento e programação da atuação estatal.

Na virada do século XIX para o XX, os Estados Unidos passaram pela necessidade de revisão dos padrões orçamentários até então adotados, vez que a desorganização sobre os gastos já esbarrava na contenção economicamente sazonal das receitas. De acordo com Giacomoni (2002, p. 48), o presidente Taft designou em 1910 "a Comissão de Economia e Eficiência que objetivava a realização de amplo estudo do funcionamento da administração federal e visava [à] sua modernização".

O relatório da Comissão foi encaminhado em 1912, tendo recomendado: "a fim de que possa pensar com clareza sobre o problema de sua responsabilidade, o administrador precisa ter diante de si dados que reflitam resultados, em termos de qualidade e quantidade; precisa estar habilitado a medir a qualidade e a quantidade dos resultados por unidades de custo e de eficiência." (BURKHEAD, 1971, p. 26)

Tal reforma orçamentária culminou na apresentação do *Budget and Accounting Act* em 1921, lei que fixou como competência do Executivo a elaboração e o encaminhamento da peça orçamentária, resolvendo de vez as pressões parlamentares pelo desenho eleitoreiro daquela nos EUA.

Como bem lembra Giacomoni (2002, p. 50), o objeto central da mudança deu-se dentro da atividade de distribuição de competências entre Legislativo e Executivo nas diversas fases do processo orçamentário, a saber, elaboração, aprovação, execução e controle.

Todo esse movimento havido nos Estados e municípios norte-americanos propiciou a elaboração de nova concepção técnica de orçamento, qual seja, o Orçamento de Desempenho (*performance budget*), o qual passou a ser determinante após a Segunda Guerra Mundial. Um pouco antes disso, ainda na década de 1930, o Departamento de Agricultura e a Administração do Vale do Tennessee (TVA) passaram a adotar classificações orçamentárias por projetos e programas, fazendo com que o orçamento se aproximasse do planejamento.

De acordo com Giacomoni (2002, p. 50), foram as experiências dos orçamentos dos departamentos militares – organizados por programas – que levaram a Comissão Hoover em 1949 a recomendar a reformulação completa do orçamento do Governo Federal norte-americano. Tal reformulação se daria por meio da adoção de um orçamento pautado por funções, atividades e projetos, dito de outra forma, seria a adoção plena do Orçamento de Desempenho.

A aproximação entre orçamento e planejamento culminou com a vinda do modelo PPBS (*Planning, Programming and Budgeting System* – Sistema de Planejamento, Programação e Orçamento) na década de 1960 do século passado. Segundo Giacomoni (2002), tal modelo, embora paradigmático para a concepção das finanças públicas, foi formalmente dispensado com as diversas instabilidades da década de 1970, em que os EUA se envolveram na guerra do Vietnã e em um período de incapacidade de planejamento em face da inflação e de crises interna e externa.

Mais tarde, os EUA passaram a uma nova tecnologia orçamentária sob influência da iniciativa privada. Jimmy Carter passou a implantar no governo federal o Orçamento Base Zero, o qual buscava controlar não só os custos claramente identificáveis, mas também os custos indiretos das atividades estatais.

Atualmente, nos Estados Unidos, as relações entre Executivo e Legislativo na formulação, execução e controle do orçamento foram revisitadas, tendo o Parlamento obtido novamente espaço a partir da aprovação, em 1974, da Lei de Orçamento e Retenção de Recurso do Congresso (*Congressional Budgetary and Impoudment Control Act*).

Para Giacomoni (2002, p. 52), trata-se de "um aperfeiçoamento na participação dos congressistas no processo global do orçamento, aí compreendidas não apenas as autorizações de despesas, mas também questões sobre impostos, prioridades, financiamento do déficit etc."

Chegando, enfim, à realidade brasileira, tem-se que – no cenário nacional – a evolução da figura do orçamento público também decorreu inicialmente a partir da preocupação com a forma de obtenção das receitas públicas. Exemplo histórico disso foi a própria Inconfidência Mineira contra as disposições tributárias da Coroa portuguesa.

Segundo Giacomoni (2002, p. 52), a vinda de D. João VI ao Brasil propiciou a consciência de que era necessário "maior disciplinamento na cobrança dos tributos aduaneiros". Tanto é assim que, em 1808, foram criados o Erário Público e um primeiro regime de contabilidade pública no país.

A Constituição do Império de 1824 já previa em seu art. 172 que o Ministro da Fazenda tinha competência para, anualmente, recolher as propostas dos demais ministérios e encaminhar a proposta orçamentária consolidada ao

Legislativo, assim como de levantar o balanço geral do Tesouro Nacional do ano antecedente para posterior análise pelo Parlamento.

A primeira lei orçamentária de que se tem notícia no Brasil é a Lei de 14 de dezembro de 1827, muito embora, segundo Giacomoni (2002, p. 52), o primeiro orçamento efetivamente assim considerado seja o que foi aprovado por meio do Decreto Legislativo de 15 de dezembro de 1830, que fixava despesas e estimava receitas das antigas províncias para o exercício compreendido entre primeiro de julho de 1831 a 30 junho de 1832.

As competências à época da Constituição de 1824 foram distribuídas de tal sorte que ao Executivo cabia a elaboração da peça orçamentária, à Assembléia Geral (Câmara dos Deputados e Senado) cabia a aprovação daquela e à Câmara era atribuída a iniciativa das leis sobre impostos (GIACOMONI, 2002). A fiscalização da execução orçamentária foi vagamente fixada como de competência da Câmara, já que o art. 37 da CI/1824 previa o exame por aquela Casa Legislativa da administração passada e a reforma dos abusos nessa cometidos.

A primeira Constituição republicana do Brasil (em seu art. 34) passou a atribuir ao Congresso Nacional, a partir de 1891, a função de elaboração do orçamento, bem como da apreciação das contas apresentadas pelo Executivo. No art. 89 da CR/1891, foi criado o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, notoriamente especializado no controle externo da execução orçamentária e dos atos administrativos.

Por outro lado, como a competência de encaminhamento da proposta orçamentária passou a ser do Congresso, a Câmara dos Deputados assumiu a responsabilidade de, em parceria reservada e informal com o Ministério da Fazenda, elaborar o orçamento (VIANA, 1950).

De acordo com Giacomoni (2002), o Brasil ingressou no século XX sem maiores alterações no regime de organização das finanças públicas, sendo certo que o clima que inspirou os EUA nas reformulações iniciadas pela Comissão Taft não foi sentido por aqui. Não houve necessidade de grandes alterações orçamentárias no Brasil, porque a economia nacional, diferentemente da americana, àquela época não demandava a presença maciça do Estado. Tal intervenção somente passaria a ser requerida a partir do crescimento industrial e urbanístico do país acentuado em meados do século passado.

Em 1922, o Decreto n.º 4.536 trouxe consigo o Código de Contabilidade da União, o qual tecnicamente sistematizou uma diversidade de procedimentos orçamentários, financeiros, contábeis e patrimoniais a serem adotados no nível federal. O Código reconheceu a prática informal de encaminhamento de dados pelo Executivo ao Legislativo para que este exercesse sua competência de elaboração da peça orçamentária. O art. 13 do Código fixou o prazo de 31 de maio para o encaminhamento pelo Executivo da proposta de fixação de despesa

e de cálculo da receita geral da República "para servir de base à iniciativa da Lei de Orçamento."

Giacomoni (2002, p. 54) chama a atenção para o fato de que o art. 15 do Decreto n.º 4.536/1922 dispõe sobre a necessidade de a proposta do governo já ser encaminhada para o exercício da iniciativa pelo Legislativo na forma de um projeto de lei acabado, "não se assemelhando ao caso americano em que, no período anterior a 1921, o Congresso recebia e analisava as solicitações de dotações por parte dos órgãos do Executivo".

A década de 1930 do século passado instaurou o discurso da necessidade de modernização do aparelho do Estado no Brasil. Getúlio Vargas conclamava a Administração Pública à adoção de conselhos técnicos e assembléias especializadas que lhe dessem suporte.

A Constituição de 1934 conferiu seção própria ao orçamento público; reviu a competência da iniciativa do projeto de lei orçamentária, passando-a ao Presidente da República (art. 50); manteve a competência do Legislativo de aprovação e de controle, com o auxílio do Tribunal de Contas; e, em especial, não limitou a possibilidade de emendas parlamentares ao projeto de lei orçamentária, o que – segundo Giacomoni (2002) – caracterizava-se como forma de co-participação dos dois poderes na elaboração do orçamento.

O regime autoritário – do qual decorreu a vinda da Constituição de 1937 – concentrou as atribuições de elaborar e decretar a peça orçamentária nas mãos do Executivo, por mais que houvesse disposições no sentido da participação do Legislativo na aprovação do orçamento público. Nesse sentido, Viana (1950, p. 75-83) considerou os orçamentos federais do Estado Novo como orçamentos administrativos, vez que os da CR/1891 seriam legislativos e os da CR/1934 seriam orçamentos mistos.

Tal concentração também se fez sentir na mitigação da autonomia dos Estados e municípios na feitura de suas peças orçamentárias, por meio dos Decretos-Leis n.º 1.202, de 08/04/1939, e 5.511, de 21/05/1943.

Com a redemocratização, o Brasil assistiu a promulgação da Constituição de 1946 e o orçamento público voltou a ser formulado conjuntamente pelos poderes Legislativo e Executivo. Os princípios básicos do orçamento (até os presentes dias vigentes) foram constitucionalmente fixados, para dispor notadamente que:

a) segundo o princípio da **unidade,** cada unidade governamental deve possuir apenas um orçamento;
b) de acordo com o princípio da **universalidade,** a peça orçamentária deve conter todas as despesas e todas as receitas do governo;
c) a noção de **anualidade** ou **periodicidade** rege que os orçamentos devem ser elaborados e autorizados para um período determinado, geralmente um ano;

d) em consonância com a perspectiva de **orçamento bruto,** todas as parcelas da receita e da despesa devem aparecer no orçamento em seus valores brutos, isto é, sem dedução;
e) de acordo com o princípio da **discriminação** ou **especialização,** as receitas e as despesas devem aparecer no orçamento de maneira discriminada para que se possa conhecer a origem dos recursos e sua aplicação;
f) o orçamento deve respeitar o princípio da **legalidade**, na medida em que o Estado só age conforme lhe for autorizado por lei;
g) a noção de **não-afetação das receitas** corresponde à exigência de que as receitas não sejam vinculadas aos gastos;
h) decorre do princípio da **exclusividade** a perspectiva de que a lei orçamentária deverá conter apenas matéria financeira, isto é, não deve abordar nenhum assunto que não se relacione com a estimativa de receita e com a fixação da despesa para o próximo exercício;
i) segundo o princípio da **clareza**, o orçamento deve ser apresentado em linguagem clara e compreensível;
j) o princípio da **publicidade** corresponde tanto à ampla divulgação dos programas de ação governamental (inscritos orçamentariamente), como à transparência na execução dos gastos e na realização das receitas públicas;
k) de acordo com o princípio da **exatidão,** o orçamento deve retratar a realidade e a efetiva capacidade de intervenção do setor público; e, por fim,
l) por meio do princípio da **programação**, a peça orçamentária deve expressar as realizações pretendidas de forma programada, isto é, especificando os meios necessários para sua efetivação: pessoal, material, serviço etc., em dados físicos e financeiros.

No período da ditadura militar iniciada em 1964, novamente tendências autoritárias dentro do Executivo conduziram ao desequilíbrio entre esse e o Legislativo na aprovação e no controle das contas públicas.

A Lei n.º 4.320 surge, em 17 de março de 1964, como o grande Estatuto das Finanças Públicas brasileiras, e nessa posição cogente mantém-se até os presentes dias. Com tal Lei, abriu-se caminho para posterior adoção da técnica do Orçamento-Programa, já que se propunha na Lei n.º 4.320/1964 um plano de contas único para os três níveis da federação.

A padronização trouxe consigo a classificação funcional-programática da despesa orçamentária, o que permitiu a identificação de todas as despesas por meio de códigos unificados nacionalmente. A classificação funcional associada à classificação programática representava as mais diversas funções públicas

(educação, saúde, segurança pública etc) vinculadas aos correspondentes programas e subprogramas de ação governamental.

Gerencialmente, o Orçamento-Programa visa ao controle de resultados, por meio da definição de metas claramente identificáveis, as quais devem ser cumpridas dentro dos programas previstos em cada unidade orçamentária, com os seus respectivos custos e indicadores de desempenho. Embora seja questionado como instrumento que precisa ser aperfeiçoado tanto para atingir as finalidades visadas, quanto para melhor assegurar o controle, o Orçamento-Programa trouxe consigo um esforço consistente de aproximação entre o planejamento das ações governamentais e sua previsão orçamentária anual.

A modernização orçamentária proporcionada pela Lei n.º 4.320/1964 caminhou conjuntamente com a vinda do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, já que este, de acordo com Giacomoni (2002, p. 62), definira o planejamento "como um dos princípios fundamentais de orientação das atividades da administração federal, sendo o Orçamento-programa anual entendido como um de seus instrumentos básicos, ao lado do Plano Geral de Governo, dos Programas Gerais, Setoriais e Regionais, de duração plurianual e da Programação Financeira de Desembolso."

Para Giacomoni (2002), a Constituição de 1967 trouxe como "grande novidade", em seu art. 67, a impossibilidade de apresentação de emendas parlamentares que criassem ou aumentassem despesas no projeto de lei orçamentária ou em qualquer outro, bem como vetava a iniciativa do Legislativo na apresentação de projetos de lei que criassem ou aumentassem despesas para o Executivo.

Conseqüência de tal previsão foi a profunda mudança de papel do Legislativo, agora reduzido à função de simples ratificador incontinenti das peças orçamentárias, já que o exercício financeiro não poderia ser iniciado sem o respectivo orçamento e já que, em não sendo possível alterar aquelas peças, também não seria possível rejeitá-las. Só cabia ao Legislativo formalmente aprovar.

Na Constituição de 1969, vale pontuar que, do ponto de vista orçamentário, não houve alterações substantivas em relação às disposições de 1967.

Noutro giro, mudanças significativas vieram com a Constituição da República de 1988, até porque o espírito que a informa é o do Estado Democrático de Direito.

Na CR/1988, o Título VI referente à Tributação e ao Orçamento está profundamente marcado pelas limitações impostas tanto ao poder de tributar, quanto à execução de despesas não autorizadas. A atual Constituição devolveu ao Legislativo a prerrogativa de apresentar emendas ao projeto de lei orçamentária e inovou profundamente com a criação da lei de diretrizes orçamentárias

(LDO), inserindo-a no ciclo orçamentário como veículo de diálogo entre o plano plurianual (PPA) e a lei orçamentária anual (LOA).

É nessa linha de raciocínio que se pode dizer que a Constituição de 1988 reforçou a associação entre planejamento e orçamento, porquanto tenha inserido no ciclo orçamentário a condensação anual, por meio da LDO, da formulação planejada das metas e objetivos que deverão orientar a atuação estatal para quatro anos.

Como em uma grande ordenação sistematizada, só é possível que o Estado saiba onde alocar recursos públicos, promovendo gastos, se, antes disso, tiver sido definido um claro caminho de apresentação das ações de médio prazo. O gasto individualmente localizado na lei orçamentária anual deve estar consonante com as diretrizes que dão vazão no curso do exercício financeiro aos objetivos e às metas genericamente previstos no plano plurianual.

Assim, cumpre ressaltar que são três as leis constitucionalmente obrigatórias, na forma do art. 165 da CR/1988: Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, respectiva e mais comumente denominadas PPA, LDO e LOA.

Para Giacomoni (2002, p. 197), "o orçamento anual constitui-se em instrumento, de curto prazo, que operacionaliza os programas setoriais e regionais de médio prazo, os quais, por sua vez, cumprem o marco fixado pelos planos nacionais em que estão definidos os grandes objetivos e metas, os projetos estratégicos e as políticas básicas."

É por essa razão que as principais informações necessárias à feitura da peça orçamentária (com correspondentes fixação das despesas e estimativa de receitas) devem ser buscadas no sistema de planejamento. Onde investir, como promover a expansão de determinadas receitas, como alterar a estrutura das receitas disponíveis, quais despesas devem ser ampliadas, quais projetos devem ser cancelados são, por exemplo, questões, cujas respostas só podem ser encontradas na apreensão de médio prazo do que o Estado deve ou não fazer e quais são as suas prioridades.

Cumpre lembrar que a função de planejamento na Constituição da República de 1988 envolve duas modalidades de planos, quais sejam, de um lado, planos e programas nacionais, regionais e setoriais, que são determinantes para o setor público, mas apenas indicativos para o setor privado (art. 174) e, de outro lado, os planos plurianuais, que respondem pela priorização alocativa da ação governamental (art. 165, §1º).

Os planos previstos no art. 174 dizem respeito à orientação da atuação do Estado no domínio econômico, visando à indução do desenvolvimento nos diversos setores da economia, seja nacional, seja regionalmente. Já os planos plurianuais – previstos para quatro anos, não coincidentes com os mandatos

eletivos – devem conter, "*de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital (investimentos e inversões financeiras) e outras delas decorrentes e para os programas de duração continuada*." (art. 165, § 1º, CR/1988)

Como já dito, as metas, diretrizes e objetivos previstos no PPA para se iniciarem a partir do segundo ano de mandato e se estenderem até o 1º ano do mandato seguinte devem ser retomadas, ano a ano, na lei de diretrizes orçamentárias.

De acordo com a Constituição de 1988 (art. 165, §2º), a LDO deve compreender as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente; orientar a elaboração e a execução da LOA; dispor sobre as alterações na legislação tributária; bem como deve estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Não é sem razão que se diz que a LDO atua como elo entre o PPA e a LOA, vez que ela promove a aproximação das metas gerais previstas no médio prazo com a concreção inscrita nas despesas autorizadas anualmente no orçamento. Tal aproximação entre o planejamento amplo da ação governamental e as rubricas identificadas individualmente na LOA corresponde a um patamar de racionalização operacional que permite o cumprimento dos propósitos constitucionais de regulação das finanças públicas.

Só é possível implementar as metas e objetivos gerais estabelecidos para um período de quatro anos, se a cada ano – detida e especificamente – algumas dessas metas e objetivos forem sendo definidas como prioritárias e assim sucessivamente a cada ano. Com essa seleção anual de metas que devem ser cumpridas em até quatro anos, o orçamento ganha coerência com um movimento de aprimoramento da ação governamental ao longo do tempo. Eis o fio condutor do tripé PPA-LDO-LOA.

Exatamente em face desse fio condutor é que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) priorizou, dentro da LDO, o esforço de definição de uma disciplina fiscal que envolve o equilíbrio entre receitas e despesas, o atingimento de metas fiscais, a prevenção de riscos, os critérios e a forma de limitação de empenhos, entre outras normas, nos termos do seu art. 4º.

Segundo Giacomoni (2002, p. 204), a LDO significa verdadeira "inovação no sistema orçamentário brasileiro", que contribui para ampliar a transparência no curso do ciclo orçamentário e para instruir o Legislativo a participar decisivamente no disciplinamento das finanças públicas.

Para Giacomoni (2002, p. 204):

> Efetivamente, da maneira como são estruturados os orçamentos brasileiros, apenas a tramitação legislativa da proposta orçamentária anual tende a

> não ensejar, ao legislador, o conhecimento da real situação das finanças do Estado, pois essa visão-síntese é obscurecida pela atenção que é concedida à programação detalhada que caracteriza as autorizações orçamentárias, na forma de uma miríade de créditos e dotações.

Já no que diz respeito à lei orçamentária anual, vale lembrar que a sua função primeira sempre foi a viabilização do controle político sobre o agir estatal e, por conseqüência, dos controles contábil e financeiro.

Tal controle, na acepção tradicional de orçamento, era instrumentalizado tecnicamente pelo uso de duas "classificações clássicas" (Giacomoni, 2002), quais sejam, por unidades administrativas (isto é, os órgãos responsáveis pelos gastos) e por objeto ou item de despesa (pessoal, material etc.).

Segundo a aludida visão, é como se o orçamento apenas representasse "um inventário dos 'meios'" – na interessante locução de Giacomoni (2002) –, meios esses que, na maioria das vezes, acabavam sendo analisados em dissonância com os respectivos fins a que deveriam se vincular.

Ora, para um Estado compreendido pelas funções de polícia e justiça, limitado pela apreensão negativa de sua atuação (direitos de primeira geração), não haveria finalidades públicas notórias que demandassem planejamento da ação governamental. Sob o paradigma do Estado de Direito,[65] nada seria mais

[65] A respeito dos paradigmas de Estado e especialmente do paradigma do Estado Liberal de Direito, Carvalho Netto leciona: "Na verdade, seriam três os grandes paradigmas constitucionais: o primeiro deles é o do Estado de Direito – e aqui, para denominar os paradigmas, empregamos precisamente o nome dado pelas próprias Constituições ao tipo de organização política que elas prefiguram ou prefiguravam. Esse primeiro paradigma é exatamente aquele que rompe com o paradigma antigo-medieval, ele vai afirmar o maravilhamento de uma sociedade que descobre a possibilidade de se instituir sem a escravidão e sem a servidão, a possibilidade de se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários.
É um paradigma que entende a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proíbam, diz Locke, diz Montesquieu. Isso se afirma contra a idéia antiga de que liberdade era precisamente eu domar os meus instintos internos e ser capaz de não ser escravo da matéria, de ascender, de ter controle sobre os meus próprios instintos; uma liberdade interna, da qual até mesmo o escravo poderia gozar. Agora, a liberdade, diz Hegel, é a liberdade de ter, a liberdade dos burgueses, dos modernos. [...] A crítica de Hegel é contundente. Essa é uma liberdade externa, que se esgota, que se esvai no momento em que se adquire a coisa pretendida, o objeto do desejo. [...]
Essa idéia de liberdade se assenta, obviamente, na propriedade, na idéia de igualdade de uma sociedade que afirma que todos os seus membros são proprietários, no mínimo de si próprios, pois mais ninguém pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito. Verifica-se o maravilhamento dessas pessoas pelo fato de que, pela primeira vez na história, é possível um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo, precisamente porque todos devem ser iguais diante da lei, todos são proprietários, todos são sujeitos de direito. Em seu *Segundo Tratado sobre Governo*, diz Locke: eu posso ver que os homens são diferentes; são altos, baixos, gordos, magros, ricos, pobres, mas, na verdade, quando digo que todos são iguais, pretendo dizer que todos são iguais diante da lei, diante das oportunidades da vida. A lei não deve obrigar ninguém em razão da condição de nascimento, deve exatamente terminar com os privilégios de nascimento. É essa a grande função da idéia de igualdade formal, colocar fim às ordens escalonadas de privilégios das castas, às corporações de ofício, à rígida hierarquia e imobilidade sociais. Uma igualdade que se assenta no fato de, como vimos, pela primeira vez na história, todos nessa sociedade serem proprietários, no mínimo, de si próprios. Mesmo o sujeito mais pobre dessa sociedade é proprietário e, portanto, é capaz de realizar atos jurídicos, de comprar, de vender, e, assim, pode comparecer diariamente ao mercado, vendendo aquela mercadoria que possui, que é, no mínimo, a sua própria força de trabalho.

coerente que reduzir a atividade orçamentário- financeira (política fiscal) do Poder Público a uma questão de controle formal da arrecadação e dos dispêndios. A lei orçamentária, na condição de uma *"Lei de Meios"*, era facilmente controlada a partir da ótica minimalista de Estado.

A mudança de papel por que passou o orçamento em todo o mundo foi empreendida no seio da própria revisão (socializante) do paradigma de Estado[66] ocorrida com a chegada do século XX. Para Giacomoni (2002, p. 66),

---

De uma forma ou de outra, esse paradigma representa, como diz Rafaelle De Giorgi, esse imenso processo de esclerose que marca a inauguração da sociedade moderna; uma sociedade que chega ao ponto de ter como seu problema básico, exatamente, o de como se instituir como sociedade: como eu, um indivíduo, poderia suportar a convivência com outro, ou para dizer com Descartes, o problema de se delimitar onde termina a minha liberdade e começa a do outro. É claro que as pessoas já viviam e vivem em sociedade quando colocam esse problema, esse enorme problema de como se constituir a sociedade, de como viver em conjunto. Inventa-se o indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo no mercado, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo, a sociedade. [...]

É claro que os homens dessa época viam uma oposição radical entre o que passaram a denominar a sociedade civil e a sociedade política. A sociedade civil é o terreno dos Direitos naturais, onde todos, por nascimento, a integram, onde todos são livres, iguais e proprietários. No entanto, nem todos são membros da comunidade política. Vê-se precisamente a noção de que a sociedade civil é uma idéia natural e o Estado uma criação política para garantir pura e simplesmente o livre curso da sociedade civil e que, por isso mesmo é visto como um mal necessário, devendo ser mínimo e assegurar apenas que o excesso de egoísmo não destrua a sociedade, que um homem se detenha diante da esfera de liberdade do outro. Público e privado são vistos, portanto, como ordens distintas, ontologicamente distintas. O público é meramente convencional e existe para garantir o livre curso do privado. O privado é visto como egoísmo e o público visto como estatal" (CARVALHO NETTO, 2001, p. 15-20).

[66] Sobre o paradigma do Estado Social de Direito, Carvalho Netto explica que "[...] após a I Guerra Mundial, vamos poder verificar quase que a "ressaca" desse modelo [do Estado Liberal]. Aquela idéia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a conseqüências bastante radicais. A exploração do homem pelo homem que ocorreu, conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade, a toda a reação que já conhecemos bastante e a muita luta social. Enfim, após a I Guerra Mundial, o que vamos encontrar nas Constituições é a configuração de um novo tipo de constitucionalismo. É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais "liberdade e igualdade", materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de um segunda geração de Direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade.

É óbvio que não se pode mais entender a liberdade como ausência de leis e igualdade como a igualdade meramente formal. A idéia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento **na lei** das diferenças materiais entre as pessoas e sempre a proteção do lado mais fraco das várias relações. É precisamente com essa mudança básica que os Direitos sociais coletivos se importam; é com ela que vamos ter a idéia de liberdade como a exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças, com a emancipação do campo do Direito civil, do Direito do trabalho, da previdência social etc. É claro que vamos ter também aí a noção da propriedade condicionada a uma função social, não mais vista como um Direito absoluto, mas condicionado.

É o que Kelsen observa muito bem quando afirma que o Direito público e o privado não são categorias ontológicas. Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal, todo Direito é criado num parlamento. A quantidade de esfera privada que se deixa é uma convenção, todo Direito é convencional. É exatamente essa a idéia básica desse paradigma, que Kelsen representa tão bem. Esse é o paradigma do constitucionalismo social ou, como algumas Constituições denominavam, paradigma do Estado Social ou de Bem-Estar Social. Enfim, também nessa visão, o público vai se apresentar como estatal, até porque Schmitt, que, como demonstra José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, também é um dos mais significativos representantes desse paradigma, nos diz claramente que o povo aí só pode ser a massa daqueles deserdados, explorados até o máximo pelo capitalismo selvagem. É claro que as Constituições prometem saúde e educação para todos, mas precisamente o que não há nesse momento é o acesso de todos à saúde e à educação. É o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que

"ainda antes do final do séc. XIX, o Estado começou rapidamente a abandonar a neutralidade que o caracterizou nas fases do *laissez-faire*, passando a intervir como corretor de distorções do sistema econômico e como propulsor de programas de desenvolvimento."

O orçamento – assim como a própria apreensão do papel do Estado – passou a inspirar uma capacidade de intervenção no domínio econômico. Daí emergiu a construção keynesiana[67] de que a política fiscal (da qual o orçamento é o instrumento mais visível) deveria ser usada para amainar as oscilações do mercado, corrigindo-lhe os vícios da estagnação e da inflação.

Em meados do século XX, foi minorada a percepção de que o orçamento – como "Lei de Meios" – prestar-se-ia ao papel de mero demonstrativo de auto-

possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional. Se antes a cidadania envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania formal, agora requer-se a sua materialização. Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aponta, como conseqüência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como os seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal. O público continua a ser, portanto, reduzido ao estatal, e o privado, ao egoísmo, e apenas o voto, somente que agora universalizado, continuaria a unir essas duas dimensões vistas como antitéticas. A massa alcança o direito de voto, mas, ao mesmo tempo, requer-se que os direitos que lhe são atribuídos sejam materializados para que ela possa algum dia vir, de fato, a definir as políticas que lhe são destinadas, ou, em outros termos, para que o exercício do voto não seja inconsciente, manipulado, uma mera formalidade de legitimação da burocracia. Esse, o desafio do Estado Social: construir uma cidadania que, desde o início, é, de fato, desqualificada por carência de materialidade de seus direitos.

Desse modo é que a grande promessa do Estado Social, em todos os níveis – e aqui emprego a expressão em termos muitos latos, o próprio Estado socialista, ou até o nazista, enfim, nela se enquadram -, é o acesso pleno à cidadania de uma forma ou de outra, é viabilizar uma democracia efetiva e, muitas vezes, para isso, vai materializar o conceito de democracia naqueles sentidos terríveis da ditadura de um Hitler ou de um Stalin, apenas os dois lados da mesma moeda da barbárie totalitária. Mas, o grande problema desse tipo de paradigma constitucional é que ele propõe a cidadania e, ele próprio, gera tudo menos cidadania. Essa é a crítica que surge na década de 1970, com o fim ou a morte do chamado Estado de Bem-Estar Social. Uma crítica que não pode ser reduzida ao chamado neoliberalismo, pois ela é bem mais profunda do que isso e requer que reflitamos sobre os enganos cometidos pelo chamado socialismo real e por outras experiências.

A materialização não resolve tudo por si só, a economia não supre os Direitos de forma alguma. É preciso ver que a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia e, ao contrário do que a ditadura afirmava, não temos que esperar qualquer bolo crescer, até porque esse bolo jamais vai crescer como democrático se de seu crescimento não formos o fermento, se não atuarmos efetivamente na construção e reconstrução cotidiana do regime como sujeitos ativos e destinatários ao mesmo tempo" (CARVALHO NETTO, 2001, p.15-24).

[67] Giacomoni (2002, p. 38) leciona que "O economista inglês John Maynard Keynes foi o principal doutrinador na busca de uma fórmula salvadora do capitalismo, ameaçado de um lado pela depressão, e de outro, não só pela ideologia marxista, como também pela forte simpatia ainda dedicada à Revolução Russa. Para Keynes, antes da perda total da liberdade individual num regime coletivista, era preferível a perda de parte da liberdade econômica. Para quem? Para o Estado.

O tripé microeconômico dos clássicos – oferta, demanda e preço – no modelo keynesiano cedeu lugar a outro tipo de sustentação, de cunho macroeconômico: a demanda global mais o investimento global determinam a renda global, e essas três variáveis responsabilizam-se pelo nível de emprego. O controle dessas variáveis, compreensivelmente, só poderia ser atribuído ao Estado. O sistema de Keynes deu respaldo doutrinário aos esforços governamentais visando tirar as respectivas economias da crise depressiva dos anos trinta. A partir daí a intervenção estatal passou a ser naturalmente aceita, em especial na dinamização da demanda agregada e na utilização dos instrumentos de política de estabilização econômica."

rizações legislativas, já que ele passara a ser apreendido como mecanismo de planejamento indutor de desenvolvimento pela via da intervenção na economia. O aprendizado obtido a partir da Crise de 1929 levou a que se usasse o gasto público como indutor do equilíbrio econômico e de bem-estar social.

A própria Lei n.º 4.320/1964 orienta, no seu art. 2º, que "*a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade*". Não basta, pois, que o orçamento contenha simplesmente a estimativa de receitas e a fixação de despesas. É necessário que tal "discriminação" evidencie o programa de trabalho do Governo e sua política econômica. Na transição do Estado Social para o Estado Democrático,[68]

[68] A partir do final da década de 1970 e com a crise do *Welfare State*, a transição para o paradigma do Estado Democrático de Direito é delineada por Carvalho Netto de tal forma que "a grande questão aqui colocada passa a ser a da cidadania como processo, como participação efetiva. É claro que ocorre uma nova mudança de paradigmas, na qual, outra vez, podemos salientar novos tipos de Direito, como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos, de interesses que refogem à dicotomia *público x privado*, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo.
Outra vez nós não estamos diante de um mero alargamento da tábua de Direitos fundamentais, mas de outra mudança de paradigma, o que significa outra mudança total da visão de mundo e do constitucionalismo. Requereríamos novamente, como disse Canotilho, a construção de um constitucionalismo adequado.
Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omisso.
Usualmente, em todos esses direitos denominados de terceira geração, o Estado é o contraventor central, por ação ou omissão. A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses Direitos e de zelar pela eficácia deles. Nesse sentido, podemos verificar uma profunda transformação em toda a teoria processual, o que mostra que os dois paradigmas anteriores eram muito semelhantes, embora aparentemente opostos.
O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.
Aqui eu estou retomando uma reflexão de Habermas sobre os paradigmas constitucionais por ele proposta, sobretudo, no capítulo 9º de sua obra "Facticidade e Validade". Esse autor ressalta a necessidade de se ver a eqüiprimordialidade das dimensões pública e privada, exatamente para a questão da cidadania. Para voltarmos à questão proposta por Chantal Mouffe e por Friedrich Müller, segundo a qual, a democracia requer uma identidade em constante tensão com as diferenças, um conceito aberto de povo em permanentemente revisão, podemos compreender agora que isso se dá precisamente porque a democracia requer o reconhecimento eqüiprimordial das dimensões pública e privada. Também as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes pois a redefinição requerida pelo aporte, por exemplo, dos direitos da criança ou da mulher casada fizeram com que mesmo aquele espaço mais privado, o lar ou o leito conjugal, se transformasse em espaço público, onde direitos são garantidos contra os pais ou o marido.
Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser enfocado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar" (CARVALHO NETTO, 2001, p. 24-26).

mesmo tendo sido ultrapassadas as pretensões de "organização do capitalismo" daquele primeiro paradigma, o orçamento permanecera – no paradigma de Estado Democrático – como instrumento de administração dos recursos de que o Estado dispõe, bem como de alocação dos mesmos nas mais variadas demandas. Como deliberado instrumento de antecipação e racionalização do agir estatal, o orçamento permitiu que a programação, a execução e o controle das políticas públicas fossem plenamente absorvidos a partir do fio condutor inscrito no ciclo orçamentário.

Segundo Giacomoni (2002, p. 67), o orçamento, porquanto seja um "documento de antecipação", "representaria a própria programação de trabalho do governo", tal como o art. 2º da Lei n.º 4.320/1964 determina. Isso equivale à perspectiva de que, para quem quer saber para onde o Estado vai, o traçado das rotas certamente será encontrado de forma minudente nas peças orçamentárias.

É o próprio Giacomoni, contudo, quem lembra que esse incisivo papel dos orçamentos públicos oscila conforme o período de expansão ou contenção do agir estatal no domínio social e, especialmente, no econômico. Senão veja-se que:

> Todos os países passam atualmente por um longo período de ajustamento à crise econômica, e os gastos públicos de cada um, por sua expressão, têm um papel-chave nesses esforços de ajustamento. As políticas econômicas em curso têm sido geralmente contracionistas e, por extensão, inibidoras de expansão das despesas públicas. Tem-se aí que o papel mais saliente a ser cumprido pelo orçamento público seria como instrumento de controle, não do tipo político ou administrativo, mas econômico. O raciocínio pode ser mais bem esclarecido: se a fase é expansionista, cresce a importância da função de planejamento do orçamento; na fase contracionista, fica reforçada sua função de controle. (GIACOMINI, 2002, p. 69)

Hoje o que se apreende é um movimento claramente contracionista no curso das reformas[69] ao texto da Constituição de 1988. A redução das atribuições de promoção direta do desenvolvimento[70] significou, na década de 1990 do

[69] Acerca da intensa reformulação no desenho institucional da ordem político-jurídica brasileira, Bandeira de Mello, em entrevista à Revista *Caros Amigos*, n.º 31, out/99, respondendo à pergunta sobre qual seria a maior característica do governo que vigorou no Brasil entre 1995 a 2002, dizia "teve uma obra para a qual não tem havido tanta atenção, foi uma obra normativa. Ele [o governo] está desmontando aos poucos as linhas mestras da Constituição brasileira através das reformas. E está desmontando o sistema normativo infraconstitucional para ajustar o Estado brasileiro a uma concepção de Estado diferente daquela que estava na Constituição de 1988, e que ainda está na Constituição" (MELLO, 1999b, p. 17).

[70] O tipo de Estado vigente no Brasil até a vinda da CR/1988 é claramente um Estado Desenvolvimentista, o qual, embora claramente determinado pelo paradigma do Estado Social de Direito, não conseguiu promover a mesma teia de proteção social dos países centrais, onde vigeu o modelo do Estado de Bem-Estar Social

século passado, uma rota de privatizações e de contenção do crescimento de serviços públicos.

Exemplos de tal redução podem ser vistos com o marco regulatório que se sucedeu às privatizações, situação em que foram criadas as agências reguladoras. Nesse âmbito, o Estado brasileiro deixou de responder diretamente pela exploração de atividades econômicas, tendo permanecido somente onde a CR/1988, em seu art. 173, permite; a saber, monopólios estatais ainda previstos e quando lei específica indicar necessidade de atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Tendo saído da intervenção direta, o Estado passou a cuidar prioritariamente da regulação no domínio econômico, incluídas aqui algumas áreas notadamente reconhecidas como serviço público nos termos dos arts. 21, XII, e 175 da Constituição. Ou seja, o movimento de privatizações e de criação de agências reguladoras sinalizou no sentido de que não seriam mantidas estruturas público-estatais de prestação de serviços públicos, mas haveria a delegação (pela via da concessão) para que particulares explorassem regulada e plenamente tal prestação.

Além disso, a redução do escopo de atuação do Estado brasileiro também pôde ser percebida na busca por renovadas formas de parceria com as instituições sem fins lucrativos que respondem pelo interesse público não-estatal. Para tanto, vale citar, notadamente, os contratos de gestão com organizações sociais, segundo a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, de acordo com a Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999.

Recentemente, outro indício de insuficiência na capacidade de o Estado promover diretamente o suporte necessário ao desenvolvimento social e econômico (particularmente no que se refere a obras de infra-estrutura) emergiu com a aprovação da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Trata-se da criação do modelo de parcerias público-privadas, segundo o qual o Estado espera angariar recursos e apoio junto à iniciativa privada para atender setores que demandam investimentos maciços e nos quais o Poder Público não vem conseguindo iniciar sua atuação, mantê-la ou aprimorá-la.

Nesse diapasão, vale pontuar a severa crítica de Diniz (1996, p. 8, grifo nosso):

(*Welfare State*). Segundo Habermas (1987b,p. 97, grifo nosso), "o projeto do *welfare state* se tornou problemático na consciência pública também na medida em que os meios burocráticos, mediante os quais o Estado intervencionista pretendia realizar a 'domesticação social do capitalismo', perderam sua ingenuidade. Já não é somente a monetarização da força de trabalho, mas também a burocratização do mundo da vida que é sentida como um perigo por amplos setores da população. O poder político-administrativo perdeu a aparência de neutralidade para a experiência cotidiana dos clientes das burocracias do *welfare state*."

> a prioridade atribuída aos programas de estabilização econômica e o acirramento dos conflitos em torno da distribuição de recursos escassos terminaram por **esvaziar importantes itens da agenda pública**, sobretudo aqueles relacionados com as reformas sociais. Não só a definição de uma estratégia de crescimento econômico, como as perspectivas de atenuação das desigualdades sociais tornaram-se metas cada vez mais distantes. **A urgência do controle da inflação se fez acompanhar do abandono dos projetos igualitários, tão enfatizados pela Aliança Democrática responsável pela instauração da Nova República, crescentemente avaliados sob o ângulo de sua extemporaneidade**. De acordo com a nova orientação, em nome de um enfoque racional e não populista da pauta de prioridades, a exigência de maior inflexibilidade na gestão dos recursos públicos viria a desaconselhar qualquer postura favorável ao aumento de gastos sociais. Em conseqüência, **privilegiou-se uma agenda minimalista, em franco desacordo com a dinâmica democratizante, esta alargando a participação, diversificando as demandas e multiplicando os canais de vocalização à disposição dos diferentes segmentos da sociedade**.

Não é sem razão que, como reflexo do contracionismo supracitado, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) tenha cuidado de proteger deliberadamente as metas fiscais inscritas na LDO. Como as metas fiscais representam o esforço fiscal de resultado primário positivo (superávit) nas contas públicas – se excluídas forem as despesas com o serviço da dívida – ou de resultado nominal equilibrado (déficit em declínio) – se estas ingressarem no cômputo final[71] –, tem-se um profundo compromisso com a contenção dos gastos públicos e, por via de conseqüência, do agir estatal.

A aludida "proteção" das metas fiscais como objetivo nuclear da LRF pode ser percebida na exigência de que seja apresentado estudo de impacto financeiro-orçamentário[72] e de não afetação das metas toda vez que estejam sendo tratadas as questões de renúncia de receita (art. 14), de geração de despesa nova (arts. 15 e 16) e de geração de despesa obrigatória de caráter continuado (art. 17).

A ordenação sistemática do orçamento promovida pela LDO, em consonância com o PPA, tomou ares, na esteira da noção de gestão fiscal responsável, de intangibilidade das metas fiscais. Qualquer gasto ou renúncia de receita (isenções, anistias, remissões etc) somente pode ingressar no ciclo orçamentário, desde que não acarrete descumprimento à meta de resultado primário (meta

[71] O resultado nominal é o fruto da equação que processa todas as receitas públicas e todas as despesas públicas, incluídas as despesas com o serviço da dívida. Por outro lado, o resultado primário representa o saldo da equação receitas menos despesas, de cuja conta são excluídas as despesas com o serviço da dívida.

[72] Para o exercício em que deva entrar em vigor, mais os dois seguintes. Esse tema será mais bem tratado adiante.

que, desde 1999, tem sido de superávit) e à meta de resultado nominal (o qual tem sido deficitário por força dos encargos financeiros da dívida líquida do setor público, mas almeja-se que esteja em rota de declínio pela contenção dos gastos não financeiros do Estado).

Com isso, ingressa-se, pois, na difícil definição da justa e democrática fixação das prioridades orçamentárias. É necessário identificar a adequação constitucional da intangibilidade das metas fiscais que, pelo seu próprio mecanismo contracionista, impõem o contingenciamento de empenhos (art. 9º da LRF) e a vedação de despesas e de renúncias de receitas que lhe afetem, quando falhar a hipótese de medida de compensação. Vale perguntar: por que o Estado tem de operar anualmente com resultados positivos, quando seria possível buscar um equilíbrio intertemporal nas contas públicas? Por que há uma consistente (e até deliberada) tendência de expansão das receitas tributárias, sem que a essas corresponda uma proporcional expansão das despesas não financeiras do Estado?

Mas como falar em metas fiscais se elas são perseguidas sem que haja controle da repercussão orçamentário-financeira causada pela política de estabilização monetária? Ora, um dos maiores gastos individualmente determinado no orçamento da União é o gasto com os encargos da dívida (despesa financeira por excelência). Certo é que a política monetária tem por objeto principal, desde 1994, o controle da inflação pela via estreita da fixação da taxa básica de juros, a qual, por seu turno, corrige mais de 50% (cinqüenta por cento) da dívida pública mobiliária brasileira, segundo dados do Banco Central do Brasil.[73]

É essa uma questão de efeitos cumulativos: corrige-se a taxa de juros para controlar a inflação e, simultaneamente, tal aumento reverbera no montante pago pelo Estado com a remuneração dos títulos da dívida pública que sejam indexados à taxa SELIC. Como os entes da federação (e especialmente a União) não têm recursos suficientes para saldar todo o serviço da dívida, o resultado nominal do balanço geral anual é deficitário, em função do que se sucede um crescimento real da dívida pública.

O contracionismo em questão trouxe um redesenho minimalista do

[73] Em novembro de 2005, segundo dados formulados pelo Departamento Econômico do Banco Central, a distribuição percentual dos títulos federais por indexador era a seguinte:
a) os títulos pós-fixados com correção dada pelo câmbio perfaziam 2,44% do total (em significativa rota de decréscimo, uma vez que tem havido a valorização do real frente ao dólar);
b) os títulos fixados à TR compunham 2,95% do total;
c) os títulos pós-fixados à variação do overnight/ taxa SELIC 52,47% (o que também é bastante óbvio já que a taxa SELIC, em 26/12/2005, está em 18% ao ano, garantindo, pois, taxas reais de juros da ordem de 12% ao ano), e
d) já os títulos pré-fixados (modelo mais adequado para uma administração estável da dívida pública) correspondiam a apenas 28,64% do total. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2005. <http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/>. Acesso em: 26 dez. 2005).

Estado brasileiro na década de 1990, sem, contudo, conseguir frear a expansão da dívida pública. Isso ocorre porque o controle de gastos públicos vem sendo feito pela via de cortes às despesas que não envolvem o refinanciamento da dívida, enquanto os encargos da dívida pública (notadamente os juros) não passam pelo mesmo crivo de não afetação das metas fiscais. Trata-se de ponto de inflexão decisivo inscrito no art. 17, § 6º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao qual se voltará mais detidamente no 4º capítulo.

De todo modo, depois de mais uma vez tangenciado o núcleo deste livro, passa-se à discussão do processo jurídico-discursivo que permitiria informar se efetivamente são "públicos" os programas de trabalho do Estado que, embora sejam fixados na lei de orçamento anual, são executados discricionariamente pelo Poder Executivo, porquanto sua conformação devesse ser feita em abertura à participação direta ou indireta dos interessados.

É questão de desafiar a incursão das peças orçamentárias (PPA-LDO-LOA) e da LRF no paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim posto o desafio, cumpre passar ao seu estudo.

## 2.2 Modelo procedimental discursivo de democracia e nova[74] concepção de interesse público

Numa digressão necessária, falar em orçamento público e em definição de políticas públicas, buscando estreitar-lhes as fronteiras de controle é exercício que precisa ser iniciado pela própria apreensão do que seja "público" ou "privado". E, por mais óbvio que pareça, não há como se falar de interesse público sem se pressupor o respeito ao interesse privado, mesmo porque não há primazia de uma esfera sobre a outra. Elas se encontram em igual posição de primordialidade e de força normativa.

Por outro lado, em uma das teses mais diretas do modelo procedimental discursivo de democracia (HABERMAS, 1995), público e privado não são conceitos inferíveis racionalmente e de forma apriorística. Tanto a noção do

[74] O reconhecimento da complexidade social impõe seja retomada a discussão do que seja "interesse público", para que seja superada a clássica noção ontológica de que interesse público é "o" interesse estatal definido em lei. Segundo Dias, M. T. F. (2003, p. 250-251), "a questão do regime jurídico administrativo e do seu corolário básico de que à Administração Pública cabe a defesa dos interesses públicos deve ser discutida, visto que os próprios interesses públicos deixam de ser categorias ontológicas e homogêneas para se tornarem instrumentos de discussão e negociação. É preciso, nesse sentido, revisar os modos de definir e realizar os interesses públicos, sob pena de cairmos novamente no raciocínio tautológico de que à Administração cabe defender o interesse público e o interesse público é aquele que está contido na lei, como mero instrumento formal de legitimação do direito. Temos, então, que o interesse público não existe de forma absoluta e, portanto, autoritária. Existe, porém, de forma relativa, por meio do consenso que vai se formando sobre o que constitui uma moral comum, mediante um processo de abertura de canais no sistema político que interferem no sistema administrativo."

que seja privado, quanto a do que seja público são sempre uma construção dialógica diante da vivência concreta do processamento de conflitos de interesses. Em outras palavras, é da arena pública em que todos os cidadãos podem apresentar suas pretensões de validade – em um cenário de busca de solução para os conflitos cotidianos – que emerge a construção do interesse público que legitimamente processará os aludidos conflitos, a partir da integração dos interessados nessa solução buscada.

O Direito já conhece tradicionalmente esse movimento procedimental que assegura aos cidadãos a apresentação de um discurso com suas versões da realidade para buscarem decisões construídas legitimamente – de forma direta ou indireta – com todos os interessados. O princípio constitucional que mais se aproxima dessa apreensão teórica é o princípio do devido processo legal, em que são assegurados o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo (art. 5º, LV da CR/1988).

Precisa-se, portanto, é da expansão da aplicação desse princípio, o que, no Direito Administrativo contemporâneo, foi positivamente inserido pela via da processualidade administrativa, com lastro na sedimentação do dever de motivar,[75] na abertura a todos os interessados e na formação consistente do contraditório em todas as decisões tuteladas pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Ou seja, não se está falando aqui de um mundo teorético intangível.

Muito embora a processualidade tenha avançado nas sendas administrativistas, noutra via de análise, a insuficiência presentemente constatada no exercício de construção discursiva do interesse público (PIRES, 2002) decorre, entre outras coisas, da aplicação míope da estrita legalidade, o que leva a que se desconheça o caso concreto e as nuanças principiológicas nele envolvidas.

De acordo com Pires (2002, p. 72),

> Para o Direito Administrativo "moderno" que começa a aceitar a justeza do razoável e do proporcional no controle do mérito das decisões emanadas pela autoridade competente para enunciar "o" interesse público, a democratização passa pela perspectiva de que ou se reconhece a existência do mar revolto de interesses, para eleger democraticamente o mais legítimo, ou se seguirá correndo o risco de depositar confiança demais em alguém para que ele eleja consigo mesmo a dimensão conflituosa da lei em que reside o público.
>
> Até agora, o Direito Administrativo se contentou em dizer que esse alguém subjetivamente decidia porque tinha autoridade, porque estava estritamente vinculado ou ainda porque representava uma parcela da população

[75] Para uma leitura mais acurada sobre o princípio da motivação e sobre sua assimilação no Direito brasileiro como importante instrumento (discursivo) de controle da discricionariedade dos atos administrativos, ver Araújo (2005).

> em razão de um momento estanque e difuso, ou seja, nada estendido no tempo e em relação às mudanças de fluxo de valores sociais.

Diante da perplexidade trazida pela argüição simples de haver interesse público supremo com base na citação direta de artigo de lei, sem qualquer esforço de aproximação principiológica com o caso concreto, Pires (2002, p. 02) sustenta fortemente que é "insuficiente a idéia de que os gestores públicos devam cumprir a lei de ofício (na célebre construção de Ruy Cirne Lima), se um tal cumprimento não se der de modo a que a definição e implementação do 'público' sejam feitas discursivamente segundo o código principiológico fundamental."

Carvalho Netto, noutra linha de análise, também aponta para as limitações da perspectiva de que o administrador público apenas aplica a lei de ofício. Para o autor em questão:

> A imparcialidade do aplicador cobra agora o sentido oposto [à idéia de "cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito"] de que este esteja aberto e sensível às pretensões jurídicas levantadas por todos e cada um dos envolvidos, buscando, no ordenamento, a norma capaz de reger aquela dada situação, de modo a não produzir resíduos de injustiça. A tessitura aberta do Direito não é mais um problema, mas um ponto de partida. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 03)

Nesse sentido, o que de peculiar e ao mesmo tempo problemático emerge da estrutura burocrática de gestão – ainda profundamente arraigada no seio da Administração Pública latino-americana (O'Donnell, 1998b) – é a pretensão de dar conta de prever todas as ocorrências em todos os setores da organização, enquadrando-as, por meio de normas escritas, em padrões de comportamento definidos. Daí deflui, por seu turno, a expectativa de que são justamente esses meios/ padrões fechados que conduzem racionalmente aos fins a que Administração Pública deve visar e dos quais não pode dispor subjetivamente.[76]

Uma vez desumanizada a estrutura com base no governo de leis, não haveria motivos por que se considerar a existência de conflitos que devessem ser

[76] Bem é de se lembrar que o Direito Administrativo brasileiro, em larga medida, ainda se posiciona diante da temática do controle da Administração sob esse enfoque típico do paradigma liberal de Estado de Direito, já que a vinculação à "estrita legalidade" opera como pressuposto da idéia de que o administrador público apenas "aplica a lei de ofício", tal como Pires criticara. Problema surge quando se percebe que as margens de liberdade interpretativa presentes no próprio texto da lei só podem ser analisadas principiologicamente diante do caso concreto.

negociados, já que uma tal situação não passaria de tema para nova legislação, movimento esse que se daria fora da organização interna da Administração Pública, mais especificamente no Parlamento.

Naquilo que tangencia o objeto deste estudo, o orçamento seria um dado legal neutro ou isento de conflito, porquanto tenha sido legitimado pelo processo de aprovação da lei que o veicula. Dito de outra forma, o orçamento público não espelharia o processo de demandas eleitas em uma apreensão temporal de prioridades governamentais, por mais que a própria execução orçamentária oscilasse dentro da margem de liberdade conferida legalmente.

Tudo restaria muito bem burocratizado, não fossem as práticas informais e os embates políticos que comprovam a perda da referibilidade entre as regras racionais e os comportamentos institucionais. Ora, se os fins que o Estado deve ter em mente são públicos, esse caráter é aferível – no cenário de consolidação do Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição de República de 1988 – não só em face do cumprimento de estritos comandos legais, mas da efetiva participação de todos os interessados no processo de formulação e implementação desses fins.

O enviesamento técnico-racionalista de uma tal estrutura de exercício de poder (para Weber, a burocracia nada mais é que a forma de dominação racional-legal) não leva em conta justamente que "a lei, em seu conteúdo e em sua aplicação, é basicamente (como é o Estado do qual ela faz parte) uma condensação dinâmica de relações de poder, não apenas uma técnica racionalizada para ordenar as relações sociais." (O'DONNELL, 1998b, p. 54)

É, pois, no descortinar de uma concepção de Estado Democrático somente legitimável procedimental e deliberativamente (Habermas, 1995), que cabe a mesma inquietação manifestada por Pires (2002, p. 72) de que

> em tempos de vieses vários para a crise do Estado, nenhuma forma melhor de defendê-lo do que abri-lo ao fluxo de todos eles [todos os interesses envolvidos no caso concreto], uma vez que, assim como a lei em sua relação direta com o caso concreto, o argumento que diz da norma aplicável deve sempre se fundamentar em critérios de plausibilidade discursiva, o que se faz direta ou indiretamente perante os interessados nessa aplicação.
>
> Mais do que isso, devem ser postos em voga os interesses conflitantes, ainda que partindo do princípio de que o gestor está vinculado à lei, porque, da mesma forma que a representação política, é crivo de todos os que legitimam os poucos majoritários, mesmo seguindo existentes tantas minorias, o público deve ser feito em público.

Daí porque a passagem do horizonte de finalidades legais estáticas ao processo dinâmico de interação entre sujeitos de direito [incluindo o próprio

Estado, que segundo Vilhena (2002), além de ser ordem jurídica, também é sujeito de direito adstrito àquela] e de interação entre os próprios direitos e deveres, está a deixar alguma coisa inquietantemente fora do lugar na atuação da Administração Pública burocratizada.

Ora, a própria impossibilidade de aplicar a lei ao caso concreto sem um movimento de interpretação que pressupõe contraditório, motivação, razoabilidade, proporcionalidade etc está em flagrante desajuste com a pretensão racional-burocrática de tudo prever. Na máxima sempre lembrada por Carvalho Netto, texto pressupõe contexto e a democracia é um mar revolto de interesses. Como processá-los, senão discursivamente diante do caso concreto?

É o supracitado autor que esclarece o quão limitada é a estrita legalidade para promover segurança jurídica e controlar riscos, porquanto,

> Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos, quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los e passamos a buscar controlá-los; a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 32)

Ao adotar uma visão míope e absolutamente simplificada de estrita legalidade que tudo falsamente abarca e resolve, a Administração Pública deixa de reconhecer os usuários de serviço público, os contribuintes, os demandantes em processo administrativo, os concessionários, os servidores – entre tantos outros que se relacionam com o Estado – como cidadãos interessados nas decisões que lhes afetam. Deixa também de lhes proporcionar um espaço institucionalizado de composição de conflitos,[77] sem perder de vista as limitações impostas orçamentariamente e pelo respeito a outros interesses e direitos.

Veja-se bem, a aplicação da lei é um processo dinâmico, politicamente determinado pelo embate de interesses envolvidos e a única legitimidade pos-

[77] A ação dos órgãos de "jurisdição administrativa" (aqui entendida como a capacidade de dizer o direito em conflitos administrativos, sem prejuízo do disposto no art. 5º, XXXV da CR/1988) poderia ser estendida para incorporar a possibilidade de resultarem suas decisões em proposições legislativas. Exemplo disso são os Conselhos de Administração de Pessoal (a que se refere o art. 39 da CR/1988) e o julgamento de pleitos relativos aos servidores estatutários que poderia avançar no debate – como a própria Constituição propugna – sobre a "política de administração e remuneração de pessoal".

sível jamais decorrerá da presunção ilógica de neutralidade técnica da própria Administração. Só será legítima a apreensão do que seja interesse público no caso concreto se ali se abrir espaço procedimentalmente à participação – direta ou indireta – de todos os interessados, motivando e construindo um discurso de consensualidade.[78]

Posto o mesmo raciocínio sob um olhar jurídico, seria dizer que, sem o devido processo – em que se asseguram a ampla defesa e o contraditório aos interessados (nos termos da Lei n.º 9.784/1999) –, as decisões unilaterais da Administração Pública capazes de afetar a esfera jurídica de terceiros seriam inválidas, porquanto ilegítimas. É a extensão do horizonte de fixação do agir estatal: deixa-se para trás o ato administrativo instantâneo (emitido unilateralmente) e passa-se à composição mais complexa (e, por isso, mais coerente com o cenário de crise do positivismo[79]) de processos administrativos, com a participação dos interessados e com a incorporação da motivação ao longo de todas as fases processuais.

O interesse público avocado pela Administração – inserido que está no princípio deliberativo-procedimentalista de democracia – deixa de ser um argumento clarividente em sua racionalidade, não podendo mais ser dado de antemão em sua supremacia e passando a ser tomado como uma construção plural e limitada por outros princípios. Assim, somente é passível de ser tido como legítimo o interesse público que é erigido do debate (não necessariamente direto) entre todos os interessados na sua formulação e implementação.

Desta feita, relevante é assumir que, na vigência da Constituição atual, a consensualidade – em substituição ao uso inadequado de atos de autoridade, calcados na unilateralidade – deveria ter seu espaço institucionalizado tanto, como premissa macropolítica, para democratizar a Administração Pública; quanto, no universo das relações entre Estado e cidadãos, para elucidar que as informalidades e as interpretações da lei sem a participação – direta ou não – dos interessados não correspondem à promessa da burocracia de instituir o "governo das leis".

A conclusão que incipientemente se delineia é a de que a relação Estado-cidadãos é também espaço de "condensação dinâmica e deliberativa das relações de poder" e não apenas aplicação neutra e estática da lei (O'DONNELL, 1998b).

---

[78] Aqui entendida como institucionalização de canais de negociação e de discussão dos conflitos perante o caso concreto.

[79] Diante da crise por que vem passando a modernidade, já não é possível atribuir à racionalidade extrema a capacidade de solução de problemas em uma sociedade hiper-complexa. Os dilemas de composição coletiva não são administráveis pela insígnia apriorística do positivismo ("ordem e progresso"). No olhar luhmanniano, toda decisão envolve a seleção forçada dentre várias alternativas possíveis, sendo certo que não é possível antecipar todos os efeitos das decisões tomadas. Ou seja, a minoração das incertezas é uma busca jamais afrontada pela suposição de normas racionais aplicáveis indistintamente em relação aos casos concretos.

Negar a possibilidade de consensualidade, nesse sentido, seria optar pela obscura relação na qual o Estado faz de conta que cumpre estritamente a lei em defesa da supremacia (burocraticamente estática) do interesse público e os cidadãos fazem de conta que não é preciso recorrer à prática informal para solucionarem boa parte dos problemas que os tangenciam.

Pois bem, a prática informal nada mais é que um espaço antidemocrático de apropriação privada da coisa pública e, de certa forma, mitiga pragmaticamente os limites da estrita legalidade. Assim, há ruptura com a premissa republicana de que todos são iguais – no mínimo – perante a lei, pois quem cria alternativas informais ao comando legal acaba sendo "mais igual do que os outros".[80]

Por essas razões, é que a consensualidade ao invés de desconsiderar a existência de práticas que a burocracia jamais conseguiria abarcar em sua efervescência e continuidade, legitima-as não por meio da transformação delas em novos padrões, mas fundamentalmente submetendo-as ao crivo de um procedimento institucional de ajustamento, tanto quanto possível, das distâncias entre o planejado e o real, entre norma e prática, entre interesses conflitantes.

Para Habermas (1995), esse mesmo, por assim dizer, paradoxo de uma Administração Pública ainda afeta ao Estado de Direito (sob o pálio da estrita legalidade) estaria a dizer da ausência de racionalidade discursiva, porquanto estivesse desprezando a influência do poder comunicativo da sociedade na formação das decisões governamentais. Uma decisão discursiva – sem prejuízo dos canais institucionais – seria, por exemplo, a de submeter o resultado de uma negociação ao crivo do Legislativo na forma de um projeto de lei.

Segundo o modelo de democracia discursiva, nesse sentido,

> O poder de que a administração dispõe transforma sua condição agregada **tão logo emerge do uso público da razão e do poder comunicativo**, que não apenas monitoram o exercício do poder político *a posteriori*, mas também o programam de certa forma. Não obstante essa racionalização discursiva, somente o sistema administrativo pode "agir". **A administração é um subsistema especializado em decisões coletivamente obrigatórias, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública compreendem uma extensa rede de sensores que, em primeiro lugar, reagem à pressão das amplas problemáticas sociais e estimulam opiniões**

[80] Exemplo disso são os *lobbies* para inserção no orçamento de despesas, as quais só seriam futuramente executadas com a renovação dos canais indiretos de pressão sobre o Poder Executivo. Tais despesas são conhecidas como "janelas orçamentárias", vez que não têm legitimidade por si sós para se fazerem cumprir, tampouco contam com os recursos necessários à sua consecução. Elas ingressam no ciclo orçamentário de forma paulatina e, por vezes, são empenhadas e efetivamente liquidadas por força de um processo indireto de definição das prioridades governamentais.

> **influentes**. **A opinião pública, transformada por meio de procedimentos democráticos em poder comunicativo**, não pode "regular" a si mesma: **pode somente apontar o uso do poder administrativo em direções específicas**. (HABERMAS, 1995, p.119, grifo nosso)

Novamente está-se a tangenciar aqui a democratização da Administração Pública, na medida em que o modelo burocrático por ela adotado haverá, necessariamente, de ser contraposto com a inquietante constatação de não ser possível governar à luz de padrões racionais *a priori*. A insuficiência analítica da racionalidade calcada em regras estritas é evidenciada pelos dilemas de um Direito pós-moderno que não soube responder ao seu déficit de legitimidade em face de suas "promessas não cumpridas" (Bobbio, 1986), como, por exemplo, a promessa do "governo das leis" que não pode ser totalmente cumprida em desconsideração às pessoas que a põem em prática.

Na precisa lição de Vilhena (2002, p. 16), citando Gurvitch, "o interesse geral não é senão um equilíbrio móvel entre interesses contrários e existem tantos aspectos múltiplos e equivalentes do interesse geral, como há probabilidades de equilíbrios dos interesses contrários."

É, então, – na seara da crítica a padrões estritos de legalidade que conferem uma legitimidade ainda mais estrita à atuação da Administração Pública, a qual deve perseguir o interesse público mesmo numa sociedade em que o público não é necessariamente identificável com o estatal, nem tampouco é algo isento de conflituosidade – que a teoria do discurso (HABERMAS, 1995) tenta propor qual legitimidade ainda seria possível se demandar da democracia e do Direito.

Sob a análise habermasiana, são "os **procedimentos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade** [que] funcionam como **as comportas mais importantes para a racionalização discursiva das decisões** de uma administração limitada pela lei e pelo estatuto." (HABERMAS, 1995, p. 119, grifo nosso).

O tema fundamental reside, pois, na perspectiva de "comportas" para o estabelecimento das decisões tomadas no seio da Administração Pública e que interferem na vida de toda uma comunidade cívica. Problema reside em como se interpreta a dinâmica dessas balizas da atuação estatal: eis o que O'Donnell (1998b, p. 54, grifo nosso) constatou como "interessante paralelismo" entre "as **reivindicações de racionalidade técnica apolítica** feitas por alguns juristas e por muitos economistas da corrente dominante" e o entendimento, já várias vezes repisado aqui, de que "a lei, em seu conteúdo e em sua aplicação, é basicamente (como é o Estado do qual ela faz parte) uma **condensação dinâmica de relações de poder**, não apenas uma técnica racionalizada para ordenar as relações sociais."

A discussão sobre a instauração de um modelo procedimental discursivo de democracia no agir da Administração Pública a revisitar o próprio conceito de interesse público passa pelo esforço de saber se é possível ou não superar[81] as margens pretensamente estreitas do regime jurídico administrativo (estrita legalidade), para admitir a institucionalização de canais de consensualidade ou – dito de outro modo – canais discursivos de deliberação.

Noutro giro, essa também é uma discussão a respeito do caráter apolítico e meramente técnico-racional das decisões tomadas no seio da Administração Pública. Em breve parêntese, cumpre questionar o quão técnicas são as decisões que remanejam dotações no seio da execução orçamentária dos entes da federação, de modo a priorizar uma ou outra política pública, em detrimento de algumas políticas outras, teoricamente, de menor relevo. O haver autorização legal para que isso ocorra não significa que as opções feitas pelo administrador público sejam constitucionalmente adequadas em toda e qualquer circunstância.

Por isso, foi deveras pertinente esclarecer, de antemão, que a lógica racional-legal de gestão (ou seja, a idéia de estrita legalidade) apresenta severos limites para ser apresentada como "comporta" única e auto-suficiente na definição e implementação do interesse público pelo Estado Administrativo.

De todo modo, uma conclusão primária a esse respeito caminha no sentido de que se deve persistir na busca por um modelo aprimorado que legitime as soluções de conflito que, eventualmente, sejam processadas fora de rígidos padrões normativos como o são as regras ou que, em negando a institucionalização de um novo modelo, consiga apontar para outros argumentos legitimatórios que não os meramente burocráticos.

Falar que o orçamento público seja, de fato, público porque decorre de lei é uma apreensão que merece relativização, seja pela insuficiência da baliza legal[82] para afastar as hipóteses de apropriação privada da coisa pública, seja pela distância entre planejado e executado. Tal distância na seara orçamentária é ainda mais notória, porquanto a discricionariedade permita aos Governos a promoção de gastos públicos em maior ou menor aproximação com a previsão legal, ou seja, não há exatidão ou segurança de alocação, exceto nas despesas constitucional ou legalmente vinculadas.

[81] É de se notar que uma tal superação já começa a ser empreendida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da processualidade e da vinda da idéia de juridicidade, para além da noção de estrita legalidade, porquanto representem, respectivamente, a abertura à participação dos interessados e a admissão dos princípios em um mesmo patamar de força normativa que as regras.

[82] O ser "insuficiente" aqui não quer dizer, de forma alguma, "desnecessário". Não é possível inaugurar o debate sobre orçamento público sem se falar em legalidade, mas também não é possível dar por encerrado esse mesmo debate apenas com a previsão legal. A legalidade, nesse sentido, é variável imprescindível, embora seja insuficiente para cuidar de todo o controle do ciclo orçamentário.

Para além da fronteira legal que fixa apenas o limite máximo de gasto em cada rubrica, é necessário delinear meios de controle que aproximem o esforço de deliberação do Parlamento com a execução empreendida unilateralmente pelo Governo. Como apreender a natureza publicística de um e outro movimento?

Ao longo do que se discutiu até aqui, sobrelevam, como horizonte reformador do regime jurídico-administrativo, a via da processualidade que expande no tempo e na participação de interessados o escopo das decisões que definem o que é interesse público e a via da juridicidade que assimila os princípios como normas. Nesse sentido, vale lembrar que a aplicação da lei orçamentária é, assim como sua própria elaboração, processo de condensação de políticas públicas. Eis a questão que se passa a analisar.

## 2.3 Limites discursivos e balizas republicanas à conformação democrática dos orçamentos

Logo de início vale retomar a idéia de que falar em controle das contas públicas é tratar – pela interface da previsão orçamentária e da efetiva alocação de recursos financeiros – do custeio de políticas públicas. Embora seja esse um raciocínio primário e até intuitivo, cumpre não perder de vista que o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado.

As políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado. São, em última instância, a representação – organizada em diretrizes gerais e dentro de projetos e atividades – das funções constitucionalmente atribuídas à Administração Pública. Exemplo disso são os deveres de segurança pública, de saúde, de educação, de proteção ao meio ambiente, de tutela à criança e ao adolescente, de garantia da estabilidade da moeda e das relações econômicas etc. Certo é que o Estado se desincumbe de tais deveres por meio de estruturados planos de ação governamental, aos quais podemos individualmente chamar, grosso modo, de política pública.

Se se considerar que o regime de orçamentação adotado no Brasil é o de orçamento-programa (de acordo com o art. 22, IV da Lei n.º 4.320/1964), tem-se que o conceito de política pública envolve o desempenho de programas de trabalho nas mais diversas funções[83] sob incumbência do Estado (como o são a função de acesso à justiça, a legislativa, a de educação, a de saúde etc.).

[83] Não é sem razão que a classificação que leva ao nível mais concreto de detalhamento da despesa, na LOA, é chamada de "funcional-programática". Ou seja, trata-se de classificação orientada por funções (e dentro dessas, sub-funções) e por programas de trabalho, os quais subdividem-se em projetos e atividades, conforme se tratarem, respectivamente, de ações transitórias ou permanentes.

Os programas de trabalho, por seu turno, pressupõem a interação dinâmica de meios de que o Estado dispõe (no que se inclui pessoal, bens, verbas, prerrogativas e processos) para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. Não se trata apenas de planejar a ação estatal, mas de assegurar a sua consecução, dentro das metas físicas e financeiras inscritas na lei de orçamento.

O modo[84] pelo qual são associados – de forma sistematizada – todos os meios disponíveis, ao longo do tempo, para que sejam atingidas tais metas deve ser adequado e proporcional à finalidade pública que se espera cumprir.

O que há de complexo na execução de políticas públicas resulta da perspectiva de que é preciso administrar cada qual dos aludidos meios (na forma de gestão de patrimônio, gestão orçamentário-financeira, gestão de pessoal etc) para múltiplas demandas, tendo de selecionar prioridades alocativas a cada exercício financeiro e durante o próprio curso da execução orçamentária.

Não se pode, por isso, olvidar que o conceito de política pública é histórico e decorrente da tessitura social na qual o Estado se justifica como instituição garantidora – em via direta ou indireta – da ordem e bem estar coletivos.

Bucci (2002, p. 252, grifo nosso) leciona que

> As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. **A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas**. As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.

Exatamente porque a inferência do que seja atividade-fim do Estado (*government by policies*) não se trata de um exercício apriorístico e absoluto é que se chega à necessidade contingente de definir o que seja prioridade governamental por meio de processos que garantam, tanto quanto possível, maior correspondência do que o Estado faz com o que a sociedade lhe atribui como devido.

[84] Além da divisão por funções e por programas de trabalho, a lei de orçamento reconhece a necessidade de distribuir competências de execução dos gastos por diversas unidades orçamentárias (UO). Em regra, as unidades autônomas de execução orçamentária correspondem à organização administrativa que decorreu da necessidade de desconcentrar e, por vezes, descentralizar competências para garantir a execução especializada de políticas públicas por níveis hierárquicos, por regiões do país e por grandes áreas de conhecimento organizacional. Na Administração Pública federal, há diversos ministérios, secretarias e órgãos regionais (decorrentes da hipótese de desconcentração), bem como há autarquias, fundações e empresas estatais (originadas da descentralização) que são distribuídas nos diversos estados da federação para assegurar, procedimentalmente, que as determinações do Chefe do Executivo (emanadas nos limites da lei e para lhe dar cumprimento) sejam executadas de acordo com o seu plano de ação governamental.

A passagem de um raciocínio ao outro – ou seja, a passagem do processo democrático que garante legitimidade à definição das políticas públicas até a própria apreensão substantivo-republicana do que deva ser política pública – é um dos maiores desafios ao constitucionalismo contemporâneo.

Por mais que se saiba haver muito o que fazer, o Estado não tem como abarcar a responsabilidade pela solução de todos os conflitos sociais, seja porque não pode se fazer substituir aos cidadãos em sua esfera de autonomia,[85] seja porque dispõe de recursos limitados, quando, então, passa a ter de definir com clareza onde e com que intensidade atuará. Aliás, do ponto de vista orçamentário e financeiro, tal realidade é determinante.

O controle sobre a definição do que o Estado faz (e dentro de qual linha de prioridade) passa a ser, desse modo, tema umbilicalmente vinculado à equação havida entre as receitas de que aquele dispõe e as despesas a que está autorizado a promover.

O orçamento é primeiro espelho – e quiçá o mais transparente – do destino das ações estatais, por mais que se diga que a peça orçamentária comporta margem de alocação discricionária para administrar a complexidade das demandas sociais ao longo do exercício financeiro.

Ocorre, contudo, que a discricionariedade[86] dada nos limites da lei para o administrador executar políticas públicas com remanejamentos e novas definições alocativas só pode ser exercida como faculdade controlada pelos fins públicos e não como liberdade privada. Notadamente, na seara orçamentária, o Legislativo desempenha papel decisivo, o qual não se trata apenas de controle *a posteriori*. São conferidas ao Parlamento as atribuições de aprovação, de acompanhamento da execução do orçamento público e de controle por meio da apreciação das contas.

Teoricamente a participação do Legislativo não é apenas uma aquisição histórico-institucional, mas uma questão de pressuposto democrático. A fixação das prioridades governamentais para sociedades complexas é desafiadora porque, como Sartori (2000) diria, os riscos (da não participação de todos os interessados) são inversamente proporcionais aos custos da abertura ao maior grau de envolvimento na definição do que o Estado deva cumprir como função precípua sua. Em linhas muito simplificadas, tem-se que quanto maior o número de pessoas decisoras, mais difícil, demorada e onerosa é a decisão sobre a alocação de recursos estatais em face das prioridades sociais postas em

[85] Nesse sentido, é célebre a crítica habermasiana ao Estado do Bem-Estar Social (HABERMAS, 1987), na medida em que a relação paternalística de concessão de direitos sociais tutelados pelo Estado ("verdadeiro Estado Administrativo") tornou a sociedade dependente das prestações estatais.

[86] Vale chamar a atenção para o alerta de Bucci (2002, p. 265), para quem "a idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional".

discussão. Por outro lado, decisões rápidas tomadas por poucas das pessoas afetadas são mais arriscadas para aqueles que têm de se fiar na figura de um representante.

Para fazer frente ao desafio de definir o rol de fins a que se volta o Estado, o Direito agregou importante contribuição na mitigação dos riscos da relação de representação entre governantes e governados,[87] qual seja, o princípio da legalidade. A lei passa a ser baliza significativa, embora não suficiente do que devam ser os fins públicos.

Em importante contribuição, Bucci (2002, p.265) assevera que

> As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em conseqüência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos.

O processo de formulação das políticas públicas – direta ou indiretamente – é lastreado em leis que tanto trazem os planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, como também veiculam a organização sistêmica de algumas delas (exemplos notórios são a Lei Orgânica da Assistência Social e as Leis do Sistema Único de Saúde - SUS e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento

[87] É Carvalho Netto (2001, p. 09-10) quem retoma a tensão permanente entre identidade e representação no núcleo dos regimes que se pretendem democráticos. Para o autor em questão, "[...] em seu cerne ele [o regime democrático] agasalharia uma contradição interna absoluta e insolúvel entre o princípio da identidade governante e governado e o da representação política, porque, se há representação, o que não há, é precisamente, identidade entre governante e governado. Por isso mesmo, [Carl] Schmitt previa que esse regime encontrava-se condenado ao desaparecimento e que, na verdade, na sociedade de massas do século XX, a única possibilidade viável de democracia, de identidade entre governante e governado, residiria na ditadura, ou seja, na possibilidade de uma pessoa hábil, de um líder, capaz de lidar com o sentimento das massas, poder formar essa identidade, manipulando a vontade dessas massas, através de todos os meios possíveis, fazendo com que, ao final, a vontade do *povo* se identificasse com a sua. A democracia para Schmitt, portanto, teria esse sentido invertido, esse sinal invertido. É o próprio governante que se legitima e constitui as massas como povo ao manipulá-las."
Não obstante a visão de Schmitt politicamente tender à justificação de regimes autoritários, Carvalho Netto lembra que a democracia subsiste dialogicamente na relação entre governantes e governados, na medida em que "O fato de sempre termos que levar consideração esses princípios [identidade e representação] tomados, não como contraditórios a exemplo de Schmitt, mas como simplesmente contrários e em permanente tensão impede que esse regime venha a se tornar uma *res total*, exigindo sempre contemporaneamente representação e identidade; o que importa uma revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando, a um só tempo, tanto essa representação quanto o próprio conceito de povo, de identidade, sempre precárias, requerentes de recorrentes revisões. É precisamente nesse sentido que podemos ver a dinâmica e a vitalidade da democracia, uma democracia capaz de permanente inclusão, ou seja, de reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, que há de ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão." (CARVALHO NETTO, 2001, p. 12).

do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF[88]), quanto, enfim, inscrevem programas no ciclo orçamentário (PPA-LDO-LOA).

Essas leis inauguram uma rota basilar de controle, embora não consigam fixá-la em patamares plenamente vinculantes. Por essa razão é que Bucci (2002) suscita ser possível retomar os pressupostos de fato e de direito da ação governamental ordenada por políticas públicas, já que o processo de elaboração dessas permitiria que se conhecesse importante fio condutor para densificação, no caso concreto, da finalidade pública perseguida.

Com isso, não haveria que se falar aprioristicamente em discricionariedade intangível ao controle judicial, pois, diante do caso concreto e dos pressupostos da política pública (extraídos do processo de sua formulação e execução), caberia analisar a adequação das ações governamentais ao ordenamento constitucional.

Problema real surge e a ele Bucci não apresenta resposta, quando se questiona ser factível aos cidadãos exigir judicialmente o implemento de políticas públicas. É saber se o Judiciário poderia provocar a execução daquelas e sob qual fundamento. Como determinar a realização de despesas em um cenário de diversas demandas conformadas em projetos e atividades da Administração Pública?

Não há resposta juridicamente incontestável para as questões postas, mas algum esforço de análise há de ser feito, para que se possa entender até mesmo a própria dificuldade presentemente encontrada entre os juristas de ver o Estado, por vezes, inoperante diante de deveres constitucionais e não se conseguir estreitar as fronteiras do controle.

Sob o marco do que Clève (2003) chama de **dogmática constitucional emancipatória**, não se pode admitir como válido o argumento do caráter programático das políticas públicas, o qual é tipicamente usado para que a Administração se esquive do controle jurisdicional quanto à inconstitucionalidade de suas omissões no implemento de direitos de prestação positiva (também ditos sociais). Mas o Judiciário tampouco pode se fazer substituir[89] ao administrador.

Assim posto o desafio, chega-se aqui a um impasse: como definir fins públicos? Com que critério de legitimidade deve-se legalmente atribuir determinado volume de recursos a uma política pública (por exemplo, tratamento de pacientes aidéticos) em detrimento ou em concorrência com os recursos que

[88] Respectivamente, Leis n.º 8.742, de 07 de dezembro de 1993, 8.080, de 19 de setembro de 1990 e 9.424, de 24 de dezembro de 1996.

[89] Quanto ao tema dos limites da sindicabilidade jurisdicional sobre as políticas públicas, tem-se que ele será mais detidamente tratado no Tópico 2.5 deste capítulo.

poderiam ser aplicados em outra política pública (por exemplo, saneamento básico ou vacinação contra hepatite)? Novos exemplos sucedem-se e assim, pode-se questionar quando e em que medida mais investimento em ensino superior significa menor disponibilidade de recursos para o ensino fundamental ou para o médio. Por que e com que prioridade se deve investir na construção de hidrelétricas quando há a demanda premente de viaturas e de sistemas de inteligência policial? A complexidade de tal seleção de prioridades é um dado posto no ordenamento constitucional.

Embora a lei seja baliza importante para controlar o agir estatal, não pode, para isso, bastar o seu ditado. Dogmatizar a fixação de prioridades levará a uma incapacidade de resposta no curtíssimo prazo, pois não há qualquer régua de justeza das prioridades governamentais. O que deve vir antes do quê? O que não deve ser contingenciado em tempos de contração orçamentária? Com qual tipo de despesa pode-se superar os limites de endividamento? São questões que merecem algumas novas digressões teóricas.

Primeiramente, no mérito da questão, cumpre discernir o que é definição de prioridade (ou seleção forçada pelo olhar luhmanniano) para posteriormente ser possível questionar as insuficiências da lei, embora dela não se possa prescindir no exercício da função pública.

Substantiva e processualmente o que emerge como atividade-fim do Estado é sempre fruto de uma apreensão politizada, cuja institucionalização por dentro do próprio Estado confere-lhe o status de lei. Por outro lado, não basta estar sob o pálio do princípio da legalidade, porque a maior ou menor distância entre a previsão e a execução dos dispositivos legais depende, obviamente, das condições de sua aplicabilidade. Novamente aqui surge, em segundo plano, o tema da discricionariedade e da vinculação do administrador público frente aos comandos que regem seu agir.

Nesse sentido, lembra Pires (2002, p. 3) que

> Em razão desse movimento e da complexidade social avassaladora, é que o Direito Administrativo vem sendo chamado a romper com as premissas da estrita legalidade e das restrições ao controle do Judiciário sobre a Administração Pública, para assumir cada vez mais a perspectiva discursiva do que é ou não razoável diante do caso concreto, até como forma de correção dos excessos impostos pela racionalidade abstrata da modernidade a partir do mito da possibilidade de capacidade do Direito fechado, e que nele próprio encontra suas razões, de construir o patamar de justiça por meio de estruturas lógico-hipotéticas.

As limitações da estrita legalidade denunciadas por Pires encerram, para Santos (1987, p. 34), um quadro de "paralisia tecnológica considerável do ponto

de vista da ordenação[90] de valores implícitos aplicáveis à administração do justo". Ao longo dos séculos, o desafio posto foi o de conviver com a inexistência no campo da Justiça de uma régua de valores e procedimentos que informasse sempre sobre a melhor solução para os conflitos e desafios que a sociedade põe ao campo do Direito.

Note-se que tal "paralisia" das sociedades na identificação racional de uma "ordenação do justo" levou historicamente a que se caminhasse em busca de padrões frágeis: ora valores absolutos, em uma espécie de república de interesses homogêneos pouco contrastados com realidades conflitantes, de onde emergem regimes totalitários alheios às diferenças trazidas pelas minorias; ora uma submissão a processos decisórios ilimitados (embora teoricamente abertos a todos os envolvidos), que podem decidir até mesmo sobre a perda do próprio direito de continuar decidindo.

O binômio indissociável entre republicanismo e democracia mais uma vez deve ser lembrado, porque certo é que não há argumento substantivo ou imperativo categórico (noção prezada por Kant) que valha em caráter absoluto sobre todos os demais, tampouco pode haver um processo que – independentemente da matéria sob discussão – confira legitimidade inquestionável. Não há comando normativo que possa ser aplicado independentemente das nuanças do caso concreto, quando outros princípios e variáveis são analisados e integram o complexo quadro que está a demandar solução dentro do ordenamento jurídico.

Também não se pode admitir como crivo de controle da adequação constitucional o mero processo de tomada de decisão por parte do gestor público, já que há balizas substantivas que devem ser asseguradas no curso daquele.

Trazendo o raciocínio em pauta para a seara das finanças públicas, pode-se pontuar que o orçamento não será tido como "público" se, por exemplo, independentemente do caso concreto de calamidade pública, for considerada como nula de pleno direito toda e qualquer contratação de pessoal na forma do parágrafo único do art. 21 e do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). É necessário que haja razoabilidade e coerência com a motivação do caso concreto.

Por outro lado, o simples processo de aprovação das peças orçamentárias (PPA-LDO-LOA) junto ao Parlamento tampouco lhes confere legitimidade inquestionável como documento de definição de prioridades governamentais construído publicamente, já que é perfeitamente possível que o Legislativo,

[90] A paralisia advém da inexistência ou do desconhecimento de padrão racional que permita identificar o que é mais ou menos justo nos conflitos sociais. Não há regra geral e abstrata que automaticamente resolva conflitos distributivos e que seja sempre a solução mais adequada para os mais diversos casos concretos.

por vezes, comporte-se como mero ratificador das decisões já tomadas no Executivo, sem sequer discuti-las.

A busca por tais parâmetros objetivos de eleição do que seja interesse público e do que seja socialmente justo é uma **busca trágica**, no dizer de Santos (1987). Os saberes são precários e a presente "indigência analítica" – que acomete não apenas aos juristas, mas também acomete, senão em maior intensidade, no mesmo nível, aos teóricos da democracia e do Estado – perpassa toda a reflexão sobre como estruturar a ação governamental em face do dilema político-econômico da incorporação da escassez. Esse dilema da falta de recursos para atender às demandas sociais é dado, na prática, pelo confronto entre eqüidade e acumulação, respectivamente, um dilema entre as funções distributiva e alocativa do Estado, por um lado, e sua função estabilizadora,[91] de outro.

A propósito, vale retomar que tal indigência de que fala Santos (1987) é sentida na própria dificuldade de expandir o controle jurisdicional sobre as políticas públicas. Como saber o que deveria ser constitucionalmente mais adequado ao caso concreto se a alocação de recursos em uma ou outra política pública é uma questão de priorização governamental, ou seja, de juízo de conveniência e oportunidade? Mas como não assegurar uma aplicação mínima de recursos em ações de saúde, se, na prática, os juízes já vêm obrigando que o gestor mantenha determinado paciente em leito de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) para lhe garantir o direito à vida? Como não assegurar recursos para a revisão geral anual dos servidores (art. 37, X, da CR/1988) quando o

[91] Giacomoni (2002, p. 38-39), embasado em Richard Musgrave, leciona que uma pertinente classificação das funções econômicas do Estado seria a que se subdivide em:

1) **função alocativa**, aquela por meio da qual o Estado promove ajustamentos na alocação de recursos de forma a torná-la mais eficiente, já que o mercado não provê adequadamente bens cujo consumo não possa ser limitado individualmente, tampouco provê bens em que não se possam excluir os consumidores que não paguem pelo seu custo. São os chamados bens públicos. Nesse sentido, Giacomoni lembra que "no caso do bem público, o sistema de mercado não teria a mesma eficiência. Os benefícios geralmente não podem ser individualizados nem recusados pelos consumidores. Não há rivalidade no consumo de iluminação pública, por exemplo, e como tal não há como excluir o consumidor pelo não-pagamento. Aqui, o processo político substitui o sistema de mercado. Ao eleger seus representantes (legisladores e administradores) o eleitor-consumidor aprova determinada plataforma (programa de trabalho) para cujo financiamento irá contribuir mediante tributos. Em função de regra constitucional básica, o programa de bens públicos aprovado pela maioria será coberto também com as contribuições tributárias da minoria."
2) **função distributiva,** hipótese em que o Estado promove um remanejamento da distribuição de riquezas na sociedade. Giacomoni (2002) suscita que tal mecanismo da política fiscal do Estado tanto pode ser exercido pela via tributária (notadamente com o uso de princípios como capacidade contributiva e progressividade), quanto por meio do fornecimento de educação gratuita, programas de alimentação, transporte e moradia populares, entre outros.
3) **função estabilizadora,** a qual visa a manter a estabilidade econômica. Para Giacomoni (2002, p. 41), "além dos ajustamentos na alocação de recursos e na distribuição de renda, a política fiscal tem quatro objetivos macroeconômicos: manutenção de elevado nível de emprego, estabilidade nos níveis de preços, equilíbrio no balanço de pagamentos e razoável taxa de crescimento econômico. Esses quatro objetivos, especialmente os dois primeiros, configuram o campo de ação da função estabilizadora."

Executivo se omite ilícita e deliberadamente no encaminhamento do respectivo projeto de lei? Como não assegurar recursos se trechos de rodovias vêm sendo interditados pelo reconhecimento de sua condição de trecho intransitável e gerador de riscos inadmissíveis para os condutores?

Clève (2003, p. 21) lembra que

> No sítio dos direitos de defesa [típicos direitos de primeira geração], ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.
>
> A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.

Ora, a fronteira do controle de políticas públicas – no atendimento a "direitos de eficácia progressiva" segundo Clève – passa, logo de início, pela defesa dos direitos dos cidadãos, contra cujas lesões ou ameaças de lesão o Poder Judiciário constitucionalmente se insurge (art. 5º, XXXV). Mas o desafio é apreender como se dá a alocação de recursos – por concepção escassos – entre os mais variados direitos e interesses individuais e coletivos, de modo a lhes atender legítima e adequadamente, dado o rol de competências do Estado brasileiro. O balanço entre, de um lado, aqueles recursos e, de outro, esses direitos e interesses é feito, eminentemente, no curso do processo de elaboração e execução das peças orçamentárias.

Noutra linha de questionamento, por vezes, o administrador público esquiva-se de efetivar direitos constitucionalmente assegurados sob o pálio da argumentação de que falta fonte de custeio. Realmente o Estado não tem como assegurar direitos indefinidamente sem uma respectiva fonte de custeio, tal como o próprio art. 167, II, da Constituição de 1988 determina. Ocorre, contudo, que o custeio geral do aparato administrativo do Poder Público advém de receitas que lhe são autorizadas por lei e que abarcam todas as atribuições constitucionais a que o Estado está adstrito, e dentre essas, cumpre citar a

atribuição de garantir normativa e materialmente os direitos fundamentais.

Derzi (2002, p. IX, grifo nosso) bem posicionou a relação deontológica inscrita no texto da CR/1988 entre receitas autorizadas ao Estado para que garanta eminentemente a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, senão veja-se:

> Esse belíssimo documento humano [a Constituição de 1988] declara a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º); a integração dos direitos humanos reconhecidos em 'tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' (art. 5º, §2º); a irreversibilidade desses mesmos direitos e garantias, entre eles os sociais (art. 60, §4º); e sua inesgotabilidade (art. 5º, §2º). **Auto-aplicabilidade, prevalência, integridade, irreversibilidade e inesgotabilidade** são os predicados com que a Constituição dota os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se incluem os sociais, raízes profundas da República e da Federação, a serem fincadas e fixadas por meio de instrumentos tributários, a elas especialmente afetados, *as contribuições* (arts. 149 e 195) ou, ainda, por meio de vinculações orçamentárias das receitas de *impostos* (art. 167, IV).

Daí decorre que o raciocínio econômico pretensamente irrefutável de que "sem fonte de custeio, não há direitos" deve ser relativizado para absorver a perspectiva de que o custeio de políticas públicas deve ser previsto na lei orçamentária anual e ali pode haver remanejamentos.

Se houver omissão ou subestimativa de créditos para o atendimento de direitos fundamentais (como o é o direito à vida e à saúde, por exemplo), caberia controle (até jurisdicional) para assegurar o direito, obrigando a Administração Pública a gerir adequadamente o custeio necessário à sua tutela. Principiologicamente cuida-se da inafastabilidade da tutela dos direitos fundamentais[92] e da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.[93]

---

[92] Canotilho (1994, p. 363, grifo do autor) suscita haver hodiernamente verdadeira "força dirigente dos direitos fundamentais", na medida em que "a eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de *direitos fundamentais apenas no âmbito da lei* transitou para a idéia de *lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais*."

[93] A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil fortemente inscrito no art. 1º, III da Constituição de 1988. Para Bonavides (2003, p. 587, grifo nosso), "coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e **se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica**, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder." Nesse mesmo sentido, manifesta-se Reis (2005, p. 05), para quem "**constituem, assim, os direitos fundamentais, como manto protetor que são da própria dignidade humana, o epicentro de toda a ordem jurídica, fundamento da própria existência do Estado**, enquanto ordem em contraposição ao caos de uma Sociedade desregrada."
Em sendas administrativistas no Brasil, autores como Justen Filho (2005) e Freitas (1997) têm defendido a dignidade da pessoa humana como verdadeiro eixo finalístico do agir estatal. Para Justen Filho (2005, p. 45), "o fundamento do direito administrativo" deve residir na "supremacia e indisponibilidade dos

A respeito da tensão entre garantia de direitos e seu financiamento estatal, deveras interessante é o debate sobre a universalização ou a focalização do gasto social federal iniciado pelo Ministério da Fazenda em 2003 com a publicação do documento: *Gasto Social do Governo Central: 2001 e 2002*.[94]

Para o Ministério da Fazenda (BRASIL, 2003, p. 21), considerando que, "no período 2001 a 2002, cerca de 70% das receitas primárias do governo central foram destinadas ao gasto social", a solução para o problema da carga tributária brasileira (considerada alta) passaria pela restrição das políticas sociais com caráter universal. Assim, a focalização nas camadas mais pobres[95] da população pretensamente conseguiria melhorar os indicadores de desenvolvimento humano do país, sem propriamente aumentar os gastos fiscais do Governo Central. Vale a pena ler a controvertida proposta do Ministério da Fazenda – em sua face estritamente economicista:

> [...] a possibilidade de o governo reduzir a carga tributária ou mesmo de mantê-la no atual patamar, sem comprometer o ajuste fiscal[96] [calcado no ilimitado avanço dos gastos com a taxa de juros e na formação de superávits primários] e a estabilidade da economia, depende fortemente de sua capacidade **de reformar o gasto social, reduzindo a proteção exagerada** que atualmente provê para um pequeno segmento da sociedade e redirecionando os recursos para o atendimento das demandas sociais mais básicas e urgentes. (BRASIL, 2003, p. 21, grifo nosso)

---

direitos fundamentais", ao que se soma Freitas (1997, p. 52) que, por seu turno, suscita ser necessária a "subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana."
Não é sem razão que o conceito de função administrativa desenvolvido por Justen Filho (2005, p. 29) relaciona os direitos fundamentais como finalidade precípua sua. Para o autor em questão, "a função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional."

[94] Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/spe>. Acesso em: 05 out. 2004.

[95] Pochmann (2003, p. 112) ironiza tal segmentação das políticas sociais para atender aos "mais pobres", ao constatar que "a multidão de miseráveis e excluídos sociais avança, tornando vã qualquer pretensão de selecionar os 'mais pobres dentre os pobres' ou de simplesmente focalizar o gasto social."

[96] Soares e Setúbal (2003, p. 95, grifo nosso) alertam que o ajuste fiscal das décadas de 1990 e 2000 tem sido feito apenas pelo controle dos gastos não-financeiros, haja vista que "a análise centrada apenas no 'gasto' tem sido a tônica de todas as chamadas 'reformas' do setor público perpetradas na América Latina – com um foco especial nas reformas da Previdência ou dos Sistemas de Seguridade Social. É como se não houvesse possibilidade de ampliação e, sobretudo, de redistribuição das bases de arrecadação. A culpa é sempre do 'gasto excessivo', ou (neste caso) 'mal direcionado', e nunca da arrecadação regressiva e concentradora da estrutura de renda. O ajuste, portanto, é sempre do lado do gasto, ignorando que as próprias políticas de ajuste, centradas no monetarismo ortodoxo, levam a situações de recessão econômica que reduzem a arrecadação e provocam uma situação deficitária do setor público. **O remédio para o 'déficit público', no entanto, tem sido um brutal endividamento financeiro que leva a mais ajuste fiscal, com mais corte de gastos, inviabilizando a expansão do gasto público em investimentos que pudessem reduzir, de alguma maneira, a margem de desigualdade.**
[Assim] **o pagamento de juros da dívida brasileira passa a ser o principal e mais inflexível componente do gasto público.**"

A crítica de Pochmann a tal posicionamento foi contundente. Para o aludido autor (2003, p. 109), "a acusação de que o gasto social é elevado, mal focado e satisfaz supostamente os privilegiados parece importar para o Brasil o discurso dos economistas liberais anglo-saxões – desenvolvido para criticar o Estado do Bem-Estar Social Europeu, supostamente ineficiente e generoso em demasia."

Ora, segundo Pochmann (2003, p. 110-111, grifo nosso),

> diferentemente do caso europeu, o nosso país jamais constituiu um Estado do Bem-Estar Social. Não se configurou também uma sociedade salarial, com direitos coletivos básicos para o conjunto dos ocupados [...]. O padrão de consumo na base da pirâmide social mal permite a sua subsistência. A precariedade encontra-se internalizada [...]. Não temos a cidadania econômica, muito menos a social. [...]
>
> **O Brasil possui, se muito, um conjunto de ferramentas esparsas e fragmentadas, longe do desejado e necessário sistema de proteção social de caráter universal**. Mesmo assim, parte da elite bem pensante parece viver fora do país. **Encara as políticas sociais como 'coisa de pobre', excluindo a noção de direitos e cidadania universais, em nome da falsa racionalidade mercantil.**
>
> **O equívoco é propor uma segmentação ainda maior da pobreza**. **Com a desculpa da racionalização de gastos, privatizam-se os serviços sociais – quem pode vai ao mercado – e se transfere o restante para os pobres.**
>
> Parece fácil, já que o difícil – construir uma sociedade mais justa – requer a superação da política tributária regressiva, a estruturação regulada do mercado de trabalho e o desarme paulatino da financeirização.
>
> Nada poderia ser mais revelador que o seguinte dado: entre 2001 e 2002, a relação entre o gasto social não-contributivo e o serviço da dívida do governo federal caiu de 86% para 74%. O gasto social não-contributivo é todo o investimento social (saúde, educação, aposentadorias rurais, entre outros) financiado pela arrecadação tributária geral, excluídas as contribuições previdenciárias. Ou seja, no último ano do governo FHC, proporcionalmente, a União reduziu o gasto social e pagou ainda mais juros para o setor financeiro. Em termos mais precisos, **o gasto elevado noserviço da dívida trava a possibilidade da universalização do gasto social e inviabiliza a sustentação do crescimento econômico**.

Na realidade brasileira, quando se fala em focalização do gasto social federal e, conseqüentemente, em circunscrição do raio de ação estatal ao âmbito dos "mais pobres", discursiva e efetivamente, lança-se – em maior ou menor grau – "quem pode" ao mercado da prestação de serviços como saúde, educação e até mesmo segurança. Com isso, implicitamente resta mitigada a

noção de "direitos e cidadania universais", como pertinentemente denunciou Pochmann (2003, p. 111)

A proposta de alocação restritiva do gasto social federal encampada pelo Ministério da Fazenda (BRASIL, 2003) também foi questionada por Soares e Setúbal (2003, p. 94-95, grifo nosso), vez que:

> ao contrário do que afirma o documento do MF, **os efeitos redistributivos dos gastos públicos dependem de sua capacidade de universalização e não do seu 'grau de focalização'**. **A 'focalização perfeita', pretendida pelo MF, 'sem vazamento para os não-pobres' torna-se um mecanismo de exclusão**. O grande problema da focalização a partir de 'linhas de pobreza' exclusivamente baseadas na renda familiar é que deixa de fora inúmeras famílias que porventura estejam 'acima' da linha, mas que continuam em situações de precariedade, dada a enorme 'rotatividade' em torno da linha de pobreza diante de qualquer evento como a perda do trabalho, a doença ou a velhice. **Esses programas, focalizados desse modo, são a 'antipolítica' social, na medida em que exigem comprovação de pobreza – o que não permite a sua 'inclusão' não por direito de cidadania, mas sim por ser mais 'pobre' que o vizinho – não garantindo, portanto, a base de igualdade necessária a uma verdadeira política social**. **O 'cadastramento' de pobres leva [...] a 'compulsórios', à multiplicação de 'clientelas' e à estigmatização**. Outra questão, ainda, é garantir que os serviços e bens públicos cheguem aos mais pobres de forma universal e não discriminatória, garantindo qualidade de vida independentemente da renda monetária disponível.

Fora do debate público não é possível resolver – objetiva e peremptoriamente – o dilema entre universalização e focalização do gasto social dos governos, sendo certo apenas que "o caráter universal da política social está na sua garantia de acesso a todo e qualquer cidadão brasileiro – sem nenhum tipo de restrição ou condicionalidade – e não no seu financiamento exclusivamente fiscal." (SOARES; SETÚBAL, 2003, p. 96)

Desse modo, a definição dos beneficiários de políticas sociais não pode ser empreendida apenas segundo uma lógica contributiva e sinalagmática ou ainda segundo uma perspectiva fragmentada de assistência aos "mais pobres". Deve, outrossim, incorporar o caráter republicano do próprio sistema geral de tributação mediante impostos genéricos, os quais dividem - difusamente – os custos da ação estatal entre todos os cidadãos, em nome do atendimento abrangente às diversas e plurais demandas da sociedade.

Todo esse dilema distributivo (do qual o Estado seria o maior intermediador) também leva a que não se saiba precisar qual é o montante de recursos

tomado à sociedade que justifica tanto a intervenção coletiva na aquisição de oportunidades igualitárias, quanto a manutenção do estado de coisas que conferem à sociedade a noção de segurança jurídica.[97]

De acordo com Clève (2003), alguns esforços no constitucionalismo contemporâneo[98] suscitam ser possível obrigar o Estado a garantir – dentro da "reserva do possível"[99] – o que seria o "mínimo existencial"[100] para os cidadãos, de modo a se afastar qualquer hipótese de "retrocesso social".[101] Mas todos

[97] Sobre a tensão entre intervenção coletiva para gerar igualdade e a manutenção do estado de coisas (liberdade), Boaventura de Sousa Santos lembra que dois são os paradigmas de transformação social da modernidade, quais sejam: revolução e reformismo. Tais paradigmas se pressupõem, vez que a revolução seria ruptura que se processa contra o Estado (momento político inaugural de um ordenamento), ao qual se sucede o reformismo, que, por seu turno, seria um processo dualístico que, sendo conduzido pelo Estado, intervém no mercado e na sociedade a partir da lógica melhoria e normalização. A memória da revolução possibilita ideologicamente ao Estado promover incursões no domínio privado para assegurar condições igualitárias, sem prejuízo da manutenção da ordem vigente, sob pena de nova revolução desestruturar a vida coletiva. Esse processo do reformismo conseguia conciliar o binômio melhoria (equidade) e normalização (acumulação) como signo do Estado de Bem-Estar Social, ou dito de outra forma, do "capitalismo organizado" (SANTOS, 1998).

[98] Bonavides (2003, p. 584) – em célebre lição – defende ser necessário superar o "velho Direito Constitucional da separação de poderes" para ingressar em um "novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais". O autor em questão elucida que "ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o Estado [...] do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo [...].
Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.
Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica" (BONAVIDES, 2003, p. 586-587).

[99] Sarlet (2002, p. 12) leciona que a idéia de reserva do possível é empregada especialmente diante de direitos de prestação positiva "que, por sua dimensão econômica, implica[m] alocação de recursos materiais e humanos". Exatamente porque demandam o manejo de recursos estatais escassos, encontram-se, segundo o aludido autor, "na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível."
Por outro lado, Sarlet ainda lembra que, paralelamente à reserva do possível, os Poderes Executivo e Legislativo defendem-se – para esquivarem-se do controle judicial sobre a omissão na garantia de direitos fundamentais de natureza prestacional (também conhecidos como de segunda geração) – com base no argumento de reserva parlamentar em matéria orçamentária. Para Sarlet (2002, p. 12), "com base nesta premissa [de reserva do possível] e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes." De toda sorte, a respeito deste e outros princípios versará o Tópico 5.1 do Capítulo 5 do presente estudo.

[100] Sarlet elucida que "também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social a preservação de um **mínimo indispensável para uma existência digna**, no sentido de que as restrições no âmbito das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém deste limite, pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2001, p. 14, grifo nosso).

[101] A respeito do princípio da vedação de retrocesso social, Canotilho (1998, p. 320-321) aponta que 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 económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam

esses conceitos são balizas histórica e socialmente identificáveis, ou seja, não suprem, por si sós, a dificuldade interpretativa[102] para a realização do controle sobre as políticas públicas.

Novas perguntas sucedem-se. Já que sempre há mais hipóteses de escolha do que caminhos de solução e já que os recursos são limitados, como antever qual a ordenação (constitucionalmente adequada) de prioridades que melhor promova o equilíbrio entre igualdade e liberdade? Qual o papel do Estado nessa ordenação? Como a sociedade participa de tal processo?

Segundo Santos (1987), a economia e a política estruturaram-se em torno da consciência de que os recursos de que se dispõe em qualquer sociedade são insuficientes para atender às demandas e desejos de todos os seus membros. Em rota diversa dessa absorção analítica, no campo da ética, apesar de se reconhecer a ocorrência inexorável da escassez, ainda resta intangível uma solução normativa que fixe – racional e indubitavelmente – a ordenação do justo diante de conflitos distributivos. É exatamente, pois, o que Santos (1987) chama de tragédia do "excessivo saber, excessivo desconhecer"...

Daí é que decorre boa parte dos elementos trágicos que levam a que se desconfie cada vez mais da injustiça de parâmetros excessivamente justos e "completos" de posicionamento das decisões, as quais, em maior ou menor grau, refletem o dilema supracitado.

Em raciocínio calcado pela analogia, Santos (1987) lembra que os responsáveis por decisões coletivas se comportam como Édipo que, apesar de saber de seu fim, não conhecia os rumos pelos quais ele seria levado a vivê-lo, daí porque não conseguiu se furtar a esse, por mais que tivesse tentado.

Assim ocorre com os intérpretes do Direito na busca por Justiça, já que também vêem esquivar-se por entre os seus dedos a justeza de quaisquer critérios procedimentais lógico-científicos ou pactos substantivos (estabelecidos *a priori* e pretensamente aplicáveis automaticamente), quando diante da premência por solucionar um conflito entre princípios mutuamente excludentes.

---

a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. [...] O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado."

[102]Bonavides (2003, p. 592) – em relevante lição sobre as dificuldades interpretativas dos direitos fundamentais e das garantias de sua efetividade – suscita ser necessário instaurar uma Nova Hermenêutica, a qual deveria – entre outras possibilidades – recorrer ao princípio da proporcionalidade para assegurar o controle de eventual inconstitucionalidade material cometida contra os direitos fundamentais. Para Bonavides (2003, p. 31), a Nova Hermenêutica – como metodologia interpretativa dos direitos fundamentais – representa uma verdadeira "teoria material da Constituição".

Em outras palavras, a busca de caminhos que se apresentem **racionalmente** os mais justos, na prática, pode acabar sendo responsável pela eleição de medidas as mais perversas e tiranas. De acordo com Carvalho Netto,[103] a lembrança que vem à mente é a de Kant com o imperativo categórico de que não se deve mentir diante de um aluno refugiado em sua sala de aula, porquanto estivesse sendo perseguido pela polícia do regime absolutista: a máxima justiça de sempre dizer a verdade reverberou na máxima injustiça diante do caso considerado, qual seja, a prisão política do aluno.

Pelo foco da eleição de políticas públicas e da sua consecução orçamentário-financeira, o que se tem são primárias definições de algumas funções que devem ser priorizadas em relação às demais (como, por exemplo, saúde, educação e seguridade social), sem que, contudo, tais definições possam ser confrontadas no curto prazo com uma situação emergencial de estabilização monetária.

É preciso que se diga que há como que uma inevitabilidade do fracasso de qualquer tentativa racionalmente absoluta de realizar ideais de justiça, o que, não obstante, é processado simultaneamente ao dever inafastável de seguir, no mínimo, tendo de calcular politicamente os "dissensos toleráveis"[104] a respeito das decisões tomadas (SANTOS, 1987).

---

[103]Discussão tematizada nas aulas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – em 1998 – da disciplina *Teoria da Constituição.*

[104]Traduzir a locução de Santos (1987) – "dissensos toleráveis" – para o Direito não se trata de tarefa fácil. Focando o problema tratado por Santos quanto à "trágica condição das políticas sociais", o paralelo possível passa pela consecução dos direitos fundamentais de segunda geração (mais conhecidos como direitos sociais). Se é certo que não se admite o descumprimento de deveres e desrespeito a direitos, notadamente, aos direitos fundamentais, como lidar com sua eficácia (se sua prestação se dá em caráter progressivo)? Outrossim, vale perguntar como seria possível controlar as alterações normativas que decorressem das mudanças sociais, para que não houvesse retrocesso?

Tal locução ("dissensos toleráveis") cunhada no âmbito da Ciência Política pode, diante do Estado legiferante e da Administração Pública interventiva na consecução de direitos fundamentais, ser relacionada, em alguma medida, com o princípio constitucional da proporcionalidade, também chamado de "vedação de excesso" (BONAVIDES, 2003, p. 403).

Em sede do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário seria chamado, assim, a apresentar os limites – em cada caso concreto – da atuação estatal, quando estivesse sendo afetado direito fundamental de forma desproporcional no que se refere ao emprego de meios pouco hábeis ao cumprimento de determinados fins.

Especialmente preocupado com o controle da atividade legiferante, Barroso (2004, p. 04) leciona que "a atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade [para o autor, esta é usada como sinônimo de proporcionalidade] é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. [...]

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente."

Como se trata de tema complexo que está no cerne das discussões sobre capacidade de remanejamento

Se, assim como Édipo, os operadores do Direito tentam evitar o fim malévolo a partir da eleição de uma hipótese que, a princípio, parecia a mais racional e correta, sem, contudo, levar-se em conta a multiplicidade acabrunhante de riscos e outras possibilidades (LUHMANN, 1983; SANTOS, 1987), da mesma forma estarão os operadores entrincheirados em uma dimensão tragicamente contingente de não saberem se o decidido seguirá, na prática, tal como fora pensado e, se não, desconhecerem se resultará do decidido uma alternativa pior que qualquer das outras possibilidades não assumidas na decisão.

Para Santos (1987, p. 37), o caminhar da humanidade, ao contrário do que ocorrera com Édipo, vai da cegueira à luminosidade, na medida em que as sociedades modernas, também por via da tragédia, tiveram que se dar conta de que a opção entre eqüidade e a administração da escassez (até, então, espaço da absoluta cegueira) encerrava uma escolha social trágica "no sentido radical de que mesmo decisões altamente benéficas reverberam, em algum lugar, metamorfoseadas em mal" e aqui se inicia o período de maior clareza e simultânea maior inquietação pelos reflexos desses, por assim dizer, intrigantes raios de luz.

Nesse ponto, Santos (1987, p. 37) apresenta um exemplo elucidativo da complexidade – que, segundo Luhmann (1983, p. 46), pode ser conceituada como "seleção forçada", na medida em que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar – e da contingência, o que, de acordo com a indicação luhmanniana, significa que há sempre o "perigo de desapontamento e [a] necessidade de assumir-se riscos". A título ilustrativo, tome-se, pois, o fato de que

> a decisão de produzir *x* aparelhos de hemodiálise significa não apenas que parcela de necessitados não terão acesso a eles, mas também que carentes de outro tipo não poderão usufruir de, digamos, tratamento com bombas de cobalto. Mais: se se decide produzir aparelhos de hemodiálise em número suficiente para atender à demanda, maior será o número de desassistidos. **Quanto produzir e o quê converte-se, por se saber algo mais, em outra questão: como estabelecer justo intercâmbio entre o bem e o mal?** A política social escapa ao cálculo econômico e ingressa na contabilidade ética, no cerne do conflito entre valores, no trágico comércio entre o bem e o mal. (SANTOS, 1987, p. 37, grifo nosso)

Em se tentando ainda explicar a trajetória trágica da humanidade em contraponto com a tragédia edipiana – tentativa essa que se dá à luz das

orçamentário em detrimento de políticas públicas que, por assegurarem direitos sociais, têm receitas e patamares de gastos constitucionalmente vinculados, tal princípio será mais detidamente abordado no Tópico 5.1 do Capítulo 5 deste estudo.

perplexidades levantadas por Santos (1987) em torno do tema das políticas sociais –; cumpre visualizar que as sociedades modernas passaram, assim, da mera noção simplificada de que há que se definir prioridades (selecionar forçosamente no dizer de Luhmann) para outra concepção muito mais esclarecida, mas não menos angustiante, segundo a qual se sabe que a implementação das prioridades pode acabar frustrando suas próprias razões de ser (questão da contingência luhmanniana).

Um tal conhecimento das possíveis frustrações das escolhas (no que está incluída a hipótese de desvirtuamento) – escolhas essas que tiveram, necessariamente, de passar por uma seleção em face da complexidade social – é que está a demandar a condução do raciocínio, a esta altura, para uma explicação dos efeitos do que Santos (1987, p. 37) havia chamado de "trágico comércio entre o bem e o mal".

Dessa forma, como as decisões geram repercussões sem qualquer padrão consistente[105] de previsibilidade (daí o risco a que se refere Luhmann, 1983), mais sôfrega ainda emerge a busca por um critério de justiça que proceda minimamente à ordenação das aludidas escolhas trágicas. É o que Santos (1987) dizia ser a "tragédia do saber excessivo", na medida em que se sabe muito das limitações pertinentes ao processo decisório, ao mesmo tempo em que também se desconhece tragicamente como superá-las.

Um critério mínimo, então, que poderia dizer da justiça de escolhas trágicas refere-se ao que se propõe a revelar quais escolhas seriam tirânicas ou não, de modo que a resposta a essa questão seria afirmativa se a escolha "impõe privações severas, quando existe política alternativa que não imporia severas privações a ninguém." (FISHKIN apud SANTOS, 1987, p. 38)

De acordo com Santos (1987, p. 38), se se adotasse, porém, um princípio de justiça em que as decisões tirânicas devessem ser afastadas; por definição, deveriam ser eliminados:

a) todos os tipos de princípios de justiça de natureza procedimental-contratualista, isto é, aqueles princípios que aceitam decisões definidas estritamente por procedimentos formais de decisão, sem considerar a sua substância;
b) todos os princípios utilitaristas, que são os pautados apenas pelo cálculo da sua utilidade direta, bem como
c) todos os princípios que se fundam em direitos positivos absolutos.

O que se quer dizer, com isso, é que a aplicação consistente e uniforme de qualquer desses princípios de justiça acaba por justificar políticas tirânicas.

[105]Mais uma vez sobreleva a contingência luhmanniana a explicar a necessidade de admitir-se a existência de riscos nas decisões sociais.

Na precisa lição de Santos, em se considerando o embate entre eqüidade e acumulação de capital (valores mutuamente excludentes), "qualquer princípio de justiça – quer deduzido axiomaticamente, quer induzido –, quando aplicado consistentemente, viola a si próprio ou a outro princípio igualmente aceito como indispensável." Daí porque "não existem critérios que permitam produzir decisões automáticas que assegurem resolver simultaneamente dois problemas [...] e, conseqüentemente, [...] o critério de tomada de decisão não é lógico-científico nem derivado de comandos constitucionais." (SANTOS, 1987, p. 39)

Segundo Pires (2002), perde-se de vista a referência segura da estrita legalidade e a própria noção de segurança jurídica precisa ser revisitada em um cenário bastante mais conflituoso do que a previsão abstrata e teoricamente neutra do dispositivo legal. Vale dizer, só há segurança jurídica quando observado o caso concreto e, mesmo assim, é esse um conceito compartilhado no marco do Estado Democrático de Direito. Senão veja-se que:

> O ideário do Estado Democrático de Direito, impossível de concretização sob a égide de um Direito fechado reduzido a regras, invoca o adensamento dessas, pelos princípios, em cada caso concreto, razão pela qual o Direito Administrativo perde de seu horizonte a segura referência da estrita legalidade como parâmetro da atuação estatal, e o interesse público deixa de ser considerado *a priori* como álibi inexpugnável, para ganhar densidade no campo de aplicação. (PIRES, 2002, p. 2)

Não há critérios absolutos, tampouco há o horizonte infalível da estrita legalidade, porque é no caso concreto que as normas ganham consistência e são aplicáveis ou não. Santos segue sua explicação de tal forma que

> a nível micro, qualquer proposta de maximizar a eqüidade sem prejuízo da acumulação **em realidade propõe *mudanças relativas* no perfil de desigualdades existentes, sem aboli-las completamente**. Entendida de forma não-absoluta, entretanto, a preferência, quer pela acumulação, quer pela eqüidade, é **insuficiente para proporcionar um critério de decisão que, automaticamente, garanta uma ou outra das preferências**. (SANTOS, 1987, p. 39, grifo nosso)

Tal contraposição indeterminável racionalmente por critérios apriorísticos (legais ou não) ocorre porque, quando são contrapostos princípios como acumulação *versus* eqüidade na seara da justiça social (função distributiva *versus* função estabilizadora do Estado), ou mesmo princípios como integridade da pessoa humana e garantia da vida *versus* tutela à liberdade sobre si próprio e à intimidade na questão da proibição ao aborto, o máximo de um deles significará a impossibilidade do máximo de fruição do outro. Assim, qualquer gradação

que se estabeleça na relação entre ambos não poderá ser inferida racionalmente como a mais justa para todos os casos.

Novamente tomando a imagem da areia que escorre por entre os dedos, quanto mais se buscam parâmetros racionais que possam ser aplicados uniforme e consistentemente, mais a justiça pretendida esvai-se com as inconsistências e características pouco racionalizáveis advindas de cada caso concreto.

Ora, como se disse há pouco, segundo o paradoxo edipiano do máximo saber contraposto ao máximo desconhecimento, as decisões – não só político-legislativas, mas de administradores e juízes –, que têm de solucionar conflitos entre princípios mutuamente excludentes, também redundam em conseqüências não passíveis de controle e racionalização antecipados, por mais que tentem adotar critérios lógicos.

Desse modo, vale ressaltar, novamente, com Santos (1987), que, sob pena de se caminhar no sentido da justificação de políticas tirânicas, o abandono da rigidez de regras absolutas emerge como uma trágica imposição interpretativa, na medida em que **não existem critérios – e inglória seria a tarefa de elucidá-los – que permitam produzir decisões automáticas** que assegurem resolver simultaneamente dois problemas intensamente correlacionados e mutuamente excludentes. Eis a falência da pretensão moderna de racionalizar e controlar prévia e abstratamente a sociedade sob a insígnia de "ordem e progresso", tal como lembra Pires (2002).

É importante enfatizar, por essas razões, que o critério de tomada de decisão, seja do gestor público na definição de políticas públicas, seja do legislador no balanço de prioridades sociais, seja até do juiz na busca por solução de conflitos, não pode ser propriamente inferido de modo lógico-científico, nem tampouco derivado de comandos constitucionais absolutos.

Vale dizer, para Santos (1987, p. 40), na medida em que a tomada de decisão encerra "escolhas trágicas", é ela insolúvel *a priori* e logicamente, devendo envolver o cálculo político, cujo resultado é relativamente indeterminado e, portanto, cujas conclusões não podem ser derivadas cientificamente. Ao contrário disso, a tomada de decisão – em nível coletivo – pode, quando muito, propor-se a calcular o "dissenso tolerável" em relação a todos os interessados na decisão. Dentro do modelo discursivo de democracia (HABERMAS, 1995), a legitimidade das decisões coletivas também deve ser buscada (e só assim é assegurada) na possibilidade procedimental de que os interessados (direta ou indiretamente) apresentem suas pretensões de validade na arena pública e, assim, em meio a espaços institucionais de consensualidade, cheguem a hipóteses contingentes de convencimento mútuo.

Repisando uma vez mais o dilema da incorporação do princípio da escassez e em se tendo em mente que o máximo de justiça social ou eqüidade,

inevitavelmente, afasta a obtenção do máximo a que se poderia chegar de acumulação, cumpre resgatar o anseio – particularmente marcante em relação aos teóricos do Direito – de como se poderia fundar um critério de análise de todos os feixes de problemas advindos dessa disjuntiva na seara do discurso lógico, valorativamente neutro e cujo andamento obedeça a regras racionalmente irrecusáveis.

Daí se retoma também a questão sobre o que se deve preferir em nível prioritário? A acumulação ou a eqüidade? Entendendo-se de maneira absoluta a proposição de que maximizar a acumulação (a liberdade individual) implica negar a possibilidade de maximizar a eqüidade (a igualdade) e vice-versa, fica-se obrigado a adotar um e apenas um valor.

De acordo com Santos (1987), a conseqüência prática de tal conclusão é a de que, se se interpreta absolutamente a tensão acumulação *versus* eqüidade, como fundamento científico de decisões substantivas específicas, fica-se obrigado a aplicar a mesma regra em qualquer outra circunstância, não cabendo, portanto, o apelo a outros valores – tais como "humanizar o desenvolvimento", "segurança distributiva", "função social da propriedade" etc. – como regra de decisão válida para outros contextos.

Santos (1987) lembra que tal procedimento é eventualmente utilizado, quando é da conveniência dos que tomam decisões governamentais, mas com isso apenas prova que o fundamento das decisões políticas, de acordo com a regra acumulação *versus* eqüidade, interpretada absolutamente, reduz-se a recurso de retórica para a legitimação de decisões cujo determinante é a dinâmica do conflito e da luta pelo poder antes que pela consistência lógica de uma concepção de mundo que, a ser aceita, o reduziria à unidimensionalidade.

Para o autor em questão, mesmo se tratada fosse a disjuntiva condicionalmente, também assim ela não forneceria qualquer critério automático de decisão, visto que requer o ordenamento de preferências (mais ou menos de eqüidade em quais medidas é preferível em relação a proporções também variáveis de acumulação), ordenamento esse que não pode ser logicamente deduzido. Se, ao contrário, interpreta-se a proposição em termos condicionais, porém sem permanente consulta aos interessados, é provável que as decisões sejam contrárias ao ordenamento do público interessado. E aí o automatismo da regra esvazia-se.

Se, em sede ainda de uma terceira tentativa formulada por Santos (1987) de pensar logicamente critérios de solução da disjuntiva acumulação *versus* eqüidade, fosse definido um ordenamento incondicional de preferências (como, por exemplo, estabilidade sempre é preferível a desemprego e a menores salários, e estes são preferíveis a desemprego), no qual a escolha de um termo implicaria que todas as demais condições do sistema não se alterariam (a

cláusula econômica do *coeteris paribus*). Mesmo assim, nesse ordenamento, haveria o risco de que a interpretação levasse à construção de um sistema de derivações no qual a regra de decisão seja favorável àqueles que sustentam a possibilidade de conciliação entre acumulação e eqüidade, ao mesmo tempo em que também poderia levar à formulação do problema de forma tal que a decisão política final, embora obediente às regras da lógica, contrariasse o ordenamento de preferências do público interessado.

O que Santos (1987, p. 44), do ponto de vista da Ciência Política, quer com isso dizer é que "é logicamente impossível, portanto, resolver o problema do fluxo de renda de determinado segmento social quando formulado sob a forma lógica da disjuntiva acumulação *versus* eqüidade." E no âmbito do Direito, não será possível passar muito distante dessa conclusão, na medida em que é forçoso concluir que não há regra lógica capaz de decidir qual a forma cientificamente aceitável de apresentar o problema da Justiça. O próprio autor em comento trata o tema como sendo uma questão de "impossibilidade da justiça." (SANTOS, 1987, p. 40)

De outro âmbito de análise, Santos (1987, p. 44) ressalta que ainda que fosse adotado o parâmetro extremo do anarquismo em que todas as decisões são tomadas pelo público interessado, mesmo assim não seria possível garantir que – "dadas as diferenças individuais em força, malícia e determinação, essas, por seu turno, extremamente vulneráveis e instáveis" – o valor justiça social seria realizado.

Para Santos (1987), segundo a regra constitucional do estado da natureza, também não haveria o paraíso imaginado da liberdade infinita, mas uma estrutura desigual de servidões, na qual a regra destruir-se-ia a si mesma como possível constituição para a sociedade humana, já que nenhuma cooperação produtiva entre os homens – forçada que fosse – resistiria mais do que uma geração, talvez menos.

Segundo o SANTOS (1987, p. 45), "a emergência das sociedades, nesse sentido, justifica-se pelo objetivo de garantir uma justa distribuição de sacrifícios e benefícios entre os cidadãos, com base na qual um estado de cooperação produtiva regular possa ser obtido."

Em prol desse objetivo, novas regras, para além da norma do estado da natureza, devem ser delineadas, tanto substantivamente – que seriam regras associadas propriamente à distribuição de sacrifícios e benefícios na sociedade –, quanto procedimentalmente – que seriam as normas que estipulam os processos de decisão sobre as normas substantivas.

Até mesmo o surgimento das regras a informar sobre a possibilidade de vivência em comunidade é percebido por Santos (1987) como novo espaço de embates, na medida em que a relação dinâmica entre normas substantivas e

normas processuais também foge ao controle absolutamente racional e uniforme dos próprios formadores das leis e das agendas decisórias governamentais. Qual procedimento é legítimo para estatuir quais matérias? Qual hierarquia de procedimentos pode ser chamada a compor a mudança de todas as matérias? Quais matérias são pautas restritas que um determinado procedimento não pode tangenciar, mas outro – legitimado por norma material superior – sim? Eis um tipo de "engenharia institucional"[106] que poderia ser levada a uma regressão ao infinito se não se valesse de uma abstração como o é a "norma fundamental" kelseniana.

Fato é que, de toda a tragédia em pauta e em meio a tantos embates não solucionáveis por fórmulas dadas racionalmente, Santos (1987, p.51) alerta para a perspectiva de que "o caráter trágico do drama social não decorre do desconhecimento da existência de efeitos perversos, mas da incerteza radical sobre quando e onde vão se desenrolar."

O que se pode fazer diante de um cenário como esse, a princípio paralisante, mas ao mesmo tempo extremamente desafiador, é justamente assumir que a noção de justo é sempre uma noção construída e reconstruída diante da complexidade social e das contingências por serem assumidas no cálculo político-jurídico dos dissensos toleráveis.

Como O'Donnell (1998, p. 54, grifo nosso) bem explicita e aqui é mais uma vez repisado, diferentemente dos que crêem haver uma racionalidade técnica e apolítica na interpretação do Direito, "a lei, em seu conteúdo e em sua aplicação, **é basicamente** (como é o Estado do qual ela faz parte) **uma condensação dinâmica de relações de poder**, não apenas uma técnica racionalizada para ordenar as relações sociais."

É justamente dessa conformação política nada estática, a que o Estado Democrático de Direito deve se submeter, que emerge um novo elemento trágico: o dever de, todos os dias, renovar a tentativa de rolar a pedra de Sísifo até o topo da montanha, ainda que se saiba que, ao final, ela rolará de volta ao chão, devendo voltar, portanto, a ser novamente empurrada para cima a cada novo dia...

A prática cotidiana de tentar realizar ideais de justiça, por mais que se saiba demasiadamente frágil, apresenta-se como uma verdadeira compulsão, uma necessidade inafastável tal como ocorrera na trágica história de Sísifo.

É preciso continuar a dizer do justo e do injusto, do direito e do não-direito, porque, como a pedra sisífica sempre a retomar o ponto de antes e a exigir que

[106]Esta é locução bastante empregada na Ciência Política para se referir à organização sistematizada de normas e entes – normalmente integrantes do aparelho estatal – que, institucionalmente, respondem pela ordenação da vivência em sociedade.

fosse rolada novamente ao topo, não há outra sorte para a humanidade que assumir as suas complexidade e contingência como dados a inviabilizar soluções definitivas e totalizantes.

O aprendizado democrático que aqui se revela possível, então, caminha exatamente para tornar o peso, por assim dizer, da pedra sisífica rolada – que seria a Justiça – distribuído por todos, como, de fato, acabou por acontecer naquela tragédia grega.

Seja na feliz expressão de Santos (1987) do "cálculo do dissenso tolerável", seja na também pertinente noção de O'Donnell (1998) de "condensação dinâmica de relações de poder", o embate do estabelecimento social do justo pressupõe necessariamente o contexto no qual ele se insere e um profundo comprometimento, tanto quanto possível – e espera-se que cada vez mais a fronteira do possível alargue-se –, de todos os interessados com a avaliação da complexidade social e das contingências postas.

Nesse sentido, o chamamento à consciência de todos os envolvidos para se saber precário o justo, vale dizer, na tragédia sisífica, a "distribuição do peso", ademais de tornar menos ilusória a busca por justiça, na medida em que afasta critérios apriorísticos, faz com que as "escolhas trágicas" sejam, de fato, produto de uma deliberação refundante da sociabilidade democrática.

Adotando a célebre analogia luhmanniana, tal mudança de concepção do Direito permitiria a todos os seus aplicadores deixarem de lado a sedutora perspectiva de fazer dele uma "varinha-de-condão" de realização do justo, o que causa tantas frustrações e deixa a descoberto seus riscos tirânicos, para passarem a assumir-se como "cegos guiados por um bastão", bastão esse que lhe dá a dimensão dos seus limites, das complexidades e das contingências.

Nesse sentido, Silva (2004, p. 66, grifo nosso) suscita que

> **O Direito, enquanto positivação, não regula nem a si próprio, porquanto é vida, em toda a sua complexidade**. Como bem acentua Ronald Dworkin, é preciso que o Direito seja concebido como integridade, a partir da idéia de uma comunidade de princípios, de sujeitos livres e iguais, que se reconhecem e se respeitam como co-associados jurídicos, autores e destinatários do Direito instituído para se auto-reger. **A noção de integridade de que trata Dworkin pressupõe o entendimento, firmado desde Kelsen, acerca da implausibilidade de se pretender *uma moldura de leituras possíveis*, estabelecida como *numerus clausus*, da norma positivada**, o que, em outros termos, significa a compreensão da **inafastável indeterminação do Direito**.

A autora em questão, ao discorrer sobre a "indeterminação" permanente do Direito, lembra o que Santos (1987) dizia sobre a "impossibilidade" de uma

justiça racionalmente inferível e determinada aprioristicamente. Assim, bem é de se ver que

> A imprescindibilidade de se conceber o Direito, enquanto pluralidade e abertura, como interpretação, à vista da tessitura aberta de textos normativos, que, longe de definir condições de aplicação, não são capazes de reger nem a si próprios, advém da permanente necessidade de releitura do próprio Direito, ou seja, dos princípios da liberdade e da igualdade que compõem a sua gênese, de forma a viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais, posto que [sic] só podem ser garantidos como permanentes, na medida em que sejam vistos como mutáveis. (SILVA, 2004, p. 66)

A imagem da "tragédia" e da mutabilidade que cerca o mundo do Direito, como já se disse aqui, deve alertar para os limites interpretativos mais do que para a proposta, a princípio, encantadora de fornecer respostas padronizadas aos problemas oriundos de um tecido social cada vez mais hiper-complexo. Em se dividindo o peso da pedra, a democracia, no mínimo, possibilita ao Direito a administração dos riscos ou o cálculo dos dissensos toleráveis, conforme se queira.

Como bem lembra Pires (2002), é necessário ultrapassar o paradigma do Estado de Direito[107], para que, de acordo com Silva, compreenda-se a Constituição, na qualidade de garantidora da integridade do Direito, "como um projeto em permanente construção, que precisa permitir a constante releitura das normas que consagra, através de um processo de interpretação que envolva toda a *comunidade aberta de intérpretes* preconizada por Häberle." (SILVA, 2004, p. 66-67, grifo do autor)

A processualidade e a consensualidade no Direito Administrativo trazem consigo a abertura necessária a lhe fazer inserir-se no paradigma do Estado Democrático de Direito. Para trás fica a estrita legalidade, porque hodienarmente emerge a juridicidade, representando a assimilação vinculante para o mundo do Direito não só das regras, mas também dos princípios como normas plenamente aplicáveis ao caso concreto.

Nesse diapasão, não se pode admitir o emprego argumentativo de uma estrita legalidade que prescinda da apresentação de motivos que justifiquem a aplicação da norma ao caso concreto, que ultrapasse os limites da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo administrativo, entre outros princípios. A negativa de direitos com base na estrita legalidade, fora da análise

[107] As limitações interpretativas do paradigma do Estado de Direito residem na perspectiva de uma estrita legalidade a impor rígidas regras (literais) de conduta estatal, na medida em que os comandos legais são interpretados sem que se promova a necessária aproximação com a complexidade do caso concreto.

do caso concreto, não pode servir de biombo para que a Administração Pública dê guarida ao seu interesse secundário (na verdade um interesse privado) de contingenciamento de despesas e de formação de resultados primários positivos.

Fixada essa posição preliminar, passa-se a cuidar de alguns argumentos empregados no curso da "crise do Estado" que limitaram as possibilidades de consolidação do Estado Democrático de Direito inscrito na CR/1988 pela via da restrição à tessitura estendida de controle. Noções como as de discricionariedade técnica, ingovernabilidade, cidadão-cliente e de Administração gerencial devem ser revisitadas aqui para que seja refutado o discurso de que administrar o Estado – em situações críticas – seria um exercício inversamente proporcional (quiçá incompatível) à abertura aos fluxos comunicativos da esfera pública.

A concentração de competências e a "interdição do debate", além de não levar à "reforma" do Estado, apenas propiciam a vinda de atos emanados sem correspondência com a realidade em que devem inserir-se. O ciclo restritivo reproduz-se e opera em desconformidade com a Constituição: é isso, grosso modo e em alguma medida, que vem acontecendo com a gestão da dívida pública, como se verá a seguir.

## 2.4 Discricionariedade técnica, redução do escopo emancipatório da cidadania e o discurso da ingovernabilidade como pauta para a agenda de reforma do Estado

Sob pena de a gestão macroeconômica brasileira empreendida, a título de estabilização da economia nos anos 1990, seguir insubmissa a fluxos jurídico-discursivos de controle, há de se questionar a adequação constitucional de argumentos como os de "discricionariedade técnica", de ingovernabilidade e de superação do marco burocrático de gestão por meio de modelos privados de gestão. Tais argumentos foram avocados pela Administração Pública para obter maior liberdade na aplicação do ordenamento jurídico a cenários que, por conflituosos, almejavam maior abertura democrática.

### 2.4.1 "Discricionariedade técnica" e racionalidade comunicativa

Juridicamente, não se pode admitir que a política fiscal refletida na peça orçamentária seja intangível aos controles parlamentar, judicial e social, porque se trata de área de domínio técnico-econômico: nenhum tema do mundo da vida pode ser afastado da tematização democrática na esfera pública, por mais pretensamente técnico que seja. Até porque todo o esforço que se vem fazendo é para que progressivamente seja superada a racionalidade instrumental-

utilitarista[108] no agir estatal em favor da ampliação do seu escopo democrático, o que deve ser empreendido por canais discursivos de participação dos interessados (no seio da própria racionalidade comunicativa da formulação habermasiana).

Analisando detidamente o conceito de racionalidade comunicativa, Avritzer (1996) observa e faz com que seja considerada a existência de uma outra racionalidade que não só a cognitivo-instrumental – essa que é típica da escolha racional – quando questiona abertamente se a racionalidade consiste em uma categoria individual, coletiva ou simultaneamente individual e coletiva. Senão veja-se que:

> A concepção cognitivo-instrumental está baseada na idéia de razão enquanto [sic] faculdade individual e supõe a utilização dessa faculdade para a adaptação inteligente do indivíduo às condições do meio no qual ele interage. A concepção intersubjetiva tem como pressuposto um entendimento comum acerca de um estado de coisas no mundo objetivo e social, entendimento esse necessário para o sucesso da ação social. (AVRITZER, 1996, p. 166)

É, pois, na ausência de bases consensuais de revalidação do próprio mercado e das trocas meramente utilitaristas dentro do arcabouço estatuído pela teoria da escolha racional, que Avritzer apresenta a necessidade de um outro fundamento, não econômico, mas já essencialmente político e normativo de estruturação mínima, inclusive das regras, que permitem a existência das relações pautadas pela racionalidade cognitivo-instrumental.

O problema da racionalidade cognitivo-instrumental (estratégica) está no fato de que ela não produz as bases de seus fundamentos normativos, como o

[108]Em se tratando de racionalidade estratégica, vale abrir aqui uma discussão geral sobre os pressupostos da teoria que, dentro das Ciências Sociais, pressupõe cidadãos interessados estratégica e racionalmente na ação coletiva. Trata-se, pois, da teoria da ação racional (*rational action theory*, mais conhecida pela sua sigla em inglês: RAT), sendo seu expoente mais popular a teoria dos jogos.
Uma definição primária desta teoria pode ser extraída das ponderações de Baert (1997, p. 64-65): "a teoria da escolha racional é definida como a teoria sociológica que se propõe a explicar o comportamento social e político assumindo que as pessoas agem racionalmente." As premissas basilares da *rational choice* são as a) da intencionalidade; b) da racionalidade; c) da distinção entre informação completa e incompleta e, no caso da última, a diferença entre risco e incerteza; d) da distinção entre ação estratégica e ação interdependente.
A RAT simplifica toda a ação política do homem a uma racionalidade eminentemente egoísta e a um mercado que encontra em si mesmo os fundamentos de sua validade. Dessa forma, a RAT desconsidera a possibilidade das bases consensuais preliminares de ação política para além do mero agregado das preferências individuais.
Justamente nesse ponto, Avritzer questiona a visão míope de se considerar que o indivíduo somente participa da formulação do interesse público (também chamada pela Ciência Política de "ação coletiva"), quando e exclusivamente quando lhe aprouver individual e egoisticamente. É controvertida tal pressuposição, pois é como se o individualismo metodológico fosse "a única dimensão da sociabilidade moderna" (AVRITZER, 1996, p. 167).

são o princípio da igualdade, a noção de república e de gozo de direitos. Esse pano de fundo normativo que permite ao mercado operar suas bases é, na verdade, um pano de fundo compartilhado discursivamente. Trata-se, pois, de uma base consensual, e não de um amontoado de opções individuais que – no seu somatório geral – trouxeram a maximização das utilidades para um nível global.

Para haver mercado, moeda e credibilidade na troca e do seu justo valor, é necessário que haja não um cenário de egoístas se contrapondo em relações contratuais desconfiadas. Antes disso, deve haver compartilha de valores republicanos e a possibilidade de diálogo que faça com que as mercadorias sejam trocadas. Nesse sentido, "a igualdade jurídica é o sustentáculo desta mediação" (GENRO, 2004)

Muito pertinentemente, Avritzer (1996, p. 175, grifo nosso) lembra que

> a diferença que separa a igualdade postulada pelo mercado e a igualdade associada ao direito abstrato é que, no primeiro caso, a igualdade se funda no desinteresse radical pelo outro, enquanto no segundo o outro é reconhecido como alguém passível de ter associado a sua pessoa os mesmos direitos que eu posso reivindicar para mim. **Não se trata mais, portanto, da generalização do egoísmo e sim da generalização de uma condição positiva associada à cidadania.** [...]
>
> Ao negarem [os teóricos da escolha racional] a existência de um acordo normativo fundante da política moderna, eles não conseguem se dissociar de uma concepção empobrecida da política moderna, de acordo com a qual o sistema democrático não ofereceria aos cidadãos nada mais do que a possibilidade de agregação dos seus interesses privados através do processo eleitoral. [...]
>
> Com isso, acentua-se a dinâmica das instituições políticas encarregadas de coordenar a disputa estratégica entre atores sociais, ao mesmo tempo que as dimensões pactuadas e negociadas da política são ignoradas.

É, pois, na defesa inconteste da racionalidade comunicativa como um momento fundante, anterior às relações de mercado (as quais só fazem crer na maximização de interesses estrito senso), que Avritzer (1996) passa a um momento mais denso de sua crítica à escolha racional. O referido autor, nesse sentido, toma como sendo equivalentes e, portanto, premissas da organização de toda e qualquer ação social, a concepção intersubjetiva de racionalidade e a internalização comum do substrato normativo.

O Direito é, desse modo, sempre um espaço de apreensão intersubjetiva, de racionalidade comunicativa, porquanto se fundamente em um pacto civilizatório de vivência política de valores e normas compartilhados.

Nesse sentido, Avritzer (1996, p. 177, grifo nosso) denuncia o equívoco promovido pela teoria da ação racional quando esta tece uma "**analogia insustentável entre a forma da atividade política e a forma da atividade econômica**" e quando tal teoria reducionista observa "o político ou como 'a troca por direitos em relação a recursos escassos' [...] ou enquanto [sic] atividade estratégica permanente."

De todo modo, a conclusão a que chega Avritzer é muito pertinente para a hipótese de que deve haver controles discursivos sobre o custeio da política pública de estabilização monetária (que é o núcleo deste trabalho), já que, para Avritzer (1996, p. 177-178), "afinal, o que está por trás da normatividade das instituições políticas modernas é, justamente, a percepção de que não existem regras privadas porque não é possível agir de modo cognitivo-instrumental em relação a regras."

A racionalidade comunicativa que informa todo o agir normativo é base e pressuposto necessário para a construção do interesse público. Diferentemente do que pressupõe a teoria da ação racional, que admite facilmente o encastelamento técnico-burocrático de premissas publicísticas – como se fora possível apropriar-se privadamente do interesse público a título de uma decisão essencialmente (?) técnica –, a teoria da ação comunicativa demanda uma processualidade democrática para a consecução do interesse público.

Justificável é, pois, a posição de Bandeira de Mello que resiste – com fundamentos tomados ainda ao paradigma do Estado de Direito (como o é a idéia da legalidade estrita) – a que se possa transigir com o interesse público fora da arena pública legitimamente representada pelo Parlamento na elaboração de leis. (MELLO, 1999).

Justen Filho (2005) supera tal visão estática de interesse público defendida por Bandeira de Mello (MELLO, 1999), em pertinente crítica à concepção ontológica e apriorística de interesse público que emana estritamente da lei em abstrato (porquanto alheia ao caso concreto).

Justen Filho (2005, p. 39-42) – que defende "a ausência de conteúdo próprio para 'interesse público'"– avisa ser impossível reconhecer um único "interesse público", sendo certo apenas que os mais diversos interesses públicos (conforme leciona Cassese, 1991[109]) não se confundem com o interesse do Estado, tampouco com o interesse do aparato administrativo ou do agente público.

Justen Filho (2005, p.42), a esse respeito, elucida a complexidade do esforço de materializar o que seja "interesse público", na medida em que "quando se afirma que os conflitos de interesse se resolvem por via da prevalência

[109]Para Casesse (1991, p. 238, grifo nosso), "não existe **o** interesse público, mas **os interesses públicos, no plural**."

'*do*' interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade."

Considerando que "uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos", o autor supracitado defende que não se pode utilizar o conceito de interesse público como se fora simples decorrência do interesse da "maioria do povo" inscrito formalmente nas leis (JUSTEN FILHO, 2005, p. 42-43).

Afastando de vez a possibilidade de o administrador estatal valer-se, ontológica e precariamente, da locução "interesse público" como "pressuposto da decisão" (atrás do qual esconde-se, por vezes, a imposição de escolhas privadas do gestor[110]), Justen Filho (2005, p. 45) advoga ser necessário buscar a consecução do que seja interesse público em cada caso concreto. Bem é de se ver que, para o autor sob comento,

> somente seria possível aludir a '*interesse público*' como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. **Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública**. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo '*o interesse público*'. Mas **não se legitimará mediante a invocação a esse 'interesse público', e sim porque compatível com os direitos fundamentais**.
>
> Assim, **o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias**. **Não há qualquer caráter predeterminado**

[110]Justen Filho (2005, p.44) adverte que, "se existem interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos – todos eles merecendo tutela por parte do direito", restaria limitado o critério da "supremacia do interesse público" (defendido, entre outros autores, por Bandeira de Mello (MELLO, 1999). Tal critério, para Justen Filho, teria "utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo. O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas."
O autor paranaense lembra que, "como resultado prático, **a afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público resulta na atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais**. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão '*supremacia do interesse público*', o que é incompatível com a própria função reservada a direito administrativo.
Aliás, não é casual que a tese da supremacia e indisponibilidade do interesse público tenha de ser acompanhada da diferenciação entre interesse público primário e secundário. Tal deriva do **permanente e inafastável risco de que o governante escolha fundado em sua conveniência política, pessoal ou partidária, antes do que por homenagem a um '*Bem Comum*' indeterminado**.
A solução do prestígio ao interesse público é tão perigosa para a democracia quanto todas as fórmulas semelhantes adotadas em regimes totalitários (o espírito do povo alemão ou o interesse do povo soviético). Bem por isso, todos os regimes democráticos vão mais além da fórmula da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Esse é um pressuposto norteador das escolhas, mas há critérios de outra natureza que se impõem como parâmetro de controle das decisões administrativas" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44, grifo nosso).

> **(como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público**. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. **O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público**. Sempre e em todos os casos, **tal se dá por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais**. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 45-46, grifo nosso)

Ora, só é possível haver interesse público – na solução de conflitos sociais concretos – dentro de arenas abertas à participação dos interessados, vale dizer, dentro de uma racionalidade dialógica ou comunicativa. Daí porque o processamento da consensualidade pela Administração Pública deve abrir-se a instrumentos de percepção da pluralidade de interesses envolvidos (caixas de ressonância como o são as audiências públicas, os conselhos de políticas públicas, o orçamento participativo etc).

Independentemente do instrumental de participação adotado, a construção do interesse público pela Administração será menos pública do que deveria ser à luz do marco do Estado Democrático de Direito, se a própria Administração não buscar cotidiana e consistentemente absorver a ressonância dos fluxos comunicativos oriundos da sociedade civil.

A processualidade, como já se disse, impõe aos atos administrativos instantâneos a inserção em um horizonte estendido de motivos, pressupostos e versões em contraditório, o que confere maior juridicidade e conformidade constitucional à ação estatal.

A admissibilidade de sendas intangíveis a controle – porquanto sejam de domínio técnico-especializado – lastreia-se no pressuposto de que não haveria melhor posição que a definida internamente pelos técnicos. Esse pressuposto desconhece a relação de representação que lhe funda a possibilidade de decidir em nome de outrem, razão pela qual clama para si uma legitimidade "científica" e apolítica. Volta-se, uma vez mais, à temática do caráter neutro das decisões de um corpo técnico-burocrático, cuja atuação seria norteada pela estrita legalidade a lhe conferir, eventualmente, margem de liberdade (juízo de conveniência e oportunidade) para o atendimento de fins públicos.

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, outro deve ser o entendimento de tais pressupostos para a ação do aparelho administrativo estatal, senão veja-se que a falta de transparência no curso de decisões que afetam a esfera pública – a título de "discricionariedade técnica" – repercute como apropriação privada da coisa pública.

Obviamente, não há fundamento técnico que se justifique em si mesmo e a própria ciência admite a refutabilidade de suas respostas aos problemas do mundo da vida. Aceita-se um argumento como plausível cientificamente porquanto se abra a construção dos seus pressupostos à análise de todos quantos queiram testá-lo. Ou seja, mesmo o discurso científico é um discurso aberto/poroso ao controle de terceiros interessados.

Precisa é a lição de Gordillo (2003, p. X - 15-17) a respeito da necessidade de superar o conceito de "discricionariedade técnica", porquanto calcado apenas na remissão indeterminada do que seja "técnica". Para o citado autor, distinguem-se regulação e discricionariedade técnicas, na medida em que a regulação é orientada por normas especializadas no ramo técnico sob análise, enquanto a discricionariedade corresponderia à argüição genérica de liberdade decisória sem regras técnicas claramente identificáveis.

Em raciocínio limítrofe (aplicável, por exemplo, às ciências exatas), se há liberdade para analisar subjetivamente "conveniência e oportunidade", não se está a cumprir – de forma objetiva e motivada – regras técnicas que balizariam a adoção de determinada conduta. Por essa razão é que, segundo Gordillo, houve evolução[111] no direito administrativo para que fosse superada a figura da "*discrecionalidad técnica*".

Para o citado administrativista argentino, "se uma técnica é científica e, portanto, por definição, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependem da apreciação pessoal de um sujeito individualizado, é óbvio que não pode, neste aspecto, falar-se de completa 'discricionariedade' (não submissão a normas) senão que corresponde, pelo contrário, falar de 'regulação' (sujeição a normas, no caso, técnicas)." (GORDILLO, 2003, x – 16)

Na esteira da crítica de Gordillo em relação a esse conceito já superado, Bucci (2002, p. 265-266, grifo nosso) defende que não há que se falar em dis-

[111]De acordo com Gordillo (2003, X – 15-17, tradução nossa), no campo da aludida "discricionariedade técnica", "operou-se uma importante evolução no presente século. Antigamente se dizia qua a administração tinha uma 'discricionariedade técnica', isto é, uma atribuição discricionária em matéria técnica que tornava insindicáveis os atos que [ela] emanasse no exercício dessas atribuições.
Mas, na verdade, este antigo conceito de discricionariedade técnica dependia de um igualmente antigo conceito do que se constituía técnica: se esta é uma mera questão de opinião ou de discussão, uma arte que pode ser exercida de diversos modos e de acordo com o critério subjetivo de quem, no caso, a desempenhe, é lógico afirmar que essa atividade não pode, em tal aspecto, ser controlada. [...]
De todo modo, não há em absoluto uma completa discricionariedade em matéria técnica; afirma Alessi neste sentido que se a discricionariedade 'é uma liberdade, mais ou menos limitada, de apreciação do interesse público no intuito de valorar a oportunidade da ação ou do conteúdo a dar à ação mesma [...] **é errado falar de uma discricionariedade *meramente técnica* já que os dois termos *discricionariedade e técnica* são essencialmente inconciliáveis**: [...] **quando se trata de uma questão meramente técnica ela é resolvida exclusivamente com base em critérios técnicos e em regras técnicas e a administração pública não tem nenhuma faculdade de apartar-se de tais regras**;' em sentido similar assinala Diez que 'A discricionariedade não existe no aspecto técnico, que é preciso, senão no administrativo já que o agente tem certa liberdade de apreciação. Como é natural, os vícios sobre a operação técnica influem na legitimidade do ato administrativo'".

cricionariedade técnica como fundamento para a impossibilidade de revisão judicial das políticas públicas:

> Nesse sentido [de que o processo de elaboração da política serve de mecanismo de controle pela via da explicitação dos motivos], **a concepção da política pública esvaziaria ainda mais a noção de discricionariedade técnica**, cunhada por Bernatzik em 1864, sob a qual se aglutinavam as 'decisões que, não sendo discricionárias, deveriam, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica ('elevada complexidade das premissas factuais'), retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica'. Embora **o conceito de discricionariedade técnica seja em si controvertido, até porque a idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional, o seu núcleo permanece sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na Administração e ao contraste pleno da atividade administrativa, na medida em que os instrumentos do direito não são aptos, por si sós, a sopesar as escolhas técnicas**.

Atrás da seara de pretensões técnicas racionalmente indiscutíveis, escondem-se, por vezes, movimentos inconstitucionais. Nesse sentido, não se pode olvidar a questão de como, em contextos que se pretendem democráticos, pode acabar resultando em tirânica ou mesmo paternalista a assimilação do papel de uma classe sacerdotal que determina parte significativa dos rumos de uma comunidade, sem elucidar – para todos os interessados – os processos de decisão e as opções político-normativas segundo as quais tais rumos são definidos.

### 2.4.2 Cidadania e emancipação

Do ponto de vista da cidadania, há riscos que precisam ser discutidos, porque não é devido que quaisquer agentes públicos – de origem política ou meritocrática – façam-se substituir aos cidadãos em decisões que demandariam, para serem legítimas, a participação direta ou não de todos os interessados. Também há risco na estrita apreensão técnica de decisões políticas, na medida em que, desse grupo técnico, nem sempre é possível demandar transparência nos posicionamentos tomados. Seria preciso, pois, resgatar o exercício democrático como um árduo processo de desvendamento de atitudes e opções de todos aqueles que, por força da complexidade social, sejam postos na condição de representante dos demais cidadãos.

O modelo de democracia representativa perverte-se exatamente quando a emancipação dos cidadãos é mitigada por relações de natureza técnico-

paternalística ou falsamente equiparadas a relações de consumo (o Estado como empresa atuando perante "cidadãos-clientes").

No que diz respeito ao patamar de relações paternalísticas, a crítica habermasiana voltou-se, por ocasião da crise do *Welfare State* dos anos 1980, para a emergência de um verdadeiro Estado Administrativo que ofuscara a própria sociedade, tornando-a meramente dependente das prestações estatais, sem lhe conferir uma livre e real possibilidade de participação democrática (HABERMAS, 1987).

Sob o pálio do Estado de Bem-Estar Social, os indivíduos, sindicalizados e conformados numa estrita fronteira de direitos de seguridade social, tornaram-se passivos perante o Estado, senão verdadeiros "cidadãos-clientes" daquele. Tratando da relação entre Estado, mercado e comunidade no *Welfare State*, Santos (1998, p. 01-02, grifo nosso) esclarece que

> A institucionalidade reformista[112] traduziu-se numa articulação específica entre os três princípios de regulação na modernidade: o princípio do Estado, o princípio do mercado e o princípio da comunidade. **Estabeleceu-se um círculo virtuoso entre o princípio do Estado e o princípio do mercado de que ambos saíram reforçados, enquanto o princípio da comunidade, assente na obrigação política horizontal cidadão a cidadão, foi totalmente descaracterizado na medida em que o reconhecimento político da cooperação e a solidariedade entre cidadãos foi restringido às formas de cooperação e de solidariedade mediadas pelo Estado.** Nesta nova articulação regulatória, o potencial caótico do mercado, que se manifestava sob a forma da questão social – anomia, exclusão social, desagregação familiar, violência –, é mantido sob controle na medida em que a questão social entra na agenda política pela mão da democracia e da cidadania. Politizar a questão social significou submetê-la a critérios não capitalistas, não para a eliminar, mas tão só para a minorar e, nessa medida, manter sob controle o capitalismo enquanto conseqüência (a questão social) significou legitimá-lo enquanto causa. O Estado foi a arena política onde o capitalismo procurou realizar todas as suas potencialidades por via do reconhecimento dos seus limites.

Noutro giro, vale pontuar que a relação de dependência do *Welfare State* é uma relação de clientela diversa da proposta pelo modelo de Administração Pública gerencial, a qual merece crítica similar, na medida em que reduz a relação cidadão-Estado a um feixe mercantilizável de serviços ou valores (VIANNA, 1999).

[112]Para Santos (1998, p. 02), "A forma política mais acabada do reformismo foi o Estado-Providência nos países centrais do sistema mundial e o Estado desenvolvimentista nos países semiperiféricos e periféricos."

Não há como deixar, aqui, de criticar a perspectiva de "cidadãos-clientes" a controlarem – mesmo que apenas pleiteando judicialmente direitos – a atuação do Estado como se em uma mera relação competitiva/ privada de prestação de serviços estivessem. Ora, a se tratar o cidadão simplesmente desta forma, estar-se-ia incorrendo na mesma redução fatalmente prejudicial à própria cidadania já denunciada por Habermas, quando de sua crítica ao caráter paternalístico do *Welfare State*.

Obviamente, resultados são importantes, mas não bastam. Cidadãos devem também incorporar o grau de exigência que o mercado ensina a manejar, mas não é só de interfaces econômico-competitivas que se compõem o feixe de situações e direitos de cidadania (SANTOS, 1998). Mesmo porque ao ser meramente cliente do Estado, o indivíduo acaba renunciando à fundação política daquele. Acaba renunciando à condição que lhe conferiria um papel muito mais denso (o de vontade criadora do Estado) capaz de instaurar uma relação de prestação de contas/cobrança – anterior à de mercado – que passa pela própria legitimidade e razão de ser do Estado.

Diferentemente da relação clientelística proporcionada pelo *Welfare State* e pelo balcão judiciário de direitos que deixam o cidadão na cômoda posição de receptor passivo, a aquisição de direitos civis por parte da sociedade, segundo o marco deliberativo de democracia habermasiano, advém de um processo de lutas sociais – os direitos são uma **conquista** social. O desenvolvimento da sociedade civil rumo a uma emancipação só pode ser atingido quando ela deixa de ser mera **destinatária** e torna-se **autora** de seus direitos.

Assim, em Habermas (1987a; 1987b), a sociedade civil ideal é aquela composta de uma rede de associações, organizações e movimentos, mais ou menos espontaneamente emergentes, que (sintonizados com a ressonância dos problemas societários nas esferas de vida privada) destilam e transmitem as respostas ali gestadas de forma amplificada para a esfera pública. E aqui o papel das instituições estatais também passa pelo incentivo a que os diferentes grupos de organização social posicionem-se de forma mais incisiva diante do próprio Poder Público.

Pois bem, trazendo essa perspectiva do debate habermasiano para se avaliar o processo de aquisição de direitos civis no Brasil, percebe-se que, ao longo da história do país, a sociedade brasileira sempre se encontrou numa posição passiva de conquista de cidadania, sendo, portanto, considerada pouco evoluída no sentido da emancipação.

Habituado a concessões graciosas e demagógicas de direitos, o corpo social brasileiro incorporou os direitos trabalhistas durante a ditadura populista de Getúlio Vargas de forma apática e dependente, tanto é assim que os sindicatos, ou seja, as organizações representativas de interesses das classes profissionais foram "tecnocraticamente" criadas pelo Estado e colocadas dentro

de sua órbita institucional, no intuito, é claro, de se poder controlar de perto as reivindicações e os movimentos laborais.

Não obstante tal padrão histórico de dependência em relação ao Estado – que, como visto com Habermas (1987), não se trata de fenômeno restrito à realidade brasileira –, a cidadania vem passando por um verdadeiro processo de "reemergência", tal como o entende Santos (1998, p. 06). Na esteira da crise por que o Estado vem passando, desde a década de 1970, o assim chamado "terceiro setor" começa a emergir, nos mais diversos países do mundo, como alternativa suplementar – porquanto não substitutiva – às estratégias de intervenção social mediadas pelo aparelho estatal.

Nesse diapasão, Santos (1998) alerta para o fato de que a comunidade não consegue – sozinha – promover uma "nova proposta de regulação social". No mesmo sentido, Nogueira (2004, p. 110-111) leciona que "opor ao 'excesso de Estado' uma lógica sociólatra baseada na valorização unilateral dos movimentos sociais, das organizações não-governamentais, da 'autonomia ética' e da descentralização é fazer a apologia de uma sociedade civil vazia de relevância e de grandeza." Ora, a sociedade civil – como bem lembra Nogueira – não é "uma extensão mecânica da vida democrática", muito pelo contrário, é ela "um território de interesses que se contrapõem e que só podem compor-se mediante ações políticas deliberadas."

O aviso de Nogueira aprofunda-se no sentido de que

> Destacada do Estado e concebida como campo oposto e não integrado a ele, a sociedade civil converte-se em terra de ninguém, como toda e qualquer sociedade 'desestatalizada', isto é, **não estruturada por um pólo que contrabalance as desigualdades e que faça com que valores gerais (justamente os da cidadania política) prevaleçam sobre interesses particulares-egoísticos**. (NOGUEIRA, 2004, p. 111, grifo nosso)

Mais consistente que a defesa utópica do terceiro setor, é preciso que haja uma associação adequada entre Estado e comunidade, para que, segundo Santos (1998), seja possível superar ou – ao menos rever sob fundamentos democráticos – a primazia do princípio do mercado.[113]

[113]Na lição de Santos (1998, p. 07, grifo nosso), "O ressurgimento do terceiro sector no final do século pode ser lido como a oportunidade para o princípio da comunidade comprovar as suas vantagens comparativas em relação ao princípio do mercado e ao princípio do Estado, os quais terão falhado nas suas respectivas tentativas de hegemonizar a regulação social nos períodos anteriores, o princípio do mercado no período do capitalismo desorganizado ou capitalismo liberal, e o princípio do Estado no período do capitalismo organizado ou capitalismo fordista. Esta leitura peca, porém, por demasiado superficial. Em primeiro lugar, não é tão claro que estejamos perante um duplo falhanço, do Estado e do mercado; em segundo lugar, a existir tal falhanço, é ainda menos claro que **o princípio da comunidade, depois de um século de marginalização e de colonização por parte do Estado e do mercado, tenha ainda a**

Para além da necessidade de resistir ao avanço do mercado sobre todos os domínios do mundo da vida, a questão a que Santos se propõe é saber como poderia o princípio da comunidade (entendido como "a obrigação política horizontal e solidária de cidadão a cidadão") incorporar um outro padrão de associação com o princípio do Estado (entendido como "a obrigação política vertical entre cidadãos e o Estado") para que houvesse a retomada da sua condição de "obrigação política originária, a que estabelece a inalienabilidade da soberania do povo de que deriva a obrigação política com o Estado" (SANTOS, 1998, p. 06).

Problema efetivamente surge quando – no seio dos movimentos de reforma do Estado – o terceiro setor é tratado como prestador de políticas públicas, ora substitutivo em relação ao aparelho do Estado, ora como se fora um agente terceirizado daquele. As principais limitações desses diversos regimes de "parceria" decorrem do fato de que a cidadania organizada não é chamada a deliberar qualitativamente sobre tais políticas públicas, mas apenas a executá-las formalmente. Para Santos (1998, p. 12, grifo nosso), desse modelo sobrelevam riscos de esvaziamento tanto do princípio da comunidade, como do próprio Estado,[114] pois:

---

**autonomia e energia necessárias para protagonizar uma nova proposta de regulação social, mais justa, capaz de repor a equação entre regulação social e emancipação social que constitui a matriz originária da modernidade ocidental**.

Quanto à primeira questão, não me parece que o princípio do mercado esteja a passar por qualquer crise. Ao contrário, **o período actual pode ser visto como um período de total hegemonia do mercado, identificável na hubris com que a lógica empresarial do lucro tem vindo a permear áreas de sociedade civil até agora poupadas à incivilidade do mercado como, por exemplo, a cultura, a educação, a religião, a administração pública, a protecção social, a produção e gestão de sentimentos, atmosferas, emoções, ambientes, gostos, atracções, repulsas, impulsos.** A mercantilização do modo de estar no mundo está a converter-se no único modo racional de estar no mundo mercantil.

Quanto ao princípio do Estado, é evidente que a crise do reformismo social ou do fordismo, central e periférico, representa uma crise das formas políticas estatais que dominaram no período anterior, o Estado do Bem Estar no centro do sistema mundial e o Estado desenvolvimentista na semiperiferia e periferia do sistema mundial. Mas não se trata de uma crise generalizada do Estado nem muito menos de uma crise final como pretendem as teses mais extremistas da globalização. O carácter repressivo do Estado, o seu protagonismo nos processos de regionalização supranacional e de liberalização da economia mundial, a sua função previdencial facilitadora e protectora em relação a empresas privadas que desempenham funções consideradas de interesse público, nada disto parece atravessar qualquer crise. **O que está em crise no Estado é o seu papel na promoção de intermediações não mercantis entre cidadãos que o Estado tem desempenhado nomeadamente através da política fiscal e das políticas sociais**. A maior sintonia que tem vindo a ser exigida entre as estratégias de hegemonia e de confiança, por um lado, e as estratégias de acumulação, por outro, sob o domínio desta última, tem vindo a fortalecer todas as funções do Estado que contribuam para o fortalecimento do capitalismo global."

[114] Santos (1998, p. 12-13, grifo nosso) assevera que "a questão central é a de determinar o papel do terceiro sector nas políticas públicas e, como veremos a seguir, tal depende, tanto do próprio terceiro sector, como do Estado, como ainda do contexto internacional em que um e outro operam, da cultura política dominante, e das formas e níveis de mobilização e de organização social.

Tal papel pode limitar-se à execução de políticas públicas, mas pode também envolver a escolha das políticas e, em última instância, a formação da própria agenda política (Thomas) e pode ser exercido, tanto por via da complementaridade, como por via da confrontação com o Estado. Bebbington e Farrington distinguem **três tipos de relações possíveis: o terceiro sector enquanto instrumento do Estado; o terceiro sector enquanto amplificador de programas estatais; o terceiro sector enquanto parceiro nas**

> Nos países periféricos e semiperiféricos, as limitações do Estado-Providência, as vicissitudes da democracia — quase sempre de baixa intensidade e interrompida por períodos mais ou menos longos de ditadura — e os próprios processos que deram origem ao terceiro sector, fizeram com que **as relações entre este e o Estado fossem muito mais instáveis e problemáticas: da proibição ou forte limitação da actuação das organizações até à conversão destas em meros apêndices ou instrumentos da acção estatal**.

Embora seja certo que o Estado deve se abrir a uma gestão participativa, em que se pressupõe a "existência de um cidadão ativo, qualificado não apenas para controlar de modo passivo a gestão, mas também para interferir nela, direcioná-la, submetê-la a sua vontade", ainda não há clareza sobre o fato de que esse movimento participativo "não só responsabiliza os participantes, como também atribui a eles a fixação dos critérios e de regras procedimentais que determinarão o modo como as decisões serão tomadas" (NOGUEIRA, 2004, p. 146).

É preciso, assim, que seja afastado o equívoco da idéia de que deve haver "diminuição da intervenção estatal em benefício de uma maior liberdade de iniciativa e de uma maior intervenção da sociedade civil", tal como denuncia Nogueira (2004, p. 147), já que não cabe falar-se hodiernamente em relação de competição entre Estado e comunidade, porquanto tenha sido superada, no marco do Estado Democrático de Direito, tal visão negativista (típica do paradigma liberal dos séculos XVIII e XIX) do que seja papel do Estado.

Para Nogueira (2004, p. 147, grifo do autor), a bem da verdade, "uma gestão participativa perde coerência se, em nome da expansão da atividade cívica e do aumento da justiça social, converter *direitos de cidadania*, por exemplo, em *serviços* a serem providos (e vendidos) pelo mercado ou pelo setor público não-estatal."

A refundação democrática defendida por Santos como uma verdadeira "reinvenção solidária e participativa do Estado" (1998) tem de desvendar e afastar diversos riscos de apropriação privada do público. Para o autor em questão,

---

**estruturas de poder e de coordenação**. Na última década, a situação nos países periféricos tem criado grandes turbulências nas relações entre o Estado e o terceiro sector. Se é verdade que tradicionalmente o problema principal foi o de preservar a autonomia e a integridade das organizações e o de lutar para que o seu papel não se limitasse à execução das políticas e pudessem ter uma voz na formulação destas, hoje o virtual colapso de alguns países faz com que o problema se tenha invertido e seja agora o de preservar a autonomia e mesmo a soberania do Estado face às ONGs transnacionais, e o de garantir a participação do Estado, não só na execução, como também na própria formulação das políticas sociais adoptadas pelas organizações e agências no seu território."

> Neste novo marco político, o Estado torna-se ele próprio uma relação política parcelar e fracturada, pouco coerente, do ponto de vista institucional e burocrático, campo de uma luta política menos codificada e regulada que a luta política convencional. **Esta descentração do Estado significa menos o enfraquecimento do Estado do que a mudança da qualidade da sua força**. Se é certo que o Estado perde o controle da regulação social, ganha o controle da meta-regulação, ou seja, da selecção, coordenação, hierarquização e regulação dos agentes não estatais que, por subcontratação política, adquirem concessões de poder estatal. A natureza, o perfil e a orientação política do controle da meta-regulação são agora os objectos principais da luta política, a qual ocorre num espaço público muito mais amplo que o espaço público estatal, um espaço público não estatal de que o Estado é apenas um componente ainda que um componente privilegiado. As lutas pela democratização deste espaço público têm assim um duplo objectivo: a democratização da meta-regulação e a democratização interna dos agentes não estatais de regulação. **Nesta nova configuração política, a máscara liberal do Estado como portador do interesse geral cai definitivamente. O Estado é um interesse sectorial *sui generis* cuja especificidade consiste em assegurar as regras do jogo entre interesses sectoriais.** (SANTOS, 1998, p. 14, grifo nosso)

A fragmentação que traceja o agir estatal e que é resultado da miríade de interesses sociais em cenários hiper-complexos não mais admite ser processada pelo viés estreito da democracia representativa e pela sua pretensão universalizante de conformar um "interesse geral" por meio de maiorias contingentes.

Nogueira (2004, p. 243) bem explicita que a única forma de conviver com a fragmentação social em sociedades complexas passa pelo exercício contínuo de administrar interesses diversos que precisam ser compostos e recompostos discursivamente. À pergunta sobre como produzir emancipação em tais contextos, o citado autor fornece uma resposta procedimental, já que não há soluções substantivas fora da arena concreta de decisões coletivas. Para o autor, "em organizações e sociedades complexas, fragmentadas, cortadas por interesses e desejos que não se compõem com facilidade, **a mudança dirigida – a emancipação – depende de operações que requerem o pleno emprego do recurso democrático ao diálogo, à negociação, à articulação**." (NOGUEIRA, 2004, p. 243, grifo nosso)

Diante desse cenário permanentemente aberto à composição de conflitos de interesses, o Estado emerge apenas como mais um sujeito político[115] a atuar no espaço onde são definidos – democraticamente ou não – os rumos sociais.

[115]Deveras pertinente é a lição de Santos a esse respeito: "Enquanto sujeito político, o Estado passa a caracterizar-se mais pela sua emergência do que pela sua coerência. Daí o ser adequado concebê-lo como novíssimo movimento social.

O papel da cidadania – diante da crise do Estado e do avanço de pressões "fascistas" [tal como aponta Santos (1998, p.15, grifo nosso)] – não pode se confundir com uma simples "**passagem de um autoritarismo centralizado para um autoritarismo descentralizado.**" Para Santos (1998, p. 15), "Só uma reforma simultânea do Estado e do terceiro sector, por via de articulação entre democracia representativa e democracia participativa, pode garantir a eficácia do potencial democratizante de cada um deles face aos fascismos pluralistas que se pretendem apropriar do espaço público não estatal."

O que se pode delinear como possibilidade de emancipação da cidadania e de "refundação democrática do Estado" passa pelo que Santos (1998, p. 15) chama de "Estado-novíssimo movimento social", como também pelo que Nogueira (2004, p. 247) – do ponto de vista gramscianiano – entende ser "construção de hegemonia", entendida hegemonia como a articulação entre "domínio (governo) e direção (consenso) ou, se se preferir, entre monopólio da força e capacidade de fixar horizontes de sentido."

Nogueira (2004) e Santos (1998, p.15) tratam do mesmo complexo problema, qual seja, a busca de um movimento que – democraticamente – articule Estado e comunidade para que sejam impostos limites ao processo denunciado por Santos de "pujança avassaladora do princípio do mercado impulsionada pelo capitalismo global [que] põe em perigo todas as interdependências não mercantis, sejam elas geradas no contexto da cidadania ou no contexto da comunidade."

Tal movimento discursivo de articulação não toma como espaço de referência o Estado, como se fora dentro dele que pudessem ser empreendidas emancipação e democratização. Para Nogueira (2004, p. 247-248, grifo nosso),

---

Esta concepção traduz-se nas seguintes proposições fundamentais:

(1) Os conflitos de interesse corporativos que configuram o espaço público, quer do Estado de Bem Estar, quer do Estado desenvolvimentista, são hoje liliputianos quando comparados com **os conflitos entre os interesses sectoriais que competem agora pela conquista do espaço público não estatal**. O âmbito destes extravasa do espaço-tempo nacional, as desigualdades entre eles são enormes e as regras do jogo estão em constante turbulência;

(2) **A descentração do Estado na regulação social neutralizou as virtualidades distributivas da democracia representativa e com isso esta passou a poder coexistir, mais ou menos pacificamente, com formas de sociabilidade fascista que simultaneamente agravam as condições de vida da maioria e trivializam o agravamento em nome de imperativos transnacionais**;

(3) Nestas condições, **o regime político democrático, porque confinado ao Estado, deixou de poder garantir a democraticidade das relações políticas no espaço público não estatal**. A luta anti-fascista passa assim a ser parte integrante do combate político no Estado democrático, o que **só é possível mediante a articulação entre democracia representativa e democracia participativa**;

(4) Nas novas condições, a luta anti-fascista consiste na estabilização mínima das expectativas das classes populares que o Estado deixou de poder garantir ao perder o controle da regulação social. Tal estabilização exige uma nova articulação entre o princípio do Estado e o princípio da comunidade que potencie os isomorfismos entre eles" (SANTOS, 1998, p. 14-15, grifo nosso).

> o terreno próprio para a construção da hegemonia não é o Estado em sentido estrito (ou seja, o mundo do governo, da administração pública ou do poder), mas a sociedade civil, quer dizer, a **malha de aparelhos e de associações com as quais os interesses sociais organizam-se e buscam afirmar-se perante os demais, diante do Estado e como Estado**. Isso implica, em decorrência, que **a sociedade civil não é o outro lado do Estado, mas o coração do Estado: é com base nela e a partir dela que novos Estados podem ser fundados**.

Só assim – construindo paulatina e contingentemente o espaço aberto do discurso irrestrito de cidadãos interessados dialeticamente[116] nas suas posições individuais e nos rumos sociais – valores normativos citados por Santos (1998, p. 15) de "cooperação, solidariedade, democracia, [e] prioridade das pessoas sobre o capital" podem ser manejados como referência política capaz imprimir "horizonte de sentido" – em bases consensuais – para a ação do Estado.

### 2.4.3 Crise e reforma do Estado

A década de 1990 presenciou, sob o signo da reforma do Estado, uma espécie diferente de "discricionariedade técnica". Não se tratava de uma prestação administrativa totalizante de "bem-estar social", mas de um controle economicista da "crise de governabilidade"[117] causada pelas altas taxas de inflação.

A propósito da temática da crise e da reforma do Estado – temas que servem indistintamente aos gestores técnicos tanto para legitimarem a condução da política econômica, quanto para proporem unilateralmente o redesenho constitucional (ou seja, político-jurídico) das atividades precípuas do Estado –, vale apresentar o cenário no qual se inserem.

Contemporaneamente, não há como se falar em reforma do Estado e suas implicações, sem necessariamente tratar da crise do Estado, mais propriamente da crise de um determinado tipo de Estado, qual seja, o que, em coerência com

[116]Segundo Nogueira (2004, p. 244), "a política é sempre uma combinação dialética de vontade e de circunstâncias: os sujeitos que agem não estão inteiramente livres das circunstâncias em que agem. Se agem dentro de organizações, digamos, têm de se compor com regras e rotinas que freiam sua liberdade, mas ao mesmo tempo lhes fornecem parâmetros de atuação. Além do mais, as circunstâncias são amplas e complexas: têm a ver com legados históricos, tradições, culturas e também correlações de forças, padrões de desenvolvimento econômico, relações internacionais, equilíbrios políticos, decisões governamentais, marcos jurídicos. Os sujeitos, por sua vez, movem-se animados por muitas coisas: pela posição objetiva no processo produtivo e por interesses (econômicos ou políticos), mas também, e talvez sobretudo, por valores, ressentimentos, paixões e utopias".

[117]Bonavides (2003, p. 390, grifo nosso) elucida que "a *ingovernabilidade*, sendo o perecimento da ação executiva, representa a agonia final dos meios de exercício do poder, **o desenlace de uma doença da legalidade, que torna o Executivo, de fato, demissionário de responsabilidades na administração da crise** e ao mesmo passo incapaz de evitar a consumação do caos e prevenir a desordem institucional."

a perspectiva de que os mercados possuem falhas e geram grandes distorções sociais, seguia intervindo ali para promover não só maior eficiência mercadológica, mas também para processar intermediações não-mercantis includentes (SANTOS, 1998).

Esse tipo de Estado – dito, em tantas acepções, social, fordista, keynesiano, reformista, do Bem-Estar, desenvolvimentista etc. – emergira sustentado pelo sentido político imprimido pelas revoluções oriundas dos movimentos operários internacionais no início do século XX e pela grande ruptura que houve no cerne do liberalismo econômico com a Crise de 1929.

Nesse sentido, pertinente é a análise feita por Santos (1998) de que o reformismo da sociedade e do mercado (como paradigma moderno de transformação social) promovido pelo Estado tinha claras tendências socializantes, ao mesmo tempo em que promovia a legitimação do capitalismo, "organizando-o" de modo a minimizar a sua lógica de exclusão e desagregação social.

Contudo, no auge dos anos 1970 e 1980 e já diante de um processo de globalização, desde então, visualizado como inevitável, os Estados nacionais, com um aparelho inflado e à mercê dos fluxos intermitentes do capital internacional, viram-se sob a premência de mudança para melhor gestão dos recursos de que dispunham (DINIZ, 1997).

Assim sendo, a dita "crise de governabilidade" (DINIZ, 1997) a demandar reformas profundas no Estado por todo o mundo emergiu com grande alarde, tão logo se constatou univocamente o enfraquecimento do antigo padrão fordista de industrialização e das políticas econômicas estatais, bem como quando se evidenciou a ruptura com o sustentáculo político-ideológico (SANTOS, 1998) que mantinha as bases do intervencionismo estatal nos moldes em que ele vinha sendo instrumentalizado.

Sem como seguir processando as bases da acumulação capitalista com a lógica de inclusão promovida pelo Estado-Providência nos países centrais e pelo Estado Desenvolvimentista nos periféricos, caíra por terra a crença de que o capitalismo organizado poderia, de fato, ser um caminho certo e progressivo em direção à democracia e à justiça social.

O Estado, então, passara a ser questionado no mérito da sua capacidade de alocação (in)eficiente de recursos – tomados à sociedade e ao mercado –, ainda mais se se considerar que, dado o crescimento da dívida líquida do setor público e da extrema dificuldade de geri-la, ele sequer continuaria sendo capaz de conformar maior inclusão cidadã, tão dispendiosa e inchada que se tornara a sua máquina.

Assim, segundo Diniz (1997), tal "crise de governabilidade"[118] fora alçada à condição de uma espécie de "bomba-relógio" armada contra a própria

[118]Segundo Diniz (1996, p. 8-9), "apontando a ingovernabilidade do país como um dos principais desafios da

democracia reformista. Em outras palavras, estar-se-ia diante de uma explosão de demandas (questão tomada a Samuel Huntington) incentivada por um Estado mais aberto à pluralidade de reivindicações, o que, por si só, colocaria em xeque a continuidade de tal sistema, na medida em que o Estado, diante de restrições orçamentárias e institucionais, não mais conseguiria processar e responder a todas elas.

Que remédio, então, dar a esse Estado enfermo – e cambiante de pernas sociais não mais factíveis – que senão o do poderosíssimo princípio de eficiência? (SANTOS, 1998) E o receituário na década de 1980, note-se, era de uma eficiência mercadológica porque os mecanismos do mercado seriam os únicos capazes de imprimir naturalmente e a menores custos um efetivo controle (de eficiência), sob a lógica da competição e do equilíbrio natural entre as forças da oferta e da demanda.[119]

Nesse ínterim e com o retorno das teorias de que o mercado sempre[120] aloca mais eficientemente que o Estado, notadamente insculpidas nos marcos do Consenso de Washington em 1981 e da derrocada do signo socialista (último contraponto ao capitalismo?), sobrelevaram programas que simplesmente tratavam o Estado como se irreformável fosse, por ser uma estrutura teoricamente ineficiente e contraproducente. Foi, portanto, o auge das pregações pelo Estado Mínimo e pela retirada da intervenção do Estado em todas as áreas que fosse

---

atualidade brasileira, o diagnóstico dominante enfatiza os efeitos perversos advindos da democratização crescente da ordem social e política. [...] Nessa linha de raciocínio, a liberação das demandas reprimidas pelos vinte anos de regime autoritário e a exacerbação das expectativas por políticas sociais mais efetivas reforçariam as restrições do Governo acossado pela multiplicidade de pressões contraditórias, gerando paralisia decisória e perda de credibilidade".

[119]Questionando essa assunção do princípio da eficiência mercadológica como único factível nos processos de Reforma do Estado, Chauí (1999) fala da intensa **redução de significado** que se dá com a transformação das universidades de instituições sociais em organizações: "uma *organização* difere de uma instituição por definir-se por uma outra prática social, qual seja, a de sua instrumentalidade: está referida ao conjunto de meios particulares para obtenção de um objetivo particular. **Não está referida a ações articuladas às idéias de reconhecimento externo e interno, de legitimidade interna e externa, mas a operações definidas como estratégias balizadas pelas idéias de eficácia e de sucesso no emprego de determinados meios para alcançar o objetivo particular que a define**. É regida pelas idéias de gestão, planejamento, previsão, controle e êxito. Não lhe compete discutir ou questionar sua própria existência, sua função, seu lugar no interior da luta de classes, pois isso, que para a instituição social universitária é crucial, é, para a organização, um dado de fato. Ela sabe (ou julga saber) por que, para que e onde existe". (Grifo nosso)

[120]Eis um contraponto fundamental:
"O choque liberal por ele [pelo neoliberalismo] proclamado parte de um suposto engenhoso, mas falso: o de que, esgotados os modelos de enfretamento da crise pela via de intervenção estatal, teria chegado a hora do retorno à plena vigência do mercado, regulador ideal da economia capitalista. O que tal discurso desconsidera é que a projeção liberal clássica ficou sem sustentação histórica: em tempos de cartéis e monopólios, de drástica redução do número mesmo de agentes econômicos, o mercado tende a se concentrar cada vez mais e vê desaparecer no horizonte a velha competição, mecanismo pensado como perfeito que, historicamente, lhe havia até mesmo garantido a existência. O mercado plenamente desenvolvido conhece um novo tipo de competição, tem uma baixíssima capacidade de auto-regulação e só pode existir às custas do planejamento e da intervenção estatal" (NOGUEIRA, 1989-1990, p.14-15).

possível, por si só, a iniciativa privada. Eis o que Bursztyn (1998) chamara de "retorno ao fetichismo de mercado".[121]

Paradoxal, porém, como muito pertinentemente Santos (1998) alerta, é que tal Estado Mínimo, fraco nas intervenções para consecução de políticas públicas includentes, haveria de ser erigido cada vez mais forte – com Executivos dotados de "hiperatividade decisória" (DINIZ, 1996) – para garantir a liberdade do mercado.

Aqui se mostra um ponto de especial relevo no tocante à Reforma do Estado que se quis implementar no Brasil: note-se que tanto era necessária robustez na atuação do Estado que o que mais se fez, no Brasil, foi argumentar que, para enfrentar os riscos de uma crise de governabilidade,[122] era necessário um Executivo forte, sem constrangimentos, capaz de responder rapidamente às imprevisíveis pressões do mercado (DINIZ, 1997; STARK; BRUSZT, 1998).

Interessante é considerar a progressiva legitimação de um Executivo cada vez mais forte, até mesmo legislando costumeiramente mediante medidas provisórias, na proporção em que, simultaneamente, era colocada em xeque a própria necessidade das garantias estatuídas pela ordem constitucional vigente; essas, por seu turno, tidas como "engessadoras do aparelho estatal" (PLANO... 1995, p. 27).

Em tal contexto de crise, ao deslegitimar o texto constitucional de 1988, o Executivo ganhava peso e capacidade para reformar,[123] sem um mínimo de coerência política e de definição de aonde se pretendia chegar, partes significativas (algumas até cláusulas pétreas) da Constituição. No Brasil, a "reforma do Estado" da década de 1990 se deu em um jogo ardoroso de redesenho institucional (TSEBELIS, 1998), realizado por meio de elevado número de emendas constitucionais, assim como pela reedição sucessiva de medidas provisórias.

Ao longo de incessantes (e grande parte das vezes fracassadas) tentativas de estabilização econômica, todo o poder – dado pela imensa abrangência das medidas provisórias – foi disponibilizado aos Executivos nacionais.

---

[121] Para Boaventura de Sousa Santos, "o período actual pode ser visto como um período de total hegemonia do mercado, identificável na hubris com que a lógica empresarial do lucro tem vindo a permear áreas de sociedade civil até agora poupadas à incivilidade do mercado como, por exemplo, a cultura, a educação, a religião, a administração pública, a protecção social, a produção e gestão de sentimentos, atmosferas, emoções, ambientes, gostos, atracções, repulsas, impulsos. A mercantilização do modo de estar no mundo está a converter-se no único modo racional de estar no mundo mercantil" (SANTOS, 1998, p. 8).

[122] Bem é de se lembrar que governável é uma qualidade atribuída à sociedade e não aos próprios governos...

[123] Haveria, se se estivesse em searas, de fato, democráticas, de causar indignação a perplexidade levantada por Barroso (1998, p. 24) de que "por paradoxal que possa parecer, a reiterada sucessão de emendas revela uma preocupação nova: a de não descumprir a Constituição, de não *atropelá-la*, como de nossa tradição, mas reformá-la na disputa política pelo *quorum* qualificado. É consolo pequeno. E é preciso reconhecer que, nesse particular, o ciclo do amadurecimento institucional brasileiro ainda não se completou."

É tal fenômeno de enclausuramento das decisões políticas na alta burocracia estatal, sem transparência e debate com a sociedade, que Diniz (1996, p. 9, grifo nosso) critica como uma continuidade das premissas do regime ditatorial, já que,

> ao contrário do que ocorreu em alguns países, em que políticas de ajuste dos anos 80 apoiaram-se em pactos de ampla envergadura, a opção das elites estatais brasileiras privilegiou **vias coercitivas de implementação**, o que se traduziu pela preferência por instrumentos legais capazes de garantir a precedência do Executivo em face do Legislativo.

Tais Executivos imbuídos da "missão" de resolver a aludida crise de governabilidade, apesar de progressiva e inacreditalvemente mais fortes, somente faziam desacreditar a Constituição da República de 1988 para não desacreditarem a si próprios.

Pela absoluta falta de responsabilidade política estendida[124] (STARK; BRUSZT, 1998) no contexto brasileiro, os Executivos brasileiros do período supracitado somente se preocuparam com a pretensa meta última de controle inflacionário e reformas econômicas de fundo, sem respeitar as salvaguardas constitucionais aos direitos individuais e garantias públicas. É este o mesmo alerta feito por Faria (1993, p. 37, grifo nosso):

> Esse bloqueio [da própria dinâmica do processo de pós-transição democrática] fica nítido quando o padrão de governabilidade imposto em nome da 'salvação nacional' requer uma separação autoritária entre a gestão 'administrativa' da economia e a formação política da 'vontade geral', a pretexto de neutralizar a explosão de reivindicações, e/ou exige uma 'conciliação' cooptadora entre diferentes setores sociais – o que **perverte a transição e a consolidação democráticas ao convertê-las numa continuidade disfarçada do regime político anterior**.

Como única e última baliza de controle, os brasileiros só tiveram o Judiciário para acorrer em defesa de seus direitos (VIANNA, 1999), o que

[124]Trata-se de conceito visualizado por Stark; Bruszt (1998, p. 27, grifo do autor), para quem "trazer a sociedade de volta à política no momento da formulação da política significou que os administradores públicos não confrontaram a sociedade apenas no momento da implementação das políticas. Ao contrário as discussões aumentaram a compreensão dos formuladores das decisões, provendo informações críticas que os ajudaram a antecipar conseqüências econômicas, políticas e sociais futuras de suas ações. A responsabilidade política estendida, portanto, *estendeu o horizonte temporal dos atores estatais chave*, corrigindo erros de cálculo de antemão e os encorajando a pensar vários passos à frente nos jogos estratégicos da política de reformas. Como as deliberações os forçaram a ser mais responsáveis *ex ante*, as linhas de política pública resultantes já estavam delineadas de forma coesa e coerente, o que facilitou respostas rápidas e adaptações responsáveis com a alteração das circunstâncias."

nem sempre foi a melhor defesa do marco constitucional democrático vigente perante as "reformas" de controle da ingovernabilidade, já que, até no Supremo Tribunal Federal, foi acolhida a premissa de que as medidas provisórias eram instrumentos imprescindíveis, e a economia era mais importante que a regularidade democrática (ARANTES, 1997).

Também aqui é ácida a crítica de Faria (1993, p. 64-65, grifo nosso):

> Por meio da 'aplicação seletiva' dessa ordem jurídica assimétrica e fragmentária, mediante a instrumentalização de normas numa direção distinta da que foi originariamente formulada e não-regulamentação de certos direitos para bloquear a implementação dos benefícios que eles asseguram, o Estado subsidiário do corporativismo 'social' revelar-se-ia capaz de gerar um 'efeito de distanciamento' em relação à ordem constitucional em vigor. [...] Em outras palavras, esse efeito permite que a **contínua ruptura da legalidade formal do Estado, por causa da 'aplicação seletiva' da lei, não seja acompanhada automaticamente pela quebra da legitimidade desse mesmo Estado**.

Se se retomar a questão em uma perspectiva histórica, ela se mostrará mais problemática, quando se lembrar que a legitimidade do sistema de solidariedade que estatuiu a ordem política consolidada na Constituição de 1988 emergira de um contexto contraditório, mas **plural** de reconstrução democrática.

Mas como Carvalho Netto denuncia, contemporaneamente, o Brasil, ao invés de ver consolidada sua ordem político-constitucional, vive um "processo de acentuada anomia" no seu ordenamento jurídico, já que

> Neste país, falarmos de Constituição, de constitucionalismo ou de constitucionalidade nos remete muito mais, é claro, às idéias de constante alteração da Constituição, de excesso de medidas provisórias, de fraqueza institucional e inoperância do Legislativo e do Judiciário, de abusos do Executivo, de apatia e descrença populares, enfim, de um processo de acentuada anomia no mais alto nível normativo de nosso ordenamento, do que à idéia de uma ordem constitucional consolidada, firmemente assegurada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Judiciário como um todo, na qual inclusive o processo e o labor legislativos fossem controlados visando institucionalmente garantir a possibilidade de acreditarmos que somos uma comunidade de homens livres e iguais que ordena em co-autoria seu viver em comum, sem a exclusão de nenhum afetado, ou seja, uma comunidade de homens que se respeitam mutuamente em suas diferenças. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 06)

Justamente por serem as propostas de reforma do Estado, no Brasil, carentes de uma imersão crítica no processo maior de consolidação democrática

é que elas pecam tanto pelo desrespeito à Constituição de 1988 e **alimentam a própria crise de (in)governabilidade**.[125]

Há que se dizer também da univocidade da percepção sobre a crise do Estado e como esta repercutiu em processos de reforma míopes (ênfase em tamanho do aparato estatal), porquanto só se voltassem para o controle administrativo-financeiro da aludida crise.[126] Não se pensou em uma reforma do papel do Estado, mas apenas em uma reforma do aparelho do Estado porque, como Faria (1993) mesmo asseverou, havia uma "separação autoritária entre a gestão 'administrativa' da economia e a formação política da 'vontade geral'".

Nessa linha de revaloração da situação crítica em que o país se encontra é que se mostra necessário retomar a interface primordial entre a reforma do Estado e o tema da consolidação democrática, na medida em que

> tratada de maneira isolada, como ocorre com freqüência, ou exclusivamente em função dos seus aspectos administrativos, **a reforma do Estado tende a ser conduzida de forma a acentuar tensões com os requisitos da institucionalização da democracia**. Desta forma, o objetivo de reformar o Estado é parte intrínseca de um processo mais amplo de fortalecimento das condições de governabilidade democrática. (DINIZ, 1996, p. 5-6, grifo nosso)

Ora, a dissociação entre o projeto de reforma do Estado e o fortalecimento das instituições democráticas se funda, em última instância, na própria incapacidade governamental de negociação e problematização do "processo de constituição dos fins, necessariamente múltiplos" (REIS, 1986).

Assim, deslegitimado em sua basilar função de respeito e consolidação da "ordem justa" (VIEIRA, 1997), os governantes, ao se enviesarem nas questões sobre estabilidade econômica, deixam de responder pelo interesse público conformado constitucionalmente, além de não conseguirem fazer valer suas deliberações normativas. É essa uma contraface perversa da crise que também assola a própria legitimidade dos Executivos.

---

[125]Diniz (1996, p. 11) assevera que "com o advento da Nova República, tais problemas seriam agravados pelo estilo tecnocrático de gestão que se tornou dominante. Assim, a tensão entre as formas de alcançar os objetivos da nova agenda pública (estabilização econômica, reinserção internacional e institucionalização da democracia) tornou-se parte constitutiva da crise do Estado, já que os meios postos em prática para realizar as metas econômicas dificultariam o aprimoramento das instituições democráticas. Eficácia na administração da crise e consolidação democrática foram conduzidas como alvos contraditórios."

[126]Para Boaventura de Sousa Santos, "a leitura neoliberal desta crise apontou para a privatização maciça dos serviços sociais do Estado, na segurança social, na saúde, na educação, na habitação. E, para além deles, dos próprios serviços de segurança pública e prisionais. A eficiência do mercado na gestão dos recursos foi considerada incontestável, em contraste com o funcionamento burocrático do Estado. A eficiência do mercado na gestão dos recursos colidia, no entanto, com a ineficiência (quando não, total perversidade) do mercado no que respeita à equidade na distribuição dos recursos antes confiada ao Estado" (SANTOS, 1998, p. 8).

Para Santos (1998, p. 8), "não se trata de uma crise generalizada do Estado nem muito menos de uma crise final como pretendem as teses mais extremistas da globalização." De acordo com o autor em questão, seguem ilesos de qualquer conjuntura tida como crítica "o carácter repressivo do Estado, o seu protagonismo nos processos de regionalização supranacional e de liberalização da economia mundial, a sua função previdencial facilitadora e protectora em relação a empresas privadas que desempenham funções consideradas de interesse público".

Nesse diapasão, Santos (1998, p. 8) assevera que "o que está em crise no Estado é o seu papel na promoção de intermediações não mercantis entre cidadãos que o Estado tem desempenhado nomeadamente através da política fiscal e das políticas sociais."

Segundo Diniz (1996, p.15-16), o ciclo de "rarefação do poder público" é gerado, desta forma, a partir da "lacuna deixada pela omissão do Estado no atendimento às necessidades fundamentais, bem como pela inexistência de políticas sociais efetivas". Essa lacuna, por sua vez, "abre o espaço para a proliferação de práticas predatórias e a disseminação da insegurança generalizada". E é neste contexto que "as áreas social e territorialmente periféricas criam sistemas paralelos de poder que tendem a alcançar níveis extremos de violência e arbitrariedade."

Ao excluir da esfera pública a tematização da proposta de revisão do papel do Estado, a Administração Pública diagnosticou com suas instâncias técnicas problemas que são afetos ao conjunto dos cidadãos. Tal processo fez-se com o emprego do discurso da ingovernabilidade e da discricionariedade administrativa, mais uma vez considerando cidadãos como "clientela destinatária" de mudanças não deliberadas discursivamente.

Exemplo claro disso se deu com a proposta de "Administração Pública Gerencial" em meados da década de 1990, notadamente no que se refere à priorização do controle de resultados para equacionamento dos limites burocráticos à gestão pública brasileira. Vale lembrar que, muito além da mera mudança de foco no controle (de meios ou de resultados), a extensão do controle sobre a Administração Pública passa, sobretudo, pela democratização do seu agir, o que só pode ser processado a partir da ruptura com a pretensão de uma estrita legalidade aplicada de forma neutra e estática.

Problema há em se tentar promover superação dos enviesamentos técnico-burocráticos do Estado-Providência a partir da migração para o regime de direito privado na consecução de políticas públicas (do que as privatizações são exemplo mais notório). Superar a crise fartamente denunciada a partir da década de 1970 não se trata de um exercício de substituição do Estado pelo mercado.

Segundo Habermas (1987b, p. 97, grifo nosso), a denúncia dos vícios do Estado de Bem-Estar Social tem sido explorada pelos "neoconservadores" visando **"vender a bem conhecida política de deslocamento dos problemas do Estado para o mercado, sob o manto das palavras de ordem 'liberdade e democracia' "**. Para o citado filósofo alemão, tal deslocamento corresponderia a "uma política que, sabe Deus, **nada a tem a ver com democratização, [já] que, ao contrário, promove uma crescente desvinculação da atividade do Estado da pressão legitimadora da esfera pública,** e [já] que entende por liberdade não a autonomia do mundo da vida, mas a liberdade de ação dos investidores privados."

Na mesma linha da crítica habermasiana, Santos (1998, p. 15, grifo do autor) alerta para a percepção de que "a *refundação democrática da administração pública* está nos antípodas da proposta do Estado-empresário, nomeadamente na formulação que lhe foi dada por Osborne e Gaebler (1992)".[127]

Santos (1998, p. 15) rechaça a idéia defendida por Osborne e Gaebler, na obra *Reinventing the Government*, de que "o governo deve ser uma empresa que promove a concorrência entre os serviços públicos; centrado em objectivos e resultados mais do que na obediência a regras, deve preocupar-se mais em obter recursos do que em gastá-los; deve transformar os cidadãos em consumidores, descentralizando o poder segundo mecanismos de mercado em vez de mecanismos burocráticos[...]"

Nesse sentido, deve-se questionar, com Santos (1998, p. 15), o discurso de que o modelo burocrático é "inadequado na era da informação, do mercado global, da economia baseada no conhecimento, e é, além disso, demasiado lento e impessoal no cumprimento dos seus objectivos."

A crítica contemporânea à Administração Pública burocrática dá vazão ao que Habermas (1987b) disse ser a promoção de "uma crescente desvinculação da atividade do Estado da pressão legitimadora da esfera pública", porquanto tal crítica se volte deliberadamente contra algumas salvaguardas inscritas no texto constitucional. Aqui vale lembrar que a Constituição de 1988 chegou a ser alcunhada como "retrocesso burocrático" na década de 1990, uma das razões pelas quais passou por sucessivas e exaustivas reformas.

[127] A remissão de Boaventura de Sousa Santos é à obra *Reinventando o Governo*, que serviu de fundamento teórico para o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, no Brasil. Para Santos (1998,p. 15), "Como um dos mitos principais da cultura política americana é o Estado ser um obstáculo à economia, não surpreende que as propostas do Estado-empresário, aparentemente destinadas a revigorar a administração pública, tenham redundado num ataque global a esta, fragilizando ainda mais a sua legitimidade na sociedade americana. A noção de empresa ocupa hoje uma posição hegemónica no discurso contemporâneo sobre a reforma organizacional (DU GAY, 1996, p. 155) e, de par com ela, a noção de contratualização das relações institucionais. Não restam dúvidas que a reconceptualização do governo e do serviço públicos em termos de formas empresariais envolve a reimaginação do social como uma forma do económico."

Santos (1998, p. 16, grifo nosso) vai mais longe e aponta que

> A crítica da burocracia não nasceu com a proposta do Estado-empresário e há de certamente subsistir depois desta ter deixado a ribalta. O que há de específico na crítica actual é a recusa em reconhecer que muitos dos defeitos da burocracia resultaram de decisões que visavam atingir objectivos políticos democráticos, tais como a neutralização de poderes fácticos, a equidade, a probidade, e a previsibilidade das decisões e dos decisores, a acessibilidade e a independência dos serviços, etc., etc. O não reconhecimento destes objectivos dispensa a crítica de se posicionar perante eles e, conseqüentemente, de investigar a capacidade da gestão empresarial para os realizar. Nestas condições, a crítica da burocracia, em vez de incidir na análise dos mecanismos que desviaram a administração pública desses objectivos, corre o risco de transformar estes últimos em custos de transacção que é preciso minimizar ou mesmo eliminar em nome da **eficiência, arvorada em critério último ou único de gestão do Estado**.
>
> Ficam assim por responder questões que, do ponto de vista da concepção que aqui perfilho, são fundamentais: **como compatibilizar eficiência com equidade e democracia?** Como garantir a independência de funcionários quando a qualidade do seu desempenho depende exclusivamente da avaliação dos consumidores dos seus serviços? Como neutralizar as diferenças de poder entre consumidores? Qual a sorte dos consumidores insolventes ou daqueles que não têm poder para se defenderem de maus desempenhos burocráticos? Quais os limites à concorrência entre serviços públicos? **Onde é que a luta pelos resultados se transforma em novas formas de privatização do Estado quando não de corrupção?** Como é que, em clima de instabilidade, discricionariedade e concorrência, é possível estabilizar as expectativas dos cidadãos a respeito de cada um dos quatro bens públicos — legitimidade política, bem estar social, segurança e identidade cultural?
>
> É para responder a estas questões que se formula o objectivo da refundação democrática da administração pública.

Precisamente porque o modelo burocrático atua como garantidor de uma administração racional-legal (padrões objetivos de comportamento utilizados como meios suficientes para o atingimento de fins públicos), é que ele classicamente responde pelo que Santos chama de "neutralização de poderes fáticos" e de "previsibilidade das decisões e dos decisores", sem prejuízo da garantia da probidade e da independência dos serviços. Exemplo claro da necessidade de implementar instrumentos burocráticos pode ser encontrado nas licitações que antecedem, em regra, as contratações estatais como garantia de impessoalidade e de tratamento isonômico.

Se se abrisse mão dessas balizas em nome de um modelo "gerencial" de gestão, estar-se-ia abrindo espaço para a perspectiva questionável de que os fins justificam o emprego de quaisquer meios, como se fora hipótese de discricionariedade administrativa...

Mas, além de resistir às pressões de um tratamento pura e simplesmente empresarial para o aparelho do Estado, é preciso democratizá-lo. E, procedimentalmente, democratizar significa abrir para as relações horizontais e solidárias de cidadão a cidadão (fluxos comunicativos da esfera pública), de modo a impactar as comportas institucionais de formação da vontade estatal. Dúvida pertinente é como crer que uma cidadania tantas vezes submetida a relações paternalístico-clientelísticas possa assumir a participação em decisões que lhe dizem respeito? Como sair do alto da unilateralidade estatal e propor consensualidade? Como absorver a possibilidade de apreensão do que seja interesse público no caso concreto, se a hipótese de que todos os interessados participem não só é pouco provável, como quiçá impraticável? Como superar os riscos de apropriação privada do público, para além de discursos pretensamente técnicos?

Volta-se aqui ao desafio de inscrever o Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito, exatamente porque não há respostas absolutas, nem estrita legalidade a dizer do interesse público. Assim, com tantas inquietações a descoberto, só se pode incipiente e intuitivamente reiterar que o público é uma apreensão construída em público: embora não se saiba integral e aprioristicamente como fazê-lo, a revisão do agir estatal passa pela expansão dos sensores institucionais (canais de controle) por todo o processo de definição dos fins públicos.

A recusa de uma delegação de poderes desatrelada do atendimento aos fins que a justificam é horizonte normativo que marca a temática do controle da discricionariedade administrativa (seja "técnica" ou eminentemente política). Sem maiores delongas, este é objeto de que se cuida no próximo item.

## 2.5 Controle da discricionariedade das políticas públicas em contraponto ao controle da execução orçamentária no paradigma da gestão fiscal responsável

Uma vez constatada a natureza trágica do exercício de dizer o direito e o não-direito e já sabendo da absoluta necessidade de buscar discursivamente soluções adequadas ao caso concreto, é necessário cuidar detidamente do tema dos limites do controle sobre a liberdade usufruída pela Administração na condução orçamentário-financeira dos fins públicos.

Nesse sentido, falar que somente é possível concretizar diante de cada caso o que seja interesse público (cumprindo comandos constitucionais) por meio de análise orientada para a consecução dos direitos fundamentas é reiterar um aprendizado historicamente incorporado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como bem lembra Justen Filho (2005, p. 46). Para além do óbvio, a dificuldade de promover e controlar a circulação democrática do poder em sociedades complexas reside no diálogo, em nível constitucional, entre Política e Direito. Até porque o acoplamento estrutural[128] – tal como o entende Luhmann (1983) – entre esse e aqueloutro sistema se dá no âmbito da Constituição.[129]

[128]Para Luhmann (1996): "Os acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. De um determinado modo, pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico mediante os diplomas, bem como para o acoplamento estrutural entre o sistema de saúde e o econômico por intermédio dos atestados médicos e de inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto desenvolvimento. No que toca às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições seguem esse modelo." (Tradução livre por Carvalho Netto).

[129]Carvalho Netto (2001, p. 18-20) esclarece que "A própria invenção das Constituições formais, um pouco posterior, já com os norte-americanos, é uma invenção que se dá ainda nesse processo de instituição da modernidade. Relembramos aqui, o interessante artigo de Niklas Luhmann, denominado 'A Constituição como aquisição evolutiva', em que o autor mostra que, apesar das intenções, aqueles iluministas, aqueles racionalistas que inventaram a formalidade constitucional, a Constituição rígida e, portanto, a possibilidade de controle de constitucionalidade, inventaram, precisamente, uma distinção entre o Direito Constitucional e o demais Direito, que possibilitou, em termos sistêmicos, o deslocamento da idéia de Direito natural e o fechamento operacional dos sistemas do Direito e da política. Haveria, a partir de então, a possibilidade do relacionamento, em termos modernos finais, do Direito e da política, tal como Niklas Luhmann o descreve enquanto característico da modernidade. Quero dizer, para Luhmann, o Direito é um sistema fechado, é um sistema autopoiético, que se dá suas próprias razões, e que tem uma lógica interna, um código binário de atribuição de sentido jurídico ou anti-jurídico, assim como a política também é outro sistema que, por sua vez, tem seu próprio código binário, mais poder/menos poder, também operando autonomamente em termos internos, fechada sobre si mesma. A modernidade, como sociedade complexa, exatamente para garantir o seu pluralismo, precisa de sistemas especializados, o que não quer dizer que, precisamente por serem diferenciados, eles não se relacionem entre si, eles não se prestem serviços mútuos.

A invenção da Constituição vai possibilitar, para Luhmann, esse mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e política, um acoplamento que, se formos olhar, por exemplo, na Inglaterra, onde a Constituição formal não existe, a relação da política com o Direito é bastante problemática pois ali é visível a dependência do Direito Constitucional da política traduzida no princípio da supremacia do parlamento. Nos demais países que gozam desse instrumento de acoplamento estrutural, quando a Constituição funciona bem, precisamente o que ela oculta é a dependência da ordem jurídica da ordem política e vice-versa, porque o Direito moderno é um Direito que regula comportamentos externos, voltado para o futuro, um Direito de normas abstratas, que só podem impor comportamentos se tiverem o auxílio da política, ou seja, da sanção estatal organizada. Como, por outro lado, esse Estado organizado só pode atuar se autorizado pela lei, se legitimado pelo Direito, se através do Direito. Então, é precisamente mediante esse instrumento, a Constituição formal, que Direito e política se diferenciam e se acoplam, que Direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade, na medida em que a Constituição, por intermédio dos códigos específicos de cada um, os articula. Mas esse raciocínio complexo não nos interessa tanto desenvolver agora, a não ser no que toca ao esclarecimento da idéia básica de que há uma aquisição evolutiva extremamente importante, a conquista evolutiva que representou a invenção da Constituição para o funcionamento das democracias pluralistas e que nos permite investigar como esses homens podiam ver essa relação entre o Direito e a política em termos institucionais."

Os programas de governo inscritos no orçamento são políticas públicas tanto avalizadas pelas eleições de determinado governante e seu partido, como também fruto de um processo formal de aprovação de diretrizes do chefe do Poder Executivo para transformá-las em disposições legais. Em ambas as interfaces, os programas de governo encontram-se submetidos ao crivo de sua constitucionalidade.

Como a política vive sob o império da lei (para além do governo de homens), não se pode olvidar que a baliza legal funciona como indicador de ação; acima de tudo, atua como fronteira última, dentro da qual o administrador deve se mover conforme os pressupostos do caso concreto.

Decorre desse entendimento a perspectiva de que a previsão discursiva das receitas estimadas e das despesas autorizadas no ciclo orçamentário – feito conjuntamente por Legislativo e Executivo – deve ser retomada também no processo de sua execução. Não há garantia de que um orçamento deliberado coletivamente (como o é o Orçamento Participativo em alguns municípios brasileiros) seja executado tal como fora aprovado.

As contingências econômico-financeiras do Estado –como pressuposto de fato – para uma execução parcial das despesas autorizadas devem ser controladas concomitantemente à realização da receita, porque o balanço geral anual – na via do controle *a posteriori* – não consegue demonstrar os limites da discricionariedade administrativa.

Tanto é assim que o art. 9º da LRF determina ser necessária a limitação de empenhos conforme se der a frustração das metas de arrecadação, para que não sejam afetadas as metas fiscais inscritas na LDO. Com a retomada da arrecadação e com o horizonte de cumprimento das metas de resultado primário e nominal, torna-se possível recompor o patamar de despesas autorizadas na lei orçamentária. Esses são pressupostos de direito que devem ser explicitados diante do quadro concreto, para que a inexecução de políticas públicas previstas no orçamento não decorra apenas da ineficiência alocativa do Estado, ou de omissão deliberada do gestor público no cumprimento de seus deveres constitucionais.

De acordo com o art. 75 da Lei n.º 4.320/1964, o controle da execução orçamentária compreenderá a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; bem como abarcará a fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos. Por fim, mas não menos importante, caberá controle também sobre o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Machado Jr. e Reis (2000/2001) defendem que a hipótese de controle de todos os atos de geração de despesa e de obtenção de receita representa um verdadeiro princípio de "universalidade de controle". Senão veja-se:

> Isto [o inciso I do art. 75 supracitado] quer dizer que o controle abrange todos os atos da Administração, sem exceção, que tratem da receita ou da despesa; quer se tratem de atos que repercutem no ativo (nascimento ou extinção de direitos) ou no passivo (nascimento ou extinção de obrigações).
>
> Se a Administração deixar de fazer o lançamento de receita contra um contribuinte, ela estará incorrendo em falta porque omitiu-se em ato que diz respeito diretamente à arrecadação da receita. Se a Administração empenhar despesa sem saldo suficiente na dotação ou deixar de empenhar previamente uma despesa, incorrerá também em falta porque excedeu-se ou omitiu-se em ato que a lei determina seja observado no processo de execução da despesa. Da mesma forma, se deixa de providenciar o recebimento de crédito legal inscrito, está se omitindo e permitindo a diminuição do patrimônio governamental, pela não realização de um valor ativo. Se deixa de cumprir os serviços da dívida pública, estará incidindo em falta relativa ao passivo ou às obrigações legalmente constituídas. (MACHADO JR.; REIS, 2000/2001, p. 159-160)

Ademais disso, os autores em questão lecionam que o controle – na forma do inciso II do art. 75 da Lei n.º 4.320/1964 e do inciso II do art. 16 da LRF – buscou individualizar os agentes responsáveis pela gestão de bens e valores públicos. Trata-se de promover uma responsabilização não só institucional, mas também subjetiva. Vale retomar, nesse sentido, o próprio comando do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988, segundo o qual "*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.*"

Ora, em se tratando de responsabilidade dos agentes públicos, é de se ressaltar que o ordenador de despesas assume a declaração de que a despesa é regular, autorizada e não lesiva ao patrimônio público em todo processo de aprimoramento, expansão ou criação de ação governamental de que resulte aumento de despesa. Tal declaração é exigida do ordenador porque é ele quem tem competência legal – na forma do que dispõe o art. 80, §1º[130] do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 – para emanar os principais atos de geração de despesa.

[130] *In verbis*, tem-se que: "*Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*"

Muito embora o art. 16 da LRF refira-se apenas ao ordenador de despesas, tem-se, em conformidade com o art. 70 da Constituição, que também os que recebem ou gerenciam valores públicos devem prestar contas e, assim, podem ser responsabilizados pessoalmente na esfera administrativa, civil e penal, tal como dispõe o art. 37, §4º da CR/1988.

Por outro lado, não bastassem as previsões dos incisos I e II do art. 75 da Lei n.º 4.320/1964, a fronteira do controle sobre a execução orçamentária estendeu-se sobre o cumprimento do programa de trabalho. Ou seja, não é dado ao Poder Público deixar de executar disposições da lei orçamentária, argüindo discricionariedade alocativa, sem que haja prestação de contas sobre o que não foi feito parcial ou integralmente.

Para Machado Jr. e Reis (2000/2001, p. 160), tal controle "não é só legalístico, mas a verificação do cumprimento do programa de trabalho, estabelecido em termos físico-financeiros. Na prática, porém, este tipo de controle ainda não evoluiu como seria de desejar e a maioria dos órgãos de controle, no Brasil, contenta-se com os controles jurídico e contábil-financeiro."

A crítica tecida por Machado Jr. e Reis não é gratuita, já que, embora a CR/1988 tente articular o controle interno (art. 74) e o externo (art. 71) na apreciação da prestação de contas da Administração Pública, a apreensão prática de tais balizas jurídicas ainda precisa ser estendida no tempo e no foco de sua análise.

O cidadão, que é parte legítima para denunciar qualquer irregularidade (art. 74, § 2º, da CR/1988), é chamado de forma indireta a participar do controle da execução orçamentária, que, segundo o art. 77 da Lei n.º 4.320/1964, será feito prévia, concomitante e subseqüentemente àquela. Vale lembrar, nesse sentido, que a LRF trouxe a exigência de transparência e controle na forma, entre outras perspectivas, de dois relatórios periódicos que visam a demonstrar o curso da execução orçamentária, quais sejam, o Relatório Resumido de Execução Orçamentária (arts. 52 e 53 da LC n.º 101/2000) e o Relatório de Gestão Fiscal (arts. 54 e 55).

O problema da emissão de tais relatórios reside na própria dificuldade denunciada por Machado Jr. e Reis (2000/2001, p.167) de ir além da prestação de contas meramente contábil, o que formalmente cumpre a lei, mas materialmente deixa a descoberto o conhecimento da realidade operacional e gerencial na Administração Pública. De acordo com os aludidos autores, "uma das grandes dificuldades da Administração é reunir a prestação de contas com a realização de programas."

Em se dando vazão ao controle a que se refere o art. 75, III, da Lei n.º 4.320/1964, exercido primordialmente pelos órgãos de controle interno – na forma do art. 79 da aludida Lei –, a avaliação do cumprimento de programas

não só buscaria corrigir desvios, como retroalimentaria o planejamento no ciclo orçamentário.

Aqui cumpre fixar atenção sobre o caráter sistêmico do controle, já que a Constituição de 1988 fala em fiscalização da gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial promovida pela Administração direta e indireta, de modo a aferir-lhe a legitimidade, legalidade e economicidade.

Mas dúvida persiste na consecução cotidiana do acompanhamento discursivo das contas públicas: como a integração dos controles interno e externo poderia suscitar o estreitamento da margem de liberdade de que goza o administrador público diante do caso concreto? A avaliação do cumprimento de programas – porquanto seja ato de competência dos próprios órgãos responsáveis pela feitura do orçamento (segundo o art. 79 da Lei n.º 4.320/1964) – faz com que o controlado tanto seja retroalimentado de informações para a elaboração de novas peças, quanto seja o seu próprio controlador. Ou seja, a efetividade de tal controle (especialmente em se observando o ponto de vista do cidadão) é passível de ser confrontada com a sua parcialidade.

Retomando a lição de Bucci (2002, p. 266) sobre a controvertida idéia de discricionariedade técnica, tem-se que "é necessário o conceito de processualidade e que este se abra em três momentos: o da formação, o da execução e o da avaliação", para que os instrumentos jurídicos consigam sopesar escolhas inscritas no ciclo orçamentário e na realização de políticas públicas.

A autora esclarece que

> O primeiro momento [de formação da política pública] é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles. O segundo momento [de execução] compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. E finalmente o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados. (BUCCI, 2002, p. 266)

O processo de que trata Bucci (2002) levanta os pressupostos substantivos do processo de condução de políticas públicas, mas como controlar se elas foram efetiva, eficiente e eficazmente[131] executadas? Como controlar o agir

[131]Efetividade é conceito referido à condição de apreensão pelos destinatários da política pública (se atendeu ou não às necessidades e demandas para os quais aquela se voltou). Eficiência, por seu turno, diz respeito à equação entre, de um lado, os insumos e processos (custos) empregados e, de outro, os resultados (benefícios) obtidos na consecução da política pública. Já a eficácia responde pela capacidade de produção de efeitos, independentemente de serem satisfatoriamente atendidos os beneficiários (efetividade) e de sob qual relação de custo-benefício tais efeitos vão se desenrolar.

governamental – de natureza programática – inscrito no ciclo orçamentário? Já se disse várias vezes que o controle de legalidade (jurídico-contábil) não basta, mas não há como entender o que seria controle de legitimidade das contas públicas tal como prescreve o art. 70 da Constituição, senão identificando na idéia de legitimidade a adequação ao ordenamento constitucional.

### 2.5.1 Controle judicial de políticas públicas: judicialização da política?

Controvérsia de larga monta instala-se no debate administrativista quando se questiona a possibilidade de o Judiciário determinar – imperativamente – a execução de projetos e atividades constantes de uma determinada política pública, tanto gerando obrigações de fazer para o administrador, quanto causando repercussão orçamentária nas contas públicas. Vale perguntar, pois, se estaria o Judiciário ferindo a liberdade de escolha de prioridades (de que goza o gestor) quando determina, em sede de controle de atos lesivos a direito, que a Administração arque com despesas não previstas na lei orçamentária anual. Não estaria havendo, com isso, uma judicialização da política inadmitida pela Constituição de 1988 e pela sistemática de separação de poderes ali adotada?

De acordo com Vianna (1999), à luz do cenário de crise do Estado desenvolvimentista no Brasil, que trouxe consigo uma inflação das possibilidades de atuação do Executivo, e tendo em vista o próprio conflito entre Executivo e Legislativo (tanto pela ilusão de que a legislação poderia abarcar todas as esferas da vida, quanto pela sobrecarga de demandas por novas leis que o Legislativo não conseguiu suportar e que, por isso, repassou-as ao Executivo), o Judiciário – em consonância com o art. 5º, XXXV da Constituição – pragmaticamente assumiu *status* deveras destacado na redefinição constitucional do equilíbrio entre os três Poderes de Estado.

A Constituição da República de 1988 entregou ao Poder Judiciário o controle da ordem pública, da legalidade, além do controle sobre a constitucionalidade de leis (em sentido amplo) e atos públicos ou privados. A Carta de 1988, em especial, não admitiu que fosse afastada a possibilidade de haver controle judicial sobre qualquer lesão ou ameaça a direito. Por isso, Vianna (1999) defende que foi dado um grande e denso voto de confiança institucionalizado constitucionalmente a que todos os magistrados pudessem intermediar os interesses e conflitos sociais sob a linguagem do sistema jurídico.

Na esteira da crise do Estado de Bem-Estar Social, o Poder Judiciário foi erigido, nas palavras de Cappelleti (1993, p. 47), como um "terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador".

Há, assim, duas formas de problematizar tal questão no que tange à emergência do Poder Judiciário para a consolidação democrática no Brasil:

1. A primeira possibilidade é a de que ocorra a "deturpação" do processo político com a assunção de um outro poder "agigantado" – além do Executivo com sua atuação legislativa inflacionada –, erodindo, por conseguinte, o sistema de pesos e contrapesos, que faria da cidadania um passivo cliente da prestação jurisdicional.

No que tange a esse possível aspecto negativo do aumento de poder para o Judiciário, segundo Habermas (1987), a sociedade perde muito adotando a posição de apenas **destinatária** de direitos, ainda mais se se considerar a "versão judiciária de cidadão" (Vianna, 1999).

Em outras palavras, a sociedade civil que não busca, não discute, não debate, não se organiza para obter seus direitos não pode se consolidar como uma sociedade verdadeiramente emancipada do ponto de vista das relações sociais e da cidadania. Tal diagnóstico habermasiano presentemente atualizado em relação ao agigantamento do Poder Judiciário foi também direcionado como crítica ao Estado do Bem-Estar europeu, como já se discutiu antes.

Problema, para Vianna (1999), surge quando o enfoque da inflada atuação judicial passou – de forma paulatina – a ser claramente substitutivo em relação a outras arenas públicas (como o são a apresentação de proposições legislativas e de requerimentos administrativos, bem como a participação em conselhos e audiências públicas), uma vez que os cidadãos desestimulados em agir orientados para fins cívicos passaram a demandar do Judiciário direitos, os quais teriam lhes sido conferidos fora do espaço de representação de interesses e de deliberação democrática, vale dizer, paternalisticamente.

Dois outros enviesamentos decorrem do foco substitutivo denunciado por Vianna (1999). Um primeiro pode ser percebido diante do fato de que, se o Judiciário passa a determinar imperativamente a agenda pública por meio de ações localizadas, quer tenha sido provocado individualmente, quer tenha lhe chegado a demanda pelo Ministério Público, os cidadãos – que, por falta de informação ou de recursos, não têm como ingressar com ações judiciais – jamais verão seus interesses representados.

Dito de outro modo, uma minoria com acesso ao Judiciário passa a fixar – sem qualquer regra de representação política – uma grande parte da agenda pública. Com isso não se está dizendo que tal processo seja bom ou ruim, mas apenas restritivo do ponto de vista da formulação das políticas públicas, as quais, constitucionalmente, devem passar pelo crivo dos poderes com representação política (Executivo e Legislativo).

Exemplo disso ocorre quando uma liminar em mandado de segurança impõe internação em leito de UTI, até mesmo em vagas de hospitais privados, ou a realização de cirurgia complexa não coberta pela relação de procedimentos cirúrgicos do Sistema Único de Saúde, de modo a comprometer toda a dotação

orçamentária mensal da política de saúde em pequenos municípios. O direito à vida de um cidadão que teve acesso ao Judiciário pode, pela incapacidade de o juiz conhecer a disponibilidade financeiro-orçamentária da entidade, resultar em restrição ao atendimento aos demais munícipes.

Por outro lado, um segundo enviesamento claramente preocupante na realidade brasileira é o uso por parte dos Executivos do discurso de que só o Judiciário pode lhes autorizar a empenhar despesas que, de outra forma, lhes estariam vedadas em face do cenário de contração orçamentária. Ou seja, o próprio Poder Executivo lança adiante a sua competência de implementar políticas públicas (deixando de exercê-la), ao suscitar somente ser possível realizar despesas "sem fonte de custeio" quando determinadas judicialmente. Seria uma espécie de judicialização da função administrativa...

Cabe repisar aqui uma vez mais que as rubricas orçamentárias são limitação ao custeio de despesas, o que, contudo, não impede a possibilidade de remanejamento entre as várias dotações de modo a permitir que o Poder Público atenda determinadas políticas públicas, quando lhes faltarem recursos. A falta de fonte de custeio não é argumento absoluto, mas o tema do remanejamento (com uma correspondente abertura de créditos adicionais e uma eventual anulação de dotações) obviamente está inserido na seara da discricionariedade administrativa.

Quando os Executivos esquivam-se de dar guarida a direitos de prestação positiva ou a atender a demandas sociais, sob o argumento de haver limitações orçamentário-financeiras, esquecem-se de que eles podem remanejar suas disponibilidades, priorizando os focos do agir governamental. E isso se trata de manobra restritiva do espaço de deliberação administrativa do que seja interesse público.

De todo modo, certo é que o processo de consolidação democrática se daria não pela assunção de maior relevo de um outro poder agigantado e alheio à lógica de deliberação como o Judiciário, mas pelo trabalho (agir cívico, por que não?) consistente e, de fato, comprometido de todos os interessados na definição dos rumos da comunidade, o que embora nada fácil, é premissa indissociável de qualquer sociedade que se proponha democrática.

2. Uma segunda possibilidade, contudo, viabiliza resultados benéficos, qual seja, a geração de uma forma a mais de controle democrático dos demais poderes, com a tentativa de reequilíbrio em relação a um Legislativo sobrecarregado e a um Executivo que chamou para si o excesso que pesava sobre aqueloutro e que, por isso, passou a usar e abusar de medidas provisórias.

Nessa perspectiva, um Poder Judiciário forte – sem que isso signifique arbitrário – e democrático poderá contribuir em muito para se estabelecer uma

rede de responsabilização horizontal (segundo o tradicional modelo de pesos e contrapesos institucionais), pois servirá como porto seguro para a defesa da cidadania, na medida que tem o poder de conter os abusos, principalmente do Poder Executivo. Bem é de se repisar que o Poder Judiciário tem, portanto, papel imprescindível no estabelecimento de uma eficiente teia de controle e responsabilização político-institucional.

Para Vianna (1999), importa ressaltar que a fruição dessa dimensão positiva vai depender, óbvia e novamente, de uma cuidadosa (re)distribuição de poderes, porque entregar aos juízes a deliberação política sobre o interesse público é confiar numa classe hermética, sacerdotal, sem a legitimidade que o sistema representativo fornece à contemporânea institucionalidade democrática. Daí os riscos de abusos multiplicam-se e fica-se à volta da insegura crença na boa-fé dos homens.

O crucial é não perder de vista o adensamento e a vivência institucional que a Constituição de 1988 estabeleceu como próprios ao princípio democrático, para que, por um lado, não sejam olvidados os riscos a que uma república está submetida quando deixa que uma classe de governantes e magistrados encastele-se; como também para que, por outro lado, seja afastado o processo de agigantamento paternalístico e, ao mesmo tempo, redutor da cidadania ativa ao qual o Poder Judiciário poderia ser submetido.

Nesse sentido, cumpre reconhecer na Constituição da República de 1988 dois modelos complementares de exercício democrático, quais sejam, o representativo e o da participação. Assim, relevante é esclarecer que a democracia constitucional oriunda da representatividade dos cidadãos no Poder Executivo e no Poder Legislativo em nada afasta, nem põe em risco a outra, que se processa por meio de canais, mediados pela esfera do direito, de participação direta.

A democracia participativa, do modo como foi estabelecida constitucionalmente no Brasil, concede ao Poder Judiciário e ao Ministério Público papéis de relevo, porquanto promova uma intensa judicialização da política com as perspectivas de proposição de ações de caráter público, de efetivação de direitos ainda não legislados (embora garantidos constitucionalmente), assim como de maior proximidade e celeridade proporcionada pela criação de Juizados Especiais.

Vianna (1999) leciona que tal reconhecimento da incisiva capacidade de influenciar a agenda pública – normalmente estatuída apenas na esfera dos Poderes político-representativos do Estado – coloca o Judiciário na condição tanto de arena inadequadamente substitutiva das outras duas (Legislativo e Executivo), quanto de canal privilegiado de mobilização cívico-institucional para justamente tematizar, naquelas duas arenas, conflitos sociais que não vinham sendo ventilados ali. Ou seja, a atuação judicial politizada passa também pela defesa de minorias.

Ponto crucial nessa articulação do princípio democrático em suas interfaces representativa e participativa encontra-se justamente nas instituições postas em favor da sociedade civil (não só de *accountability*[132] horizontal, mas também de vertical) e, somente em razão da atuação dos grupos de pressão na sociedade, dos cidadãos ainda que agindo isoladamente e demais formas de organização dos interesses político-sociais (partidos, sindicatos, organizações não-governamentais etc.), é que se pode resgatar como extremamente válida e enriquecedora a vivência dessas instituições.

A esse princípio da primazia da sociedade civil não pode se furtar o Poder Judiciário, cada vez mais demandado e agigantado em suas tarefas de controle dos demais Poderes (*accountability* horizontal). Assim há de ser, sob pena de a judicialização da política significar apenas a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito. Por outro lado, há também o risco de a figura do Executivo benfeitor (notória sob o paradigma do Estado Social) ser "substituída" – em face da sua crise de financiamento e de legitimidade – por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas. Em nenhuma das hipóteses aventadas, lida-se com espaço propício à formação de homens livres, tampouco estar-se-á a incentivar a construção de uma democracia de cidadãos ativos.

Tal como Vianna (1999, p. 43) mesmo suscita em suas linhas conclusivas, a sociedade brasileira, posta em um estágio de "vida associativa ainda incipiente" e por muito tempo restringida em seu nascedouro, não pode se dar ao luxo de desconhecer ou mesmo se recusar a reconhecer as novas possibilidades institucionais de maior acesso à Justiça. E deve fazê-lo para fomentar a reconstituição do tecido da sociabilidade e incrementar a própria vivência do princípio

[132]O termo *accountability*, consagrado pela literatura política anglo-americana, não é usualmente traduzido para outras línguas. De qualquer forma, pode-se dizer, segundo O'Donnell (1998) e Cunill (2000), que a idéia por trás da noção de *accountability* é a de transparência, a de prestação de contas, sendo ela um atributo dos governos (e governantes). Geralmente ela é classificada em horizontal e vertical, assumindo como critério diferenciador a origem do controle, ou seja, onde se inserem os atores que demandam essa transparência, essa prestação de contas governamental. Desse modo, a *accountability* horizontal pode ser entendida como aquela que enfatiza a aderência das práticas governamentais aos procedimentos legais e constitucionais. Tal perspectiva está altamente interessada na operação efetiva do antigo, mas sempre atual, sistema de *checks and balances* (a qual implica a tradicional divisão tripartite das funções estatais), consagrada por Montesquieu no século XVIII.
Essa concepção, contudo, deve ser entendida como uma noção mais clássica de *accountability* horizontal, uma vez que o estabelecimento, por parte do próprio Estado, de agências estatais legalmente qualificadas para o exercício do controle da atuação governamental pode ser entendido como uma dimensão mais moderna e atual desse tipo de *accountability*.
De outro modo, uma primeira noção de *accountability* vertical faz referência à possibilidade de os cidadãos vocalizarem demandas sociais para os representantes públicos (eleitos ou não) e denunciá-los por atos impróprios que possam cometer. Nessa perspectiva, a *accountability* vertical enfatizaria os mecanismos que os cidadãos usam para controlar os resultados da atuação governamental. Os governos só seriam *accountables* na medida em que não apenas seguissem os preceitos constitucionais e legais, mas também agissem de acordo com as preferências dos cidadãos.

democrático, com a defesa de minorias que, de outra forma, não encontrariam voz nas arenas do Legislativo e do Executivo.

### 2.5.2 Possibilidades de controle

Firmado o aviso sobre os riscos da "judicialização da política e da função administrativa", há que se aprofundar o foco de análise, situando o debate constitucional sobre as possibilidades de controle institucional da atuação inefetiva ou omissa do Poder Público[133] na garantia de direitos de prestação positiva.

Do ponto de vista orçamentário, a defesa de políticas públicas inclusivas e o próprio controle de constitucionalidade das omissões é desafio posto na ordem do dia não só para o Poder Judiciário, como também para o Legislativo (com seu controle prévio de constitucionalidade e seus instrumentos de avaliação da prestação de contas) e para a sociedade.

Bucci (2002, p. 276) ressalta "a polêmica quanto ao significado da discricionariedade administrativa [no mérito da justiciabilidade de políticas públicas e da separação de poderes], [já que] ora [ela pode ser] concebida como liberdade de escolha de prioridades, ora [é] entendida de modo mais estrito, como possibilidade de escolha de meios para a realização da finalidade da lei."

A questão posta por Bucci é importante porque, em se tratando da liberdade de fixação de prioridades, grande parte das políticas públicas restarão fora da dinâmica de controle jurisdicional. A definição de prioridades é um debate franqueado ao Executivo e ao Legislativo, e o Judiciário, por seu turno, só seria capaz de analisar tais prioridades pelos focos do respeito a direitos, da omissão no cumprimento de deveres e da atuação conforme a lei. Segue, assim, intangível para este último Poder da República o juízo de conveniência e oportunidade sobre o dilema entre mais ou menos eqüidade em face de maior ou menor liberdade individual (dilema esse que fora descrito no tópico 2.3 deste capítulo).

Por outro lado, Bucci lembra que é possível apresentar a discricionariedade na formulação de políticas públicas como liberdade "de escolha de meios para a realização da finalidade da lei". A transposição do problema para a "finalidade da lei" não o resolve, porque, para Bucci (2002, p. 276, grifo nosso), "a ponderação entre interesses conflitantes é bastante delicada, assim como a

[133]Considerando que os direitos sociais são simultaneamente direitos fundamentais inscritos no Título II da Constituição de 1988 (que trata "Dos direitos e garantias fundamentais") e alguns deles explicitamente foram declarados como deveres do Estado, a pura e simples omissão – ainda que parcial – na consecução desses direitos é passível de controle diante do caso concreto, na forma do que dispõe o art. 5º, XXXV da CR/1988.

própria titularidade dos direitos é polêmica, uma vez que **tanto o Ministério Público-autor da ação** [civil pública que visa a cobrar prestações positivas do Executivo]**, como o Poder Executivo-réu ou o Poder Judiciário que decide são todos integrantes do Poder Público e agem igualmente em defesa do interesse público**".

Controlar a discricionariedade na formulação e na execução de políticas públicas, para Bucci (2002, p. 276), é um exercício "de identificar o interesse público mais relevante na questão, aquele que realiza com maior propriedade a finalidade da lei, e verificar se as medidas concretas em análise são válidas e eficazes para realizá-lo."

Levando ao paroxismo o raciocínio de Bucci (2002), abre-se uma nova fenda interpretativa: como identificar qual interesse público é "mais relevante", já que, no limite, seria possível avocar o "interesse público do Executivo", o "interesse público do Judiciário", o "interesse público do Ministério Público" e o próprio "interesse público do legislador" que fixou a "finalidade da lei"?... Contudo, não há como se falar ontologicamente em titularidade do interesse público, como se fosse um dado apriorístico e racionalmente inferível. O desafio reside na perspectiva já enunciada por Cassese (1991, p. 238) de que só há "interesses públicos, no plural".

Na verdade, sob o marco procedimental discursivo de democracia, não se poderia dizer aprioristicamente que o interesse do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão (ou ente) envolvido seja, em qualquer hipótese, "interesse público". Assim como a noção de interesse público é um construto dialógico, a adequação constitucional das decisões possíveis no caso concreto só pode ser argüida ali.

Como controlar o Executivo diante da eleição de prioridades inscritas na lei orçamentária anual é impasse que faz renovar a atenção sobre o tema do controle da discricionariedade administrativa, até porque é esse um verdadeiro "calcanhar de Aquiles" para o tema do controle da Administração Pública. Hans Huber – em célebre analogia citada por García de Enterría; Fernandez (1991) – noticia ser a discricionariedade um verdadeiro "Cavalo de Tróia", atrás do qual se escondem os riscos da apropriação privada da coisa pública.

Contra o argumento de que o Judiciário não poderia rever sendas discricionárias, como o são as políticas públicas (especialmente aquelas que envolvem direitos de prestação positiva por parte do Estado), Clève (2003) levanta a importante perspectiva de que os representantes políticos (maioria conjuntural) não podem desconhecer os limites fixados no pacto constituinte (incluída aqui a defesa dos direitos das minorias). Assim, os direitos fundamentais, a serem resguardados, numa última linha de defesa, pelo Poder Judiciário, são ponto de controle inafastável, porque os Poderes de representação política (Legislativo e Executivo), estando submetidos à Constituição, **devem** respeitá-los.

Embasado na tensão dialógica[134] entre republicanismo (direitos fundamentais de envergadura constitucional) e democracia (processo estendido de deliberação política), Clève (2003, p. 25) suscita pertinentemente que o papel do Poder Judiciário é zelar pela aplicabilidade do texto constitucional diante da dinâmica entre um e outro aspecto da sociabilidade contemporânea. Senão veja-se:

> É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estando comprometido com a efetividade da Constituição, no entanto não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

Segundo Clève (2003, p. 18), cabe falar em controle de políticas públicas e exigi-lo – especialmente a fim de efetivar direitos sociais inscritos constitucionalmente (como o são saúde, educação, seguridade, atendimento à criança e ao adolescente, entre outros) – porque não se pode aplicar a Constituição como se ela fosse instrumento de justificação da existência do Estado. Diferentemente disso, o foco deve ser direcionado para a emancipação do ser humano, que é "exigente de bem-estar físico, moral e psíquico". Clève está a conclamar, nesse sentido, pela adoção de uma "*dogmática constitucional emancipatória*".

A dogmática emancipatória reclama eficácia imediata não apenas para os direitos fundamentais ditos de primeira geração (também vistos como direitos de prestação negativa ou abstencionista por parte do Estado), como também para os direitos de segunda geração (também ditos direitos prestacionais). Nesse sentido, Clève (2003, p. 18-19) cobra "radicalidade" na interpretação

[134]Essa tensão é bem retratada na imagem de Ulisses amarrado à proa de sua embarcação, o qual embora tenha admitido se lançar ao movimento em alto-mar, cuidou de criar instrumentos para resistir ao canto das sereias...

do Constituinte de 1988, vez que, em favor dos direitos sociais, foi inserido na Constituição dispositivo que contempla "esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais" e que os introduziu "no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional."

Problema surge quando se trata, do ponto de vista da jurisdição constitucional, de estreitar as vias de controle sobre a omissão do Poder Público na consecução de políticas públicas capazes de efetivar direitos sociais. Clève chega a reconhecer que os mecanismos processuais de tal controle "são bastante tímidos" (CLEVE, 2003, p. 20). Por essa razão é que o autor em questão pondera ser necessário "orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos."

Os "outros caminhos" a que se refere Clève apresentam o peso da complexidade do problema, notadamente no que se refere ao custeio orçamentário-financeiro dos direitos prestacionais. Enquanto face aos direitos de primeira geração, o controle se faz por meio da censura judicial à ação do Poder Público que lhes causa lesão. Nos direitos de segunda geração, a situação muda, porque "o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos." (CLÈVE, 2003, p. 21) Tal caminhada progressiva na consecução dos direitos prestacionais passa, obviamente, pela formulação das leis orçamentárias e dos instrumentos de planejamento da ação governamental.

Novamente o ponto de inflexão da capacidade de controle de políticas públicas passa pelo viés do seu financiamento e, antes disso, do planejamento definidor das prioridades orçamentárias. A esse respeito, a dogmática emancipatória proposta por Clève suscita ser possível identificar na CR/1988 uma "ossatura institucional"[135] capaz de atribuir ao Estado competências das quais ele deva se desincumbir progressiva e consistentemente.

Do texto constitucional vigente no Brasil, é possível extrair políticas públicas que são "deveres do Estado". Notadamente, há que se arrolar as políticas públicas que se voltam para a tutela dos direitos fundamentais, nessa qualidade (Título II), sem prejuízo das políticas que se voltam especificamente para o cumprimento das competências inscritas nos arts. 21 a 30.

[135]Tal locução de Clève (2003) diz respeito aos diversos instrumentos normativos de garantia dos direitos fundamentais e de consecução progressiva das políticas públicas que lhes correspondem. Do ponto de vista tributário, Derzi (2002, p. IX) aponta haver correlação de destinação para tais ações na criação de contribuições (arts. 149 e 195 da CR/1988) e na vinculação parcial de impostos na forma do art. 167, IV da Constituição.

Exemplos notórios desse esforço promovido no seio da CR/1988 de sistematizar algumas das principais políticas públicas sob incumbência do Estado brasileiro estão inscritos nos Títulos VII e VIII. Ora, a política urbana, a política agrícola, fundiária e da reforma agrária, a política econômica, a política de previdência social, a política de saúde pública (SUS), a política de assistência social, a política de educação pública, a política de promoção da cultura e do desporto, a política de atenção à ciência e tecnologia, a política de tutela ao meio ambiente e aos índios e a política de amparo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso estão todas elas previstas nominalmente na Constituição de 1988. Isso sem se falar na política de acesso à Justiça (Título IV, Capítulos III e IV), na política de segurança pública (Título V, Capítulo III) e na própria política fiscal (Título VI, Capítulo II).

De todo modo, importa não desconhecer que a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais. Assim, por mais que a tutela desses direitos passe por uma via complexa de fixação do "mínimo existencial" (garantidor do fundamento da dignidade da pessoa humana) e de respeito à idéia de "reserva do possível" – em meio às restrições orçamentárias e às prioridades governamentais fixadas intertemporalmente pelo Poder Público –, tais políticas públicas não podem simplesmente ser preteridas.

Porque não são passíveis de terem "solução" de uma única vez e de uma vez por todas, as políticas públicas de natureza prestacional são tidas como de eficácia constitucional progressiva. Ou seja, elas devem ser empreendidas em um processo de satisfação/ emancipação progressiva dos cidadãos, já que, de início, deve-se garantir a subsistência em caráter primordial e sucessivamente (o que não significa dizer cronologicamente) vão sendo promovidas, entre outras, políticas de inclusão cultural, desportiva e laborativa.

A respeito do dever de garantir eficácia progressiva às políticas públicas de natureza prestacional, Clève (2003, p. 22) lembra que é possível "reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais."

Para Clève (2003, p. 22), tal filtragem corresponde a "uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*,[136] significando que toda atuação do poder

[136]Bonavides (2003, p. 523) leciona que é esse um "método [que] confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas". Assim, de acordo com o autor em questão (2003,p. 522), tem-se que "a conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo

público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais..."

Sempre é necessário que haja a submissão de todo e qualquer exercício da função administrativa à Constituição da República, daí porque a noção de "interpretação conforme" se impõe. Nesse sentido, a filtragem de que trata Clève pode ser associada, grosso modo, com a própria idéia de juridicidade que se veio demandando do agir administrativo, já que o Direito opera como integridade (Dworkin, 1999)[137] e apreensões reducionistas que neguem vigência aos direitos fundamentais, além de inconstitucionais, serão, antes de qualquer coisa, antijurídicas.

Para além da noção abrangente de "filtragem constitucional", é preciso instrumentalizar as vias de controle e suscitar os mecanismos institucionais que garantem a obediência ao ordenamento constitucional. Clève (2003, p. 25) aponta que

> Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição,

com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional. As normas constitucionais, como assinala Hesse, não são apenas normas de exame (*Prüfungsnormen*), mas normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária. A unidade da ordem jurídica e o sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição."

[137]Para Dworkin (1999, p. 271-272), "o princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e eqüidade." O autor explica que "os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade." (DWORKIN, 1999,p. 303)

A esse respeito, Silva explica que "o juiz não pode se restringir simplesmente à interpretação de determinada norma, objetivando dela extrair o seu significado, mas, bem mais que isso, precisa voltar-se para todo o complexo normativo, retirando dele a norma adequada à situação de aplicação, dadas as especificidades da hipótese de incidência, inferidas a partir de seu próprio contexto.

É nessa perspectiva que Dworkin apresenta sua teoria da *integridade do Direito*, significando a imprescindibilidade de se analisar o complexo normativo em sua inteireza, para, a partir de uma visão do todo, ser capaz de identificar a norma adequada a expressar eqüidade e promover justiça às partes. Para Dworkin o direito é como um romance escrito em cadeia, cabendo ao juiz lançar mão dos capítulos passados, interpretar o caso à luz do ordenamento jurídico vigente e escrever mais um capítulo, fazendo os acréscimos na tradição que interpreta. A atitude do juiz, então, é crítico-construtiva, sendo sua função dar continuidade à história." (DWORKIN, 2004, p. 53-54, grifo do autor).

> inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública. O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos.

Ora, mesmo o emprego de instrumentos como a ação civil pública em nome da garantia de direitos fundamentais deve inserir-se no cenário da complexidade e da contingência luhmannianas trabalhadas no tópico anterior. Sob pena de as ações civis públicas defenderem direitos coletivos e difusos de maneira distorcida – como pontos isolados de um mosaico e, por isso, ilegítimos para representarem o todo –, o manejo de tais ações deve retomar variáveis discursivas como a escassez de recursos, a necessidade de priorizar o atendimento a esferas mais prementes de atuação governamental e a própria impossibilidade de identificar apriorística e racionalmente algum critério automático de justiça que permita ordenar prioridades fora dos respectivos casos concretos.

A esse respeito, Clève (2003, p. 25) avisa que "é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura etc."

De nada adiantaria sair do espaço das propostas inconsistentes do Executivo para caminhar para o balcão paternalístico de direitos que não podem, orçamentariamente, ser universalizados por meio de intervenções judiciais que pretendam solucionar, de uma única e imediata vez, problemas distributivos da sociedade.

Não havendo solução que não seja construção histórico-social para o avanço dos indicadores de desenvolvimento humano, o Direito consegue ordenar apenas a linha intertemporal[138] de planejamento e de execução de políticas públicas inclusivas. Ou seja, "pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional." (CLÈVE, 2003, p. 25)

Diferentemente do que normalmente se alega quando se usa a metáfora do "cobertor curto", não se trata de adiar a execução dos direitos fundamentais para o campo indefinido de "quando o bolo crescer". O haver escassez de recursos e restrições orçamentárias implica eleger prioridades alocativas, mas

[138]Tal como o fez o art. 165 da Constituição com a disposição sobre planos quadrienais a serem revisitados anualmente por meio de leis especiais, além da lei de diretrizes orçamentárias e da lei de orçamento.

daí não decorre – como interpretação conforme a Constituição – a idéia de que podem restar inefetivos alguns direitos fundamentais enquanto outros são implementados. A administração da escassez passa pelo que Clève (2003) chama de eficácia progressiva das políticas públicas prestacionais que visam a garantir a dignidade da pessoa humana.

Clève (2003, p. 26) análise leciona que

> O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. Daí a insistência na tese de que incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira, é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário, etc.). Por isso, é imperiosa a luta por um rígido controle da execução orçamentária, exigindo-se que a lei orçamentária, experimentadas condições de normalidade, seja cumprida tal como aprovada pelo Congresso Nacional.

Volta-se mais uma vez a se tangenciar o núcleo do problema deste estudo, qual seja, a existência de uma discricionariedade orçamentária que, por desconhecer a finalidade legal que lhe legitima a existência, torna-se mero arbítrio, hipótese que não é admitida no ordenamento constitucional brasileiro.

Visando a superar tanto o "distanciamento da execução orçamentária em relação à autorização legislativa expressa na lei orçamentária, dada a idéia de que o orçamento aprovado tem caráter autorizativo"; quanto "o contingenciamento discricionário da execução orçamentária"; a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional – constituída na forma do art. 166, § 1º da CR/1988 – apresentou, no seio de uma proposta de "reforma orçamentária" (2005), a necessidade de adoção das seguintes medidas:

a) "*estabelecer na LDO critérios e fórmulas que reduzam o poder discricionário do Poder Executivo*". Normativamente, tais critérios devem permitir o controle dos programas de trabalho do governo na forma do art. 75, III da Lei n.º 4.320/1964;
b) "*regular e acompanhar o uso do excesso de arrecadação para novas despesas discricionárias, nos créditos adicionais, enquanto existir limitação daquelas aprovadas na lei orçamentária*". Contabilmente tal acompanhamento permitiria ao Legislativo efetivamente conhecer se houve falhas

intencionais no processo de estimativa de receitas, se as novas despesas discricionárias estão de acordo com as prioridades definidas na LOA e se o Executivo não se estaria furtando aos limites fixados na peça orçamentária;

c) "*adotar na LDO normas que visem à compatibilização das metodologias de previsão dos Poderes Executivo e Legislativo quanto a receitas e despesas obrigatórias de forma a afastar a subavaliação de despesas obrigatórias na proposta orçamentária, principal causa do contingenciamento*". A adoção de regras padronizadas entre os três Poderes para o cálculo de suas despesas obrigatórias (como, por exemplo, gastos de pessoal) evitaria que os créditos das demais despesas não fossem liberados por força do contingenciamento;

d) "*atribuir responsabilidades às autoridades encarregadas da previsão*". A responsabilização subjetiva proposta para os agentes encarregados da previsão de dotações enseja o cumprimento do art. 75, II da Lei n.º 4.320/1964;

e) "*prever o envio antecipado pelo Executivo de previsões preliminares*", o que permitiria ao Legislativo mais tempo para amadurecer o estudo da proposta de peça orçamentária a ser aprovada;

f) "*tornar obrigatória a execução de despesas discricionárias aprovadas, desde que atingida a meta fiscal (nominal) prevista na LDO, vedando-se a elevação da meta sem alterar a LDO*". De todos os dispositivos apresentados pela Comissão Mista de Orçamento (CMO) é esse o mais incisivo no sentido de limitar as margens de discricionariedade do Executivo. Trata-se, pois, de caminhar rumo à proposta de um "orçamento impositivo", deixando para trás a clássica noção de que a peça orçamentária seria meramente "autorizativa".

Segundo a proposta da CMO, não haveria margem para o Executivo deixar de executar a lei orçamentária anual, tal como ela foi aprovada, se tiverem sido cumpridas as metas da LDO, especialmente a meta de resultado nominal.

Ou seja, não haveria argumento unilateral que o Poder Executivo pudesse empregar para deixar de cumprir a lei orçamentária tal como fora aprovada. Tampouco pode o Executivo acirrar – sem qualquer autorização legislativa – as metas previstas na lei de diretrizes orçamentárias, a título de fazer um "esforço fiscal" maior para manter a relação DLSP/PIB estável e, assim, angariar a "credibilidade" dos mercados.

Ora, o que o Governo Federal mais tem feito desde 1999 é fixar metas fiscais (notadamente de superávit primário) e unilateralmente expandi-las sem

qualquer autorização legislativa, o que se faz à custa da inexecução de grande parte das despesas discricionárias aprovadas na LOA.

a) "*adotar o regime de competência na definição legal da meta fiscal*." Se se adotasse o regime de competência para fixar o conceito de metas fiscais, todas as receitas e despesas, bem como a equação entre essas e aquelas e o próprio montante da dívida pública deveriam ser computados desde o seu nascedouro e não apenas de sua efetiva realização. Em se tratando de meta, ou seja, de objetivo a ser alcançado em nome do equilíbrio orçamentário, ideal seria antecipar a previsão de suas variáveis, razão pela qual o regime de competência mostra-se adequado.

De todo modo, o que a Comissão Mista de Orçamento (BRASIL, 2005) suscitou como "Levantamento de Problemas e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário", no que se refere à lacuna entre, de um lado, a discricionariedade do Poder Executivo e, de outro, a previsão legal, vai ao encontro de toda a discussão que se veio fazendo até aqui em prol da democratização da Administração Pública, especialmente no que se refere aos fluxos de controle.

Sobre o distanciamento entre orçamento e sua execução no regime atual de "orçamento autorizativo", Clève (2003, p. 26) também aponta, pelo viés da jurisdição constitucional, para a "necessidade de compreender-se a peça orçamentária como lei que vincula, razão pela qual não pode ser tida como mero ato legislativo autorizativo." Senão veja-se que

> Se a lei impõe um programa (orçamento-programa), o cumprimento do programa deve ser controlado. Está-se com isso a defender a necessidade de redefinição da natureza do orçamento. É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos. (CLÈVE, 2003, p. 26)

Em se tratando de um horizonte de prestações progressivas, nada mais adequado – do ponto de vista orçamentário – que efetivamente cobrar, como suscitara Bucci, que as políticas públicas sejam controladas conforme o processo de sua elaboração plurienal. As leis que instrumentalizam os programas de ação governamental (PPA-LDO-LOA) são nortes, cuja execução é balizada pela capacidade financeira do Estado. Uma vez cumpridas as metas fiscais discutidas com o Legislativo, as leis orçamentárias devem ser integralmente executadas, já que não deve haver margem para subalocação de recursos em um orçamento transparente e real.

Clève (2003) mais uma vez defende que o debate sobre a obrigatoriedade de execução das peças orçamentárias é um exercício de "vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais", já que não assegurar materialmente tais direitos dentro de um horizonte temporal elastecido, mas progressivo – em nome de uma pretensa discricionariedade orçamentária – seria, por si só, um ato desconforme com a Constituição. Ou seja, o atendimento aos direitos fundamentais, para Clève (2003, p. 27) constitui-se como verdadeiro "parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes".

Por outro lado, a apreensão de como o cidadão pode sair em defesa de sua esfera jurídica de direitos se soma ao raciocínio objetivo de confronto entre os atos administrativos e a Constituição. Nesse sentido, Clève (2003, p. 27) lembra que os direitos prestacionais "criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana."

Na esteira do entendimento de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, posições exigíveis e crivo de constitucionalidade em relação à omissão do Executivo em implementar as devidas políticas públicas de atendimento progressivo aos mesmos, tem-se que o Estado só se legitima dentro do espaço de respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, tal como Santos (1987) mesmo já alertava – quando da sua percepção sobre o caráter trágico da política social –, há de se conciliar a tensão complexa entre o mínimo existencial capaz de assegurar uma vivência digna à pessoa humana e o máximo possível, dadas as disponibilidades de riqueza e de sua distribuição na sociedade. É esse o dilema rawlsiano[139] das maiores vantagens aos mais desfavorecidos (máximo benefício social – igualdade) em face do mais extenso sistema de liberdades básicas (mínimo sacrifício individual), o qual funda-se em concepção liberal representada genericamente pela fórmula "maximin" que revisita o utilitarismo clássico.[140]

---

[139]Rawls (2000, p. 20, grifo do autor) defende que "na teoria da justiça como eqüidade, as instituições da estrutura básica são consideradas como justas desde que satisfaçam as princípios que pessoas morais, livres e iguais, e colocadas numa situação eqüitativa, adotariam [em uma espécie de contrato social inicial feito por pessoas em 'posições originais' e sob o pressuposto de um 'véu de ignorância'] com o objetivo de reger essa estrutura. Os dois princípios mais importantes enunciam-se da seguinte maneira:

*(1) Cada pessoa tem um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas iguais para todos que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos.*

*(2) As desigualdades sociais e econômicas são autorizadas, com a condição (a) de que estejam dando a maior vantagem ao mais desfavorecido e (b) de que estejam ligadas a posições e funções abertas para todos, nas condições de justa igualdade de oportunidades."*

[140]O utilitarismo calcado na doutrina de Bentham e Mill defende que uma ação é boa se suas conseqüências aumentam a felicidade do maior número de pessoas.

Ocorre, contudo, como já se discutiu antes, que o controle dessa tensão não é dogmático-positivista. É tão somente um construto dialógico dos "dissensos toleráveis". Clève intuitivamente também caminha para uma visão mais procedimental de defesa do controle de políticas públicas prestacionais, na medida em que reconhece que:

> para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão. (CLÈVE, 2003, p. 27)

Logo de pronto, passa-se da interpretação de que o Estado deve assegurar uma "eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais" à apresentação dos instrumentos processualmente disponíveis para a tutela judicial daqueles.

Conforme Vianna (1999) pondera, tal passagem, embora natural para o campo do Direito, não é propriamente isenta de conflituosidade para a institucionalidade democrática, pois subsiste o risco da judicialização da política se tornar uma via substitutiva das arenas político-representativas de deliberação do interesse público. Tampouco é possível atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário todas as pretensões de controle democrático sobre a Administração Pública, sob pena de o grande controlador restar, ele próprio, sem controle.

Sem olvidar-se dos riscos suscitados por Vianna (1999), há que se pensar na expansão dos agentes de controle por toda a tessitura social e especialmente pelas próprias relações horizontais de controle entre os Poderes e os órgãos auxiliares: Tribunal de Contas e Ministério Público.

Para Clève (2003, p. 27), já que "os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos", tem-se que "para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado".

Importa é que haja uma interpretação que promova uma "ponderação"[141] dos "direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva*

[141]Não se desconhece a célebre cisão interpretativa – no que diz respeito ao critério de aplicação dos

*do possível*), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*)." (CLÈVE, 2003, p. 27-28)

Acerca da idéia tomada ao constitucionalismo alemão do que seja "reserva do possível", cuidado impõe-se na medida em que a realidade brasileira não

---

princípios – havida entre Dworkin (princípios são normas que aplicam-se ou não se aplicam dada a especificidade do caso concreto, conforme forem adequados ou não ao caso) e Alexy (princípios são comandos de otimização que podem ser satisfeitos em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso).

Em coerência com o princípio da proporcionalidade que se advoga aqui como instrumento necessário ao controle da administração da dívida pública, este estudo adota a teoria defendida por Alexy de que os princípios comportam ponderação entre si, já que "o conflito entre princípios não se resolve com o completo afastamento de um deles, tal como ocorre com as regras, submetidas aos conhecidos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade). Realmente, por conta de sua estrutura normativa, os princípios não prescrevem condutas a serem seguidas se e quando determinadas hipóteses ocorrerem, tais como as regras. Assim, os conflitos entre eles verificados não se resolvem com a aplicação de critérios que impliquem um *all or nothing*, no dizer de Dworkin, mas sim *com a atribuição de maior preponderância, ou de maior peso, àquele princípio que, em prevalecendo, cause menores estragos nos demais*. A regra maior do direito por princípios, portanto, é a proporcionalidade." (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2003, p. 271).

O Tópico 5.1 do Capítulo 5 tratará mais detidamente do princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, elucidará os fundamentos teóricos da opção pela doutrina de Alexy quanto à ponderação como critério metodológico de aplicabilidade de princípios.

A respeito do famoso conflito entre os supracitados autores e em linha argumentativa francamente favorável à tese advogada por Dworkin, Silva (2004, p. 50-52, grifo do autor), elucida que:

"tanto Dworkin quanto Alexy trabalham a concepção de princípios e regras no ordenamento jurídico, havendo consenso no que diz respeito à natureza deontológica de ambos, apesar de Alexy, ao descrever o critério de aplicação de princípios, subverter essa natureza, pelas razões abaixo evidenciadas.

Uma norma é o significado de um enunciado que diz que algo *deve-ser*. Dessa forma, como tanto as regras quanto os princípios expressam algo que deve (juridicamente) ser, ambos devem ser considerados normas jurídicas. Não podem, pois, ser considerados valores, aplicáveis segundo critério de preferências. Apesar de incorporarem conteúdo moral, com esta não se confundem, na medida em que esse conteúdo é traduzido para o código binário do direito: lícito/ ilícito. Contudo, enquanto as regras regulam condições de aplicação, os princípios possuem uma tessitura aberta, o que faz com que possam ser aplicados em diversas situações diferenciadas.

Partindo dessa concepção, Robert Alexy define as regras como *razões definitivas*, enquanto os princípios, por serem abertos, não se direcionando especificamente a condutas pré-determinadas, seriam colocados na condição de *razões prima facie*.

[...] *os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente* prima facie. *Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas [...]. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.*

Ocorre, porém, que, ao considerar os princípios razões *prima facie*, Alexy estabelece para o julgador uma ponderação a ser feita no momento da aplicação, de forma que determinado princípio deva ser aplicado em detrimento de outro(s), na medida em que possuir maior peso que os demais, gerando uma hierarquização entre os princípios no caso concreto.

Para Dworkin, apesar de reconhecer a tessitura aberta dos princípios, a distinção entre regra e princípio não é morfológica, não podendo ser feita em abstrato; apenas o caso concreto é que determinará se um ou outro. Tanto os princípios quanto as regras permanecem, no nível de abstração em que nascem, em constante concorrência, até que as particularidades de um caso específico, individual e concreto, possam definir, deontologicamente, qual a norma adequada para reger a situação posta. E, partindo dessa premissa, afirma não ser cabível falar-se em ponderação, mas sim em adequabilidade. Dessa forma, não há como conceber uma hierarquia entre princípios, mesmo que diante do caso concreto, vez que o princípio, sendo norma jurídica, deve ser aplicado (caráter de obrigatoriedade) com base no critério de adequação e não de preferência. Não há, assim, princípio mais ou menos adequado, que esteja a demandar uma atitude valorativa (ponderação) do juiz."

corresponde propriamente à hipótese (típica do Estado europeu de Bem-Estar Social) de avanço adicional[142] na aquisição de direitos, mas cuida ainda da efetivação da linha de subsistência alimentar.

Nesse sentido, Clève (2003, p. 28, grifo do autor) discute que "não se trata, para o Estado [brasileiro], já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo." De todo modo, a idéia de "*reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial".

Até porque, como bem questiona o supracitado autor, "nos últimos anos o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente, ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas." (CLÈVE, 2003, p. 28)

Em tal seara, a crítica do autor paranaense torna-se severa, notadamente no que se refere ao conflito distributivo entre recursos (alegadamente escassos) para as políticas sociais inclusivas e os gastos com o custeio do serviço da dívida pública. Senão veja-se:

> Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao despendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que,

[142]Por avanço adicional está a se entender o acréscimo de direitos prestacionais que ultrapassam – qualitativa e quantitativamente – a estrita dimensão de segurança alimentar, previdência, saúde e educação básica, a qual responde, primordialmente, pela sobrevivência e mínima instrução educativa. Em países como o Brasil que sequer passaram pela crise do Estado de Bem-Estar, mas apenas por uma crise do desenvolvimentismo econômico, direitos prestacionais como os direitos à cultura, ao lazer e desporto, à moradia digna, à inclusão racial, entre outros, ficam em segundo plano diante daqueles primeiros que respondem pela subsistência humana. É essa uma dimensão pragmática do que tem se chamado de "mínimo existencial", sendo certo que há dissonância entre o que é o "mínimo existencial" na realidade brasileira e o que a Nova Hermenêutica constitucionalista (esposada por Bonavides, 2003) entende ser o conjunto mínimo de direitos fundamentais assegurados para assegurar a dignidade da pessoa humana. Tal dissonância advém da própria divergência sobre o caráter programático e a eficácia imediata de alguns dos direitos sociais inscritos no art. 6º da CR/1988.

> praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais. (CLÉVE, 2003, p. 28)

Certo é que, independentemente do mérito do programa de estabilização econômica adotado, "o retrocesso social, igualmente, não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira". Se se trata de traçar um desenvolvimento coerente no médio prazo com o implemento progressivo dos objetivos fundamentais inscritos no art. 3º da CR/1988, realmente não se pode, por exemplo, admitir a possibilidade de pura e simples revogação de "uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas", já que haveria um "direito fundamental em jogo". (CLÈVE, 2003, p. 28)

Quanto mais se fica às voltas com o tema do controle de políticas públicas – especialmente pelo seu viés orçamentário-financeiro –, mais ressurge a perspectiva de que o que se vive é um estágio de "indigência analítica", como diria Santos (1987).

Bem ou mal, como linha de conclusão primária deste capítulo, há que se reconhecer que não há como inferir uma linha consistente de controle a ser promovida estritamente pelo Judiciário. O que se pode demandar (e, mais do que nunca, é preciso que se demande) é a extensão do horizonte de controle sobre o cumprimento dos programas de trabalho inscritos na lei anual de orçamento (além da apreensão unilateral tal como previsto no art. 79 da Lei n.º 4.320/1964) e sobre as motivações apresentadas para eventuais distanciamentos entre o orçado e o executado.

Tal controle estendido deve ser exercido durante o curso da execução orçamentária e não apenas pelos órgãos que detêm formalmente a competência de controle externo – uma vez que a integração entre controle interno (art. 74 da CR/1988) e externo (art. 71 da Constituição) já é princípio que ordena as finanças públicas no Brasil –; mas também deve estar ao alcance da cidadania que, no exercício do seu direito de representação (arts. 5º, XXXIV, "a", e 74, §2º da CR/1988), poderia garantir discursivamente – em sua condição difusa, efervescente e plural – o caráter democrático da execução das peças orçamentárias em todos os níveis da federação.

Do ponto de vista da ordenação das prioridades orçamentárias do Estado, de pouco adiantaria conclamar a existência de "uma única solução ótima" (tal como o faria, por exemplo, Bandeira de Mello) para que disso decorresse o controle jurisdicional. Ora, a fixação das políticas públicas é agenda republicana construída democraticamente, por isso não é inferível racionalmente sem a imersão no espaço de sua aplicação, tampouco controlável fora do embate político-constitucional do que sejam as atividades-fim do Estado.

Nesse sentido, Silva (2004, p. 67) leciona que

> aos participantes do processo de interpretação constitucional, considerados como uma sociedade aberta, devem ser asseguradas as condições para o desenvolvimento quotidiano da Constituição, de forma a adequá-la às inevitáveis reformulações da opinião e da vontade públicas que densificam o fluxo comunicativo, contribuindo para a formação democrática do Direito que deve ser instituído para fazer face às novas exigências sociais. Assim concebida, é a Constituição processo dinâmico no interior do qual se articulam a divergência de interesses existentes e a pluralidade das forças sociais, apresentando-se como instrumento que promove o *acoplamento estrutural* (na expressão de Luhmann) entre direito e política, e, ao mesmo tempo, requer se considere a indissociabilidade entre soberania popular e respeito aos direitos fundamentais, ou seja, entre democracia e constitucionalismo.

Como tema inerentemente publicístico, sobreleva o controle a ser dividido entre todos os cidadãos. A melhor forma de dividir o controle é vedar que haja um único grande controlador, esse, por si só, incontrolável, daí porque a lógica multissecular de separação de poderes reside na perspectiva de pesos e contrapesos. Trata-se de mais uma pedra sisífica a ser rolada cotidianamente como exercício coletivo de se saber precária relação entre governantes e governados.

Como bem lembra Pires (2002, p. 73), "caídas as presunções de abstração e racionalidade apriorística, o Direito, dessa forma, é chamado para desempenhar um novo papel, quiçá difícil desafio, qual seja, o de, no mínimo, fomentar a possibilidade do discurso pleno e irrestrito no qual se funda a arena pública e, sem a qual, torna-se falacioso pensar em relação Estado-cidadãos que seja, de fato, democrática."

Enfim, é repisar: por mais óbvio que pareça, não há como legitimamente promover uma alocação de recursos públicos em prioridades governamentais inscritas no orçamento, sem que tal processo corresponda a uma definição discursiva do que seja interesse público, feita em público.

Ora, do outro lado da moeda, encontra-se o controle, pois quem delega poder, necessariamente deve controlá-lo, sob pena de vê-lo alienado a finalidades diversas das que motivaram a delegação. Inscreve-se, nesse cenário, a necessidade de ampliar os fluxos de controle no âmbito das diversas propostas de reforma orçamentária[143] que se encontram tramitando no Congresso

[143] A principal dessas propostas é a Proposta de Emenda à Constituição n.º 22/2000, cujo primeiro signatário foi o Senador Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA). Trata-se de proposta de orçamento mandatório, rompendo a clássica concepção de orçamento meramente autorizativo.

Nacional, as quais serão retomadas no Capítulo 4 deste estudo, pois, antes disso, no Capítulo 3 que se segue, será feita uma discussão pormenorizada dos aspectos centrais da política monetária empreendida de 1994 a 2005 no Brasil.

# Capítulo 3
# Estabilidade monetária e instabilidade fiscal no período de 1994 a 2005 no Brasil

O foco que se abre neste capítulo reside na apresentação do quadro de tensão – imerso na realidade brasileira pós-1994 – entre a administração da estabilidade monetária (notadamente promovida pelo controle da inflação) e a sua repercussão fiscal. Como políticas públicas que são, a política monetária e a política fiscal inserem-se no marco constitucional vigente sob o pálio da ordenação do sistema financeiro nacional.

Assim, tratar da intervenção do Estado na economia por meio das políticas fiscal e monetária no seio de uma discussão jurídica sobre orçamento público é esforço preliminar que se faz necessário para assentar alguns conceitos relativos ao núcleo deste estudo, qual seja, o controle da dívida pública em face das repercussões orçamentário-financeiras das taxas de câmbio e de juros, as quais foram utilizadas para conter a inflação no Brasil de 1994 a 2005.

Do ponto de vista orçamentário, surgem questões como: por que o Estado controla a disponibilidade de recursos (liquidez) no mercado? Como e com qual grau de eficácia o controle da inflação promovido pelo Estado passa pela contenção de despesas públicas? Onde o Estado deve alocar os recursos tomados à sociedade pela via tributária? Os resultados fiscais (positivos ou negativos) do Estado impactam, e em qual intensidade, a economia?

Para responder a tais questionamentos e antes de focar a análise sobre o Plano Real – que é objeto deste capítulo –, faz-se necessário promover uma pequena digressão em torno dos efeitos inflacionários de uma política fiscal expansionista, tal como a vivenciada no Brasil nas décadas de 1950 a 1970 e cujos efeitos repercutem nos esforços de ajuste promovidos até os presentes dias.

Inicialmente, vale repisar que o regime de controle sobre os gastos públicos classicamente obriga a que haja permanente diálogo entre Executivo e Legislativo, como também entre esses e a sociedade, seja para firmar a orientação do plano de trabalho do governo nas leis orçamentárias, seja para retomar o cumprimento das finalidades a que o Estado se encontra vinculado.

Em se tratando especificamente de dívida pública, o pressuposto é de uma gestão fiscalmente responsável, o que se obtém não apenas com equilíbrios orçamentários anuais, mas com ajustes intertemporais que permitam o uso da política fiscal na estabilização das oscilações econômicas e na consecução de

Financiamento_completo.indd 161 8/6/2010 00:53:14

políticas públicas inclusivas (distributivas e alocativas). Para Carneiro (2002, p. 364, grifo nosso),

> o equilíbrio intertemporal das contas públicas é [...] um dos sustentáculos da confiança na moeda nacional. **A definição dessa consistência**, do ponto de vista corrente e patrimonial, é bastante complexa e problemática. Antes de tudo, ela **supõe uma postura acerca do tamanho e papel do Estado na economia, expresso, por exemplo, no montante da carga tributária e na sua distribuição. Não prescinde tampouco de uma definição dos gastos prioritários, ou melhor, de uma hierarquia desses gastos**.

Normativamente, a existência de resultados fiscais negativos (déficits) não é um mal em si mesmo.[144] Problema efetivamente existe na reprodução ilimitada de déficits que comprometem – dentro de um horizonte temporal relativamente curto – a capacidade orçamentário-financeira do Estado de cumprir as suas competências constitucionais.

Os gastos assumidos durante o exercício e que não são pagos deixam de ser dívida flutuante, consolidam-se e tornam-se dívida fundada, sem prejuízo das dívidas assumidas deliberadamente para superarem o exercício financeiro. Sobre tal montante de dívida acumulada incide o custo de seu financiamento. Assim novas dívidas são assumidas em nome da cobertura de dívidas passadas e a remuneração dos credores que permitem ao Estado "fechar suas contas" é, por sua vez, acrescida àqueles montantes.

Cedo ou tarde, o crescimento do endividamento público traz consigo uma asfixia de recursos, porquanto o Estado tem margens limitadas para expansão de suas receitas (notadamente tributárias) e os credores passam a exigir progressivos prêmios (juros e condições de contratação) para manter o financiamento da dívida pública em face do aumento dos riscos envolvidos na operação.

Em meio a uma tal crise de financiamento, o Estado acaba sendo lançado diante de duas possibilidades de apropriação de riqueza alheia. Uma delas é feita com a apropriação parcial ou integral da riqueza dos seus credores por meio de moratória ou confisco.[145] A outra possibilidade dá-se com a apropriação

[144]Carneiro, a esse respeito, leciona que "pela ótica patrimonial, não é possível definir abstratamente níveis de déficit e dívida ideais, porque as condições de financiamento e rolagem podem modificar-se substancialmente ao longo do tempo. Concretamente, o que se pode estabelecer é que **a prevalência da ordem liberal torna mais estreitos os limites para o déficit e eleva os custos de rolagem da dívida. Em última instância, define um padrão mais restrito para o equilíbrio fiscal**." (CARNEIRO, 2002, p. 364, grifo nosso).

[145]Exemplo claro de apropriação abrupta de ativos financeiros da sociedade foi a ação de subindexação da dívida pública (tal como o entendem Giambiagi e Além, (2000, p. 219)) pelo Governo Collor, vez que, "em março de 1990, quando, imediatamente antes do anúncio do plano Collor, decretou-se um feriado

de riqueza de toda a sociedade por meio de processos inflacionários[146] que naturalmente absorvem a diferença entre o valor nominal e o valor real da moeda em favor do Estado que é o seu emissor.[147]

No limite, a irresponsabilidade na execução de gastos públicos gera um ciclo vicioso na busca estatal por recursos, o que afasta tanto a capacidade de planejamento da ação governamental, quanto o controle, já que a inflação passa a se auto-alimentar e os valores nominalmente inscritos nas peças orçamentárias já não fazem sentido algum no médio prazo.

A aparente fonte ilimitada de recursos (desses orçamentos públicos conjunturalmente inconsistentes em tempos inflacionários) acarreta, em maior ou menor intensidade, a suspensão do debate sobre a adequação e os custos da ação da ação governamental. Para Giambiagi e Além (2000, p. 155):

> com inflação alta, as autoridades – treinadas ao longo de anos de convivência com a alta de preços – podiam obter resultados operacionais "bons", mediante o expediente de simplesmente adiar a liberação da despesa, até que esta, em termos reais, fosse corroída pela inflação. Depois do início do Plano Real, essa possibilidade deixou de existir, já que os recursos liberados em um mês tinham praticamente o mesmo valor real que no mês anterior. Isso representou uma verdadeira revolução para um setor público acostumado – e viciado – a operar em um regime quase

bancário de três dias úteis, ao longo dos quais a dívida não sofreu qualquer correção, em um contexto no qual a inflação diária era estimada em quase 3% por dia útil, chegando a ser de mais de 80% no mês. Como a dívida interna era naquela época de aproximadamente 20% do PIB, ela sofreu uma erosão da ordem de 2% do PIB em apenas 72 horas."

Por força dessa operação heterodoxa, Carneiro (2002, p. 363) comenta que a dívida pública interna caiu para cerca de 15% do PIB em 1994.

[146]Em análise quanto à evolução da dívida pública no início da década de 1990, Giambiagi e Além (2000, p. 219) explicam que "a queda da importância relativa da dívida pública se manteve [em patamares similares aos do período compreendido entre 1985 a 1989] durante os primeiros anos da década de 1990 [de 1990 até 1994], em outro contexto fiscal, porém e apesar do menor crescimento da economia – que torna mais difícil diminuir a relação dívida/ PIB. A explicação para isso é dupla. De um lado, as NFSP [necessidades de financiamento do setor público] diminuíram significativamente, a ponto de o déficit operacional médio do período 1990/1994 ter sido de zero. De outro, continuou havendo uma receita expressiva de senhoriagem [o que, segundo os autores, foi 'conseqüência de planos econômicos que provocavam uma monetização inicial, com taxas de inflação que depois dos planos voltavam a crescer rapidamente, gerando um imposto inflacionário expressivo']. Na equação de financiamento do déficit público que iguala o valor deste à soma da colocação de dívida nova com a senhoriagem, quando o déficit é praticamente nulo e a senhoriagem é elevada, a resultante é um 'delta' negativo da dívida. Foi exatamente isso que ocorreu no período, no qual, na prática, a dívida foi sendo monetizada aos poucos – ao mesmo tempo em que, em termos reais, a moeda era 'destruída' pela inflação."

[147]Segundo Hermann (2002, p. 44), "a emissão de moeda (ou a cunhagem de metais, nos sistemas de moeda-mercadoria) é, historicamente, a primeira forma de dívida pública conhecida. A chamada 'receita de senhoriagem' daí decorrente representa um débito do Estado para com a sociedade, porque, ao contrário, da receita de impostos [sic], lhe permite apropriar-se de uma parcela do produto gerado pelo esforço privado, sem qualquer contra-partida na forma de prestação de serviços. Trata-se de uma receita originada no simples fato do Estado ser, por excelência, o emissor da moeda oficial do país." A esse respeito, Giambiagi e Além (2000, p. 220) exemplificam que "países com taxas de inflação de 10 a 30% ao ano, nas décadas anteriores [à década de 1990], tinham níveis de senhoriagem de 1,5 a 2,0% do PIB."

> hiperinflacionário. Negar o atendimento às demandas tornou-se então muito mais difícil para as autoridades e a própria 'desindexação' dessas demandas demorou a ocorrer. Era necessário passar a negociar em outras bases e era natural que, no início, nem quem reivindicava, nem o setor público, estivessem preparados para isso.

A retomada da tematização republicana de como e para que financiar o Estado emerge quando a crise já se encontra instalada do ponto de vista econômico. Assim, por vezes, a busca por solução da espiral inflacionária vai ao outro extremo, quando constrange a política fiscal – ou seja, o próprio orçamento público – para garantir, independentemente da avaliação do nível de retração e de desemprego na economia, que não haja pressão sobre os níveis de preços.

No Brasil, décadas a fio foram dedicadas prioritariamente à gestão de tal quadro econômico instável. O legado deixado pela década de 1990 foi o de um considerável crescimento no endividamento público, o qual adveio tanto da manutenção até 1999 da paridade cambial entre real e dólar, quanto, a partir de então, do regime de metas de inflação apoiado no controle da taxa de juros SELIC.

A esse respeito, Carneiro (2002, p. 394-396) pertinentemente elucida que dois momentos distintos podem ser identificados na expansão da dívida pública brasileira, na medida em que

> De 1994 a 1997, cresce a dívida interna e cai a externa, ou seja, a acumulação de reservas, além de implicar crescimento da primeira [...], também faz cair a dívida pública externa líquida. Após 1998, a perda contínua de reservas, e posteriormente, o endividamento junto às instituições multilaterais fazem crescer também a dívida externa. Na ausência de déficits primários nas contas públicas, a dívida originou-se da combinação entre taxas de juros elevadas e a esterilização da absorção de recursos financeiros do exterior. A política de esterilização implicou a emissão de dívida interna para enxugar a liquidez oriunda do superávit da conta de capital, bastante superior às necessidades de financiamento corrente do balanço de pagamentos, que redundou no crescimento das reservas. O acúmulo de reservas foi uma estratégia deliberada para realizar a estabilização com âncora cambial. A sua esterilização era essencial para evitar uma queda da taxa de juros ou uma apreciação excessiva do câmbio, que terminariam por inviabilizar a entrada de capitais. Essa política teve, todavia, um custo muito alto expresso no chamado déficit *quasi-fiscal* formado pela diferença de remuneração entre a dívida interna e as reservas internacionais.
>
> Visto de outro ângulo, o problema pode ser assim expresso: a emissão inicial de dívida pública para esterilizar o acréscimo de reservas não representa, num primeiro momento, aumento da dívida líquida do setor

> público, pois o acréscimo da primeira se dá por aumento de haveres externos. A disparidade entre a taxa de juros que remunera as reservas e a dívida interna faz que essa última cresça mais rapidamente. Ao final de alguns anos, o estoque de dívida pública não guarda mais relação com o montante de reservas.
>
> Após 1998, a crescente pressão para desvalorização do câmbio e a sua posterior flutuação tiveram um impacto significativo na dívida pública líquida que, entre final desse ano e início de 2000, cresce de 45% para 50% do PIB. Dois processos respondem por isso: a ampliação do endividamento externo do governo brasileiro junto às instituições multilaterais, para assegurar a saída dos capitais de curto prazo, e o impacto da desvalorização sobre a dívida pública interna dolarizada, oferecida como *hedge* ao setor privado.

Explicando muito genericamente o porquê do avanço significativo do endividamento público (de pelo menos vinte pontos percentuais[148] do PIB) acarretado pela estabilização monetária empreendida sob o Plano Real, vale lembrar que, até 1999, a paridade cambial entre real e dólar (verdadeira âncora daquele) foi mantida em dissonância com os fluxos reais da balança de pagamentos e da balança comercial.

A rigidez cambial de 1994 a 1999 custou ao Brasil déficits na balança comercial e uma instabilidade fiscal decorrente da oscilação dos juros e da posterior desvalorização do real frente ao dólar, já que grande parte da dívida assumida à época era indexada a essa última moeda.

A título de exemplo, é de se lembrar que houve grande impacto fiscal com a correção de todos os títulos públicos indexados ao dólar em 1999 em função da maxidesvalorização do real. Ou seja, essa parcela significativa da dívida pública simplesmente sofreu automática majoração, o que se deu proporcionalmente conforme a valorização do dólar em valores correntes da moeda nacional. Ora, em 1999, o Brasil passava pelos efeitos colaterais da Crise da Rússia: nesse período, além de ter havido a maxidesvalorização, o país bateu no patamar de 45% (quarenta e cinco por cento)[149] ao ano de taxa de juros SELIC para rolar sua dívida pública.

A experiência dos primeiros cinco anos de Plano Real levou à revisão do modelo de estabilização monetária implementado no Brasil. Com a adoção do regime de metas de inflação a partir de 1999, o Banco Central passou a controlar

[148] Carneiro (2002, p. 394) leciona que "a dívida pública interna mostra uma trajetória explosiva após o Plano Real [...]. Seu crescimento de 20 pontos percentuais do PIB em apenas cinco anos [de 1994 a 1999] só tem paralelo na história econômica do Brasil contemporâneo com aquele da crise da dívida em 1982-1984."

[149] Carneiro (2002, p. 388, grifo nosso) comenta que a "carga de juros crescente [...] chegou a **patamares inusitados** em 1998 e 1999."

a instabilidade monetária fundamentalmente por meio da taxa de juros SELIC, a qual tanto determinava uma redução da liquidez no mercado (tornando oneroso o crédito), quanto passou a remunerar grande parte da dívida pública, já que houve uma espécie de migração da preferência dos credores para os títulos pós-fixados à taxa SELIC.

A migração dos credores dos títulos indexados ao câmbio para os títulos indexados à taxa SELIC (e ao *overnight*) justifica-se histórica e racionalmente porque a tendência dessas variáveis no período de 2003 a 2005 é de valorização do real frente ao dólar e de permanência em patamares elevados da taxa SELIC.

De toda sorte, fato é que a dívida pública tem sido usada como mecanismo de ajuste na consecução da política monetária, notadamente no que se refere ao emprego da taxa de juros SELIC sobre as expectativas dos agentes econômicos. Tais agentes, em deixando de introduzir suas disponibilidades financeiras no ciclo produtivo, aplicam-nas em títulos da dívida pública atrelados à aludida taxa. Daí decorrem alguns efeitos complexos e perversos, como o são o contracionismo orçamentário, por parte do Estado, e, de outro lado, a retração dos ramos produtivos e o desemprego por parte dos agentes econômicos.

Contudo, no que afeta a esta pesquisa, interessa saber como se deu o controle dos impactos orçamentários-financeiros do manejo da taxa de juros na política brasileira recente de estabilização monetária. Se evidentemente o país não poderia seguir se financiando por meio do imposto inflacionário, tampouco pode-se admitir a ausência de limites de endividamento em nome da condução da estabilização monetária.

Sem uma consistente lógica de controle e de abertura discursiva à participação dos interessados (ainda que apenas pela via representativa do Parlamento), não se pode, sob o marco do Estado Democrático de Direito, sair de uma situação de crise inflacionária ao custo de uma instabilidade fiscal.

Juridicamente não há como sair de um extremo ao outro: da instabilidade monetária à instabilidade fiscal, porque há de se fazer uma interpretação constitucionalmente adequada de todo esse processo. Em outras palavras, não há como se admitir que seja essa uma questão de "discricionariedade técnica" e de gestão da "crise de governabilidade". Até porque a instabilidade fiscal repercute na esfera jurídica dos cidadãos e será imposta a sucessivas gerações sob a forma, entre outras coisas, de uma expansão considerável do endividamento; de contracionismo orçamentário para geração de elevados superávits primários; de expansão da carga tributária; de alienação de bens públicos (privatização) e, sobretudo, repercute sob a forma de rarefação da capacidade financeira do Estado de implementar políticas públicas.

Cuida-se, pois, de buscar – em torno da apreensão absolutamente concreta de, porque os recursos são finitos e escassos, eles devem ser aplicados

conforme um processo transparente e democrático de definição das prioridades orçamentárias – a explicitação de toda uma tessitura de fluxos de controle constitucionalmente adequados.

## 3.1 Estado e mercado: definição discursiva dos limites e custos da intervenção estatal

À primária inquietação de por que o Estado intervém no domínio econômico, Giambiagi e Além (2000, p. 23) respondem que "os governos são fatos da vida: eles existem, quer gostemos ou não. Eles são necessários, da mesma forma que as instituições, para regular o funcionamento de uma sociedade."

Mais do que "fato da vida", historicamente a presença do Estado na economia passou a ser explicada pela apreensão do que seriam as "falhas do mercado",[150] notadamente após o esforço de superação da Crise de 1929 e das revoluções que trouxeram a pretensão de "organizar" o capitalismo a partir do final do século XIX e início do século XX.

O que há de problemático na apreensão de que o Estado atua subsidiariamente ao mercado, suprindo suas "falhas", reside na pretensa absorção universal pelo mercado de todos os domínios do mundo da vida (HABERMAS, 1997). Imaginar que o mercado – com sua racionalidade instrumental – compreende[151] todas as esferas de sociabilidade humana é desconhecer, por exemplo, a existência de incontáveis liames de solidariedade, de correspondência cultural, política e religiosa, bem como é olvidar a existência de valores compartilhados em uma dimensão comunicativa (não necessariamente verbalizada) que fundam o pacto republicano de vivência conjunta numa dada sociedade.

[150]Haveria eficiência alocativa do mercado se fosse atendido o pressuposto do "Ótimo de Pareto". Economicamente tal ponto conceitual representa uma situação em que seria "impossível promover uma realocação de recursos de tal forma que um indivíduo aumente o seu grau de satisfação, sem que, ao mesmo tempo, isso esteja associado a uma piora da situação de algum outro indivíduo." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 24). Segundo os autores em questão, "a teoria econômica tradicional ensina que para atingir uma alocação 'Pareto eficiente' de recursos não é necessário que exista a figura de um 'planejador central', já que a livre concorrência, com as firmas operando em um mercado competitivo e procurando maximizar seus lucros, permitiria atingir esse ideal de máxima eficiência."
Ocorre, contudo, que essa visão idealizada de mercado é confrontada com a consciência de suas "falhas". Giambiagi e Além (2000,p. 24) ressaltam, notadamente, como "falhas de mercado" as seguintes: "a) a existência de bens públicos, b) a falha de competição que se reflete na existência de monopólios naturais, c) as externalidades, d) os mercados incompletos, e) as falhas de informação, e f) a ocorrência de desemprego e inflação."

[151]Além do mercado, Santos (1998) lembra haver dois outros princípios que promovem a regulação social na modernidade, quais sejam, o do Estado e o da comunidade. Assim, não só o Estado tem papel que independe da constatação de que o mercado falha (exemplo notório de insuficiência do mercado está na garantia das condições discursivas de segurança e credibilidade que sustentam a moeda e os contratos); como também a comunidade se organiza para além dos espaços regulados pelo Estado e pelo mercado.

Certo é que, diferentemente da tese liberal clássica de perfeita alocação de recursos em nível coletivo conforme se der a maximização das satisfações individuais, o mercado não consegue garantir as condições ideais do seu funcionamento, como o são a livre concorrência (ao contrário, há uma tendência perversa à formação de monopólios), a igualdade no fluxo de informações e os ciclos de renovação tecnológica.

Dentro da limitada perspectiva de que o papel do Estado se reduz a uma atuação subsidiária do mercado, típico exemplo de "falha do mercado" é o provimento de bens públicos (defesa nacional, segurança pública, iluminação pública, justiça etc), já que não é possível individualizar o consumo e, conseqüentemente, não é possível excluir qualquer cidadão do seu acesso. "É por esta razão que a responsabilidade pela provisão de bens públicos recai sobre o governo, que financia a produção desses bens através da cobrança compulsória de impostos." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 25)

A teoria econômica – assim como a própria Ciência do Direito – assimilou (ainda que sob fundamentos e efeitos diferentes) o paradigma de uma atuação positiva do Estado, na forma de prestações não assumidas pelo mercado para cumprir as finalidades de estender a linha da inclusão social e de manter a segurança nas relações jurídicas, o que, guardadas as devidas proporções, equivale à finalidade de promover o pleno emprego na economia.

Em uma associação possível, cumpre retomar que, para o Direito, a idéia de bens públicos e de "falhas de mercado" corresponde ao marco do Estado de Direito, em sua primeira e mais liberal geração de direitos. Ou seja, garantir segurança, justiça, liberdade e propriedade seria papel do Estado, porque disso o mercado não consegue cuidar. De acordo com essa já ultrapassada concepção de Estado de Direito, não competiria ao Estado extrapolar os limites impostos pela liberdade e propriedade privadas. Trata-se de visão evidentemente negativa e residual que foi mitigada a partir das revoluções[152] por que passaram o mercado de trabalho e as economias capitalistas do início do século XX.

Até 1970, outro padrão de intervenção na economia pôde ser identificado sob o pálio do que os juristas chamam de Estado Social de Direito, o qual imprimira sentido positivo à noção de igualdade, ultrapassando a simplificada máxima de que "todos são iguais perante a lei", por mais profundamente desiguais que fossem os indivíduos na vivência real dos direitos. A busca de igualdade material legitimou o Estado a intervir no mercado, como prestador

[152]Podem ser citadas como referências históricas mais relevantes a Constituição Mexicana de 1916, a Constituição de Weimar (1919), a Revolução Russa, a Crise de 1929 e o próprio New Deal nos EUA. No Brasil, a Constituição de 1934 começa a trazer alterações de relevo no agir estatal (tornando-o prestacional e mais interventivo), movimento esse que culminou com o advento da legislação trabalhista, no regime getulista.

direto de bens e serviços e como garantidor de "bem-estar social", o que foi empreendido em nome da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

Ocorre, contudo, que o Estado Social de Direito – como modelo coerente que é com a teoria keynesiana de ação estatal – tornou-se alvo de severos questionamentos a partir da crise do petróleo no início da década de 1970. Na interface fiscal, a crise adveio de dificuldades progressivas de financiamento, porque o *Welfare State* (como também é conhecido) tornou-se, já no final do século passado, deveras oneroso no atendimento às mais variadas demandas sociais.

Já do ponto de vista de sua legitimidade política, o equívoco do Estado Social paternalista denunciado por Habermas (1987) foi ter suprimido da sociedade a capacidade de ela própria contraditar – discursivamente – que fosse efetivamente "público" o interesse estatal assim argüido. Calcado em uma pretensa neutralidade burocrática no atendimento às demandas sociais e sem abrir à processualidade democrática a discussão sobre conflitos eventualmente surgidos na aplicação da lei, o Estado de Bem-Estar fez coincidir interesse público e interesse estatal, porque um e outro passaram a ser tidos como se sinônimos fossem.

Na década de 1990, assim fragilizado fiscal e politicamente, ao Estado de Bem-Estar Social (também chamado de *Welfare State*, Estado Providência, Estado Desenvolvimentista e Estado Social de Direito) foram contrapostos modelos os mais diversos. Esses vão desde a idéia de que o Estado é irreformável e, por isso, deveria se ater a um raio estreito de ação (Estado Mínimo); passam pela idéia de Estado Empresarial (que, no Brasil, foi chamado de "Administração Pública Gerencial") e chegam até ao que Santos (1998) propõe como sendo Estado-novíssimo movimento social.

No Brasil, a Constituição de 1988 – para absorver democraticamente a pluralidade de interesses em tensão e para processar o que Santos (1998, p. 14) chamou de "descentração do Estado na regulação social" e de "Estado novíssimo-movimento social" – superou o paradigma do Estado Social de Direito, com a adoção do Estado Democrático e com o reconhecimento de que o Estado é apenas mais um legitimado a defender o interesse público, entre tantas organizações e grupos da sociedade civil. O Estado é, nesse sentido, mais um movimento social que tem de se inscrever no amplo espaço de deliberação coletiva para processar, em concreto e discursivamente, o que deva ser tido como "interesse público".

Sob o marco de Estado Democrático de Direito inscrito na atual Carta Política, não só são respeitados os direitos individuais (como propriedade e liberdade), como também o Estado é chamado a assegurar direitos de natureza

prestacional (como saúde e educação), sem que sejam preteridos os direitos percebidos por coletividades determinadas ou não (interesses coletivos e difusos).

O que diferencia o Estado Democrático é que primeira e segunda gerações de direitos (respectivamente inseridas no Estado Liberal e no Estado Social de Direito) são relidas à luz da perspectiva de que não há valores absolutos e que só há interesse público construído discursivamente com os interessados na decisão. Assim, a função social da propriedade, a liberdade (vista no amplo rol constitucional de inviolabilidades), o direito ao regime protetivo de contrato de trabalho, entre tantos outros marcos normativos, passam a conviver com direitos que, embora não pertençam a quem quer que seja em isolado, afetam a toda a coletividade. Inovador, nesse sentido, é o fato de que tais direitos não são de titularidade exclusiva do Estado, mas podem ser exercidos e controlados pela sociedade organizada.

Embora o texto constitucional vigente tratasse de um Estado Democrático atento – de forma eqüiprimordial – às diversas gerações de direitos fundamentais, economicamente prevaleceu no Brasil – durante toda a década de 1990 – a proposta de enxugamento do Estado (sob os moldes liberais do "Estado Mínimo").

Hermann (2004, p. 265) analisa que se diagnosticou no "excesso de Estado" a origem da crise econômica dos países em desenvolvimento (PED) durante as décadas de 1980 e 1990. Segundo Hermann (2004, p. 265-266), o receituário liberal para superar tal crise – reconhecido genericamente como Consenso de Washington – envolvia três movimentos cumulativos, a saber, liberalização comercial e financeira, redução da intervenção do Estado na economia (o que seria feito eminentemente por meio de corte de gastos e de programas de privatização), bem como estabilização de preços (em regra por meio de âncoras cambiais).

A tensão[153] presentemente vivenciada no Brasil entre cenário macroeconômico e interpretação conforme a Constituição das políticas públicas (incluídas

[153]Giambiagi e Além (2000, p. 169-170) – que são economistas estudiosos das finanças públicas no Brasil – chegam ao ponto extremado (para um observador que seja jurista) de analisar como problema fiscal "os efeitos defasados da Constituição de 1988". Senão veja-se: "A Constituição aprovada em 1988 acabou gerando dois tipos de problemas, especificamente, para as autoridades que se viram às voltas, em 1995, com o ressurgimento de um déficit público expressivo. Em primeiro lugar, ela restringiu a margem de manobra dessas autoridades, algo que não se revelou tão importante quando a inflação se encarregava de corroer o valor real das despesas, mas que se mostrou de forma nua e crua quando a inflação passou a ser baixa, depois de 1994. E, em segundo, aumentou consideravelmente as despesas previdenciárias. [...] Em outras palavras, a capacidade de o governo central responder – sem a 'ajuda' da inflação – diante de uma situação fiscal difícil foi seriamente afetada, seja porque passou a ser responsável por uma parte menor do gasto público total, ou porque no gasto do governo central, a parcela sobre a qual ele tinha controle [discricionário] direto ficara também menor. Nas demais rubricas de gasto, ele estava sujeito a alguma limitação, notadamente as despesas com pessoal – devido à estabilidade do emprego –, benefícios

aqui as políticas fiscal e monetária) emerge como problema da década de 1990 ainda não solucionado em bases democráticas no início do século XXI.

Certo é que, não obstante a via de redução do aparelho estatal ter sido amplamente defendida[154] e vir sendo progressivamente implementada no Brasil,[155] o Estado – sob o ordenamento constitucional vigente – não pode simplesmente liberar-se de seus deveres prestacionais (políticas públicas que asseguram direitos de segunda geração) por meio da progressiva redução da sua capacidade de financiamento (do que é exemplo mais notório a obtenção de superávits primários acima da meta fiscal inscrita na LDO), tampouco pode o Estado ausentar-se da prestação direta de alguns direitos fundamentais por meio da transferência da sua execução ao mercado e à sociedade organizada.

O quadro é complexo até porque, submetido a uma sistemática decisória menos unilateral e, por isso, mais aberta à pluralidade de pressões, o Estado Democrático de Direito inscrito na CR/1988 precisou suportar a crise de

---

previdenciários – que são rígidos, por definição –, transferências constitucionais a estados e municípios – praticamente impossíveis de mudar, em função do interesse de governadores e prefeitos e da influência destes sobre o congresso nacional – e juros da dívida pública – que são um resultado da política monetária."

Não se pode concordar com a posição dos autores supracitados na medida em que são constitucionalmente limitadas as concepções financistas de que (a) direitos fundamentais de natureza prestacional são apenas despesas que deveriam ser relativizadas e (b) transferências a estados e municípios decorrem de mera barganha política e, por isso, também deveriam ser questionadas.

Juridicamente cabe crítica ao argumento de que a crise fiscal da década de 1990 passaria pela revisão dos limites orçamentários impostos à União na Constituição de 1988. Ora, as transferências constitucionais a estados e municípios, além das vinculações de receitas e patamar mínimo de gastos para garantir a prestação de determinados direitos sociais são sistemáticas financeiras que respondem – orçamentariamente – pelo cumprimento do pacto federativo e dos direitos fundamentais, os quais correspondem às cláusulas pétreas inscritas respectivamente nos incisos I e IV do §4º do art. 60 da Constituição.

[154]Nesse sentido, ver Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (1995) e as estratégias de ação ali inscritas para os quatro setores do Estado: núcleo estratégico, setor de atividades exclusivas, setor de atividades públicas não exclusivamente estatais e setor de produção de bens e serviços para o mercado. Segundo o PLANO... (1995), enquanto os dois primeiros setores permaneceriam irrestritamente sob domínio estatal, tanto as atividades públicas não exclusivamente estatais (como saúde, educação, cultura, meio ambiente, produção científica e tecnológica etc), como a produção de bens e serviços para o mercado (que significa a exploração direta da economia pelo Estado, na forma do que dispõe o art. 173 da CR/1988) passariam para a iniciativa privada, respectivamente por meio de processos de "publicização" (ver Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998) e de privatização.

[155]A própria Constituição de 1988 diz ser excepcional a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, por meio da manutenção ou criação de empresas estatais, na forma do que dispõe o seu art. 173. De toda sorte, em meados da década de 1990 e saindo da intervenção direta e passando à regulação (meio indireto de intervenção), o Estado brasileiro privatizou significativo conjunto de empresas estatais e, nesse mesmo período, constituiu agências reguladoras (autarquias em regime especial) com maior autonomia decisória em relação ao poder central, para instaurar um "novo marco regulatório".

Analisando o resultado fiscal do processo das privatizações, Carneiro aponta que "segundo o BNDES (2001), ao longo da década [de 1990] e, sobretudo, na sua segunda metade, **as privatizações renderam cerca de U$ 100 bilhões às várias esferas de governo, incluídos aí o pagamento dos ativos e a transferência de dívidas. À taxa de câmbio média de 2000, esse valor equivalia a cerca de 18% do PIB**, ou seja, mais de quatro vezes o montante gasto para validar os esqueletos [passivos governamentais reconhecidos no Plano Real, estimados pelo autor em 4,3% do PIB]. Assim, os processos patrimoniais contribuíram para evitar um crescimento ainda mais explosivo da dívida pública." (CARNEIRO, 2002, p. 396, grifo nosso).

financiamento da década de 1990 em meio ao difícil movimento de estabilização econômica (especialmente monetária) e de crescimento de demandas sociais.

Particularmente dessa tensão entre avanço das demandas sociais e estabilização econômica, decorreu o crítico acirramento da dívida pública brasileira na última década do século passado, fato esse que continua sendo limite severo ao implemento do Estado Democrático na década de 2000.

Assim retomado o problema da intervenção do Estado na economia e seu estágio atual, certo é que, nos próximos tópicos deste capítulo, será tratada apenas a temática da estabilização de preços, porque a tensão orçamentária propriamente dita com as demais políticas públicas será objeto de estudo dos dois capítulos seguintes.

## 3.2 Política econômica no Brasil: antecedentes do quadro de crise da década de 1990

Em se retomando na origem o problema posto e em breve digressão em torno dos seus fundamentos, tem-se que, do ponto de vista econômico, como já se disse antes (vide Tópico 2.3 no capítulo anterior), a política fiscal do Estado é desempenhada por meio de três funções básicas, a saber, alocativa, distributiva e estabilizadora.

De acordo com Giambiagi e Além (2000, p. 30) e dito de forma muito simplificada, tem-se que a função alocativa responde pelo próprio fornecimento de bens públicos,[156] enquanto a função distributiva associa-se "a ajustes na distribuição de renda que permitam a distribuição prevalecente seja aquela considerada justa[157] pela sociedade". Por sua vez, a função estabilizadora objetiva usar a "política econômica visando a um alto nível de emprego, à estabilidade de preços e à obtenção de uma taxa apropriada de crescimento econômico".

Dessas três funções importa, neste capítulo, explicar mais detidamente a estabilizadora, da qual decorre a análise do processo empreendido no Brasil

[156]Giambiagi e Além (2000) seguem mais adiante a explicação sobre a função alocativa, já que, em se tratando de bens públicos, não é possível individualizar o consumo, excluindo os indivíduos que por ele não pagarem. Senão veja-se: "O fato de os benefícios gerados pelos bens públicos estarem disponíveis para todos os consumidores faz com que não haja pagamentos voluntários aos fornecedores desses bens. Sendo assim, perde-se o vínculo entre produtores e consumidores, o que leva à necessidade de intervenção do governo para garantir o fornecimento de bens públicos. [...] De fato, o financiamento da produção de bens públicos depende da obtenção *compulsória* de recursos, através da cobrança de impostos.
É neste sentido que o processo político surge como substituto do mecanismo do sistema de mercado. A decisão por um determinado governante através do processo eleitoral funciona como uma espécie de revelação de preferências por parte da sociedade. De forma indireta, *a eleição mostra não apenas quais bens públicos são considerados prioritários, como o quanto os indivíduos estarão dispostos a contribuir sob a forma de impostos para o financiamento da oferta de bens públicos*." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p.32, grifo do autor).

[157]Exemplos da função distributiva podem ser observados na progressividade e seletividade de alguns tributos e nos programas de renda mínima.

desde 1994, notadamente por meio do controle tanto da inflação, quanto da expansão dos gastos públicos.

Para Giambiagi e Além (2000, p. 34), a importância da função estabilizadora emergiu com a obra *Teoria Geral do Juro, do Emprego e da Moeda*, de 1936, escrita por John Maynard Keynes. Afastando a crença até então existente de que o mercado assegurava, por si só, o pleno emprego (equilíbrio entre oferta e demanda), Keynes "apontava que o limite ao emprego era dado pelo nível de demanda: as firmas só estariam dispostas a empregar determinada quantidade de trabalho conforme as expectativas de venda de seus produtos. Desta forma, tudo que pudesse ser feito para aumentar a quantidade de gastos na economia contribuiria para uma redução da taxa de desemprego da economia." (Giambiagi; Além, 2000, p. 34-35) Não é sem razão que as diretrizes keynesianas enfatizaram o papel do Estado – por meio das políticas monetária e fiscal – como promotor necessário da elevação dos níveis de emprego na economia.

Para proteger a economia de oscilações bruscas (a memória recente era a da Crise de 1929), Keynes cuidou de pensar como seria adequado o uso da política monetária e da política fiscal sobre a demanda agregada para mitigar os picos de inflação e de desemprego.

Quanto ao uso da política fiscal como mecanismo anticíclico na administração de crises econômicas, Giambiagi e Além (2000, p. 35) elucidam que

> A política fiscal pode se manifestar diretamente, através da variação dos gastos públicos em consumo e investimento, ou indiretamente, pela redução das alíquotas de impostos, que eleva a renda disponível do setor privado. Por exemplo, em uma situação recessiva, o governo pode promover um crescimento de seus gastos em consumo e/ou investimento e com isso incentivar um aumento da demanda agregada, tendo como resultado um maior nível de emprego e da renda da economia. Alternativamente, o governo pode reduzir as alíquotas de impostos, aumentando, desta forma, o multiplicador de renda da economia.
>
> No caso da existência de um alto nível de inflação, por sua vez, decorrente de um excesso de demanda agregada na economia, o governo pode agir de forma inversa ao caso anterior, promovendo uma redução da demanda agregada, através da diminuição dos seus gastos/ ou do aumento das alíquotas dos impostos – que reduziria a renda disponível e, conseqüentemente, o nível de consumo da economia.

Também seria possível intervir na demanda agregada por meio da política monetária[158], facilitando ou constrangendo o acesso ao crédito (por exemplo,

[158]Segundo Montoro Filho e Troster (2002, p. 350), "a Política Monetária se refere aos processos de oferta de moeda, aos instrumentos utilizados e aos mecanismos de transmissão de seus efeitos. A oferta de moeda é realizada tanto pelas autoridades monetárias, por meio de emissão de notas e moedas metálicas, quanto pelos bancos comerciais que, apesar de não poderem emitir, podem, no entanto, criar ou destruir moeda."

a partir do controle da taxa de juros básica). De todo modo, Giambiagi e Além (2000, p. 35) lembram que "para se atingir as prioridades da política econômica, o mais comum, na prática, é uma ação combinada das políticas fiscal e monetária por parte do governo".

Cumpre promover aqui uma digressão sobre o manejo de tais instrumentos pelo Estado na realidade econômica brasileira. Logo de saída, há que se pontuar que as definições macroeconômicas vivenciadas na década de 1990 são resultado crítico de um processo cumulativo de descontrole fiscal, associado ao desenvolvimentismo da economia promovido a reboque pelo Estado desde a década de 1950.

Para Hermann (2004, p. 263-264),

> Nos PED [países em desenvolvimento] latino-americanos, e no Brasil, em particular, os anos que se seguiram à II Guerra Mundial até fins da década de 1960 marcam um período de hegemonia do modelo keynesiano de política econômica de curto prazo, centrada em políticas (de estímulo) de demanda, e do modelo "desenvolvimentista", no plano das políticas de longo prazo – apoiado em programas de "aprofundamento" das cadeias produtivas locais, visando à substituição de importações de insumos e bens de capital, financiados com crédito público e externo. Esse modelo de intervenção estatal viabilizou o crescimento nesses países com relativa estabilidade monetária até fins dos anos 1970. Contudo, o cenário econômico da década de 1980 colocaria em xeque os modelos de crescimento vigentes nos PED asiáticos e latino-americanos.
>
> A partir da segunda metade da década de 1970, o rompimento do Acordo de Bretton Woods, os dois choques de preços do petróleo no mercado internacional e o "aperto" da política monetária norte-americana desencadearam uma tendência de aumento dos juros, desvalorização cambial e desaceleração econômica nos países industrializados. A redução dos fluxos mundiais de comércio investimentos que se seguiu a este quadro penalizou severamente os PED, cuja dinâmica de crescimento, à época, era fortemente dependente do mercado internacional. [...]
>
> Esse contexto externo recessivo originou três outras dificuldades para os PED: a) a deterioração dos termos de troca, pela combinação do forte aumento de preços do petróleo com a queda dos preços das *commodities* em geral – principal item de pauta de exportação dos PED latino-americanos [...]; b) surgimento de pressões inflacionárias, especialmente na América Latina, em face da necessidade de ajustes (desvalorizações) cambiais, visando preservar os saldos comerciais em meio a um mercado externo em retração; c) aumento do déficit público, à medida que a desaceleração econômica e a inflação reduziam a receita real do governo, ao mesmo tempo em que este tentava sustentar o crescimento, mantendo os programas de investimento e de crédito público.

> Nos PED latino-americanos, as dificuldades desse período foram ainda reforçadas pelo elevado endividamento externo dos setores privado e público, contratado ao longo dos anos 1960-70, em sua maioria a taxa de juros flutuantes. Diante disso, a retração do comércio internacional, o segundo choque do petróleo e o aumento dos juros internacionais em fins dos anos 1970, desencadeou a conhecida crise da dívida externa latino-americana, a partir de 1982, interrompendo o fluxo capitais voluntários para a região durante toda a década.

As finanças públicas brasileiras no regime de alta inflação durante os anos de 1981 a 1994, tal como noticiam Giambiagi e Além (2000), passaram por profundas reformulações em relação à década de 1970, o que, contudo, não resultou em um quadro minimamente estabilizado.

Para Giambiagi e Além (2000, p. 105),

> A década de 1980 é conhecida no Brasil como a "década perdida", em função da drástica redução das taxas de crescimento do PIB, no contexto de uma inflação que, na segunda metade da década, estava claramente assumindo ares de um processo hiperinflacionário, apenas truncado pela adoção de sucessivos planos de estabilização. O elevado déficit das contas públicas esteve, na época, no centro do debate acerca das causas da alta inflação. Entretanto, algumas das raízes da crise dos anos 1980 foram plantadas nos anos anteriores, ainda que os problemas fossem menos evidentes. Em parte, isso se devia a que, de fato, o panorama dos anos 1970 era mais favorável do que o que caracterizou o Brasil anos depois. Entretanto, em parte, a relativa tranqüilidade dos anos 1970 – em termos de situação fiscal – se devia também ao fato de que inexistiam os mecanismos de aferição do desequilíbrio das contas públicas que estão disponíveis atualmente.

Antes da crise de financiamento por que o Estado passou no início da década de 1980 – especialmente quando eclodiu a crise da dívida externa em 1982 e quando o Brasil teve de solicitar ajuda financeira ao Fundo Monetário Internacional (FMI) –, o quadro era de relativa incapacidade analítica sobre a necessidade de financiamento do setor público.

Giambiagi e Além (2000, p. 125) informam que tal incapacidade poderia ser percebida primeiramente pela existência de "um déficit público que se sabia extremamente elevado", mas para o qual não havia baliza de controle, porque havia "uma grande incerteza acerca do valor exato desse déficit, devido às dificuldades de mensuração e à ausência de estatísticas fiscais compatíveis com as boas práticas internacionais". A falta de mensuração do déficit era agravada pelo estágio do "debate local no qual sequer a própria necessidade de combater o déficit era ainda consensual, devido ao peso elevado que as idéias keynesianas

tradicionais tinham na formação da opinião econômica do país, na época". A tudo isso se somava, enfim, "a ausência de instrumentos efetivos de controle do gasto público, que permitissem ter uma pronta resposta às iniciativas da política econômica" (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 125).

Como em um processo com concatenação de atos e efeitos ao longo do tempo, as finanças públicas brasileiras caminharam erraticamente na condução da política fiscal e da política monetária, porquanto tenham gerado, respectivamente, gastos voltados para uma industrialização acelerada do país e um quadro progressivo de descontrole inflacionário (a título, até mesmo, de financiamento indireto do Estado).

Mesmo diante da ausência de uma "atitude deliberada do Estado com vistas a ocupar o espaço do setor privado" (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 86), houve uma intensa alocação de recursos públicos no sentido de complementar os setores frágeis ou incipientes da economia brasileira.

Além de limitadamente inclusivo do ponto de vista distributivo (garantia de direitos sociais), o modelo de desenvolvimento adotado durante as décadas de 1950 a 1970 foi largamente financiado com endividamento público, sem que a isso correspondesse um maior controle das demais pautas da agenda orçamentária do Estado brasileiro.

A propósito, vale lembrar que, no período considerado, havia uma multiplicidade orçamentária que gerava falta de transparência sobre a geração dos gastos públicos e sobre o endividamento. Havia o Orçamento Geral da União (OGU), o orçamento das empresas estatais, o orçamento monetário e a conta da dívida pública. Desses, segundo Giambiagi e Além (2000, p. 115), "o único efetivamente debatido e aprovado pelo Congresso" era o Orçamento Geral da União, o qual, na década de 1970, perdeu importância em face do crescimento de "gastos correspondentes ao orçamento monetário, à conta da dívida e, principalmente, ao orçamento das empresas estatais".

Como as empresas estatais tinham relativa liberdade em relação à alocação de seus recursos, elas puderam chegar até 1979 sem um orçamento consolidado. Com a criação em 1979 da Secretaria de Controle das Empresas Estatais (SEST), "fez-se o cadastramento e o primeiro orçamento das empresas estatais para 1980, onde aparecem os dispêndios (correntes e de investimento) e as fontes de recursos para financiamentos dos gastos, inclusive recursos externos." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 115)

> O orçamento monetário, por seu turno, tinha o objetivo de "fixar limites exógenos à expansão da base monetária", na medida em que se referia aos dispêndios e recursos de responsabilidade das autoridades monetárias (Banco Central - BC e Banco do Brasil - BB). Segundo Giambiagi e Além (2000, p. 115-116),

> Neste orçamento eram registrados os gastos com subsídios, alguns fundos e programas administrados pelo BC; linhas de crédito subsidiado a alguns setores considerados prioritários e as contas cambiais. As aplicações de recursos previstos no orçamento monetário eram financiadas através de duas fontes básicas: aquelas incluídas no chamado passivo não-monetário, isto é, que não acarretavam emissão de moeda; e as do passivo monetário, que implicavam aumento da base monetária. Eram fontes tipicamente não monetárias os depósitos em moeda estrangeira; os recursos dos fundos administrados pelo BC; o superávit do Tesouro Nacional e a colocação de títulos do governo. Os recursos desse tipo eram, entretanto, limitados. Grande parte do financiamento das aplicações era feito através de emissão de moeda e conseqüentemente de expansão da base monetária.

Ainda havia a conta da dívida, tornada peça autônoma de finanças públicas no Brasil no início da década de 1970, para cuidar das "operações de emissão de títulos do governo e [das] despesas com resgates, pagamentos de correção monetária, juros e comissões". Para Giambiagi e Além (2000, p. 116), ao retirar do orçamento federal tais operações financeiras (voltadas para o "giro da dívida interna"), "admitiu-se explicitamente a cobertura do 'serviço da dívida' – juros e amortizações –, sempre através de novas emissões de títulos."

O cenário era de ausência de instrumentos unificados de contabilização de todas as despesas públicas, o que, no apanhado das contas públicas, gerava confusão e incapacidade de análise. Giambiagi e Além (2000, p. 116) lecionam que "as principais instituições de finanças públicas eram o BC, o BB e o Tesouro Nacional, distribuídos entre o Ministério da Fazenda e a Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Inexistia, assim, um órgão responsável pela execução do orçamento da União, havendo apenas o registro para efeitos de acompanhamento feito pelo BB" .

Além da falta de controle centralizado sobre a execução orçamentária, havia também uma relação promíscua entre o Tesouro Nacional e as autoridades monetárias (BB e BC), de modo que

> Este [o Banco do Brasil] realizava operações de interesse do Tesouro Nacional – crédito subsidiado a setores prioritários, aquisição de produtos agrícolas etc – e do BC – depósitos voluntários das instituições financeiras e administração do meio circulante. Para realizar essas operações, o BB tinha acesso automático aos recursos do BC – o que incluía a expansão da base monetária – através de mecanismos de nivelamento diário da conta movimento. O BC, por sua vez, realizava operações de fomento e gerenciava a dívida pública, cujos montantes emitidos independiam de autorização prévia de qualquer natureza. (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 116)

Os autores em questão ponderam que, efetivamente, "existia uma fusão financeira das três instituições – BC, BB e Tesouro Nacional – que funcionavam na prática como um único caixa". Não havia planejamento, tampouco vinculação entre planejado e orçado, razão pela qual Giambiagi e Além (2000, p. 117) questionam que "ao longo dos anos 1970, houve uma dificuldade crescente para o controle da política monetária do país." Tal dificuldade refletia-se nos fatos de que "as autoridades monetárias não tinham a prática de programar e cumprir o volume e composição do seu déficit de caixa, em função das obrigações fiscais e cambiais a elas atribuídas" e de que "houve uma certa perda de controle da política monetária e da evolução da dívida pública." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 117)

Se se lembrar que a aprovação de cada um dos orçamentos (Geral da União, das empresas estatais, monetário e a conta da dívida) era submetida a autoridades diferentes, em épocas distintas ao longo do exercício financeiro e era fundada em "planilhas de parâmetros prospectivos não uniformes", será possível entender como a política monetária e a política fiscal se superpunham. Para Gianbiagi e Além (2000, p. 116), sem a consolidação das contas fiscais, era praticamente impossível uma "visão global das finanças do setor público federal".

Parcela de responsabilidade sobre a falta de controle sobre as políticas fiscal e monetária (sinal de falta de transparência orçamentária) originou-se com disposição da Constituição de 1967 que permitiu que operações de emissão e resgate de títulos do Tesouro Nacional – relativas a empréstimos internos – pudessem ser feitas mesmo se não previstas na lei orçamentária anual. Em 08 de novembro de 1971, foi editada a Lei Complementar n.º 12 com intuito de regulamentar os procedimentos de administração da dívida pública interna, tendo, contudo, retirado "do Congresso Nacional o seu poder constitucional de legislar de fato em matéria financeira, [e] transferindo tal poder para a esfera do executivo." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 112)

O Orçamento Geral da União era aprovado sem a previsão das receitas e despesas decorrentes da dívida interna, pois essas, nos termos da LC n.º 12/1971, podiam ser realizadas a critério do Conselho Monetário Nacional. Para os autores sob comento, "essa lei concedeu autoridade e flexibilidade absolutas às autoridades monetárias na administração da dívida mobiliária interna, com a eliminação dos limites anteriormente existentes de expansão da dívida." (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p.113)

O Orçamento Monetário tornou-se instrumento paralelo de acomodação de uma política fiscal "relativamente relaxada", de tal forma que o Poder Executivo poderia gerar despesas sem submetê-las ao Poder Legislativo. Isso ocorrera porque, com a LC n.º 12/1971, "passou-se a permitir que a execução

da política fiscal se descolasse das restrições e limites estabelecidos pelo OGU" (GIAMBIAGI; ALÉM, 2000, p. 114).

Assim, durante a década de 1970, progressivamente foi-se perdendo o controle da política monetária e da dívida pública, por força da ausência de programação sobre o volume e a composição das necessidades de financiamento do setor público (doravante denominadas NFSP). Segundo Giambiagi e Além (2000, p. 117):

> Essa situação, na verdade, refletiu a falta de um acompanhamento rigoroso das contas públicas, decorrente da falta de transparência orçamentária, que resultava da livre operação de canais de financiamento em aberto nas autoridades monetárias – as questões da conta movimento e da Lei Complementar n. 12 – e da superposição de áreas de competência entre as instituições envolvidas no sistema de dispêndios e financiamento do governo federal.
>
> Sendo assim, era praticamente impossível um controle eficiente da política monetária e do endividamento público, sem se pensar em um reordenamento financeiro do governo federal e, conseqüentemente, em uma reforma bancária que resgatasse ao BC o poder de efetivo controle sobre a moeda e o crédito do sistema financeiro nacional.

Sob o pálio da Lei Complementar n.º 12/1971, o Conselho Monetário Nacional autorizava o Banco Central a emitir dívida pública mobiliária – às expensas do Tesouro Nacional – não apenas para fins de política monetária, como, "indiretamente, para financiar dispêndios públicos extra-orçamentários." Visto por outro foco, Giambiagi e Além (2000, p. 119) lecionam que "o significativo crescimento da dívida pública ao longo dos anos 1970 foi o resultado de déficits fiscais crescentes – não explicitados pelo OGU –; da esterilização das expansões monetárias decorrentes da formação de estoques de reservas internacionais e da absorção e intermediação pelo BC da dívida externa brasileira."

O modelo de "crescimento com endividamento" que lastreou a irresponsabilidade fiscal da década de 1970 do século passado saturou-se com a ruptura do fluxo de créditos externos baratos, após o segundo choque do petróleo em 1979. Não é sem razão, portanto, que a crise do início dos anos 1980 tenha trazido consigo a necessidade de maior controle nas contas públicas.

O acordo com o Fundo Monetário Internacional a partir de 1983 e a instabilidade econômica de toda a década, de pronto, impuseram aos gestores governamentais a tensão entre o controle da espiral inflacionária e o controle

das necessidades de financiamento do setor público (NFSP[159]). A restrição do fluxo de créditos externos, a aceleração da inflação e o endividamento oriundo do regime fiscal elastecido em face do agigantamento das demandas foram as variáveis postas para administração dos gestores da crise econômica vivenciada na década de 1980.

Em face da necessidade de superar a aludida crise, Giambiagi e Além (2000, p. 141-142) informam que, na segunda metade da década de 1980, a política fiscal avançou quanto a:

a) "incorporação gradual das contas do orçamento monetário ao orçamento geral da União", com o que se retomou a possibilidade de controle daquelas a partir das deliberações no âmbito do Poder Legislativo;
b) "extinção da conta-movimento do Banco do Brasil, em 1986";
c) "extinção das funções de fomento do Banco Central [como as de "comercialização do trigo", "política de preços mínimos" e "formação de estoques reguladores"], que produziam impactos fiscais e monetários semelhantes aos da citada conta-movimento";

[159]O conceito de NFSP disponível no site do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (<http://www.planejamento.gov.br/orcamento/conteudo/sistema_orcamentario/necessidades_financiamento.htm) Acesso em: 20 nov. 2005>) é o seguinte:
"O resultado fiscal do Governo, também conhecido como Necessidades de Financiamento do Setor Público – NFSP, avalia o desempenho fiscal da Administração Pública em um determinado período de tempo, geralmente dentro de um exercício financeiro, ou seja, de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Este instrumento apura o montante de recursos que o Setor Público não-financeiro necessita captar junto ao setor financeiro interno e/ou externo, além de suas receitas fiscais, para fazer face aos seus dispêndios.
As Necessidades de Financiamento são apuradas nos três níveis de Governo, quais sejam, Federal, Estadual e Municipal. Ademais, a partir da publicação da Lei Complementar nº 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, as Leis de Diretrizes Orçamentárias de cada Ente deverão indicar os resultados fiscais pretendidos para o exercício financeiro ao que a lei se referir e os dois seguintes.
Em nível Federal, as NFSP são apuradas separadamente pelos orçamentos fiscal e da seguridade social e pelo orçamento de investimentos. O resultado dos orçamentos fiscal e da seguridade social recebe o nome de "Necessidades de Financiamento do Governo Central", enquanto o resultado do orçamento de investimentos recebe o nome de "Necessidades de Financiamento das Empresas Estatais".
A Lei de Responsabilidade Fiscal exige que sejam apurados os seguintes resultados fiscais:
Resultado Primário: procura medir o comportamento fiscal do Governo no período, representando a diferença entre a arrecadação de impostos, taxas, contribuições e outras receitas inerentes à função arrecadadora do Estado, excluindo-se as receitas de aplicações financeiras, e as despesas orçamentárias do Governo no período, excluindo-se as despesas com amortização, juros e encargos da dívida, bem como as despesas com concessão de empréstimos. Em síntese, avalia se o Governo está ou não vivendo dentro de seus limites orçamentários, ou seja, contribuindo para a redução ou elevação da endividamento do setor público.
Resultado Nominal: para a apuração do resultado nominal, deve-se acrescentar ao resultado primário os valores pagos e recebidos de juros nominais junto ao sistema financeiro, o setor privado não-financeiro e o resto do mundo. Deste modo, este resultado indica, efetivamente, o montante de recursos que o setor público necessitou captar junto ao sistema financeiro, o setor privado e o resto do mundo para a realização de suas despesas orçamentárias.
Existem duas formas de apuração dos resultados supracitados. São os chamados critérios "abaixo da linha" e "acima da linha". O critério "abaixo da linha" leva em consideração apenas os itens de financiamento, apurando o desempenho fiscal do Governo por intermédio do cálculo de variação do endividamento líquido em determinado período. Já o "acima da linha", apura o desempenho fiscal do Governo mediante a apuração dos fluxos de receitas e despesas orçamentárias em determinado período."

d) "criação da STN [Secretaria do Tesouro Nacional], também em 1986, com a finalidade de unificar a contabilização de pagamentos e recebimentos do governo federal". Vale notar que, com tal medida, houve uma verdadeira centralização do caixa da União (também conhecida como sistemática de "caixa único");
e) "exigência de que, a partir do orçamento de 1988 – antes, portanto, da aprovação da nova Constituição –, todas as despesas públicas federais contassem com prévia autorização legislativa". Tal medida mitigou a competência discricionária dada ao Banco Central pela LC n.º 12/1971, o que se fez em respeito aos princípios da legalidade e da universalidade na gestão orçamentária;
f) "transferência da administração da dívida pública para o Ministério da Fazenda e a incorporação ao OGU das despesas com o pagamento de juros da dívida pública, com a submissão ao Congresso Nacional da aprovação dos limites de endividamento."

Por outro lado, não é demasiado lembrar que, a partir de 1986, diversos foram os planos de estabilização que visaram a equacionar os efeitos da hiperinflação, especialmente por meio de âncoras cambiais, congelamento de preços e corte dos gastos públicos. De acordo com Giambiagi e Além (2000, p. 135), seis foram os planos de estabilização durante o período de 1986 a 2005, quais sejam, Plano Cruzado (fevereiro de 1986), Plano Bresser (junho de 1987), Plano Verão (janeiro de 1989), Plano Collor I (março de 1990), Plano Collor II (janeiro de 1991) e Plano Real (junho de 1994).

Para Hermann (2004, p. 265), todos esses esforços de ajuste partiram do pressuposto de que o Estado não deveria intervir na economia, como vinha, até então, fazendo. O diagnóstico que informou todos os planos supracitados foi o de que o Estado deve ceder espaço ao próprio mercado, em movimento de retorno à idéia de Estado Mínimo. Segundo a autora sob análise,

> ganha força, ao longo dos anos 1980, a visão de que a recuperação da capacidade de crescimento dos PED [países em desenvolvimento] exigia a formulação de um novo "modelo". A interpretação que, então, tornou-se dominante nos meios acadêmicos e políticos, de filiação neoclássica, atribuiu as maiores dificuldades desses países (quando comparados aos industrializados, que retomaram o crescimento a partir de 1983) ao "excesso de Estado" na economia, como produtor e regulador – condição inerente às políticas de inspiração keynesiana e desenvolvimentista. Esse modelo teria gerado distorções nos preços relativos e na alocação de recursos, desestimulando o investimento privado doméstico e externo, especialmente nos setores de infra-estrutura, financeiro (ocupados, em grande parte, pelo Estado) e de bens *tradables* (restringidos por controles sobre a taxa de câmbio). Além disso, alegava-se que o intervencionismo dos

> anos 1970 nos PED exigia a absorção de grande parcela da renda privada pelo governo, seja sob a forma de impostos, de dívida pública ou mesmo de inflação, como meio de "financiar" sua ampla atuação na economia. Nessa visão, enfim, essas distorções associadas ao acúmulo dívida pública e externa, justificavam a substituição do modelo intervencionista pelo de "economia de mercado". (HERMANN, 2004, p. 265)

Dado o diagnóstico do "excesso de Estado", as estratégias de ajuste e de estabilização econômica na década de 1990 passaram, segundo Hermann (2004, p. 265), por uma combinação – identificada com o Consenso de Washington – de três esforços de reforma, a saber,

> a) liberalização comercial e financeira (desregulamentação bancária e ampliação do grau de abertura da economia a bens e capitais estrangeiros); b) redução do grau de intervenção do Estado na economia, através de medidas convencionais de ajuste fiscal (corte de gastos e/ou aumento de carga tributária) e de amplos programas de privatização (inclusive de bancos); c) programas de estabilização de preços com base em âncora cambial (fixação ou *crawling peg* da taxa de câmbio).

É fato que o ajuste empreendido no Brasil foi influenciado pela revisão – no cenário internacional – do modelo de intervenção estatal na economia sobre o que se estabeleceu o supracitado "Consenso". Em larga medida, foi o Fundo Monetário Internacional (FMI) que impôs a observância das estratégias supracitadas aos países (como o Brasil) que, na década de 1980, buscaram financiamento junto a essa instituição multilateral.

Problema que interessa a este estudo se instala quando se busca analisar os impactos de tais medidas – em especial, do Plano Real (que efetivamente adotou o modelo de âncora cambial para estabilizar os preços na economia brasileira) – sobre a dívida pública: disso passa a cuidar o tópico a seguir.

## 3.3 Plano real e endividamento público

A gestão macroeconômica brasileira que tem início em 1994, com a implantação do Plano Real, apresenta como um dos seus pontos críticos a crescente fragilização[160] das finanças públicas, expressa principalmente na

[160]Em análise de tabela elaborada por Carvalho (2005, p. 381), percebe-se que tal relação DLSP/PIB (espécie de indicador de solvência do setor público) saltou de 29,2% (vinte e nove inteiros e dois décimos por cento) em 1995 para 58,1% (cinqüenta e oito inteiros e um décimo por cento) em 2003.
Segundo noticia o Caderno Dinheiro (página B3) do jornal *Folha de S.Paulo*, de 24/12/2005, o Banco Central estima que tal relação DLSP/PIB fique na casa de 51,5% (cinqüenta e um inteiros e cinco décimos por cento) no ano de 2005. A matéria denominada de "Esforço fiscal não reduz dívida pública" esclarece

deterioração da relação entre a dívida líquida do setor público e o produto interno bruto (DLSP/PIB).

Seguindo o que Hermann (2004, p. 265) apontou ser diretriz do Consenso de Washington, o Plano Real adotou a paridade cambial como principal instrumento para buscar promover estabilização de preços. Nesse sentido, Greggianin (2005, p. 03) retoma que

> A mudança do regime cambial no início do Plano Real permitiu valorização histórica da moeda nacional em relação ao dólar, estabilizou preços e possibilitou, pela liberação das importações, uma relativa modernização da economia. Acumulou, no entanto, saldos negativos na balança comercial e de serviços. Para compensá-las o Banco Central manteve juros elevados em período prolongado como forma de atrair capitais externos, cujo efeito perverso foi o endividamento público que perdura até hoje. Os sintomas de fragilidade do modelo de estabilização de preços via âncora cambial e a necessidade de reformas estruturais já eram evidentes e manifestas a partir de 1997.

Em análise detida sobre o modelo de paridade cambial adotado de forma relativamente padronizada nos países em desenvolvimento, Hermann (2004, p. 266) alerta para a ocorrência de ciclo perverso no manejo de tal instrumento, na medida em que:

> a) a taxa de câmbio nominal fixa resulta em valorização real se houver alguma inflação – o que é inevitável, pelo menos nos dois primeiros meses de estabilização; b) a valorização compromete a competitividade das exportações e estimula as importações, gerando (ou ampliando) déficits comerciais; c) a tendência ao aumento de importações é ainda reforçada pela política de abertura comercial; d) os déficits comerciais aumentam a dependência do país em relação a capitais externos, ampliando seu grau de endividamento, enquanto o país for visto como um "bom (baixo) risco" pelos investidores internacionais – exatamente o que ocorreu nos PED nos anos 1990; e) o endividamento externo, porém, cria novas obrigações em moeda estrangeira, sob a forma de juros e lucros remetidos ao exterior, gerando (ou ampliando) déficits na conta de transações correntes (CT) da balança de pagamentos (BP); f) por fim, esse conjunto de efeitos eleva a vulnerabilidade externa do país se a situação persiste por longo período – como foi o caso na maioria dos PED que adotaram o 'modelo dos anos 1990'.

que: "Mesmo com esforço fiscal recorde em 2005 [a saber, superávit primário de R$ 98,6 bilhões, ou cerca, de 5,58% do PIB], o governo não deverá conseguir reduzir o endividamento público como queria a equipe econômica no início do ano [de 2005]. Pelos cálculos do Banco Central, a dívida líquida do setor público deverá encerrar o ano num montante equivalente a 51,5% do PIB. Se confirmado, esse valor será praticamente o mesmo do registrado em 2004: 51,7% do PIB."

A dependência de fluxos de capital em moeda estrangeira fez com que, de 1994 a 1999, a taxa básica de juros (SELIC) fosse utilizada como mecanismo de prevenção contra a tendência de explosão do consumo e de equilíbrio da conta de capitais, já que a balança comercial foi sendo depreciada com o avanço das importações. De 1999 em diante, a taxa de juros foi utilizada como variável de controle do regime de metas de inflação.

No período de 1995 a 2004, conforme se depreende do quadro abaixo, os juros nominais pagos (ou incorporados à dívida consolidada) pelos três níveis da federação saltaram do patamar anual de cerca de quarenta e nove bilhões de reais para aproximadamente cento e trinta bilhões de reais ao ano.[161]

TABELA 2
Juros Nominais – Setor Público Consolidado – 1995-2004
*(R$ milhões)*

| Ano | Governo Federal e Babem | Governos Estaduais e Municipais | Empresas Estatais | Setor Público Consolidado |
|---|---|---|---|---|
| 1995 | 18.727 | 21.915 | 8.107 | 48.750 |
| 1996 | 22.853 | 16.840 | 5.308 | 45.001 |
| 1997 | 20.537 | 19.941 | 4.443 | 44.922 |
| 1998 | 54.402 | 16.685 | 1.508 | 72.596 |
| 1999 | 88.881 | 32.693 | 5.669 | 127.244 |
| 2000 | 54.926 | 28.947 | 3.568 | 87.442 |
| 2001 | 47.253 | 34.728 | 4.463 | 86.443 |
| 2002 | 41.948 | 62.126 | 9.929 | 114.004 |
| 2003 | 100.896 | 40.824 | 3.484 | 145.205 |
| 2004 | 79.419 | 51.464 | -2,626 | 128,256 |

Fonte: GREGGIANIN, 2005, p. 04.

A respeito de tal definição deveras onerosa da taxa de juros, Hermann (2004, p. 270) leciona que:

[161]O jornal *Folha de S.Paulo* noticiou, no seu caderno "Dinheiro" de 24/12/2005 (p. B3), que o montante total de gastos com os juros incidentes sobre a dívida pública brasileira chegaria a cerca de R$ 146,5 bilhões no exercício de 2005. Segundo a jornalista Sheila D'Amorim – responsável pela matéria, cuja manchete paradoxalmente é "Superávit primário recua para 5,58% do PIB"– "apesar de toda economia gerada ao longo de 2005 [superávit primário da ordem de R$98,6 bilhões], os recursos não foram suficientes para cobrir a carga de juros que chegou a R$ 146,5 bilhões (8,28% do PIB) e foi impulsionada pelas elevadas taxas de juros praticadas no país. Com isso, o resultado nominal do setor público foi deficitário em R$ 47,9 bilhões, 2,71% do PIB. Esse valor ainda deverá subir neste ano [em 2005]. A expectativa do BC é encerrar 2005 com um déficit nominal de 3,6% do PIB."

> no Brasil, o modelo de âncora cambial foi, desde o início, acompanhado de uma política monetária fortemente restritiva – a taxa SELIC foi mantida na média 22% ao ano *reais* (deflacionada pelo IPCA) entre 1995-98 [...]. Essa política visava, de um lado, evitar o erro cometido no Plano Cruzado (1986), que permitiu uma explosão de consumo nos primeiros meses da estabilização, sentenciando seu fracasso. De outro, visava compensar, com superávits na conta de capital (CK), os elevados déficits na CT [conta de transações da balança comercial], que surgiram poucos meses depois de iniciado o Plano – fruto da já esperada valorização real do câmbio e da retomada dos pagamentos da dívida externa.

Assim, as taxas de juros no Brasil foram – em média – altas durante o período de 1994 a 2005 porque o país passou a depender sensivelmente do mercado financeiro internacional. Não é sem razão que as Crises do México (1995), Asiática (1997), Russa (1998) e Argentina (2002) afetaram a própria continuidade das diretrizes inicialmente adotadas pela União no seio do Plano Real. As sucessivas crises externas e internas que acometeram o país a partir de 1995 fizeram com que fossem aumentados os prêmios de risco para aquisição dos papéis brasileiros e, conseqüentemente, subisse o percentual de títulos atrelados a indexadores pós-fixados, preferencialmente a taxa de câmbio e a taxa de juros SELIC.

Carvalho (2005, p. 385) explica que

> Em momentos de instabilidade e reversão de expectativas, o governo é fortemente pressionado a recomprar papéis e a substituí-los por títulos com juros mais elevados ou corrigidos pelas taxas de juros de curtíssimo prazo ou pela taxa de câmbio. Nessas situações de tensão, o BCB atua na prática como único oferente de *hedge* contra as incertezas do futuro e trata de acomodar a oferta de títulos às expectativas dos bancos e empresas de maior peso no mercado.

Certo é que a administração da dívida pública mobiliária federal interna (DPMFi), durante o período compreendido entre 1994 e 2005, esteve basicamente condicionada à política monetária de curto prazo. Ao longo desse período, a instabilidade dos fluxos de capitais estrangeiros impôs, pelo menos, quatro padrões distintos de comportamento da dívida pública mobiliária interna, a saber:

1 – De janeiro a julho de 1995 e já sob o regime de âncora cambial, o governo foi forçado a manter elevada a taxa SELIC por força da crise do México, para que se evitasse o comprometimento do programa de estabilização por depreciações abruptas do câmbio;

2 – De agosto de 1995 a setembro de 1997, foi possível haver decréscimo da taxa SELIC em decorrência da farta liquidez existente nos mercados internacionais, com redução dos prazos e custos médios da dívida;

3 – Não obstante os avanços relativos do período anterior, tem-se que, de outubro de 1997 a dezembro de 1998, aumentou a participação no total da dívida dos títulos pós-fixados e/ou de curto prazo. Tal alteração negativa no perfil da dívida pública brasileira decorreu das Crises Asiática e Russa que levaram o mercado a assumir posições mais conservadoras, em face da instabilidade internacional.

Acerca da mudança brusca de comportamento do perfil da dívida pública brasileira e dos investidores com as Crises Asiática e Russa, Hermann (2004, p. 270) pertinentemente elucida que

> A partir de meados de 1997, a crise cambial asiática trouxe à tona, também no Brasil a grande limitação do modelo-1990: o fato de que a verdadeira âncora do crescimento com estabilidade de preços e equilíbrio externo não era o câmbio administrado, mas sim o otimismo dos investidores globais em relação às (elevadas) taxas de retorno (em dólares) esperadas das economias emergentes. As perdas com a crise asiática mudaram abruptamente este cenário, forçando os demais PED [países em desenvolvimento] que adotaram o modelo-1990 a aumentarem suas taxas internas de juros, penalizando o crescimento, para preservar o saldo da BP [balança de pagamentos], taxa de câmbio e a estabilidade de preços. Contudo, como a origem das dificuldades cambiais desses países, e do Brasil, em particular, não era o crescimento, mas sim sua alta exposição aos reveses do mercado internacional – fruto da liberalização financeira – o sacrifício do crescimento não foi capaz de restaurar o equilíbrio externo e, com ele, a confiança na estabilidade.

4 – De janeiro de 1999 a dezembro de 2002, o agravamento do quadro de instabilidade macroeconômica exige do governo a liberação do controle cambial e sua substituição pelo regime de metas inflacionárias, além da execução de um forte ajuste fiscal.

Esse novo modelo adotado a partir de 1999 tratou de conjugar, de um lado, o atingimento de metas de inflação por meio do manejo da taxa de juros e, de outro, a obtenção de metas de superávit primário capazes de garantir a sustentabilidade da dívida líquida do setor público.

Assim, o regime de metas de inflação, segundo leciona Hermann (2004, p. 272), significaria, em suma, que "a política monetária é orientada por uma única variável-objetivo – a meta de inflação – e por uma única variável-intermediária – a taxa básica de juros.". Hermann (2004, p. 272-273) segue explicando que "esse modelo busca a estabilidade de preços através do controle da demanda

agregada e, principalmente, da influência que a autoridade monetária espera exercer sobre as expectativas de mercado em relação à taxa de câmbio e à própria taxa de inflação."

Como só tem por foco o atingimento da meta de inflação, podendo – para tanto manejar independentemente de limites fiscais (já que não há previsão legal para a dívida consolidada e mobiliária da União) – o Banco Central do Brasil, por meio do seu Comitê de Política Monetária – COPOM, não precisa apresentar motivos ou prestar contas de porque a decisão de majorar a taxa de juros SELIC implicitamente pode acarretar retração do PIB de 1,2%, como ocorreu no 3º trimestre de 2005.[162] Sobre tal "despreocupação" do Banco Central quanto à análise das demais variáveis macroeconômicas, Hermann (2004, p. 273) explica que

> o fato de o BACEN não estar formalmente comprometido com uma meta de crescimento econômico é visto, no modelo, como um importante aliado para a construção de sua credibilidade antiinflacionária, já que, desta forma, livra-se a política monetária do *trade-off* crescimento-inflação pela simples exclusão do crescimento como objetivo do BACEN.

Ocorre que, para que pudesse haver o manejo da taxa de juros, sem que houvesse afetação do assim chamado "risco-país" (indicador que eminentemente responde pelo risco de insolvência da dívida líquida do setor público), o regime de metas de inflação – fixado no Decreto n.º 3.088/1999 – teve de vir acompanhado da formação de metas de superávit primário.

Hermann (2004, p. 273) considera o regime de metas de superávit primário como verdadeiro "coadjuvante da política monetária", na medida em que o Banco Central propugna que se, com a garantia de solvência da dívida líquida do setor público, houvesse redução do risco-país, haveria conseqüente redução da taxa de juros.

Assim, em 1998, com o Programa de Estabilização Fiscal – PEF, iniciou-se sistemática de formação de superávits primários no intuito de conter o avanço da relação entre a DLSP/PIB. Abalado pelas sucessivas crises externas, o governo é forçado a adotar linhas de contenção do déficit público, conforme acertado com o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Sobre a necessidade de o país recorrer ao FMI e os termos do acordo de financiamento celebrado, Giambiagi e Alem (2000, p. 188-189) esclarecem que

[162]Segundo relatório do Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística (IBGE) "O PIB a preços de mercado apresentou queda de 1,2% na comparação do terceiro trimestre contra o segundo trimestre de 2005, levando-se em consideração a série com ajuste sazonal. A Agropecuária e a Indústria registraram queda de 3,4% e 1,2%, respectivamente. O setor de Serviços manteve-se estável (taxa de 0,0%)." (IBGE, 2005, p. 06).

> O objetivo do novo acordo, aprovado pelo *board* do FMI em março [de 1999], era, após o salto inicial,[163] diminuir a dívida pública, até o final do programa fiscal – 2001 –, em pelo menos 7 pontos do PIB em relação ao nível em que ela se encontrava na época, após a desvalorização [do real frente ao dólar]. Assim, a dívida seria maior do que a prevista no início do programa, justamente devido à mudança cambial, mas os maiores superávits futuros e a queda posterior das taxas de juros permitiriam, conforme o memorando de política econômica divulgado conjuntamente pelo governo brasileiro e pelo FMI em março de 1999, reduzir a proporção entre a dívida pública e o PIB.
>
> Um fato relevante a ser registrado é que, embora o ajuste primário fosse peça essencial do acordo de dezembro de 1998, nele a meta fiscal era representada pelas NFSP. Na terminologia do FMI, as chamadas 'metas indicativas' se referem a variáveis macroeconômicas importantes, cujo cumprimento, porém, não condiciona a liberação dos desembolsos futuros de um programa de apoio. Já os chamados 'critérios de desempenho' são o 'termômetro' que mede o cumprimento ou não do acordo por parte de um país. Este pode não cumprir com as metas indicativa, mas, caso não respeite os critérios de desempenho, arrisca-se a ter os desembolsos futuros suspensos – com tudo o que isso implica em termos de imagem – ou a pedir um *waiver* – uma espécie de 'perdão' ao *board* do FMI, o que deixa o país dependendo da boa vontade do mesmo na aceitação ou não desse pedido. No primeiro acordo – no qual o resultado primário era apenas uma meta indicativa –, como o critério de desempenho era dado pelas NFSP, um aumento das taxas de juros, forçosamente, teria que ser acompanhado de uma mudança compensatória do superávit primário – ou, alternativamente, sujeitar o Brasil a um pedido de *waiver* ou à suspensão dos empréstimos.
>
> No novo acordo, negociado em condições em que havia grande incerteza em relação à inflação futura – e portanto, também, em relação aos juros futuros –, o governo teve que se comprometer com um esforço fiscal primário maior do que o anunciado no final de 1998 [quando do lançamento do Programa de Estabilização Fiscal – PEF]. Em compensação convenceu o FMI a aceitar a troca do déficit nominal pelo superávit primário como critério de desempenho, enquanto que a variação da dívida – que gera as NFSP –, por sua vez, virou uma meta indicativa. Isso foi importante, porque evitou que a política fiscal ficasse sujeita a sobressaltos – já que antes, se o governo aumentasse os juros, teria que negociar novas medidas fiscais com o Congresso – e liberou, de certa forma, a política

[163] Os citados autores apontam que "no final de janeiro de 1999, já com os primeiros cálculos de que, devido ao *overshooting* cambial, a dívida líquida do setor público estaria em torno de 47 ou 48% do PIB – quase 10 pontos do PIB acima do nível de 30 dias antes –, o 'fantasma' de uma moratória da dívida interna ou de algo vagamente similar ao que ocorrera em 1990, ressurgiu em toda a sua plenitude. Foi nesse contexto que, nos últimos dias de janeiro, criou-se um verdadeiro pânico, em uma situação característica de uma psicose coletiva, com corrida aos bancos em todo o país, para se prevenir de um possível novo bloqueio das contas." (2000, p. 186).

> monetária, sem os *constraints* aos quais anteriormente ela ficava exposta, pela possibilidade de uma alta dos juros gerar o descumprimento dos termos do acordo.

Assim, embora o PEF (lançado no final de 1998) inicialmente tivesse fixado metas, visando notoriamente à estabilização da relação dívida líquida do setor público/PIB no nível de 46,5% e à realização de superávits primários de 2,6% do PIB em 1999, 2,8% do PIB em 2000 e 3% do PIB em 2001; o acordo com o FMI levou à majoração das mesmas e ao acirramento da contração fiscal.

De acordo com Giambiagi e Além (2000, p. 186), a crise cambial de 1999 levou o governo a nova rodada de negociações com o Fundo Monetário Internacional (FMI), o que traduziu-se em elevação da meta de superávit primário para 3,1% do PIB em 1999, 3,25% em 2000 e 3,55 em 2001. Se se observar os dados divulgados pelo Banco Central,[164] perceber-se-á que tais metas foram alcançadas com folga, na medida em que atingiu-se em 1999 superávit primário de 3,19%, em 2000 de 3,46%, em 2001 de 3,64% do PIB. Conforme se depreende do quadro abaixo, também no período compreendido entre 2002 a 2005 repete-se tal fenômeno de contração fiscal acima das metas fiscais acordadas com o FMI e – a partir do advento da LRF – inscritas na LDO tal como dispõe o art. 4º da LC n.º 101/2000.

TABELA 3
Superávit Primário do Setor Público Consolidado de 1999-2005:
Metas *Versus* Resultado Alcançado
*(R$ bilhões)*

| Ano | Meta para o ano | Superávit realizado no ano |
|---|---|---|
| 1999 | 30,2 | 31,1 |
| 2000 | 36,7 | 38,2 |
| 2001 | 40,2 | 43,7 |
| 2002 | 50,3 | 52,4 |
| 2003 | 65,0 | 66,2 |
| 2004 | 71,5 | 81,1 |
| 2005 | 82,8 | 98,6* |

Fonte: Dados do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (BC-DEPEC) citados por *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 4 dez. 2005. Caderno Dinheiro, p. B3.

Nota: * Valor acumulado de jan.- nov. 2005.

[164]Séries temporais disponíveis em: (http://www.bcb.gov.br).

Em se analisando a gestão orçamentária do governo desde a implementação do Programa de Estabilização Fiscal em 1998, tem-se que a maior parte do ajuste se deu pelo lado das receitas, já que a maior parte das despesas é relativamente inflexível, assim como o são, em especial, as despesas com o serviço da dívida, as quais não são passíveis de limitação no Orçamento federal, diante do atual quadro de gestão da política monetária.

Nesse sentido, Greggianin (2005, p. 03-05) retoma que

> Taxas de juros reais elevadas combinadas com déficits primários levaram o país a adotar severo ajuste fiscal a partir do Plano de Estabilidade Fiscal – PEF, cujas medidas, divulgadas no final de outubro de 1998, anunciaram a redução do endividamento, resultados fiscais crescentes, prorrogação do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), reforma tributária, controle de gastos com pessoal, reforma previdenciária, redução de gastos no custeio e investimentos (contingenciamento orçamentário) e limitações ao crédito (contingenciamento de crédito).
>
> O PEF interrompe o gradualismo no combate ao déficit público paralelamente ao temor da insolvência fiscal [segundo o autor, "o resultado primário do governo federal, sem o ajuste fiscal, atingiria em 1999 o valor negativo de R$ 11,6 bilhões"], propondo aumento da receita e redução da despesa primária para gerar resultados fiscais. O aumento do superávit primário, aliado às privatizações havidas nos anos anteriores, ainda que tenha contribuído para atenuar o crescimento da dívida líquida, apenas conseguiu estabilizá-la em 2004.
>
> Os esforços fiscais desde 1999, que almejavam estabilizar ou reduzir a relação dívida líquida/PIB, foram absorvidos especialmente pelos elevados juros reais determinados pela política macroeconômica. Vale salientar também a influência do câmbio na dívida indexada que explica as variações em 1999 e 2003.
>
> A taxa real de juros no Brasil sempre foi considerada anormal pelos padrões internacionais. Maiores resultados primários e menor risco deveriam teoricamente fazer com que o mercado financeiro aceitasse taxas menores do que aquelas hoje praticadas. Taxas elevadas concentram riqueza e renda nos detentores de capital financeiro, em prejuízo da economia real atingida pelo aumento da carga tributária. [...]
>
> A garantia de que a dívida líquida do setor público seja pagável depende não apenas de seu montante, mas também dos prazos de vencimento e de sua tendência frente à conjuntura econômica.
>
> A manutenção de taxas elevadas subtrai estabilidade do sistema porque realimenta o temor da insolvência que pressiona por juros ainda maiores.
>
> A política cambial foi identificada como a principal causa da elevação dos juros nos anos que se seguiram ao Plano Real. Hoje, com o regime de câmbio flutuante e de metas fiscais elevadas, os juros são utilizados como instrumento de obtenção de metas inflacionárias severas.

> A expectativa de aumento de preços é combatida com maiores taxas, absorvendo poupança privada, reduzindo meios de pagamento e consumo. Maiores taxas de juros, por outro lado, elevam o montante da dívida indexada. O controle da montante da dívida exige elevação do superávit primário que se dá com o aumento da receita e/ou com a redução de gastos governamentais.

A promessa inicial[165] da conjugação entre o regime de metas de inflação e o regime de metas de superávit primário era de que seriam obtidas melhorias no perfil da dívida líquida do setor público brasileiro – a partir da sua maior credibilidade – e assim também restaria garantida sua solvência, após o que seria possível falar-se em redução da taxa de juros.

Ocorre, contudo, que, a partir de 2001 e até os presentes dias, é mantida a composição básica da dívida pública brasileira, atrelada majoritariamente a títulos pós-fixados e de curto prazo. O problema desse perfil da dívida reside na própria instabilidade dos títulos conforme oscila a expectativa dos credores. Nesse sentido é que Hermann (2002, p. 64) propõe ser necessário substituir o atual modelo de administração da política fiscal e, especialmente, da dívida por outro

> modelo de gestão da dívida pública menos 'criativo', que evitasse a indexação, especialmente a variáveis tão sujeitas à instabilidade como as taxas de juros e câmbio, ainda que isto implicasse um grau de risco maior, ou mesmo eventuais perdas para os investidores em períodos de grande incerteza quanto aos juros e ao câmbio. Não há qualquer razão econômica ou política plausível que justifique o uso da dívida pública como instrumento privilegiado (porque sem risco) de *hedge* para as incertezas comuns ao mercado financeiro, como se tem feito no Brasil nos últimos anos.

[165] Tal promessa de aumentar o superávit primário para posteriormente (em tempo indefinido) ser reduzida a taxa básica de juros recentemente voltou à tona com a proposta de déficit nominal zero, tal como foi veiculada pelo Deputado Federal Delfim Neto (PP-SP).
Embora trate-se de tema que será especificamente abordado no Tópico 4.1.4 do Capítulo 4 deste estudo, vale citar Carvalho que, em texto disponível no endereço www.espacoacademico.com.br (edição de julho de 2005 da Revista Espaço Acadêmico) tece severa crítica: "A proposta de Delfim é eliminar este déficit nominal, por meio de corte de despesas corrente do governo. Propõe para isso que seja reduzida [adicionalmente em relação aos atuais 20% de desvinculação já previstos no art. 76 do ADCT] em 20% a destinação obrigatória de recursos para Educação e Saúde, prevista na Constituição, e que a exigência de equilíbrio no resultado nominal se torne uma regra constitucional. Feito isso, nenhum governo poderá repor a obrigatoriedade das verbas sociais sem nova emenda constitucional.
Em troca, oferecem o quê? A promessa de que os juros cairão 'naturalmente'. É isso mesmo: uma promessa, uma simples promessa! Nenhuma exigência de que os juros caiam, nenhum compromisso prévio, nenhum prazo. E se o BC não baixar os juros, porque o petróleo subiu ou caiu, porque houve seca ou inundações, por causa do efeito estufa ou da guerra no Iraque? Bem, neste caso, o povão terá que esperar um pouco até que haja condições favoráveis para que os juros caiam enfim, como todos querem. Enquanto isso os rentistas e os banqueiros continuarão recebendo pontualmente suas rendas usurárias, a remuneração de que precisam para manter a credibilidade do governo."

Para Carvalho (2005, p. 394), a política de estabilização monetária atualmente empreendida no Brasil passa pelos exercícios de "manter a geração de superávits primários expressivos por muitos anos e fazer de tudo para agradar os credores e conseguir 'credibilidade'. Trata-se de manter o país sob o garrote da política fiscal recessiva e dos juros elevados. [...] Trata-se de gerar superávits primários muito altos por muitos anos e apostar que neste anos não aconteça nada que provoque situações desfavoráveis." Tal esforço seria facilitado e até factível, segundo Carvalho (2005, p. 395), se houvesse "melhoramentos no perfil da dívida e na estrutura do mercado, como tem sido tentado nos últimos anos."

Mas, ainda segundo o autor sob comento (2005, p. 395), por maiores que sejam os esforços fiscais, os lentos avanços em relação à melhoria do perfil da dívida pública brasileira têm sido revertidos rapidamente. Exemplo disso pode ser extraído da análise entre antes e depois da Crise Russa, em 1998, vez que, segundo Carvalho,

> na crise cambial de 1998 caiu rapidamente a participação dos títulos com juros prefixados, reconhecidamente os mais adequados para a gestão da política monetária e do endividamento. Por terem juros definidos por prazos mais longos, os movimentos dos juros de curtíssimo prazo não afetam o valor destes títulos. Ocorre o contrário com os títulos indexados a estes juros, à taxa *Over*/Selic. Desde 1998, estes papéis representam cerca de 60% da dívida, apesar dos esforços do governo para reduzir este percentual. Os títulos com correção pelo câmbio traduzem a absorção do risco cambial pelo Tesouro. Sua participação subiu às vésperas dos momentos de maior percepção de risco cambial pelo mercado. Em 1998 e em 2001, este movimento trouxe grandes custos para o Tesouro quando o real de fato se desvalorizou. No momento inverso, de queda do preço do dólar a partir do final de 2002, a composição da dívida se inverteu rapidamente, em favor dos títulos indexados ao *Over*/Selic, ou seja, os detentores dos títulos deixaram de perder com o câmbio em queda e passaram a ganhar muito com os juros elevados. (2005, p. 395)

A administração da dívida pública brasileira, atuando numa economia extremamente sensível a choques externos, tem sua estratégia substancialmente limitada por inversões de expectativas dos agentes financeiros. Em grande medida, isto dificulta a promoção de alterações nos percentuais de participação dos diversos indexadores no montante da dívida, predominando, como forma de preservar o patrimônio e fluxos de renda dos investidores, os papéis cambiais e/ou atrelados a SELIC. Portanto, ainda que a estabilidade de preços da economia brasileira venha se mantendo em patamares historicamente baixos, a percepção dos investidores quanto à fragilidade das finanças públicas os

induz a comportamentos defensivos que se expressam na impossibilidade de substituição dos títulos de curto por outros de longo prazo por parte do governo.

Por outro lado, a decisão administrativa do Comitê de Política Monetária (COPOM), do Banco Central do Brasil, de fixação mensal da taxa de juros SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) vem sendo tomada como um espaço de exercício de discricionariedade – calcado em prerrogativas técnico-econômicas – sem propriamente se inserir no ciclo orçamentário de geração de despesa nova, com o cumprimento de todas as respectivas exigências instituídas na Lei Complementar n.º 101/2000 (também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal).

O caráter controvertido em assim se suceder reside exatamente no grande impacto orçamentário da fixação dos juros que remuneram parcela significativa da dívida pública, porquanto seja, em essência, uma despesa como qualquer outra do orçamento anual da União, muito embora sua geração esteja sendo, atualmente, acompanhada apenas do sentido de controle da política monetária nacional.

Hermann (2002) – em análise quanto aos motivos pelos quais a relação entre a dívida líquida do setor público e o produto interno bruto (DLSP/PIB) não foi reduzida como o Programa de Estabilização Fiscal havia determinado – questiona contundentemente a interpretação de que os superávits primários têm sido insuficientes (por mais que tais metas fiscais tenham sido superadas, ano a ano, desde 1999) para assegurar a estabilidade daquele indicador percentual e, assim, a sustentabilidade da dívida pública. Para Hermann (2002, p. 42-43, grifo nosso):

> A partir de fins de 1998, diante do agravamento do problema fiscal e da crise cambial que levou o país a um acordo de empréstimo com o FMI (Fundo Monetário Internacional), o governo Fernando Henrique Cardos deu início a um **programa de ajuste fiscal 'ortodoxo', em linha com o modelo recomendado pelo Fundo, cujas bases têm sido: a) o controle da relação dívida pública/PIB (doravante D/Y), como objetivo principal, a curto e médio prazo; b) a geração de superávits primários em níveis adequados (de acordo com hipóteses de evolução de Y e dos encargos financeiros de D), como objetivo intermediário, isto é, como meio de controle da relação D/Y**.
>
> A julgar pela evolução da relação D/Y no período 1999-2002, **essa estratégia de ajuste fiscal tem sido, claramente, mal sucedida até o momento. Embora o setor público consolidado tenha cumprido a sua parte, gerando superávits primários significativos e crescentes desde 1999, a relação D/Y elevou-se continuamente desde então**. [...]
>
> O que teria saído errado? A grande maioria dos analistas, mesmo

> reconhecendo a importância qualitativa e quantitativa do ajuste fiscal implementado até agora, tem alegado que os superávits não teriam sido suficientemente elevados para permitir o controle de D/Y no cenário macroeconômico instável do período (1999-2002), marcado pela transição do mercado cambial brasileiro para o regime de flexibilidade e por choques externos [...], que converteram a flexibilidade em volatilidade. Com base nessa interpretação, tem-se sugerido o aumento da meta de superávit primário para, no mínimo, 5% do PIB nos próximos anos.
>
> Como análise aritmética e *ex post*, este argumento é, obviamente, irrefutável: basta comparar os superávits primários obtidos com as despesas relativas a juros nominais sobre a dívida pública para constatar o fato [...]. Mas, **tal como um copo com líquido até a metade pode ser corretamente descrito como um copo 'meio cheio' ou 'meio vazio', a comparação numérica entre os superávits e os juros nominais comporta também, do ponto de vista lógico e aritmético, uma interpretação oposta à atualmente dominante: não seriam os superávits que teriam se mostrado 'pequenos' frente aos juros nominais, mas estes que se mostraram 'muito grandes' frente aos superávits obtidos.** Vale lembrar, quanto a este aspecto, que as metas iniciais de superávit primário estabelecidas pelo governo, no âmbito do acordo com o FMI – 2,6% do PIB em 1999 e 2,8% em 2000-01 – foram, por diversas vezes, revistas para maior (sendo de 3,88% do PIB a meta para 2002) e, ainda assim, foram sempre cumpridas com folga. Diante disso, **o argumento da insuficiência mostra-se parcial e equivocado, não enxergando que a suficiência (ou não) de alguma coisa é sempre uma grandeza relativa e que, no caso em questão, a variável 'rebelde' tem sido o montante das despesas financeiras do governo, que insiste em 'fugir' às previsões e aos cálculos que orientam a fixação de metas para o superávit primário, bem como suas revisões periódicas**.

O impasse denunciado por Hermann (2002) evidencia o quão complexo e enviesado é o debate sobre os custos da política monetária, especialmente, sobre os juros que remuneram a dívida pública. De nada adianta acirrar o ajuste fiscal – por meio da majoração dos superávits primários – sem que haja "a coordenação entre a política monetária e a fiscal", o que, ainda nas palavras de Hermann (2002, p. 57-58), "é condição necessária à boa administração da dívida pública", até porque, "na presença de juros ascendentes", "o esforço fiscal [...] [na geração de superávits primários] pode tornar-se inócuo".[166]

[166]Hermann (2002, p. 61) aprofunda a questão suscitando que "Esses dados [de aumentos crescentes dos superávits primários e, apesar disso, de avanço da relação dívida/ PIB], aliados às visíveis dificuldades de financiamento enfrentadas pelo governo ao longo de todo o ano de 2002, atestam, sem ambigüidades, o fracasso da estratégia de ajuste fiscal 'convencional' adotada a partir de 1998 no Brasil. As razões para este fracasso [...] não podem ser debitadas à gestão da política fiscal, mas sim à falta de coordenação entre o esforço de ajuste fiscal, de um lado, e à política monetária e à administração da dívida pública, de outro.

Diante de uma política prolongada de juros altos, ditada pelas pressões externas sobre a taxa de câmbio,

Ao problema de ser deficitária a equação resultante da diferença entre superávits primários e juros nominais, Hermann (2002, p. 61) apresenta a tese de que, "em suma, a dívida cresceu em função dos elevados custos de rolagem da própria dívida, e não de desequilíbrios fiscais." Nessa mesma linha de raciocínio, Carneiro (2002, p.388) não só reitera, como aprofunda a conclusão defendida por Hermann, pois, o avanço da dívida pública[167] "**teve origem puramente financeira, ou seja, resultou diretamente da manutenção da taxa de juros elevada** que foi uma peça essencial da abertura e da estabilização [econômicas]." (CARNEIRO, 2002, p. 388, grifo nosso).

No que se refere aos impactos da política monetária na política fiscal (da qual o orçamento público é peça-chave), Juruá (2004) chega a dizer que se encontra em curso verdadeiro processo de "financeirização do orçamento" por força do avanço da dívida pública e de seus encargos, na medida em que

> O fenômeno da financeirização ocorre quando os gastos reais do Governo, os gastos que refletem e produção de bens e serviços destinados ao consumo social, correspondem a uma parcela menor do orçamento público. Este fenômeno ocorreu em 2003 e 2004 e deve permanecer em 2005, pois **as despesas com funções de Governo e com a Previdência Social estão orçadas em R$ 165 e R$ 180 bilhões respectivamente, absorvendo pouco mais de 20% do orçamento total** (fixado em R$ 1.580 bilhões).
>
> A amortização e os juros da dívida pública estão orçados em R$ 1.114 bilhões, 70% do orçamento total. Mas este montante poderá ser maior se a taxa de juros SELIC média, no exercício de 2005, ficar acima da taxa projetada de 13,5%. Se o Banco Central mantiver a trajetória de aumento da taxa de juros, como tem anunciado, e se a taxa de câmbio ficar acima da taxa projetada (dólar a R$3,16), **os encargos financeiros sobre a dívida do Governo poderão aumentar para além do patamar, já absurdo, de 70% do orçamento tota**l.
>
> A financeirização do orçamento público pode ainda ser visualizada pela ótica da receita. Como a receita deve ser igual à despesa orçamentária, por exigência legal, os gastos não cobertos por receitas primárias (impostos e contribuições, basicamente) ficam por conta de mecanismos financeiros, de rolagem da dívida e de emissão de novos títulos de endividamento. Para 2005, **as receitas primárias estão estimadas em R$ 457 bilhões, isto é, cobrem apenas 29% do gasto orçamentário!**

---

o esforço de geração de superávits primários crescentes tornou-se inócuo como instrumento de controle da relação [...] [dívida/PIB], que até elevou-se no período [...]. Mais do que isso, o problema foi agravado pela ineficácia dessa política no sentido de reduzir a taxa de risco atribuída aos ativos brasileiros, em geral, e à dívida pública, em particular. É sabido que uma política *prolongada* de juros altos tende, a partir de certo tempo, a atuar de forma perversa, *aumentando o risco* percebido pelos investidores (PEREIRA; NAKANO, 2002), devido à possibilidade de inadimplência dos novos devedores e às dificuldades de refinanciamento por parte dos antigos. Nesse contexto, eleva-se a preferência dos agentes por liquidez, mantendo a pressão sobre a taxa de juros."

[167] Carneiro (2002, p. 388) observa tal indicador na forma do fluxo de déficit em transações correntes (DTC).

> Também pela ótica do superávit podemos vislumbrar o avanço da financeirização no orçamento governamental. O resultado primário da União para 2005 está estimado em R$ 58 bilhões, equivalentes a 12,7% das receitas primárias. Apesar desse elevado percentual, que exprime o sacrifício da sociedade em benefício de agentes do setor financeiro, **o resultado primário anunciado vai cobrir pouco mais de 50% dos juros devidos** (R$ 111 bilhões). Em outras palavras, como não haverá dinheiro para pagar a totalidade dos juros, a dívida pública deverá continuar a expandir-se, em 2005! Até onde? (JURUÁ, 2004, p. 01-02, grifo do autor)

De todo modo, certo é que se a fixação dos juros que remuneram a dívida pública não fosse exclusivamente tratada como uma decisão administrativa de gestão da política macroeconômica do Governo e se ela fosse também inserida no procedimento de geração de despesa – seja propriamente nova ou seja um acréscimo de despesa anteriormente prevista –, haveria de ser tal geração precedida de estimativa de impacto financeiro-orçamentário no exercício em que deveria entrar em vigor e nos dois subseqüentes e de declaração pelo ordenador de despesa no sentido de aferir a sua adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual (LOA) e a sua compatibilidade com o plano plurianual (PPA) e com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO). É esta a regra instituída em nível abrangente pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu artigo 16, que busca simultaneamente garantir equilíbrio nas contas públicas e restringir a expansão desordenada da dívida líquida do setor público.

Em sede de uma primária análise técnico-orçamentária, cabe lembrar que as despesas com o serviço da dívida, e aí inseridos os gastos com os juros, devem ser previstos na lei orçamentária anual e sua suplementação é uma possibilidade arrolada regularmente pela Lei n.º 4.320/1964. Obviamente, como qualquer despesa, o processo de previsão da respectiva dotação orçamentária e de abertura de créditos adicionais a ela atinentes é um processo discursivo e encontra balizas claras, as quais, mais recentemente, foram tornadas mais agudas e consistentes pela LC n.º 101/2000.

Toda a presente cobrança por maior submissão às regras procedimentais de aferição do caráter responsável de uma despesa nova (criada ou acrescida) se dá sem se desconsiderar a natureza primordialmente autorizativa das peças orçamentárias anuais, segundo a qual o Executivo obtém junto ao Legislativo autorização legal para arrecadar o montante de receitas ali estimado, tendo em vista a finalidade de fazer frente às despesas arroladas em caráter integral e universal na própria lei orçamentária (LOA).

Trata-se, desse modo, de retomar os controles já existentes e efetivá-los na seara da fixação de juros para condensar – em um cenário mais discursivo (como, de fato, ocorre com a própria necessidade de dizer da adequação ao

PPA e à LDO) – uma realidade orçamentária a mais transparente e democrática. Mesmo em se configurando como uma constatação muito simples e óbvia, não se pode olvidar que o quanto se gasta com juros e com o serviço da dívida pública, em geral, é montante de recursos que deixa de ser aplicado em outras áreas e políticas públicas. Precisamente por ser o orçamento um rol de prioridades governamentais é que ele deve obedecer a um ciclo de abertura à participação direta ou indireta de todos os interessados na sua formação, execução e controle.

Vale ponderar aqui que a análise promovida a respeito da fixação dos juros não se voltou para o panorama macroestrutural de estabilização econômica do Brasil empreendido desde o início da década de 1990, mas tão somente para a repercussão jurídico-orçamentária de tal fixação no conjunto de despesas anuais da União. Ademais disso, até aqui cuidou-se de apresentar a própria repercussão das decisões sobre os juros (tomadas pelo COPOM) no crescimento do estoque da dívida pública. Tal se dá quando os superávits primários – obtidos até mesmo por força da vigência da desvinculação de receitas da União (D.R.U) – não conseguem abater a conta com o serviço da dívida e aí o balanço orçamentário anual é fechado com déficit nominal, o que, na prática, acarreta o crescimento real daquela.

Nesse sentido, esclarecedor é o quadro apresentado por Greggianin (2005, p. 04), pois apresenta o quão volumosos têm sido os superávits primários desde 1999. Não obstante a expansão notória dos superávits, esses recursos poupados pelo setor público foram insuficientes para cobrir os juros e encargos da dívida pública, razão pela qual, durante o período selecionado pelo autor – de 1998 a 2004 –, houve expansão da dívida pública por força da ocorrência de déficits nominais também vultuosos.

TABELA 4
Resultado Nominal e Primário, Juros Nominais e Dívida Líquida do Setor Público Consolidado – 1998-2004
*(% do PIB)*

| **Ano** | **1998** | **1999** | **2000** | **2001** | **2002** | **2003** | **2004** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Resultado Primário/ esforço fiscal (a) | -0,01 | -3,19 | -3,46 | -3,64 | -3,89 | -4,25 | -4,58 |
| Juros Nominais (b) | 7,47 | 8,97 | 7,08 | 7,21 | 8,47 | 9,33 | 7,29 |
| Resultado Nominal (a-b) | 7,46 | 5,78 | 3,61 | 3,57 | 4,58 | 5,08 | 2,68 |
| Dívida Líquida do Setor Público | 41,7 | 48,6 | 48,8 | 52,6 | 55,5 | 57,2 | 51,2 |

Fonte: GREGGIANIN, 2005, p. 04.

Sendo certo que houve severos impactos da política monetária na política fiscal da União no período pós-1994, importa – para este estudo – saber como as estratégias de ajuste econômico (notadamente, paridade cambial e regime de metas de inflação) desenvolvidas no curso do Plano Real promoveram rearranjos orçamentário-financeiros (como, por exemplo, a DRU, o aumento da carga tributária e a limitação de despesas) para evitar o avanço da dívida líquida do setor público.

Diante da análise das medidas fiscais que buscaram a estabilização da relação DLSP/PIB e que, implicitamente, promoveram a absorção dos custos da política monetária, espera-se apontar dentro de quais limites normativos elas poderiam ser revisitadas e eventualmente questionadas. Este é o tema de que se passa a tratar no próximo capítulo.

# Capítulo 4
# Absorção da política monetária no ciclo orçamentário da União

O foco deste capítulo é a análise de algumas variáveis[168] que se apresentaram – no curso do período de 1994 a 2005 – como medidas fiscais de estabilização monetária que, além de limitarem o avanço da relação entre a dívida líquida do setor público e o produto interno bruto (DLSP/PIB), garantiram o pagamento dos custos da ação do Banco Central (especialmente com aquisição de moeda forte e o manejo da taxa básica de juros) no controle da inflação.

Controlar o avanço da inflação e garantir a estabilidade do valor nominal da moeda em face das transações reais de riqueza na economia envolve dois esforços cumulativos do Poder Público. O primeiro passa pela acomodação do padrão histórico de gastos do Estado em relação às suas disponibilidades reais de receitas, o que, com a queda do imposto inflacionário, significa notória contenção de despesas. O segundo esforço, por outro lado, advém da necessidade de suportar os pesados custos das intervenções anti-inflacionárias, que buscam absorver – via taxa de juros e aquisição de moeda forte (como dólar e euro) – a liquidez de recursos privados no mercado.

Ora, tais esforços conjugados trouxeram consigo, no Brasil, a demanda pela qualificação do gasto público e pela redefinição das competências estatais em face das limitações do seu financiamento, razão pela qual se empreendeu, na década de 1990, largo processo de privatizações e de redução do aparato administrativo, sob o signo de "reforma do Estado". Mas os esforços de acomodação à queda do imposto inflacionário e de absorção dos gastos com a

[168]Pochmann (2005, p. 06-08) apresenta outras variáveis para aferir o mesmo fenômeno de redesenho orçamentário em prol do custeio da política de estabilização monetária. Diferentemente do citado autor, optou-se, neste estudo, pela análise de algumas variáveis que explicitamente envolveram alterações normativas no ciclo orçamentário da União. Vale observar que, para Pochmann (2005,p. 06) "o padrão de ajuste das finanças públicas constituiu-se no conjunto de cinco medidas centrais", a saber, (i) contingenciamento na liberação de recursos para a área social, (ii) privatização do setor público e corte do gasto público, (iii) descentralização do gasto federal e reconcentração da receita na União, (iv) elevação da carga tributária e (v) desvinculação de receitas públicas. Se se comparar, perceber-se-á que, implicitamente, existe equivalência no tratamento da variável (i) com o Tópico 4.4 deste Capítulo, das variáveis (iii) e (iv) com o Tópico 4.3, e da variável (v) com o Tópico 4.1. As privatizações e os cortes de gasto público foram observados como temas que linearmente perpassam os itens relativos ao contingenciamento de despesas (Tópico 4.4) e as metas de superávit primário (Tópico 4.2). E, assim, foram tratados como conseqüência dessas outras linhas de ação do Programa de Estabilização Fiscal.

Financiamento_completo.indd 199 8/6/2010 00:53:16

política monetária também trouxeram endividamento exponencial, por mais que se tenha passado a controlar mais detidamente a geração de despesas não financeiras no curso da execução orçamentária da União.

A razão de a dívida haver se expandido fortemente, durante o período de 1994 a 2005, pode ser encontrada em diversas interfaces do mesmo problema, qual seja, as receitas inflacionárias reduziram-se e as despesas aumentaram comparativamente em relação ao período de alta inflação da década de 1980 e do início da década de 1990. Mas por que aquelas se reduziram, se a carga tributária expandiu mais de dez pontos percentuais do PIB no período sob análise? E como as despesas aumentaram se houve cortes no aparelho administrativo do Estado?

É complexo o cenário de equilíbrio fiscal no período de estabilização monetária ora analisado porque, embora os três níveis da Federação tenham obtido maior capacidade arrecadatória do ponto de vista tributário, simultaneamente deixou-se de contar com o avanço da inflação sobre as disponibilidades financeiras na economia. A lição de Carneiro (2002, p. 365), nesse sentido, é deveras esclarecedora:

> Do ponto de vista do programa de estabilização, o desequilíbrio originado dela própria, pela perda dos ganhos oriundos da repressão fiscal, se colocava como o problema mais importante e imediato. O mecanismo da repressão fiscal resultava da prática da execução orçamentária em um regime de alta inflação. A fixação das despesas em termos nominais permitia que fossem sendo desvalorizadas ao longo do ano. Em contrapartida, as receitas se mantinham por estarem pelo menos parcialmente indexadas. A inflação era, desse ponto de vista, um instrumento de equilíbrio das contas públicas ao preservar receitas e desvalorizar despesas.
>
> A estabilidade da moeda traria uma perda líquida e certa para as finanças públicas que consistia na redução dos ganhos advindos da depreciação das despesas.

Do ponto de vista das despesas, essas, por seu turno, eram sustentadas até o início da década de 1990 por meio do financiamento indireto do Estado oriundo do imposto inflacionário. Extinta essa possibilidade, a correlação contábil entre receitas e despesas tanto tornou mais consistentes as peças orçamentárias, quanto evidenciou o quão onerosa é a ação estatal. A propósito, especialmente onerosa é a ação de contenção das expectativas dos agentes econômicos quanto à estabilidade da moeda.

Ultrapassada a apreensão imediata de que haveria tendência ao equilíbrio se se arrecadasse mais com tributos e se diminuísse o aparelho administrativo, chega-se ao ponto de inflexão de que, no período de 1994 a 2004, também houve

queda de receitas inflacionárias e aumento significativo de despesas para o Estado brasileiro.

O controle da inflação impôs ritmo mais lento de crescimento econômico e menor apropriação estatal das perdas inflacionárias, na mesma medida em que foram majoradas as despesas financeiras com a emissão de títulos para fins, entre outras hipóteses, de formação de reservas cambiais e de absorção da liquidez no mercado.

Em linhas muito gerais, tal quadro levou a uma espécie de crise de financiamento do Estado, cujo principal reflexo pode ser percebido no seio da relação entre as políticas monetária e fiscal. Enquanto aquela se preocupa com a estabilidade da moeda e com o cumprimento das metas de inflação para garantir tal estabilidade, a dimensão fiscal responde pelo financiamento de todas as ações estatais, incluídas as de controle monetário.

O supracitado reflexo da crise de financiamento surge, pois, com a dificuldade de arcar com todas as demandas estatais, em um cenário deliberadamente retraído do ponto de vista da produção de riquezas na economia e francamente oneroso para o Estado com a captação financeira de recursos, seja para esterilizar as disponibilidades de capital, seja para se financiar indiretamente.

Dito de outra forma, tem-se que, no quadrante da política fiscal, o controle da inflação e o conseqüente quadro retraído da economia levaram, entre outros resultados, a que o Poder Público buscasse tanto extremar suas estratégias de arrecadação, quanto angariar crescentes resultados primários positivos (superávits) notadamente por meio do contingenciamento de empenhos, muito embora os resultados nominais tenham sido deficitários, com o que, assim, firmou-se uma rota de endividamento exponencial.

Já no quadrante da política monetária, foram e ainda têm sido geradas sucessivas despesas no intuito de conter o crédito, formar reservas cambiais e captar a liquidez do mercado, com o manejo prioritariamente de títulos pós-fixados em relação à taxa básica de juros e ao câmbio. Todas essas despesas foram justificadas para que, até 1999, fosse mantida a paridade cambial e, desde então, para que fossem cumpridas as metas de inflação.

Levando-se em conta que a política monetária não é a única política pública sob incumbência do Estado e que o financiamento estatal também se destina ao cumprimento de outros deveres constitucionais, percebe-se que a administração dos mais diversos conflitos distributivos nas leis orçamentárias da União tem sido ponto crucial no desenvolvimento da contemporânea agenda democrática brasileira.

Como processar todas as demandas de gastos em um cenário de contracionismo orçamentário e de aprendizado decorrente da inadmissibilidade

do financiamento estatal via inflação? Se o orçamento passa a ser instrumento factível de planejamento, como eleger projetos e atividades para a ação governamental que serão desempenhados no exercício seguinte, sabendo-se possível haver diversos remanejamentos que alterarão profundamente o rol de prioridades inicialmente definido?

Certo é que as variáveis fiscais que garantiram a absorção do custeio da política monetária inseriram-se na estrutura normativa do ciclo orçamentário, seja por meio de mecanismos transitórios de desvinculação de receitas, seja por meio de regras de contingenciamento de empenhos, seja ainda por meio de metas de resultado primário nas leis de diretrizes orçamentárias. Tudo isso deve somar-se à expansão da carga tributária, ao avanço fático da dívida pública interna e aos saldos de alienação de bens e empresas estatais no curso do processo de privatizações.

É de cada uma dessas medidas que se passa a tratar para que seja possível entender o impacto fiscal das ações de combate à inflação no orçamento da União e, notadamente, na administração da dívida pública brasileira.

## 4.1 Alocação discricionária de recursos

Quando se fala de alocação discricionária de recursos, de pronto, retoma-se a definição normativa de que o orçamento, no Brasil, é peça autorizativa, ou seja, em regra, comporta margem de liberdade alocativa no curso da sua execução.

A natureza autorizativa (ou seja, discricionária) da consecução geral dos gastos públicos no ordenamento nacional decorre tanto do reconhecimento de que as políticas públicas podem ser remanejadas ao longo do exercício financeiro, conforme melhor convier aos planos de ação governamental, como também das imperfeições do sistema de planejamento diante da memória recente do período inflacionário.

O remanejamento advém da permanente competição por verbas a que estão sujeitas todas as ações governamentais nas mais diversas situações concretas de atendimento ao interesse público construído discursivamente. Exemplo mais objetivo disso é a ocorrência de situação de calamidade ou estado de emergência que leva a um redesenho das dotações disponíveis para todas as demais ações: senão como seria possível absorver famílias afetadas por grandes intempéries ou mesmo promover ações de vacinação em larga escala se houver iminência de uma epidemia?

Já a relativa incapacidade de planejar as atividades e projetos por meio dos quais o Estado desenvolve seus programas orçamentários é, em parte,

decorrente da miopia perversa causada pela espiral inflacionária. Ora, planejar consistentemente e tornar vinculantes todas as ações planejadas para o exercício financeiro seguinte pressupõe estabilidade de expectativas quanto aos programas governamentais e, especialmente, quanto aos seus custos.

Sem o horizonte de médio prazo quanto aos custos da ação estatal com, por exemplo, manutenção de leitos hospitalares ou recuperação de estradas, não há transparência ou base comparativa que permita efetivamente fixar o quanto custarão os leitos e as estradas, já que pode haver maior ou menor oscilação inflacionária em cada qual. E se realmente os saltos inflacionários ocorrerem incontrolavelmente (como o fizeram até 1994), a previsão orçamentária levada ao Legislativo em agosto do ano anterior, para aprovação até o final desse, terá sido um exercício fictício de aproximação com o exercício financeiro em que efetivamente será executado o orçamento.

Percebe-se, assim, que a admissão do caráter discricionário das despesas na execução das peças orçamentárias é mecanismo de ajuste conferido pelo legislador para que os programas governamentais melhor atendam à pluralidade – em tensão democrática – das demandas sociais, assim como para que sejam feitas correções que, porventura, mostrarem-se necessárias em relação à previsão de arrecadação e dos custos de cada projeto ou atividade.

A clássica ementa das leis de orçamento anual, segundo a qual ali se estimam receitas e fixam despesas para um determinado exercício financeiro, leva em conta a inafastável lição contábil de que as receitas públicas só são computáveis quando efetivamente se realizarem, por isso apenas são estimadas dentro de um regime dito "de caixa". Já as despesas, por outro lado, são fixadas em caráter absolutamente dependente da realização das receitas e têm, na lei de orçamento, a apresentação de seu teto máximo, razão pela qual são computáveis, desde já (segundo um "regime de competência"), como horizonte de obrigações de pagamento que podem ser executadas ou não.

Prudentemente só se consideram, para fins de execução orçamentária, as receitas quando efetivamente ingressarem em caixa e, do outro lado, devem ser levadas em conta as despesas desde o momento de sua criação (ou seja, desde o empenho), ainda que o efetivo dispêndio de recursos financeiros para saldá-las só ocorra tempos depois.

Com essa sistemática, busca-se respeitar a lógica intuitiva de que só se deve gastar dentro da fronteira do que se arrecada, de modo que, na dúvida, impor-se-á a limitação das despesas e não a busca improvável por novas receitas, sob pena de se gerar endividamento indevido. O princípio do equilíbrio fiscal decorre da perspectiva de que as despesas fixadas em lei podem ser executadas até o limite máximo ali estabelecido, mas, se for necessário em face da frustração das receitas, os gastos podem ser minorados ou sequer realizados.

Imodificável é a arrecadação que passa por processos econômicos relativamente autônomos[169] quanto às ações do Poder Público, enquanto as despesas são reduzíveis e reciprocamente concorrentes, na medida em que é possível anular dotações de determinado programa e suplementar os créditos de outro.

Não obstante esse regime autorizativo de orçamentação, algumas despesas notadamente obrigatórias para o Estado impõem-se à revelia das oscilações no curso da arrecadação ou dos remanejamentos promovidos em nome da revisão dos planos de ação governamental.

Se se considerar, por exemplo, que a lei de orçamento anual de qualquer dos entes da federação tem de dispor obrigatoriamente sobre os gastos com a folha, com benefícios previdenciários, com saúde e educação (por força, respectivamente, do art. 198, §2º e do art. 212, ambos da Constituição), com as transferências obrigatórias (arts. 157 a 159 da CR/1988) e até com o próprio serviço da dívida; bem como se se considerar que há receitas que têm destinação específica (inalteráveis no curso da execução orçamentária), pode-se perceber que as margens percentuais de liberdade alocativa ali existentes são muito pequenas.

Isso ocorre porque tais despesas – lastreadas em comandos legais e constitucionais específicos – não podem ser constrangidas ou restar inexecutadas. Tampouco podem ser desviadas para outras áreas as receitas cuja instituição (no sistema tributário nacional) somente se legitima se for cumprido o "critério de validação constitucional" (GRECO, 2000) da destinação a políticas públicas delimitadas, na forma do que dispõe o art. 149 da CR/1988.

A respeito do fato de haver tributo – notadamente as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios – cuja existência somente se legitima no ordenamento constitucional em face da sua destinação, precisa é a manifestação do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, em análise do Recurso Extraordinário n.º 189.415-6/SP:[170]

> Uma ressalva é preciso ser feita. É que caso há, no sistema tributário brasileiro, em que **a destinação do tributo diz com a legitimidade deste e, por isso, não ocorrendo a destinação constitucional do mesmo, surge para o contribuinte o direito de não pagá-lo**. Refiro-me às contribuições parafiscais – sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, CF, art. 149 – e aos empréstimos compulsórios (CF, art. 148). Leciona Misabel Abreu Machado Derzi que **a 'Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente**

[169]Como o são a sazonalidade na agropecuária, as preferências dos agentes econômicos ora por investimento produtivo, ora pelo mercado de títulos públicos, a sonegação, o avanço do mercado informal, entre outros.

[170]O próprio Ministro Carlos Velloso foi relator deste Recurso Extraordinário, que foi julgado em 01/12/1997 e publicado no DJU de 20/02/1998.

> **afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhe é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente de Direito Tributário**'. E acrescenta a ilustre professora da UFMG, que 'o contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados. É que, diferentemente da solidariedade difusa ao pagamento de impostos, a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a conseqüente **faculdade outorgada à União de instituí-los, de forma direcionada e vinculada a certos gastos**. Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar' (DERZI, 1998, P.598-599, grifo nosso)

A partir desse reconhecimento factual em torno do que se convencionou chamar "orçamento engessado", dois paradoxos se apresentam à análise normativa do quadro orçamentário atual. O primeiro deles decorre da perspectiva de que, embora se diga que, no Brasil, os orçamentos são peças simplesmente autorizativas e não vinculantes, na prática, é percentualmente minoritário o caráter discricionário dos orçamentos anuais. Por outro lado, o segundo paradoxo envolve a inversão da equação entre receitas e despesas, pois, em um quadro agravado de rolagem da dívida e de excesso de gastos com pessoal e com benefícios previdenciários, impõe-se a orientação do *quantum* arrecadatório, que passa a oscilar para conseguir (ou buscar conseguir) cobrir despesas inafastáveis. Ou seja, com um orçamento predominantemente obrigatório, as despesas tornam-se baliza imutável em torno da qual se empreendem esforços inimagináveis para garantir receitas que, minimamente, respondam pela estabilidade da dívida líquida do setor público.

Eis, então, o ponto de inflexão de que trata este tópico, vez que se presta a apresentar, em caráter preliminar, uma tematização problematizadora da alocação discricionária de recursos obtida notoriamente por mecanismos de desvinculação de receitas[171], o que é feito a título de promover algum controle do crescimento da relação entre a dívida líquida do setor público brasileiro e o produto interno bruto (DLSP/PIB).

O pressuposto que informa esse esforço de desvincular receitas para garantir a sustentabilidade da relação DLSP/PIB é o de que as receitas que

[171]Pochmann (2005, p. 08), a respeito dos mecanismos de desvinculação de receitas, elucida que:
"Desde a implantação do Plano Real que o governo federal pratica a desvinculação de receitas como elemento fundamental de ajuste nas finanças públicas (Fundo Social de Emergência, em 1994, Fundo de Estabilização Fiscal, em 1996, e Desvinculação de Receita da União em 1999). Com isso, 20% das receitas vinculadas ao gasto social têm sido contingenciadas para uso diverso.

forem liberadas de sua original destinação não deverão ser gastas em novas despesas, mas devem ser revertidas apenas para o próprio custeio do serviço da dívida. Literalmente é como se a União estivesse se forçando a poupar – com receitas ordinárias (correntes) – para não precisar se endividar – com receitas financeiras (de capital) – na rolagem da dívida pública interna.

Como e por meio de quais alterações no texto constitucional tal alocação discricionária foi feita é o que se passa a tratar nos itens que se seguem sobre o Fundo Social de Emergência (FES), o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e a Desvinculação de Receitas da União (DRU).

Abaixo se tem quadro geral que noticia de forma sistemática os mecanismos orçamentários que, desde 1994 (e assim será até 2011), vêm redesenhando a destinação das receitas federais para além das vinculações legais e constitucionais já existentes. Senão veja-se:

TABELA 5
Dispositivos de desvinculação de receitas da União inseridos no ADCT – Emendas Constitucionais de que se originaram – Prazo de vigência

| Denominação | Fundamento normativo | Exercícios |
|---|---|---|
| Fundo Social de Emergência – FSE | Emenda Constitucional de Revisão n.º 1/1994 – inclusão dos arts. 71 e 72 no ADCT | 1994 e 1995 |
| Fundo de Estabilização Fiscal – FEF 1 | Emenda Constitucional n.º 10/1996 – alteração dos arts. 71 e 72 do ADCT | 1996 e 1º sem. de 1997 |
| Fundo de Estabilização Fiscal (prorrogação) – FEF 2 | Emenda Constitucional n.º 17/1997 – alteração dos arts. 71 e 72 do ADCT | 2º sem. 1997 a 1999 |
| Desvinculação de Recursos da União – DRU | Emenda Constitucional n.º 27/2000 – inclusão do art. 76 no ADCT | 2000 a 2003 |
| Desvinculação de Recursos da União – DRU (prorrogação) | Emenda Constitucional nº 42/2003 – alteração do art. 76 do ADCT | 2004 a 2007 |
| Desvinculação de Recursos da União – DRU (prorrogação) | Emenda Constitucional nº 56/2007 – alteração do art. 76 do ADCT | 2008 a 2011 |

Fonte: Elaboração própria a partir de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na maior parte das vezes, o recurso social desviado serve para sustentar o superávit fiscal capaz de atender parcela significativa dos gastos com o pagamento com juros da dívida pública. Em 2004, por exemplo, estima-se que a carga tributária social do governo federal (impostos vinculados ao gasto social) tenha representado 15,9% do PIB, enquanto em 1995 era de 11,3% do PIB.
No mesmo período de tempo, o gasto social federal passou de 10,9%, em 1995, para cerca de 13,5% do PIB. Por conta disso, a arrecadação social aumentou 40,7%, enquanto a despesa social subiu 23,8%, o que possibilitou a elevação do superávit primário social do governo federal de 0,4% do PIB, em 1995, para 2,4% do PIB, em 2004.
Em síntese, o superávit primário social federal representou 33,1% do total de 128,3 bilhões de reais (7,26% do PIB) comprometidos com o pagamento de juros da dívida pública do ano de 2004. Nove anos antes, em 1995, o superávit primário social federal equivaleu a somente 5,3% do total dos juros pagos pelo setor público no Brasil."

### 4.1.1 Fundo de Emergência Social

Pois bem, os mecanismos que ampliaram a margem de aplicação discricionária das receitas no Orçamento Geral da União tiveram início durante a fase de implementação do Plano Real, com o denominado Fundo Social de Emergência – FSE instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994.

Tal emenda de revisão inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) os art. 71 e 72, com a finalidade de, em criando o FSE, promover tanto o "saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal", quanto a "estabilização econômica" do país. Com duração limitada aos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o aludido fundo compreendia:

a) toda a arrecadação do imposto de renda incidente na fonte sobre quaisquer pagamentos efetuados pela Administração direta, autárquica e fundacional da União;
b) o acréscimo[172] de arrecadação oriundo de modificações trazidas aos impostos sobre a propriedade territorial rural, sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre as operações financeiras (respectivamente ITR, IR e IOF), tal como dispuseram a Lei n.º 8.894, de 21 de junho de 1994, e as Leis n.os 8.849 e 8.848, ambas de 28 de janeiro de 1994;
c) o acréscimo de arrecadação oriundo da majoração de alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras (na forma do art. 22, § 1º da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991), que, à época, chegou a 30% (trinta por cento), segundo dispôs a parte final do inciso III do art. 72, do ADCT;
d) 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuadas as hipóteses anteriores;
e) o fruto da arrecadação com a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) devida pelas instituições financeiras, mediante a aplicação da alíquota de 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre a receita bruta operacional daquelas; e
f) outras receitas previstas em lei específica.

Embora formalmente o Fundo Social de Emergência (FSE) captasse recursos de fontes diversas para que, tal como prescrevera o caput do art. 71 do ADCT, tais receitas fossem aplicadas "*no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse*

[172]Segundo o art. 72, § 5º do ADCT, o aludido acréscimo que poderia ser revertido em favor do FSE tinha como teto, no caso do ITR, o limite de 86,2% (oitenta e seis inteiros e dois décimos por cento) e, no que se refere ao IR, o limite de 5,6% (cinco inteiros e seis décimos por cento) do total de suas arrecadações.

*econômico e social*", na prática, a desvinculação das receitas supracitadas serviram para, senão equilibrar, ao menos atenuar o déficit das finanças públicas federais e para obter maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento.

Ora, não era necessário criar um mecanismo de desvinculação de receitas se o FSE tratasse, efetivamente, de destinar recursos às ações de saúde, previdência e assistência sociais, porque a seguridade social, com lastro no art. 195 da CR/1988, já justificava a instituição e cobrança de amplo rol de contribuições sociais. Aliás, a autonomia jurídica dessa espécie tributária, por concepção, funda-se em sua destinação à seguridade social.

Não obstante as ações da seguridade social já terem receitas constitucionalmente vinculadas, o FSE conseguiu, com base no art. 72, IV do ADCT, desvincular 20% (vinte por cento) das contribuições sociais, o que, na prática, significou redução no montante de recursos exclusivamente destinados para a saúde, a assistência e a previdência sociais.

Tampouco houve destinação de recursos às ações de educação de modo a ampliar – notoriamente – o fluxo de gastos ali. Bem é de se lembrar que, em sua redação original e até hoje vigente, o *caput* do art. 212[173] da Constituição de 1988 prescreve que "*a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, 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.*"

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/1994 tanto não promoveu majoração da base de receitas destinadas às atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino, como, pelo contrário, o FSE conseguiu reduzir o montante vinculado para a educação, com base no disposto pelo art. 72, §§2º e 3º do ADCT.

Ao haver criado uma regra de dedução prévia dos recursos que integram o FSE da base de cálculo das vinculações com seguridade social, educação, algumas transferências obrigatórias para Estados e Municípios e com o Programa de Integração Social (PIS), os supracitados §§2º e 3º do art. 72 do ADCT promoveram, na verdade, um remanejamento restritivo de receitas para tais políticas públicas. Exemplo disso está na desvinculação sobre o art. 212 da CR/1988, que, na prática, significou que os 18% (dezoito por cento) do total de impostos arrecadados pela União que deveriam ser destinados para a

[173]Não bastasse o fato de que a educação já tinha vinculação orçamentária com percentual mínimo de gastos fixado constitucionalmente, a Emenda Constitucional n.º 14/1996 ainda criou hipótese de intervenção federal caso os Estados não cumpram o disposto no art. 212 da CR/1988. Nesse sentido, informa Moraes (2001,p. 663) que "a aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área da educação, a partir da Emenda Constitucional n.º 14, de 12-9-1996, com entrada em vigor no primeiro ano subseqüente, tornou-se *princípio sensível* da Constituição Federal (CF, art. 34, VII, *e*), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilitará a intervenção federal."

educação passassem a ser aproximadamente 14,4% (quatorze inteiros e quatro décimos por cento) do montante efetivamente arrecadado.

Assim, percebe-se que a dedução prévia das receitas do FSE em relação à base de cálculo das vinculações já existentes com seguridade social e educação opera em franca contradição com parte final do art. 71, o qual anunciava que os recursos do FSE seriam aplicados "*no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social*".

A bem da verdade, o Fundo Social de Emergência se propunha a ser mecanismo de estabilização fiscal, nome que mais tarde lhe seria conferido pela EC n.º 10/1996 para superar as críticas oriundas da redução do volume de recursos aplicados em políticas públicas prestacionais, como saúde, educação, assistência e previdência. Mudada a denominação de "Fundo Social de Emergência" para "Fundo de Estabilização Fiscal", foi esclarecida a real destinação dos recursos captados por meio, entre outras fontes, da desvinculação de receitas.

Por outro lado, não se pode olvidar que a criação do FSE também afetou diretamente algumas das transferências obrigatórias da União aos Estados e Municípios. As receitas do FSE inscritas no art. 72, incisos I, II, III e V – na redação que lhe deu a ECR n.º 01/1994 – não se submetiam ao disposto nos arts. 158, II, 159, 212 e 239 da Constituição.[174] Ou seja, não se submetiam às regras de repasse obrigatório aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM), nem tampouco às vinculações com a educação e com o PIS/PASEP.[175]

Quanto à receita oriunda do inciso IV do aludido art. 72, qual seja, a que viria da desvinculação geral e irrestrita de 20% (vinte por cento) do total da arrecadação com impostos e contribuições federais, esta seria previamente deduzida da base de cálculo das vinculações ou participações constitucionais previstas nos arts. 153, § 5.º, 157, II, 158, II, 212 e 239 da Constituição, sem que houvesse afetação das transferências obrigatórias previstas no art. 159 da CR/1988.

Paradoxal e ironicamente, tal "exceção"[176] ao art. 159 da Constituição – que é o mais importante artigo relativo ao FPM e ao FPE –, ao tentar respeitar

[174]Assim dispõe o § 2.º do art. 72 do ADCT, o qual foi incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994, "*as parcelas de que tratam os incisos I, II, III e V serão previamente deduzidas da base de cálculo de qualquer vinculação ou participação constitucional ou legal, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 158, II, 159, 212 e 239 da Constituição.*"

[175]Não há se falar em vinculação para as ações de saúde antes da Emenda Constitucional n.º 29/2000, ou seja, trata-se de norma que só veio a ingressar no ordenamento constitucional vigente seis anos depois da instituição do FSE.

[176]Inscrita no §4º do art. 72 do ADCT pela ECR n.º 01/1994.

parcialmente o pacto federativo, evidenciou a afronta de o FSE haver absorvido diversas receitas, a cuja transferência em favor de Estados e Municípios a União estava constitucionalmente obrigada.

Neste caso, o que se fez foi estabelecer comandos normativos contraditórios, como já se denunciou antes, na medida em que Estados e Municípios deixariam de receber percentual que lhes corresponde no acréscimo de arrecadação com o imposto de renda e com o imposto sobre propriedade territorial rural, muito embora não se deduzisse da base de cálculo inscrita no art. 159 os 20% (vinte por cento) de desvinculação do art. 72, IV do ADCT.

Não há como cumprir apenas parcialmente a disposição constitucional que obriga a repartição (verdadeiro reequilíbrio) de receitas entre os diferentes níveis da federação. É norma inserida no núcleo intangível da CR/1988, vez que qualquer alteração que vise constranger a forma federativa de Estado será rechaçada por inconstitucional, na forma do que dispõe o art. 60, §4º, I da Constituição.[177]

Por tal razão é que se levantaram Estados, Municípios e Distrito Federal para questionar o fato de que o FSE colidiu com algumas das regras constitucionais de transferência obrigatória de receitas tributárias. Tanto é assim que, posteriormente com a vinda da Emenda Constitucional n.º 17, em 22 de novembro de 1997, criou-se mecanismo de compensação para as perdas dos entes subnacionais oriundas dos diversos remanejamentos de receita promovidos para formar o Fundo Social de Emergência.

Outrossim, cumpre notar que nem o FSE, nem o FEF constituíam fundo, como estabelecido na legislação orçamentária, mas sim fontes de recurso ordinárias. Se se tratassem efetivamente de fundos, paradoxalmente o FSE e o FEF estariam a desvincular receitas para, em tese, vincularem-nas a outras finalidades. Isso ocorre, porque o art. 71 da Lei n.º 4.320/1964 dispõe que "*constitui fundo especial o produto de* ***receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços****, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação*." (grifo nosso)

Certo é que o FSE foi mantido de 1994 a 1995, mesmo diante de controvérsias sobre sua constitucionalidade. Em 1996, o Fundo Social de Emergência foi substituído pelo Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), o qual, por seu turno,

[177]Embora seja deveras complexo e merecedor de estudo específico o tema dos limites formais, circunstanciais e materiais ao poder de rever (art. 3º do ADCT da CR/1988) e reformar (arts. 60) a Constituição, este estudo abordará, de forma pontual, o controle de constitucionalidade das normas constitucionais (emanadas pelo Poder Constituinte derivado) no Tópico 5.1 do Capítulo 5, por meio do tratamento de princípios como os da unidade da Constituição, proporcionalidade, primazia da dignidade da pessoa humana, vedação de retrocesso social e máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Financiamento_completo.indd 210 8/6/2010 00:53:16

foi prorrogado até o final 1999. Em 2000, foi aprovada a Emenda que instituiu a Desvinculação de Recursos da União (DRU), a qual tem vigência assegurada até 2011. Nos próximos tópicos serão tratados o FEF e a DRU.

### 4.1.2 Fundo de estabilização fiscal

Analisando a Emenda Constitucional n.º 10, de 04 de março de 1996, percebe-se que se encontram poucas mudanças na passagem do FSE para FEF, entre elas, a inclusão do vocábulo "prioritariamente" ao texto do FSE que prevê a destinação dos recursos desvinculados para ações sociais e outros programas, no intuito de amenizar as críticas decorrentes da aplicação dos recursos desvinculados.

A bem da verdade, a finalidade primordial da EC n.º 10/1996 era a mera prorrogação do instituto para viger no período de 01º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997. Com a prorrogação veio também a atribuição de novo nome – "Fundo de Estabilização Fiscal" (FEF), o qual efetivamente passou a guardar maior coerência (do que o nome de "Fundo de Emergência Social") com a destinação dos recursos angariados pelo aludido fundo.

Além da nomenclatura, o Fundo de Estabilização Fiscal – se comparado com o Fundo Social de Emergência – alterou a regra inscrita no art. 72, § 4º do ADCT de dedução prévia da desvinculação de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições sobre a base de cálculo de todas as demais vinculações ou participações constitucionais, para fazer exceção não apenas aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (art. 159 da CR/1988), mas também à receita de 50% (cinqüenta por cento) do ITR a que têm direito os Municípios (art. 158, II, da CR/1988).

Em 22 de novembro de 1997, nova emenda ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CR/1988 (a EC n.º 17) promoveu pequenas alterações nos citados artigos 71 e 72 para prorrogar pela 2ª vez o dispositivo de alocação discricionária ali inscrito, tendo, na oportunidade, mantido o nome de Fundo de Estabilização Fiscal (doravante chamado de FEF 2).

Importa esclarecer que, com o FEF 2, o governo federal obrigou-se a ressarcir progressivamente os Municípios pelas perdas decorrentes da inclusão da parcela do IR que compõe o FPM no cálculo das desvinculações. Como já dito antes, o art. 3º da Emenda Constitucional n.º 17/1997 trouxe medida de compensação pelas perdas decorrentes do FSE, notadamente quando foram desvinculadas as receitas do imposto sobre propriedade territorial rural a que têm direito os municípios por força do art. 158, II da Constituição.

### 4.1.3 Desvinculação de receitas da União

A DRU foi inserida no texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias por meio da Emenda Constitucional n.º 27, de 21 de março de 2000, via inclusão do art. 76 ao aludido corpo de disposições transitórias.

Criada na forma de uma desvinculação linear de 20% (vinte por cento) sobre o montante total da arrecadação de quaisquer impostos e contribuições sociais da União, a DRU distinguiu-se – em relação aos seus antecessores (FSE e FEF) – por:

1 –não causar redução da base de cálculo dos fundos regionais e do FPM e FPE, na forma do que dispõe o art. 76, § 1º do ADCT;

2 –ter por objeto apenas percentual fixo da arrecadação de contribuições sociais e impostos, sem que se cogitasse – como acontecia no FSE e no FEF – de incorporar outras parcelas adicionais, por meio da majoração de alíquota de tributos já existentes ou da assimilação integral do imposto de renda incidente na fonte dos pagamentos feitos pela União; e, enfim, por

3 –ter prazo de vigência comparativamente maior em relação às demais emendas que sucessivamente criaram ou mantiveram mecanismos de alocação discricionária.

Vale lembrar que a ECR n.º 01/1994 instituiu o FSE com prazo de vigência entre 1994 e 1995 (24 meses), a EC n.º 10/1996 instituiu o FEF para o período de 1996 a junho de 1997 (18 meses), a EC n.º 17/1997 prorrogou o FEF (também chamado de FEF 2) para o período de julho de 1997 a 1999 (30 meses) e a EC n.º 27/2000 criou a DRU para durar por quatro anos, ou seja, de 2000 a 2003 (48 meses).

Em 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional n.º 42 prorrogou, pela quarta vez consecutiva, a duração desse mecanismo de alocação discricionária, mantendo o formato mais recente que lhe fora conferido, qual seja, o de pura e direta desvinculação linear de qualquer órgão, despesa ou fundo[178] do montante de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições sociais federais.

Na EC n.º 42/2003, as alterações significativas que merecem destaque são, de um lado, a vigência prorrogada por mais 48 meses, isto é, de 2004 a 2007, e, de outro, a inclusão das contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE's) no quadro de desvinculação horizontal de 20% (vinte por cento), além

[178]Todos os fundos existentes no âmbito da União [como, por exemplo, o Fundo Nacional de Direitos e Interesses Difusos de que trata a Lei n.º 7347, de 25 de julho de 1985 e o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) previsto na Lei n.º 10.201, de 14 de fevereiro de 2001] passam pela desvinculação de 20% (vinte por cento) de suas receitas.

dos impostos e contribuições sociais. Notadamente, as grandes arrecadações da União advêm das contribuições sociais (como COFINS, CSLL etc), dos impostos (IR, ITR, IOF, IPI etc) e das CIDE's.

Na EC nº 56/2007, apenas houve a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2011, sem maiores questionamentos sobre seu funcionamento e/ou existência.

Pois bem, ultrapassadas tais comparações descritivas, faz-se necessária uma análise em retrospectiva das três figuras (FSE – FEF – DRU) do ponto de vista de sua adequação ao texto constitucional vigente.

### 4.1.4 Conformidade constitucional da desvinculação de receitas da União

Matéria controvertida que merece maior aprofundamento aqui, no que se refere à instituição e à vigência das aludidas formas de alocação discricionária de receitas criadas pela União desde 1994, reside na percepção de que as vinculações estabelecidas constitucionalmente têm sido parcialmente mitigadas por meio de mecanismos tergiversadores[179] de alteração da essência do texto de natureza permanente da Constituição da República de 1988.

Para que se entendam os fundamentos da afirmação do parágrafo anterior sobre ser inconstitucional norma de Emenda Constitucional, cumpre promover algumas digressões na Teoria da Constituição e no Direito Constitucional.

Logo de início, faz-se necessário retomar, com Mendes (2004, p. 435-436), a perspectiva de que, embora "uma concepção conseqüente da idéia de soberania popular [...] [devesse] admitir que a Constituição pode ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes", "evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para eventual mudança."

Para Mendes (2004, p. 438), "restam evidenciadas aqui a permanente contradição e a inevitável tensão entre o poder constituinte originário, que legitima a alteração da Constituição ou, até mesmo, a substituição de uma ordem constitucional por outra, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais."

Schmitt (1982, p. 119, grifo nosso) supera tal tensão a partir da diferença entre revisão e supressão da Constituição, na medida em que a revisão somente é feita "bajo el supuesto de que queden garantizadas la **identidad y continuidad de la Constitución** considerada como un todo."[180]

[179]Consideram-se os dispositivos de desvinculação de receitas tergiversadores, porquanto tenham sido estabelecidos por meio de emenda constitucional ao ADCT.

[180]Em tradução livre, tem-se: "sob o pressuposto de que ficam garantidas a identidade e a continuidade da

Daí decorre que "não só os princípios gravados, eventualmente, com a *cláusula de imutabilidade*, mas também outras disposições – inclusive aquelas relativas ao processo de revisão constitucional – não poderiam ser alterados sem afetar a *identidade* e a *continuidade* da Constituição." (Mendes, 2004, p. 439, grifo do autor) Para o citado autor, "é que, nesse caso**, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de *erosão* da própria Constituição**." (MENDES, 2004, p. 441, grifo nosso)

Certo é – tal como Mendes assevera – que o grande desafio da jurisdição constitucional reside no esforço de "não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo." (MENDES, 2004, p. 452)

No que se refere à realidade brasileira, não apenas há a vedação da pura e simples supressão da Constituição de 1988, como também ali foram inscritos dispositivos que lhe garantem a manutenção de sua identidade ao longo do tempo indeterminado de sua vigência, por mais que lhe sejam apresentadas emendas que visem aprimorá-la em face da realidade social em transformação. Exemplo claro disso são os limites impostos ao Poder Constituinte derivado pelo Constituinte Originário, seja circunstancialmente (art. 60, §1º da CR/1988 e art. 3º do ADCT), seja mediante processos qualificados de apresentação e aprovação da proposta ou, em especial, seja na forma de limites materiais, haja vista o rol de cláusulas pétreas inscritas no art. 60, §4º do Texto Constitucional de 1988.

Bem é de se ver que, no constitucionalismo pátrio, o poder de reforma constitucional é contido num quadro de limitações explícitas e implícitas. No que se refere às limitações explícitas ou expressas, Bonavides as conceitua como sendo "aquelas que, formalmente postas na Constituição, lhe conferem estabilidade ou tolhem a quebra de princípios básicos, cuja permanência ou preservação se busca assegurar, retirando-os do alcance do poder constituinte derivado." (2003, p. 198) Esse mesmo autor classifica as limitações expressas em temporais, circunstanciais e materiais, sem olvidar, contudo, das limitações que ele chama de "tácitas". Senão veja-se que

> Essas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

Constituição considerada como um todo".

> Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também **reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.**
>
> Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. Urge precatar-se contra essa espécie de revisões que, sendo formalmente parciais, examinadas, todavia, pelo critério material, ab-rogam a Constituição, de modo que se fazem equivalentes a uma reforma total, pela mudança de conteúdo, princípio e fundamento da lei constitucional.
>
> Nas sobreditas hipóteses temos no âmago essa deplorável conseqüência: **a Constituição ab-rogada, configurando-se assim o fenômeno político que os publicistas consignam debaixo da designação de 'fraude à Constituição'**. (BONAVIDES, 2003, p. 202, grifo nosso)

A regularidade democrática pressupõe o equilíbrio entre a possibilidade de alterações ao texto constitucional e a garantia da identidade e continuidade de tal texto, tal como Schmitt (1982, p. 119) asseverara. Sobre o problema de como processar essa clássica tensão[181] entre constitucionalismo e democracia, Sarmento (2005, p. 03) assim se posiciona:

> O convívio entre democracia e constitucionalismo não é isento de tensões. De fato, numa primeira mirada, a democracia postula o governo do

[181]Sarmento (2005, p. 04-05, grifo do autor) segue lecionando que "embora na visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, democracia e constitucionalismo sejam vistos como valores complementares, interdependentes e até sinérgicos, a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso. Por um lado, constitucionalismo (limitações ao poder) em excesso pode asfixiar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como co-autor do seu destino coletivo. Por outro, uma 'democracia' sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto 'suicida'.
As constituições, sobretudo nos países que adotam mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, impõem bloqueios para a deliberação coletiva, na medida em que subtraem do espaço de decisão dos representantes do povo certas questões previamente estabelecidas pelo constituinte originário. Como bem destacou Vital Moreira, *'... por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático... O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático'.*
*Portanto, questão das mais importantes é a de estabelecer até que medida se afigura legítimo que uma constituição prefigure os caminhos e decisões do povo do futuro. Quando reconhecemos que as constituições, em geral, aspiram vigorar por muito tempo e disciplinar a coexistência política de sucessivas gerações ao longo da trajetória de uma Nação, somos confrontados com uma pergunta que não quer calar: por que, e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão?"*

> povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para a soberania popular. São dois ideais que nasceram de visões políticas não convergentes: o ideário democrático, de inspiração rosseauniana, propõe o fortalecimento do poder, desde que exercido pelo próprio povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz lockeana e liberal, busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados. O primeiro aposta resolutamente na vontade das maiorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.

A alteração da Constituição da República de 1988 foi institucionalizada por duas vias,[182] sendo que a via permanente – tal como a denomina Bonavides (2003, p. 207-209) – é a da emenda constitucional, segundo uma dinâmica reformadora que mantém "a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando" . Já a segunda via é "extraordinária e transitória" e opera por meio da revisão constitucional prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CR/1988.

Certo é que "toda a Constituição pode ser emendada, salvo a matéria constante de exclusão em virtude dos limites expressos e tácitos postos à ação inovadora do constituinte de segundo grau, [porquanto seja] aquele dotado apenas de competência constituinte constituída ou derivada, isto é, que procede da vontade absoluta e soberana do constituinte originário." (BONAVIDES, 2003, p. 208)

É ainda Bonavides (2003, p. 208) que avisa:

> Do ponto de vista material, a Carta de 1988 trouxe nesse tocante considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado, tudo numa compacta proteção às estruturas básicas componentes do Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como dos entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista.

[182]Para Bonavides (2003, p. 211), "o singular no constitucionalismo pátrio de 1988 é que a revisão aparece solitária e transitoriamente à margem da parte fixa da Constituição e com rigidez inferior à da emenda, tanto que nesta a proposta de alteração se discute e vota em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, enquanto a revisão se faz de maneira muito mais simples: basta para aprová-la o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral."

Mendes (2004, p. 447, grifo do autor), a esse respeito, pontua que "a formulação adotada pelo constituinte brasileiro parece legitimar a idéia de que aqui não se trata de simples cláusula de proibição de golpe ou revolução, mas, efetivamente, de *regra que proíbe a ruptura de determinados princípios*."

Vale aqui desafiar a pergunta de Sarmento (2005, p. 05) sobre "por que, e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão?", urge considerar – com Bonavides – que o esforço de sua resposta não é apreensível abstrata e racionalmente fora das circunstâncias do caso concreto. A bem da verdade, tal esforço de resposta passa necessariamente pelo princípio da proporcionalidade (também conhecido como "vedação de excesso"[183]), na medida em que as limitações à soberania popular (expressa no movimento das maiorias contingentes) visam, sobretudo, a resguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos e, em especial, das minorias.

Alexy (1998) esclarece que "o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'".

Antes disso, Alexy (1998, grifo nosso) explicitara que

> A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que **ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.** Nos seus termos, **a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação**. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade [...].
>
> Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da

[183]Bonavides leciona que "os termos mais usuais na linguagem jurídica ali são 'proporcionalidade' (*Verhältnismässigkeit*) e 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*), via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*), que compõem o sobredito princípio." (2003, p. 403).

> intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito.

Bonavides (2003, p. 424-425) é emblemático no sentido de afirmar que "o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis." Com tal posicionamento, chega-se "ao advento de um novo Estado de Direito [e] à plenitude da constitucionalidade material".

Por outro lado, "sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade [material] ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas da lei." (BONAVIDES, 2003, p. 425).

Para Bonavides (2003, p. 399), "o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade". Tal assertiva de Bonavides é coerente com o entendimento por ele esposado de que "a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais." (BONAVIDES, 2003, p. 395)

De forma ainda mais direta, o Ministro Celso de Mello – analisando pedido de suspensão de segurança apresentado pela União ao STF[184] contra decisão de Tribunal Regional Federal que declarou a ilegitimidade de norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros por maço – defendeu que o princípio da proporcionalidade "visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar".

Assim, nos termos da decisão do aludido Ministro do STF, o princípio da proporcionalidade, operando como "categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais." (SS 1.320, publicada no DJ de 14/04/1999, item n. 524)

Por paradigmática, vale a pena citar tal decisão em outras passagens igualmente incisivas:

> A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposi-

[184] SS 1.320, publicada no DJ de 14/04/1999, item n. 524.

ções restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem 'não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)' [...]

Cumpre enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*[185]), que atua como

[185]Sobre a diferença entre *procedural due process of law* e *substantive process of law,* pertinente é a retomada histórica promovida por Barroso (2004, p. 01-02, grifo nosso) que cuida de esclarecer que "O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5 e 14 à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.
[...] O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.
Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo.
Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos.
O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury v. Madison*. É que através deste fundamento – o do devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o *Justice* **Harlan**, da Suprema Corte: *"'Devido processo' não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada".*
De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.
O reconhecimento desta dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na

> decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due processo of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado, que este não dispõe de competência para atuar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. [...]
>
> Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tisnada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário. (SS 1.320, publicada no DJ de 14/04/1999, item n. 524, grifo do autor)

É Bonavides (2003, p. 426) quem mais uma vez acentua o caráter tópico – ligado ao caso concreto – da aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo de aferição da constitucionalidade dos atos estatais, na medida em que esse princípio "volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se

---

década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de **Earl Warren**. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* -- isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas --, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

[...] No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold v. Connectcut* e *Roe v. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz **Blackmun**:

"Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14 emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9 emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.

(...) A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante e o limita a uma única hipótese, que é a de 'salvar' a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente ataque..."

Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte *Warren* e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, esta decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*).

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos."

aparenta consideravelmente com a eqüidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção."

Bonavides considera que houve significativos progressos com a absorção do princípio da proporcionalidade no seio de uma "Nova Hermenêutica Constitucional" (BONAVIDES, 2003, p. 488), na medida em que, segundo esse mesmo autor,

> com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais. (BONAVIDES, 2003, p. 424).

A conclusão primária a que se chega é que o Constituinte Derivado, embora possa e deva promover alterações ao texto constitucional vigente, submete-se a limites vários que garantem que não haja ruptura, nem erosão constitucional. O dilema entre constitucionalismo e democracia deve, pois, ser processado discursivamente, diante tanto das salvaguardas fixadas pelo Constituinte Originário, quanto das especificidades do caso concreto, as quais são capazes de informar o quão razoáveis (ou dito de outra forma, proporcionais[186]) seriam as alterações normativas propostas.

Fecha-se, assim, o breve parênteses aberto como intróito ao debate sobre os limites à alteração da CR/1988, com o aviso de que não se esgota aqui o tema do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que, porventura, tenham buscado (por meio de reformas pontuais ao texto vigente) fundamentar as ações fiscais adotadas no Brasil a título de estabilização econômica no período de 1994 a 2005 – porque sobre esse tema voltará a tratar o próximo capítulo.

Pois bem, uma vez retomada a afirmação de que as normas que instituíram o FSE (e, posteriormente, o FEF e a DRU) são inconstitucionais, cumpre fixar, desde logo, que a afronta ao texto constitucional tanto ocorreu em relação ao pacto federativo, quanto aos direitos fundamentais individuais inscritos

[186]Barroso (2004, p.03) usa os conceitos de razoabilidade e de proporcionalidade como se fossem intercambiáveis. Para o autor em questão, "De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente."

como cláusulas pétreas, respectivamente, nos incisos I e IV do §4º do art. 60 da Constituição.

Isso ocorre, porque, nos arts. 72, IV e 76 do ADCT, foram instituídas regras de desvinculação de 20% (vinte por cento) das receitas de impostos e contribuições da União, entre as quais constam as receitas destinadas especificamente à garantia de determinados direitos sociais, e algumas das receitas que deveriam passar pela repartição tributária entre os demais entes da Federação.

Vale lembrar que, em regra, as receitas públicas não têm destinação alguma, por força da vedação expressa do art. 167, IV da CR/1988, qual seja, a de que não se pode vincular impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as próprias previsões constitucionais que garantem:

1 – as transferências tributárias intergovernamentais a que se referem os arts. 158 e 159;
2 – a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, na forma do art. 198, §2º;
3 – a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, de acordo com o já citado art. 212;
4 – a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII), conforme redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42/2003; e
5 – a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, segundo os arts. 165, § 8º, e 167, § 4º.

Mas, no que se refere às contribuições sociais de que trata o art. 149 da Constituição de 1988, não se aplica a citada regra geral de não se poder vincular a órgãos, fundos ou despesas as receitas com impostos. Isso ocorre, seja porque impostos e contribuições sociais são espécies tributárias diferentes, seja porque é precisamente a destinação vinculada das contribuições sociais que lhes confere identidade própria e perfaz sua natureza jurídica. É que, como acentua Derzi (2002, p. XII, grifo da autora), "a norma tributária, matriz das contribuições sociais, quer em seus fundamentos, quer em sua estrutura lógica, está integrada pelos elementos finalísticos com que a própria Constituição dotou a espécie *contribuições*".

Spagnol (2002, p. 95), a esse respeito, esclarece:

> os tributos possuem funções constitucionais e, em razão destas, legitimam-se. Temos impostos para custear o gasto público genérico do Estado e temos contribuições sociais para custear gastos sociais específicos. É simples: as competências são distintas e não se confundem. O legislador constituinte explicitou as bases para a incidência de impostos e de contribuições sociais.

A bem da verdade é como se, além das ressalvas expressamente arroladas pelo art. 167, IV, a Carta Magna houvesse instituído sistemática diferenciada de financiamento – por meio das contribuições sociais instituídas nos arts. 149, 195, 212, §5º, 239 e 240 – para garantir determinados direitos sociais, com fonte de receita vinculada, cuja legítima criação depende precisamente de sua afetação.

Como pertinentemente assevera Greco (2000, p. 239-240),

> Nem se diga, citado o Código Tributário Nacional, que o destino da arrecadação é irrelevante. O critério do artigo 4º do Código Tributário Nacional pode ser adequado para os impostos mas, para as contribuições, é ao contrário. Para as contribuições, o destino da arrecadação é um elemento essencial à definição da figura. Se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um determinado grupo, e a existência do pagamento é feita em solidariedade ao grupo e à luz da finalidade, o destino da arrecadação deve ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade. Daí o requisito de o destino da arrecadação ser elemento essencial no caso das contribuições.

Diante das exceções referidas pelo supracitado art. 167, IV à regra geral de ser vedado vincular receitas e diante do art. 149 da CR/1988 – que afeta a existência de contribuições sociais às finalidades taxativamente previstas na correspondente lei instituidora –, questionável é a constitucionalidade da existência de fundo como o FSE que angaria receitas de impostos em detrimento das transferências obrigatórias intergovernamentais e – ao que se somam o FEF e a DRU – que absorvem receitas de contribuições sociais em detrimento das vinculações de receita com a seguridade. A inconstitucionalidade advém tanto da afronta, no primeiro caso, ao pacto federativo (art. 60, §4º, I da Constituição), quanto, no segundo, aos direitos fundamentais (art. 60, §4º, IV).

No que se refere ao pacto federativo, não se justifica a centralização tributária oriunda da desvinculação promovida por meio das diversas formas de desvinculação de receitas da União e do que Machado Segundo (2005, p. 152) chama de "esvaziamento da partilha de receitas", "porque o fato de os entes federados periféricos poderem, em tese, instituir e arrecadar seus próprios tributos não autoriza a União a burlar a regra constitucional que assegura a partilha dos principais impostos federais. Fosse a tributação local suficiente, especialmente para reduzir as desigualdades regionais, não teria sido adotada também a partilha de receitas."

Ainda do ponto de vista do pacto federativo, deveras relevante é o questionamento, apresentado por Machado (2003, p. 09), o qual busca "saber se a Constituição Federal admite a instituição de contribuições sociais gerais, ou

seja, outras além das expressamente previstas nos seus artigos 149, 195, 212, §5º, 239 e 240", porque, segundo o autor sob comento, "admitir tais contribuições implicaria admitir desmedida elasticidade na competência tributária da União, deixando sem sentido os artigos 154, I e 195, §4º, que tratam de competências residuais para impostos e contribuições de seguridade."

Para Machado (2003, p. 10), "com a hipertrofia das contribuições,[187] de cuja arrecadação não participam os estados nem os municípios, tende-se a abolir a Federação. E se caminha no sentido de tornar inútil o sistema de garantias constitucionais tributárias." O desarrazoado quadro relatado agrava-se, quando o autor citado pontua que, se se interpretar literalmente o art. 149 da CR/1988 admitindo que a União crie novas contribuições sociais gerais para atender a quaisquer interesses sociais, será

> extremamente fácil para o governo [federal] justificar qualquer ação estatal com o argumento de que elas são desenvolvidas no interesse social. Em conseqüência, [será] extremamente fácil para o governo instituir as mais diversas contribuições sociais, passando a tê-las como fonte de custeio de quase todas as atividades estatais, de sorte a tornar praticamente prescindíveis os impostos. [...]
>
> Em outras palavras, não devemos atribuir ao artigo 149 da Constituição Federal sentido e alcance capaz de permitir a inutilização dos mais importantes dispositivos dessa mesma Constituição.
>
> Aliás, quem examinar a evolução dos tributos no Brasil nos últimos anos verá que já experimentamos um considerável aumento da quantidade de contribuições. E essa tendência, se admitirmos a possibilidade das contribuições sociais gerais, com certeza vai resultar na atrofia dos impostos federais, com a conseqüente impossibilidade de manutenção de grande parte dos municípios brasileiros, na quebra do próprio princípio federativo na medida em que os estados, ou a maioria deles, não poderão manter a autonomia que caracteriza a Federação. (MACHADO, 2003, p. 10)

Conjugando o questionamento de Machado (2003) quanto à hipertrofia das contribuições sociais com o comando de desvinculação de 20% (vinte por cento) das receitas federais com impostos e contribuições – inscrito tanto na Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/1994 (que criou o FSE), quanto nas Emendas n.º 10/1996 e 17/1997 (que dispuseram sobre o FEF) e, posteriormente, retomado diretamente nas Emendas n.º 27/2000 e 42/2003 (que trataram da DRU) – perceber-se-á, diante da evolução dos fatos, que

[187] O fenômeno do avanço das contribuições sociais será mais detidamente abordado no tópico 4.3 deste Capítulo.

> Primeiro, **a União cria contribuições que não se submetem a algumas limitações constitucionais, em regra não têm âmbito constitucional de incidência definido nem são partilhadas com os demais entes federados**. E o faz à saciedade. Tudo, porém, estaria justificado porque seriam atendidas 'finalidades sociais e coletivas', às quais não se poderiam opor princípios constitucionais fruto de um 'liberalismo egoísta' e, por isso mesmo, 'aplicável apenas aos impostos'. **Depois, porém, diante do expressivo montante arrecadado, desvincula-se' a receita correspondente, dando-lhe destino que poderia ser obtido com o produto dos impostos em geral**. O nome 'contribuição', enfim, serve apenas de biombo, criando-se uma situação que nem MAQUIAVEL poderia imaginar: os fins, a rigor, passam a se justificar por si mesmos, numa inominável petição de princípios.
>
> **A fraude à lei – ou, no caso, a fraude à Constituição – é evidentíssima, e representa o reconhecimento da verdadeira natureza das 'contribuições'**. Com efeito, a desvinculação de receitas retira das contribuições, especialmente das mais expressivas (que são as de seguridade social), o dado que as diferencia[188] dos impostos. **O nome 'contribuição' atua apenas quando do ingresso dos recursos, para não restringir a competência para cobrá-los, nem os partilhar com os demais entes. Depois da arrecadação, o nome 'contribuição' passa a não ter mais sentido algum, e a receita com ela propiciada já não se diferencia em nada da receita obtida com impostos**. (MACHADO SEGUNDO, 2005, p. 153, grifo nosso)

Como bem lembra Machado Segundo (2005, p. 145), a equivocada "conclusão de que, sendo o federalismo apenas uma 'meta', novos tributos podem ser instituídos [ou remanejados] ilimitadamente pelo ente central, a desequilibrar a partilha de rendas estabelecida na Constituição", não pode ser derivada da perspectiva de se considerar o princípio federativo como mandado de otimização,[189] "a ser realizado na medida do que for factual e juridicamente possível".

---

[188] A respeito da mitigação da natureza jurídica das contribuições a partir da DRU, voltará a tratar o Tópico 4.3 deste Capítulo.

[189] Trata-se de construção coerente com a doutrina de Robert Alexy (1998) que admite a ponderação de princípios conforme juízo de proporcionalidade, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Princípios são mandados de otimização para Alexy, na medida em que podem ser satisfeitos em diferentes graus, por isso o processo de solução de conflito de princípios – para o aludido autor – passa pela ponderação.
Para Alexy (1998), "a teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito. Essa teoria tem uma outra qualidade que é extremamente relevante para o problema teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa validade ou invalidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um

Analisando o desequilíbrio na repartição de receitas tributárias decorrente do fenômeno de avanço das contribuições sociais no Orçamento da União e confrontando-o com o fato de jamais haver sido exercida a competência residual (de que trata o art. 154, I da Constituição) para criação de novos impostos[190] – Machado Segundo (2005, p. 145) assevera que

> [Se] realmente a *meta* federativa recomenda que deve existir o maior número de divisões verticais de poder possível, com o maior grau de autonomia possível. Essa meta, entretanto, deve conviver com outros valores, entre os quais a unidade nacional (a recomendar não serem exacerbadas as atribuições dos entes periféricos), a praticabilidade e a viabilidade financeira do Estado (a recomendar cautela na criação de infinitos níveis de governo) etc.
>
> Apesar disso, é certo que os *limites* ao federalismo já foram impostos pelo próprio texto constitucional. O constituinte originário já ponderou o valor 'federação' com outros, e o fruto dessa ponderação pode ser visto nos traços da Federação brasileira, nas atribuições conferidas aos diversos entes, em suas fontes de receita etc. Não é possível invocar, mais uma vez, essa 'relatividade' para destruir a própria forma federativa prevista na Constituição, e tornar sem sentido regras e princípios que a garantem.

Ademais disso, poder-se-ia discutir a inconstitucionalidade dos FSE e FEF e da DRU na desvinculação de receitas constitucionalmente afetadas a determinadas políticas públicas que promovem – em caráter material e progressivo – direitos fundamentais de segunda geração (também chamados de direitos sociais).

Nesse diapasão, Spagnol (2002, p. 101-103, grifo nosso) alerta para o fato de que

> Os avanços sobre os recursos da seguridade social não têm se limitado ao legislador ordinário. Até mesmo por meio de emendas à Constituição, busca-se garantir a transferência de recursos do orçamento social para o orçamento fiscal. [...]
>
> **O Poder Constituinte derivado não pode tanto. [...] são as contribuições sociais instrumento basilar para a garantia de uma série de direitos fundamentais do cidadão**. Repita-se que o Estado Democrático de Direito possui nas contribuições um dos principais estribos para a intervenção no campo social.

processo de ponderação. E, assim, 'sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade'. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação de direitos fundamentais."

[190] Diferentemente das contribuições sociais de que trata o art. 149 da Constituição, tais impostos, se fossem criados, seriam repartidos com os Estados, por força do art. 157, II da CR/1988.

> A Constituição Federal de 1988, no Título 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', divide entre os Capítulos I e II os 'Direitos Individuais' e os 'Direitos Sociais'. Referem-se ambos a direitos indissociáveis, uma vez que são fundamentais à luz da Carta Magna. Tratando do Processo Legislativo, vedou o constituinte originário a apresentação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).
>
> É imperioso concluir que qualquer disposição no sentido de suprimir recursos para a garantia e manutenção dos direitos sociais vai, também, atentar contra os direitos e garantias individuais do cidadão. Paulo Bonavides, lecionando sobre as garantias constitucionais, qualifica-as como de primeiro e segundo graus. As primeiras estariam protegidas não apenas do legislador infraconstitucional, como do titular do poder constituinte derivado. São definidas como normas veiculadoras de direitos, princípios e valores da Constituição, 'cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema'. Canotilho alerta igualmente sobre a necessidade de preservar a Constituição de alterações 'aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta'. Nesse sentido, a garantia e a efetiva outorga de direitos sociais ao cidadão constituem uma manifestação inerente ao constitucionalismo atual, sendo, dessa forma, matéria inatacável, já que se encontra petrificada no Texto de 1988. [...]
>
> De evidência solar, portanto, que **a desvinculação de 20% do produto da arrecadação das contribuições sociais do orçamento da seguridade social é írrita, já que atentatória à Constituição por comprometer o custeio de direitos fundamentais do cidadão**. Em decorrência, existindo desvio de finalidade em relação ao gasto, ilegítimo se torna o ingresso, surgindo direito subjetivo para o contribuinte de opor-se ao pagamento ou repetir o referido percentual.

Nestes termos, trata-se de questionar sobre como a desvinculação de receitas,[191] inserida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias desde 1994 e reinstituída por cinco vezes para durar – segundo a EC n.º 56/2007 – até 2011, tem alterado o ciclo de prioridades governamentais constitucionalmente postas ao neutralizar em caráter parcial, mas reiterado no tempo as vinculações orçamentárias arroladas na CR/1988.

Em consonância com o princípio da proporcionalidade, a problematização do "como" inscrita no parágrafo anterior pauta-se, pois, pela perplexidade de que a desvinculação – como mecanismo precário e excepcional que era para ser – não poderia, por força da reiteração de emendas constitucionais, vir a representar uma medida estendida no tempo de redefinição pela tangente das

[191]Não importando se sob o nome de FSE, FEF ou DRU.

prioridades constitucionais no que se refere a gastos mínimos com determinadas políticas públicas. Objetivamente, o que se tem feito com tais mecanismos de desvinculação de receitas é reduzir as disponibilidades orçamentário-financeiras que capacitam o Estado a garantir direitos sociais que, por sua relevância, tiveram garantia constitucional de financiamento seja pela via da receita vinculada, seja pela via do patamar mínimo de gasto.

É preciso que se esclareça que os direitos sociais são direitos fundamentais e integram o rol de direitos intangíveis à pretensão reducionista do Constituinte derivado, por mais que se saiba que sua eficácia dependa da possibilidade de o Estado não só lhes assegurar a existência jurídica, como também a econômica (BONAVIDES, 2003, p. 644). Talvez por essa razão haja tanta resistência em adotar o que Clève (2003, p.644) chama de "dogmática constitucional emancipatória", já que, segundo Bonavides mesmo alerta, "não só a ausência de meios processuais se há invocado para declarar inferior e secundária a garantia dos direitos de segunda geração no corpo normativo dos ordenamentos constitucionais, senão também o caráter de prestação que da parte do Estado eles forçosamente assumem, caindo, por conseguinte, de certo modo num estado de dependência da vontade estatal." (CLÉVE, 2003, p. 644)

A alegada limitação de recursos e disponibilidades materiais – sob pena de afronta ao art. 60, §4º, IV da CR/1988 – não pode decorrer da ação do legislador ordinário, nem do Constituinte Derivado, se efetivamente o Constituinte Originário resguardou fonte de receitas para a seguridade social (art. 195) e assegurou percentual mínimo de gastos com educação (art. 212). E, de outro lado, embora o percentual mínimo de gastos com saúde tenha decorrido de emenda constitucional (EC n.º 29/2000), tal garantia material de consecução inscrita no art. 198, §2º não poderia ser pura e simplesmente reduzida – sob pena de retrocesso vedado constitucionalmente – sem que outras formas de custeio fossem adicionalmente criadas.

Disso tratou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 045/DF,[192] cujo relator foi o Celso de Mello, com a defesa consistente de que não

[192]Decisão publicada no DJ 04/05/2004 P – 00012, com julgamento realizado em 29/04/2004.
Embora o Capítulo 5 deste estudo tenha como objeto o estudo dessa decisão e de algumas outras possibilidades de controle sobre as políticas públicas, vale citar, desde já, a ementa de tal julgado, a saber:
"Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)."

pode o Executivo empregar suas disponibilidades financeiras – sob o emprego da cláusula da "reserva do possível" – para desincumbir-se de seus deveres constitucionais e, assim, deixar de garantir materialmente direitos sociais que respondem pelo "mínimo existencial":

> **É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas** (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.**
>
> Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que **o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado**" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
>
> Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à **"reserva do possível"** (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), **notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável**

> **propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.**
>
> Cumpre advertir, desse modo, que **a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**. (ADPF 45/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2004 P – 00012, grifo nosso)

Nem se diga que os direitos sociais não integram o rol de direitos e garantias individuais[193] de que trata o art. 60, §4º, IV da CR/1988. Os direitos sociais encontram tal grau de proteção constitucional que não se admite o manejo da atividade fiscal do Estado para mitigar a continuidade de sua prestação. Essa prestação, embora se efetive em níveis progressivos, não pode ser tomada como se fora programa de ação estatal que pode ser restringido ou relativizado (simplesmente contingenciado) – sem razoabilidade aferível diante dos pressupostos de fato e de direito do caso concreto – diante das despesas decorrentes da administração da dívida pública. A esse respeito, Machado Segundo (2005, p. 181, grifo nosso) – em análise fundamentada em bases tributaristas – afirma categoricamente que

[193]Como leciona Bonavides (2003, p. 642-643): "Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos *principiais* [...], os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.
Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacentes na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição.
Demais disso, não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado social de Direito. É por essa ótica – a dignidade da pessoa humana – que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunstância de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial."

> **A 'Desvinculação das Receitas de União'** [sic], **prova inconteste da fraude à Constituição, deve ser considerada inconstitucional**, sob pena de todo o sistema tributário, e toda a distinção traçada entre impostos e contribuições, perder completamente o sentido. Contribuição será apenas uma palavra utilizada para fraudar contribuintes e entes periféricos. **O uso de 'contribuições' que depois são 'desvinculadas', nada mais é do que a prática de um ato 'de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada'**. Confia-se que o Juiz aplique o art. 149 da CF, quando incidem, a rigor, os arts. 154, I e 157, II. Fraude à Constituição é o nome que se pode dar a essa conduta, pois a União 'põe o diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. Fraude à lei é infração à lei, confiando o infrator que o juiz erre'.[194]

Se o alerta do ponto de vista tributário é severo, não menos fortes são os fundamentos da Nova Hermenêutica constitucional – tal como a denomina Bonavides (2003) – que permitem questionar a constitucionalidade dos mecanismos de desvinculação de receitas empregados pela União para promover o seu ajuste fiscal.

Assim, se se considerar a fórmula[195] dada por Alexy (1998, grifo nosso) segundo a qual: "**quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção**", poder-se-á questionar que, a se seguir mantendo a lógica da desvinculação, ou seja, da alocação discricionária de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições da União em caráter reiterado no tempo, na prática restarão configurados tanto um novo patamar de mínimos a serem executados (como, por exemplo, com saúde e educação), quanto um novo sistema tributário de financiamento da seguridade social.

Ora, essa redefinição restritiva – via ADCT – das prioridades alocativas inscritas no texto constitucional tem sido empreendida, sem que isso tenha sido explícita e diretamente discutido e aprovado pelo Legislativo na forma de emenda aos dispositivos permanentes da CR/1988, para rever as próprias vinculações ali instituídas para execução de gastos mínimos (arts. 198, § 2º, e 212) e para destinação de receitas (arts. 149 e 195).

Desvio de finalidade e falta de transparência ocorre no seio do instituto da desvinculação de receitas da União exatamente em função de estar sendo

[194]Para tratar do tema da "fraude à Constituição" e da "fraude à lei", Machado Segundo (2005, p. 181) vale-se das lições de Pontes de Miranda, cuja referência bibliográfica citada por aquele autor é: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1, §17, n. 6, p. 51.

[195]Trata-se de fórmula apresentada como meio de entender o princípio da proporcionalidade na condição de "lei de ponderação" voltada para a defesa dos direitos fundamentais.

ele reinstituído e interpretado inequivocamente contra a própria finalidade publicística a que veio, qual seja, aplicar maiores recursos "*no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social*", tal como previa a parte final do *caput* do art. 71 do ADCT.

Ao instituir uma regra transitória paralela e ao retirar do cenário em que a discussão sobre haver despesas mais ou menos vinculadas diz do rol de prioridades do corpo permanente da Constituição de 1988, o Poder Executivo da União conseguiu mitigar o nível (determinado constitucionalmente) de obrigatoriedade de alocação de recursos para gerir, em sede de decisões administrativas discricionárias, uma crise financeira excepcional.

Problema passa a se configurar com o caráter – assumido pela DRU – de norma geral e continuada (para não dizer quase permanente) ao longo de seis emendas constitucionais que lhe assentaram a vigência para, pelo menos, treze anos e lhe permitiram, na prática, senão a fixação de uma nova vinculação para formação de superávit primário, uma fixação de limites menores para as atuais vinculações postas na CR/1988.

É subliminar o regime jurídico instituído pela desvinculação de receitas da União, já que, por atuar como regra autorizativa geral posta como "antídoto" excepcional contra as vinculações constitucionais, desconhece – tomado o seu uso reiterado no médio e longo prazo – estar redesenhando, além dos próprios limites mínimos de gasto com as políticas públicas vinculadas, a natureza tributária específica das contribuições sociais, por meio de várias emendas contingenciais ao texto do Ato das Disposições Transitórias da CR/1988.

À pergunta de qual seria a conseqüência de eventual desvio na destinação de contribuições sociais (mesmo quando o desvio seja apenas parcial), Souza (2003, p. 266) responde que "se o desvio de destinação estiver previsto em lei, o ato legislativo padecerá do vício maior da inconstitucionalidade, além de desnaturar a figura como contribuição, tornando ilegítima a sua exigência". Por outro lado, "se o desvio derivar de ato administrativo, para além da ilegalidade que comprometerá a sua cobrança, a ação da autoridade que o praticar estará viciada, tornando-a passível de processo por responsabilidade, na forma do art. 85, VI da CF/88." Mas, enfim, "se emanar de Emenda Constitucional, a conclusão que se impõe, é que, dependendo da nova destinação que vier a ser dada a sua receita, a contribuição se transforma em outra, ou desnatura-se como tal, tornando-se outra espécie tributária. [...] Nessa medida, as contribuições passam à condição de imposto, submetendo-se a todas as conseqüências dessa transmutação." (SOUZA, 2003, p. 266)

Em outras palavras, é como se a garantia de haver orçamento específico – com fonte de custeio própria – para a seguridade social (art. 165, §5º, III, c/c art. 195, ambos da CR/1988) e a garantia dos mínimos a serem gastos com saúde (art. 198, §2º) e educação (art. 212) estivessem sendo revisitadas não por emendas diretas[196] a esses dispositivos, mas por meio de uma medida excepcional inserida no ADCT em caráter temporário, a qual inadvertidamente vem sendo reiterada pelo Congresso Nacional com emendas que apenas alteram o prazo de duração, sem propriamente discutir a repercussão material da aludida desvinculação.

Bem é de se ver que a procedimentalização das peças orçamentárias – em sua elaboração e execução – diz respeito, em última instância, a um rol de prioridades governamentais na alocação de recursos em quais específicas atividades e despesas. O estabelecimento em sede constitucional de vinculações é, portanto, uma estruturação normativa de fonte de custeio própria dentro de orçamento específico para a seguridade e de limites mínimos discursivamente postos no ordenamento brasileiro (vide, por exemplo, o art. 198, § 2º e o art. 212, da Constituição de 1988).

As vinculações orçamentárias são garantias instrumentais de consecução de políticas públicas que tanto viabilizam que o Estado cumpra seus deveres constitucionais (explicitamente assim denominados) com educação (art. 205), saúde (art. 196) e seguridade (art. 194, parágrafo único), como também asseguram que os cidadãos – do ponto de vista de suas posições jurídicas subjetivas individuais – possam exercer seus direitos fundamentais.

Nem se diga que o exercício dos direitos à saúde, à educação ou às prestações da seguridade depende – programaticamente – da apuração unilateral pelo Poder Executivo do que seja possível empreender orçamentariamente a cada exercício financeiro, uma vez que o Legislativo já aprovara a LOA. A "reserva do possível" é noção que perpassa sim a elaboração progressiva das políticas públicas prestacionais, mas que não afasta a possibilidade de controle diante do caso concreto, conforme estiver sendo conduzida a execução orçamentária em afronta a direitos fundamentais.[197]

---

[196] O que não obsta a que tais emendas também sejam controladas – no mérito de sua constitucionalidade – caso afrontem as cláusulas pétreas dos direitos e garantias individuais e do pacto federativo.

[197] Sarlet, a esse respeito, bem elucida que "a expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.
Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.

Noutra perspectiva de análise, há que se retomar a própria essência do discurso de justificação da desvinculação de receitas da União, que é a necessidade de administração da crise financeira do Estado e do crescimento desordenado da dívida líquida do setor público. Vale dizer, tratava-se, na origem, de uma medida excepcional e transitória para formar um fundo tendente a fazer frente a encargos "sociais de emergência", ainda que, com o passar dos anos e das emendas constitucionais que prorrogaram sua existência, a DRU tenha mudado de finalidade (o fundo inicialmente "social de emergência" tornou-se de "estabilização fiscal") e até que simplesmente não esteja mais hoje fazendo qualquer remissão específica a uma finalidade pré-determinada, conforme se infere da redação atual do art. 76 do ADCT.

Segundo Afonso (2004, p. 19), "vale criticar um pouco mais a idéia da desvinculação, que as autoridades federais enxergam como o caminho necessário para se racionalizar o gasto [público] e implantar políticas fiscais anticíclicas", porque "não há relação de causa e efeito – isto é, nem vincular, muito menos desvincular, por si só, asseguram boas ou más performances do gasto." Embasam a afirmação em pauta as constatações feitas pelo citado autor (2004, p. 19-21) de que:

a) "num exemplo extremo, se as contribuições para a seguridade social fossem convertidas em impostos de livre aplicação, por si só, isso não significaria desobrigar a previdência social de pagar aposentadorias e pensões, nem mesmo aos que ainda trabalham, mas têm direitos adquiridos";
b) embora seja sempre "alegado que, sem tal processo [de desvinculação], seria impossível cumprir as metas fiscais, porém, as mais duras firmadas com o FMI, inclusive após a elevação da meta de superávit primário para patamar nunca observado na história recente, foram sucessiva e plenamente cumpridas";

**Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo**. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento." (SARLET, 2002, p. 11-12, grifo nosso).

c) "após a implantação do caixa único do Tesouro Nacional, sempre há opção de simplesmente contingenciar as dotações orçamentárias e manter entesourado os recursos, como atalho mais curto para assegurar a geração do superávit";
d) "no âmbito estadual e municipal, o atendimento das metas de superávit primário tem sido fruto justamente de uma vinculação: de proporção da receita corrente para pagamento mensal do serviço da dívida renegociada com o Tesouro Nacional";
e) existe severa contradição no "discurso oficial recente de que a vinculação prejudica a eficiência e a eficácia da provisão de serviços sociais básicos, porque elas [as vinculações de receitas para a seguridade social e de percentual mínimo de gastos para saúde e educação] foram aprovadas no Congresso justamente com o objetivo inverso";
f) enquanto "o pretexto [da desvinculação] foi de assegurar a continuidade do financiamento e da despesa com benefícios e serviços sociais básicos, inclusive para permitir a pactuação de uma nova divisão de responsabilidades entre esferas de governo que promovesse a descentralização das ações e também para custear o aumento dos gastos correntes resultantes das novas e maiores inversões esperadas", efetivamente, "é inegável que a política fiscal do governo federal foi e continuará sendo beneficiada pela desvinculação de 20% de sua receita tributária", sendo que "o maior efeito prático desta medida era liberar contribuições da seguridade (COFINS, CSLL) para financiar os benefícios dos servidores [públicos] inativos", o que seria burla à diferenciação dos regimes geral e próprio de previdência social; e, enfim,
g) cumpre lembrar o relevante papel de poupança interna da "vinculação que foi desenhada com um regime especial, visando gerar uma poupança pública no presente que financie o gasto futuro, ou mesmo procure evitá-lo – caso particular da destinação constitucional da contribuição sobre receitas (do PIS/PASEP) para aplicações através do BNDES e para custeio do seguro-desemprego, no âmbito do Fundo de Amparo aos Trabalhadores (o FAT)." De acordo com Afonso (2004, p. 21) "é paradoxal que graças justamente a uma vinculação constitucional se formou um dos itens mais valiosos do patrimônio público federal – o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cujo valor do fundo – acima de R$ 80 bilhões em 2004 – já supera o valor contábil das ações de controle da PETROBRÁS, a maior empresa do País e entre as maiores do mundo."

Do ponto de vista prático, a desvinculação tem redefinido, desde 1994 e assim será até 2011, as regras constitucionais de destinação obrigatória de receitas e de gasto mínimo com determinadas políticas públicas sem atentar para os devidos limites procedimentais e materiais a isso, para percorrer a meta de ordenação do crescimento da dívida pública nacional.

A natureza provisória e excepcional dos dispositivos[198] de desvinculação de receitas da União – tal como vulgarmente são conhecidos – pode ser percebida na própria vigência temporal delimitada e na sua inserção ao texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Obviamente, como mecanismo de contenção de crise, a desvinculação de receitas no âmbito da União deveria ser remédio forte a ser ministrado por prazo curto, sob pena de desconstituir o quadro de prioridades na destinação de receitas e na execução do gasto público estabelecido na CR/1988.

Diferentemente do que deveria ter sido, o discurso de administração da crise desdobrou-se ao longo dos anos e foram, portanto, quatro as prorrogações de prazo ocorridas das mais variadas formas e motivos, ampliando a vigência da aludida "emergência social" de dois (1994 e 1995) para dezessete anos (1994 a 2011). Ora, essas novas emendas ao Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 – dilatando o prazo de duração da desvinculação – vieram dotadas, na maior parte das vezes, do esforço de justificar que, para administrar o crescimento da dívida pública brasileira, seria necessário mitigar as vinculações de despesa e criar margens de liberdade na aplicação dos recursos federais.

Notadamente, tornou-se necessário retirar recursos de onde eles estavam fixados por força de vinculações constitucionais para aplicá-los na formação de superávits primários (aqui entendidos como o resultado positivo obtido ao final da diferença entre todas as receitas e despesas estatais, ressalvadas as despesas com os encargos com a dívida) e para, assim, fazer frente ao saldo do serviço da dívida pública nacional e diminuir a expectativa de crescimento descontrolado da mesma.

Não bastasse a regra de desvinculação de receitas (como medida de exceção inscrita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) ter se tornado habitual pela sua prorrogação *ad hoc,* ela também colocou em pauta o quão frágil é a definição das prioridades orçamentárias na regularidade institucional de convivência entre os Poderes Executivo e Legislativo. Tal fragilidade vai de encontro à "vedação de retrocesso" na consecução de direitos sociais, pois sem garantia de recursos orçamentários para fazer frente aos gastos com as ações em saúde, educação, assistência e previdência – que são

[198]Ver arts. 71, 72 e 76 do ADCT.

políticas públicas que têm vinculação orçamentária seja de gastos mínimos, seja de fonte de receita – o caráter de avanço progressivo nas prestações estatais é objetivamente mitigado.

Urge, pois, apontar o caráter desarrazoado da prorrogação reiterada de emendas constitucionais ao ADCT que trataram do FSE, FEF e DRU, vez que, como avisara Spagnol (2002, p. 101), "o Poder Constituinte derivado não pode tanto". Tais emendas desproporcionalmente afetam a natureza jurídica das contribuições sociais ao desvincularem-nas (ainda que parcialmente) de sua afetação à seguridade (arts. 149 e 195), na medida em que, como Machado Segundo (2005, p. 181) alerta, se quisesse a União tributos desvinculados, criasse impostos no uso de sua competência residual e os repartisse com os Estados (na forma do art. 157, II da CR/1988).

Por outro lado, também é necessário que se questione a Emenda de Revisão n.º 01/1994 e as Emendas n.º 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 e 56/2007 no mérito de topicamente deflagrarem processo de "erosão constitucional" (MENDES, 2004, p. 441) sobre as garantias de consecução material dos direitos sociais pela via da limitação do financiamento das políticas públicas que lhes dizem respeito.

Ora, a vedação de retrocesso[199] no âmbito dos direitos sociais deve ser interpretada de forma conjugada com a proteção que é conferida a esses direitos como "cláusula pétrea" e deve buscar garanti-los materialmente diante do caso concreto, além do seu enunciado formal.

---

[199]Sarlet, nesse sentido, esclarece que: "Dadas as especifitudes do modelo pátrio, também entre nós há como sustentar a existência de uma proibição de retrocesso na esfera social, vedação que, todavia, não poderá jamais assumir feições absolutas. Esta proibição relativa de retrocesso, tendo em vista a previsão expressa de direitos sociais na nossa Constituição e a sua proteção por meio das "cláusulas pétreas" é, pelo menos do ponto de vista jurídico-normativo, mais robusta que as soluções desenvolvidas à luz da Lei Fundamental da Alemanha, carente de direitos fundamentais sociais e de norma expressa consagrando o respeito aos direitos adquiridos.

Outro aspecto que merece ser destacado é o fato de que a amplitude e intensidade da proteção outorgada pela ordem constitucional às posições jurídico-subjetivas na esfera social, tanto no plano constitucional, quanto ao nível da legislação ordinária, dependem de uma análise centrada nas especificidades do caso concreto, exigindo um procedimento tópico-sistemático, já que nos parece inviável o estabelecimento de critérios abstratos e genéricos, a não ser o próprio reconhecimento de uma proibição meramente relativa de retrocesso. [...]

Também pode ser tida como paradigmática a utilização do princípio da proporcionalidade como critério aferidor da legitimidade de uma restrição na esfera de uma proibição de retrocesso social, revelando, neste contexto, que a função do referido princípio, igualmente deduzido do princípio do Estado de Direito, não se limita a servir de parâmetro para o exame da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, incluídos neste rol os assim denominados direitos sociais. Com efeito, <u>também a ação erosiva do legislador que tenha por objetivo a implementação de ajustes e cortes no âmbito do sistema infraconstitucional de prestações sociais deve levar em conta as exigências do princípio da proporcionalidade, isto é, ser ao mesmo tempo necessária, adequada e razoável, pena de ofensa aos próprios direitos fundamentais sociais e ao princípio do Estado social de Direito</u>. Em última análise, não se poderá abdicar jamais da tarefa de realizar uma cuidadosa ponderação de todas as circunstâncias, de modo especial entre o valor dos direitos dos particulares a determinado grau de segurança social e os reclamos do interesse da coletividade." (SARLET, 2001: 18-19, grifo nosso).

Outro agravante desse quadro reside na perspectiva de que o próprio Poder Executivo fez da aludida regra peça fundamental na condução de sua política fiscal para a administração da dívida pública nacional. O dispositivo inicialmente admitido apenas e tão somente na condição de regra temporária e excepcional passou a ser meio inafastável de atingimento de metas de superávit primário inscritas na LDO (conforme determina o art. 4º da LRF).

Considerada a incapacidade anual de abatimento integral do serviço da dívida (juros e encargos incidentes sobre o total de débitos contraídos pela União) e o real crescimento do estoque da dívida pública, por mais que se tenha feito crescer, em volumes nunca antes vistos, o nível da poupança do setor público (superávit primário), a evolução da desvinculação de receitas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias leva a uma profunda inquietação com a sua manutenção.

Cumpre suscitar aqui a perplexidade em torno de como tornar mais discursivamente democrática a não implementação das políticas públicas em seu percentual mínimo exigido constitucionalmente, se se mantiver a linha de desvincular para formar capacidade de pagamento do serviço da dívida tal como se vem fazendo desde 1994.

Nesse sentido, é de se notar que a administração da crise financeira com seus mecanismos excepcionais de redefinição de prioridades orçamentárias tem se tornado, por si só, uma nova regra de priorização que atua em uma lógica de neutralização, no médio prazo, das vinculações estabelecidas na CR/1988.

Uma vez afastada a idéia de ser temporária, a Desvinculação de Receitas da União (DRU) efetivamente tem reduzido a obrigatoriedade constitucional de a União alocar recursos nas áreas de saúde (art. 198, § 2º da CR/1988), educação (art. 212 da CR/1988) e na manutenção integral do orçamento da seguridade social (art. 165, §5º, III c/c art. 195 da CR/1988), sem se falar nos fundos e órgãos que têm receitas próprias a eles vinculadas.

Nesse sentido, vale pontuar que, em meio a tantos aspectos controvertidos na vigência do "trio" FSE-FEF-DRU, durante o período de 1994 a 2011, só houve duas alterações corretivas nos aludidos mecanismos de alocação discricionária de receitas para conformá-los ao ordenamento jurídico nacional. A primeira delas responde pela tentativa de adequação ao pacto federativo, para que deixasse de haver afetação das transferências obrigatórias da União a Estados e Municípios, na forma do que dispuseram o art. 3º da EC n.º 17/1997 e o art. 76, § 1º do ADCT. E a segunda correção veio com a própria superação do modelo orçamentário de fundo – o qual era obviamente incoerente com a sistemática do FSE e do FEF – a partir da Emenda Constitucional n.º 27/2000.

Não obstante haver promovido correções para evitar tanto a afetação de receitas destinadas aos Estados e Municípios, quanto a inconsistência no regime

de fundo orçamentário, a União omitiu-se quanto aos danos causados pelos mecanismos de desvinculação de receitas (FSE-FEF-DRU) na realização das políticas públicas prestacionais de saúde, educação, previdência e assistência sociais.

### 4.1.5 Déficit nominal zero[200] e "superdesvinculação" de receitas da União

Em rota inversamente contrária aos dispositivos constitucionais que fixaram garantia[201] de execução orçamentária mínima em tais políticas públicas (verdadeiros "deveres do Estado"), atualmente o que se vem propondo[202] quanto

[200] A proposta de "déficit nominal zero" foi titularizada pelo Deputado Federal Delfim Neto (PP-SP) em meados de 2005 como medida de contenção do avanço da dívida pública. Trata-se de mecanismo que visa a alargar suficientemente os superávits primários para cobrir todo o serviço anual (com juros e encargos) da dívida pública. Em outras palavras, significaria conter ainda mais as despesas não financeiras do Orçamento Geral da União para garantir o pagamento integral das despesas financeiras.

[201] Seja por meio de patamar mínimo de alocação de gastos, seja por meio de receitas destinadas.

[202] O jornal *Folha de S.Paulo*, no dia 27/06/2005, noticiou – sob a seguinte manchete "**Déficit nominal "zero" é questionado**" (<http://www.folha.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2005), que "A proposta de 'zerar' o déficit nominal (receitas menos despesas, incluindo os gastos com juros) do setor público é vista como positiva no mercado financeiro, mas analistas não a consideram a melhor opção.
O plano de aperto fiscal com um horizonte de queda do déficit foi apresentado pelo deputado Delfim Netto (PP-SP) na semana retrasada [12 a 18 de junho de 2005]. Ainda não há uma posição oficial sobre o tema.
Apesar de a proposta ter sido inicialmente bem recebida no governo, também ali se identifica a dificuldade de impor restrições a áreas essenciais, como educação e saúde, sem contar a da aprovação no Congresso.
O resultado deficitário ainda é de cerca de 3% do PIB (Produto Interno Bruto). Em 2004, o resultado nominal ficou em 2,7% do PIB, e, neste ano, com os juros altos, a projeção é de 3,4%, segundo a consultoria Tendências.
A proposta de déficit nominal 'zero' é louvável, segundo analistas, porque demonstraria o compromisso com uma política fiscal austera, por um período mais longo, e com a redução da relação dívida/PIB. Outra vantagem apontada seria uma maior colocação de títulos prefixados mais longos.
O problema é que juros e câmbio são variáveis que não estão sob o controle da Fazenda.
'Fixar o prazo para 'zerar' o déficit nominal pode exigir um (superávit) primário (que exclui os juros) muito elevado e, dependendo da situação, ser impossível de obter', alerta Guilherme Loureiro, da Tendências."
Também o jornal *O Estado de São Paulo*, no dia 07/07/2005, noticiou a proposta do Deputado Delfim Neto (PP-SP) do "déficit nominal zero", conforme disponibilizado no endereço eletrônico: <http://www.estadao.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2005.
Sob a manchete "**PSDB critica estratégia de Delfim para déficit zero**", *O Estado de São Paulo* informou – em matéria que ultrapassa o debate partidário – que "O PSDB concorda com o objetivo final do plano apresentado pelo ex-ministro da Fazenda e do Planejamento, deputado Delfim Netto (PP-SP), que é ajustar as contas públicas até chegar a um déficit nominal zero. 'Discordamos do caminho para chegar lá', observou o economista José Roberto Afonso, assessor da liderança do partido na Câmara.
Segundo Afonso, a alternativa que será apresentada pelo PSDB será, em vez de adotar a meta do déficit nominal zero, o controle do endividamento da União. 'O partido vai propor que o governo não se endivide mais', afirmou.
Ele lembrou que, desde 2000, existe um projeto de lei em tramitação na Câmara limitando a dívida mobiliária da União, e um projeto de resolução no Senado impondo limites para a dívida consolidada. 'Esses dispositivos estão previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, mas o governo não deixa os parlamentares votá-los', disse.
Afonso sustentou, ainda, que o aumento da Desvinculação das Receitas da União (DRU) de 20% para 40%, que seria adotado no âmbito do plano de déficit nominal zero, não é garantia de controle e de melhoria dos gastos do governo federal. 'A mudança na DRU é uma cortina de fumaça, pois o aumento

à vigência da desvinculação de receitas, além de sua indefinida prorrogação, é a majoração do próprio percentual de desvinculação. Ou seja, no seio da proposta de resultado nominal equilibrado (vulgarmente chamada de "déficit nominal zero"), tem sido aventada a hipótese de subir o limite de 20 (vinte) para 40% (quarenta por cento) de desvinculação linear de todos os impostos e contribuições (sociais e CIDE'S) arrecadados pela União.

É de se notar que, atrás da proposta de resultado nominal equilibrado até 2009, há tanto um interessante esforço de publicizar e controlar todos os custos da ação governamental, como também uma certa miopia sobre os pressupostos e limites constitucionais na obtenção de receitas vinculadas para fazer frente às oscilações do serviço da dívida.

Embora pareça algo inovador, o controle do resultado nominal é dispositivo que integra o regime de gestão fiscal responsável, no mínimo, desde 2000. Ora, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) exige o estabelecimento de metas fiscais a serem cumpridas na execução orçamentária, já que se a Administração Pública prevê o montante de suas receitas, despesas e dos seus saldos primário e nominal, ela pode prevenir desequilíbrios orçamentários que lhe obriguem a expandir a carga tributária ou a assumir novas despesas.

Assim, as metas fiscais – anualmente inscritas na lei de diretrizes orçamentárias – atuam, por exemplo, como limite objetivo à geração de despesas novas e à concessão de benefícios fiscais, e também são baliza para a liberação ou o contingenciamento de gastos planejados na lei de orçamento. De toda sorte, o foco é um equilíbrio intertemporal nas contas públicas.

Por força da interdependência entre as políticas fiscal e monetária, ocorre, contudo, que, até o recente debate em torno do déficit nominal,[203] só se cuidava

da desvinculação das receitas não reduz despesas, nem melhora a gestão dos recursos', disse. Ou seja, é provável que o partido se posicione contra a emenda ampliando a DRU, caso o governo realmente a envie ao Congresso.

Se o governo está de fato interessado em reduzir gastos, Afonso acha que ele deveria voltar a atenção para as despesas que mais crescem, que são os benefícios do INSS e os pagamentos dos juros."

[203]Para um debate econômico mais acurado sobre a proposta de "déficit nominal zero", ver Oreiro *et al.* (2005). No estudo, os autores José Luis da Costa Oreiro, Marcelo Luiz Curado, Lucas Dezordi e Marcelo Passos posicionam-se sobre a proposta de Delfim Neto da seguinte forma:

O argumento central da proposta do deputado federal Antônio Delfim Netto de déficit público nominal zero nos próximos três anos está na idéia de que o déficit nominal zero irá possibilitar uma redução da dívida pública em proporção do PIB para níveis satisfatórios. Esta medida ocasionaria uma queda imediata da taxa de juros real. [...]

O endividamento brasileiro é excessivo, disso não temos dúvida, e a proposta de déficit nominal zero atuaria no sentido de reduzir a dependência do governo brasileiro com respeito ao "humor" dos agentes do mercado financeiro, na medida em que contribua para reduzir a divida como proporção do PIB para um patamar aceitável para países emergentes. Essa redução aumentaria os graus de liberdade na condução da política macroeconômica, permitindo ao governo ignorar a maior parte das "sugestões" dos analistas do mercado financeiro. Por outro lado, a economia brasileira exibe o inglório título de possuidora da maior taxa real de juros do mundo.

Em que medida a proposta de déficit nominal zero poderia contribuir para reduzir a taxa real de juros para patamares mais civilizados como, por exemplo, 5 a 6% real ao ano? Argumenta-se que a proposta

de atingir a meta de resultado primário, porque nessa conta não entra o pesado custo[204] do serviço da dívida pública. Eis o ponto de inflexão do qual se deve partir para entender a proposta de "déficit nominal zero".

Jurídica e contabilmente, as despesas com os títulos corrigidos pela taxa SELIC (assim como as despesas com a folha de pagamento, as ações de saúde,

---

de déficit nominal zero atuaria no sentido de reduzir a taxa real de juros de equilíbrio da economia brasileira, conceito este que consiste na soma da taxa de juros internacional com o "prêmio de risco" país, dado o elevado grau de abertura da conta de capitais brasileira. O prêmio de risco país é medido pelo EMBI+ (*Emerging Market Bond Index Plus*) produzido pelo J.P.Morgan. Estudos empíricos têm mostrado que os governos de países com pior classificação de risco também pagam taxas de juros mais altas por seus títulos. Quanto pior a avaliação de um país pelas agências internacionais de classificação; maiores tendem a ser os juros de suas dívidas.

As agências internacionais avaliam o risco com base em um conjunto pequeno de indicadores (crescimento do PIB, taxa de inflação, dívida pública como proporção do PIB, grau de abertura comercial etc). De acordo com estudo recente realizado pelo Banco Mundial, o volume da dívida pública em relação ao PIB é um indicador importante, mas não é o único que as agências levam em consideração para avaliar este risco. Dessa forma, pode-se afirmar que a proposta de déficit nominal zero contribuiria na redução do prêmio de risco-país e, portanto, para a queda da taxa real de juros de equilíbrio. Contudo, duas observações devem ser feitas. Em primeiro lugar, a queda do prêmio de risco-país – atualmente em 450 pontos base – será pequena a não ser que seja acompanhada pela melhoria em outras variáveis macroeconômicas como, por exemplo, o grau de abertura da economia, a redução da divida externa como proporção das exportações e etc. Em segundo lugar, o 'dilema dos juros' no Brasil hoje não se explica por uma elevada taxa real de juros de equilíbrio – nossas estimativas sobre o valor dessa taxa são de 6.5% ao ano – mas sim pela completa incapacidade do Banco Central do Brasil em fazer com que a taxa real de juros efetiva convirja para o valor de equilíbrio dessa taxa. Com efeito, a taxa real de juros efetiva é atualmente superior a 13% ao ano, ou seja, quase 100% maior do que a taxa real de juros de equilíbrio!

A proposta de déficit nominal zero pode contribuir para acelerar a convergência da taxa de juros real efetiva para o seu valor de equilíbrio, desde que a mesma seja adotada no bojo de uma reformulação do atual regime de metas de inflação. Nos países que adotam o regime de metas de inflação – como, por exemplo, a Nova Zelândia, Canadá, Reino Unido, Israel e etc – as metas inflacionárias são definidas com base no *core inflation* (núcleo de inflação), o que implica excluir do índice que baliza as metas inflacionárias aqueles produtos que estão sujeitos a "choques de oferta" como, por exemplo, energia e gêneros agrícolas. Dessa forma, se assegura que o Banco Central só irá aumentar a taxa de juros se houver pressão de demanda agregada, uma vez que elevações da taxa de juros são inócuas sobre a inflação causada por "choques de oferta".

Uma vez reformulado o regime de metas inflacionárias, a proposta de déficit nominal zero irá implementar uma verdadeira política fiscal contra-cíclica. **Toda a vez que as pressões de demanda agregada obrigarem o Banco Central a engendrar um novo ciclo de aumentos da taxa básica de juros; o Ministério da Fazenda, comprometido com a meta de déficit nominal zero, terá que aumentar o superávit primário, gerando uma contração fiscal. O efeito dessa contração fiscal sobre a demanda agregada irá fazer com que seja necessário um aumento menos pronunciado da taxa real de juros; contribuindo para manter a taxa real de câmbio em patamares competitivos, minimizando assim o impacto da política antiinflacionária sobre o saldo da balança comercial e sobre os investimentos do setor privado. Em outras palavras, a proposta de déficit nominal zero é uma forma de se reduzir o papel da política monetária no combate a inflação; substituindo-se em parte o instrumento monetário por um uso mais intensivo da política fiscal**.

Deve-se ressaltar a importância da reformulação do regime de metas inflacionárias em conjunto com a adoção da proposta de déficit nominal zero. A persistirem as deficiências do atual regime de metas de inflação brasileiro, não há nenhuma garantia de que a adoção da proposta de déficit nominal zero seja capaz de gerar uma queda acentuada da taxa real de juros efetiva. Nesse contexto, a contração fiscal exigida pela adoção da referida proposta – um corte dos gastos públicos da ordem de 3% do PIB – irá gerar uma recessão sem precedentes na historia recente do Brasil; agravando ainda mais o já dramático quadro social brasileiro." (OREIRO *et. al.*, 2005, p. 01-03, grifo nosso).

[204] O dado divulgado, em 24/12/2005, pelo "Caderno Dinheiro" do jornal *Folha de S.Paulo* (página B3) foi de que os gastos com juros que chegariam, em 2005, a R$146,5 bilhões (cento e quarenta e seis bilhões e quinhentos milhões de reais), ou seja, 8,28% (oito inteiros e vinte e oito centésimos por cento) do PIB.

educação, previdência social, publicidade governamental etc) são despesas públicas regularmente regidas pelas Leis n.º 4.320/1964 e Complementar n.º 101/2000. E embora todas essas sejam despesas dotadas de finalidades distintas, elas devem ser inscritas no ciclo orçamentário e devem ter correspondente fonte de custeio, sob pena de o governo gerar despesa, sem ter como quitá-la.

Esse raciocínio intuitivo, quando levado para uma análise do todo, deveria franquear à sociedade o conhecimento republicano sobre o quanto custa cada ação governamental. Obviamente, tributos são pagos para que se saiba – a partir do texto das peças orçamentárias – o destino geral da alocação desses recursos.

Na prática, o quadro resta um pouco mais complexo porque a arrecadação tributária, embora determinante, não é suficiente para manter as atividades estatais. O financiamento – via endividamento – acaba sendo instrumento para fechar as contas, assim como para absorver a liquidez no mercado e garantir o atingimento das metas de inflação.

Quando a União planeja anualmente suas metas de receitas e despesas e, por conseguinte, suas metas de resultado primário e nominal, ela leva em conta todas as suas competências constitucionais que a obrigam a manter políticas públicas prestacionais (como o são, por exemplo, saneamento, saúde, educação e assistência), como também leva em conta o dever de administrar a dívida pública. Em face desse balanço de "afazeres", ela prioriza suas ações, já que os recursos são escassos, e, em um processo de deliberação democrática com o Legislativo, aprova a lei de orçamento anual. Para alcançar uma situação de equilíbrio orçamentário, a União deve programar-se para gastar dentro da margem do que arrecada.

Problema surge exatamente quando o Poder Público se defronta com a imagem do "cobertor curto" para abarcar tanto as despesas que fazem frente às políticas públicas prestacionais, quanto as despesas decorrentes do avanço ortodoxo da taxa de juros que corrige a maioria dos títulos da dívida pública. Sem entrar no mérito de por que deve haver umas e outras despesas, sabe-se que elas custam à sociedade recursos que lhe são extraídos primordialmente pela via tributária.

Pois bem, há tributos que só são legitimados constitucionalmente porque se destinam estritamente à seguridade social, como é o caso da CPMF, da COFINS e de todas as contribuições sociais. Além disso, o poder constituinte cuidou de resguardar percentual mínimo (do total das receitas arrecadadas) para gastos em saúde e educação. Dito de forma muito genérica, há de se lembrar que, em se tratando da seguridade social, da educação e da saúde, não há autorização para arrecadar e não gastar, pois algumas dessas são receitas vinculadas à destinação que lhes foi atribuída, bem como há patamar mínimo de gastos a serem executados, por determinação constitucional.

E no que isso afeta as metas de resultado primário e nominal? As metas podem ser de déficit, equilíbrio ou superávit, vez que as despesas podem ser superiores, equivalentes ou menores que as receitas disponíveis. Se a União operasse continuamente com resultados deficitários, a dívida pública ultrapassaria limites administráveis, já que as despesas não pagas no exercício financeiro incorporam-se à dívida consolidada. Por essa razão é que têm sido empreendidos, desde 1999, grandes esforços pelo superávit primário e, com a proposta de "déficit nominal zero", pelo equilíbrio nominal.

O governo obtém superávits por duas vias (no que não há milagre algum): ou corta despesas ou aumenta receitas. Sobre as receitas, é sabido o quanto elas se expandiram na última década e o quão limitada é a margem residual de expansão no atual quadro retraído da economia brasileira. Já no que se refere às despesas, essas têm sido o principal foco de controvérsia jurídica sobre as ações e omissões constitucionais do Estado no cumprimento de suas funções.

Para fazer frente às omissões estatais, o Poder Judiciário brasileiro tem determinado a reparação de trechos de estradas (sob pena de sua interdição), a garantia de tratamentos médicos a indivíduos não atendidos pelo SUS, além de diversas obrigações de fazer na área ambiental, da criança e do adolescente, de preservação do patrimônio, entre outros direitos difusos e coletivos. O anteparo clássico da falta de custeio para a política pública não é argumento para elidir o controle jurisdicional sobre as omissões estatais.

A proposta de "déficit nominal zero" surge, pois, no contraponto desse movimento incidental de controle sobre a inexecução de políticas públicas. Embasada na desvinculação de receitas que garantem – como já dito – a prioridade alocativa nas áreas de saúde, educação e seguridade social, a proposta de "déficit nominal zero" surge para demandar da União a estabilização do crescimento da dívida pública.

A obtenção do equilíbrio que se está a propor agora adviria de uma emenda à Constituição que alteraria as vinculações em questão. Teoricamente o orçamento da União restaria menos engessado e seria possível cortar mais gastos.

Mas tal proposta não é juridicamente possível, tampouco razoável, pois, se se retomar o núcleo do problema, lembrar-se-á que o serviço da dívida é a principal despesa responsável pelo fato de o resultado nominal ser deficitário. Ou seja, os três níveis da federação poupam mais de 4,25% (quatro inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do PIB, o que, se for comparado às receitas não financeiras do orçamento e não do PIB, torna-se um percentual que ultrapassa a casa de 20% (vinte por cento) das receitas arrecadadas. Já é um esforço incomensurável de redução do escopo da ação governamental, na medida em que União, Estados e Municípios arrecadam mais do que gastam diretamente

com os cidadãos, para sobrar recursos para garantir a sustentabilidade da dívida líquida do setor público.

A seguir tem-se quadro de execução por programa da Lei Orçamentária de 2005 – segundo dados do Sistema Integrado de Administração Financeira da União (SIAFI) – que elucida a exata proporção matemática entre as despesas com a dívida (gastos com refinanciamento e seus encargos) e as demais ações orçamentárias.

TABELA 6
Execução Orçamentária da União de 2005 – Relação entre dotação autorizada e montante pago com o serviço e o refinanciamento das dívidas interna e externa
(*Em R$1,00*)

**Execução por Programa***

| Programa | Dotação Autorizada | Empenhado | Pago | % Pago/ Autorizado |
|---|---|---|---|---|
| 0905 - Operações Especiais: Serviço da Dívida Interna (Juros e Amortizações) | 142.176.352.898 | 141.538.280.496 | 111.019.666.616 | 78,09 |
| 0906 - Operações Especiais: Serviço da Dívida Externa (Juros e Amortizações) | 45.789.722.781 | 42.236.899.325 | 22.388.203.530 | 48,89 |
| 0907 - Operações Especiais: Refinanciamento da Dívida Interna | 885.756.773.009 | 885.756.773.009 | 448.391.932.914 | 50,62 |
| 0908 - Operações Especiais: Refinanciamento da Dívida Externa | 41.197.457.033 | 34.886.617.033 | 10.210.347.649 | 24,78 |
| 0909 - Operações Especiais: Outros Encargos Especiais | 5.519.727.518 | 5.186.076.496 | 3.463.277.787 | 62,74 |
| Total | 1.634.231.297.203 | 1.570.999.887.050 | 999.100.812.094 | 61,14 |

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do SIAFI <http://contasabertas.uol.com.br/Siafi2005/basica- programa.asp>.
Nota: * Dados Atualizados até 28/12/2005 - Exercício: 2005

Senão veja-se que, embora o orçamento total da União tenha dotação autorizada para 2005 de R$ 1.634.231.297.203,00 (um trilhão seiscentos e trinta

e quatro bilhões duzentos e trinta e um milhões duzentos e noventa e sete mil e duzentos e três reais), apenas R$513.791.263.964,00 (quinhentos e treze bilhões setecentos e noventa e um milhões duzentos e sessenta e três mil novecentos e sessenta e quatro reais) são dotações não-financeiras no orçamento da União. E se forem deduzidas desse número as transferências constitucionais e legais a que a União se encontra obrigada – em respeito ao reequilíbrio de receitas no pacto federativo –, tem-se que, de fato, daquele montante total, sobram limitados R$ 422.059.566.265,00 (quatrocentos e vinte e dois bilhões cinqüenta e nove milhões quinhentos e sessenta e seis mil duzentos e sessenta e cinco reais) para cobrir todas as ações a que a União constitucionalmente é chamada a promover.

Considerando que a dotação autorizada na LOA/2005 para o refinanciamento da dívida pública (interna e externa) é de R$ 926.954.230.042,00 (novecentos e vinte e seis bilhões novecentos e cinqüenta e quatro milhões duzentos e trinta mil e quarenta dois reais) e que os encargos da dívida previstos em 2005 são da ordem de R$ 187.966.075.679,00 (cento e oitenta e sete bilhões novecentos e sessenta e seis milhões setenta e cinco mil e seiscentos e setenta e nove reais), tem-se que os encargos que deixarem de ser pagos (déficit nominal), tornar-se-ão dívida consolidada no exercício de 2006. Por isso, a limitação de despesas tem sido mecanismo empregado para garantir o pagamento do serviço da dívida e, sobretudo, para manter a relação percentual entre dívida líquida do setor público e produto interno bruto (DLSP/ PIB) próxima a 50% (cinqüenta por cento).

Para qualquer observador atento, se há superávit primário e déficit nominal, qual seria, portanto, a rota natural de contenção de despesas? Daí decorre uma segunda pergunta: por que as despesas com o serviço da dívida não são controláveis ou passíveis de redução, se a conta só se torna negativa por causa do elevado montante dessas despesas financeiras?

Esta justa inquietação, todavia, sequer é posta em debate no mérito da idéia de "déficit nominal zero", sob o argumento de assegurar ao Banco Central autonomia para que implemente a política monetária. O custeio do serviço da dívida – largamente majorado pelas oscilações da taxa de juros SELIC – é feito pela via transversa da obtenção de elastecidos superávits primários.

No atual cenário constitucional, já há margem muito comprimida de corte de gastos, porque a maior parte das despesas no orçamento da União é obrigatória, haja vista, por exemplo, a imperatividade do pagamento de salários e de benefícios previdenciários.

O impasse sobre como aumentar o superávit primário para arcar com os custos do serviço da dívida e, assim, para garantir um resultado nominal equilibrado leva o país a um dilema constitucional de primeira grandeza. Senão

veja-se: o quão mais a sociedade brasileira admitiria conferir liberdade alocativa à União e, especialmente, ao Banco Central no manejo da política monetária, para que seu custeio fosse absorvido com as reduções dos percentuais mínimos destinados à saúde e à educação e com o desarranjo tributário promovido na sistemática de cobrança (parcialmente desvinculada) das contribuições sociais?

A propósito, é preciso ter clareza quanto à impossibilidade de se afastarem – no curso da deliberação de uma nova proposta de emenda à Constituição de 1988 – as vinculações de dotações para as políticas públicas prestacionais que respondem, em se tratando de "mínimo existencial", pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Não é possível majorar a desvinculação de receitas – em favor de despesas discricionárias com o serviço da dívida – se isso significar "retrocesso social" no cumprimento pelo Estado de seus deveres com as políticas públicas prestacionais. Nesse sentido, posicionou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, relator da ADPF n.º 045/DF[205] (grifo nosso):

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que **não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.**

A incursão no debate passa, no limite, por uma regressiva e desarrazoada lógica redistributiva:[206] menos recursos serão vinculados/ destinados para

[205] Argüição de descumprimento de preceito fundamental 45/DF. *DJ*, p. 00012, 04/05/2004, Julgamento 29/04/2004.

[206] Sobre a proposta de "déficit nominal zero" e o sacrifício fiscal dela decorrente, a análise do Departamento Econômico do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) é incisiva e esclarecedora:
"Para justificar a atual política econômica, as autoridades econômicas se valem do argumento de que o País não pode crescer muito na medida em que os investimentos têm sido historicamente baixos, deixando vários setores estrangulados com elevado nível de utilização de sua capacidade instalada. Portanto, um crescimento exagerado do PIB resultaria em pressão de demanda, que inevitavelmente acarretaria

saúde, educação, previdência e assistência social, na medida em que serão reorientados/ desvinculados para cobrir o serviço da dívida. Nesse sentido, já se fala em super-DRU,[207] na medida em que a desvinculação sairia do patamar atual de 20% (vinte por cento) e chegaria a 40% (quarenta) de todas as receitas que estejam afetadas a órgão, fundo ou despesa.

Daí emerge a ambivalência denunciada há pouco em relação à proposta

aumento da inflação. Por isso, o aquecimento da economia precisa ser cuidadosamente monitorado e, ao atingir temperaturas mais elevadas, esfriado com aumento da taxa Selic.

Dentro desse contexto, nasceu a **proposição do déficit nominal zero**, como alternativa para tentar frear os impulsos do Banco Central para elevar a taxa de juros. Como se estabelece o raciocínio: como os gastos públicos (em especial o custeio governamental) compõem a *demanda agregada* e têm apresentado sensível expansão nos últimos tempos, servem para o Banco Central justificar o aumento da taxa Selic, ao notar alguma rigidez nas expectativas inflacionarias. Atribuir à 'frouxidão fiscal' a razão para que persista uma política monetária austera tem sido um dos pontos principais do discurso do Banco Central.

Assim, **a proposta pretende estabelecer, por meio de emenda(s) constitucional(is), algumas regras que permitam ao governo reduzir o déficit nominal a zero até 2009, aumentar a desvinculação das receitas da União, de 20% para 40%, fixar o superávit primário ano a ano, até que o objetivo do déficit zero seja alcançado e garantir que não haja aumento real nos valores das despesas de custeio do governo (investimentos estariam fora) até que o déficit nominal caia a zero.**

Em outras palavras, ao sinalizar para os agentes econômicos que **o superávit primário a ser alcançado (superior aos atuais R$ 90 bilhões), principalmente com um 'choque de gestão' – corte e aumento da produtividade do gasto público – garantiria o pagamento integral da conta de juros (R$ 140 bilhões de reais em 2005**), o governo conquistaria definitivamente a credibilidade dos agentes com respeito ao pagamento da dívida pública. Assim, a taxa nominal de juros (Selic) poderia ser gradualmente reduzida, impactando a dinâmica da dívida e conseqüentemente fazendo cair a relação dívida/PIB.

Alguns aspectos da proposta , no entanto, devem ser cuidadosamente tratados:

**a) Em primeiro lugar, está implícita a hipótese de que ao limitar a expansão do gasto público, o Banco Central promoveria a redução da taxa de juros. Essa suposição é fraca, considerando-se a prerrogativa que tem o Banco Central hoje para fixar a taxa Selic**. [...]

b) Em segundo lugar, o controle do custeio somente dará folga ao investimento se de fato a taxa de juros ceder. Além disso, não há nada que garanta que a pressão de demanda inicialmente provocada pelos novos investimentos não possa ser combatida com nova(s) elevação(ões) da taxa Selic. É imprescindível que o Banco Central desenvolva a crença de que o investimento é benéfico e necessário para o País, mas que a sua maturação precisa de um ambiente favorável;

b) Em terceiro lugar, choques de oferta podem provocar urgência para a elevação da taxa de juros. Nesse caso, a proposição de zeragem do déficit nominal recomenda que o governo vá mais a fundo no corte do gasto para evitar o aumento dos juros. **O grande problema é que existe um limite para tais cortes e é possível, dependendo da gravidade do choque, que além do custeio, o investimento precise ser represado. Nesse caso valeria a pergunta: por que impor tamanho sacrifício?**

c) Em quarto lugar, a garantia de que o déficit nominal seja zerado até 2009 impõe a convivência com superávits primários da ordem de 5% a 6% do PIB nesse período ou, em outras palavras, o arrocho tributário continuará afetando negativamente o consumo e o investimento;

d) Em quinto lugar, **o aumento da desvinculação orçamentária de 20% para 40% amplia os riscos para a prestação de serviços essenciais, sobretudo nas áreas de Educação, Saúde e Assistência Social. Dado o grau de desenvolvimento do país e as notórias carências no campo social, é temeroso achar que o aumento da desvinculação possa melhorar, de alguma forma, a política social do governo**;

e) Em sexto lugar, para que o déficit caia a zero, o governo federal precisará contar com a colaboração dos Estados e municípios, que são responsáveis por uma parcela expressiva do déficit nominal, já que as empresas estatais são superavitárias." (Departamento..., 2005, p. 03-05, grifo nosso).

[207] A DRU (Desvinculação de Receitas da União) encontra-se atualmente prevista no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CR/1988 e corresponde ao patamar de 20% de desvinculação linear de todas as receitas com impostos e contribuições (sociais e de intervenção no domínio econômico) que – porventura – estejam afetadas a órgão, fundo ou despesa. A proposta de "déficit nominal zero" envolve a duplicação desse patamar (40%) para que a meta de superávit primário seja capaz de quitar todas as despesas com o serviço da dívida e, assim, não haveria majoração na dívida consolidada, por meio dos déficits nominais.

de "déficit nominal zero", já que, por um lado, ela é esclarecedora e traz à tona para a sociedade a noção do quanto custa, por exemplo, o serviço da dívida e suas oscilações por força da política monetária. Mas, por outro lado, precisa ser sopesada com a contemporânea hermenêutica constitucionalista de imprimir ao Estado uma dogmática emancipatória da pessoa humana, segundo a qual não podem ser admitidas ações ou omissões tendentes ao retrocesso social ou à negativa do mínimo existencial.

Sob o paradigma de Estado Democrático de Direito inscrito na CR/1988, não basta a "promessa" de médio prazo de extinção do déficit nominal se isso custar a migração de um regime de vinculações sociais para o de uma maior discricionariedade orçamentária em favor das despesas financeiras. Tal discricionariedade não conhece as referências inscritas na LC n.º 101/2000 do que seja gestão fiscal responsável, torna-se abusiva e conduz a desvios de finalidade, na medida em que (1) a falta de limites para as dívidas consolidada e mobiliária da União, (2) a omissão em prever meta nominal que sirva de referência para os gastos com juros e encargos da dívida e (3) a desnecessidade de fonte de custeio para geração de novas despesas com o serviço da dívida geraram um quadro de administração da dívida pública que tornou-se incontrolável até mesmo pelo Legislativo.

O aludido quadro – pretensamente inserido em seara exclusivamente técnica – tem provocado, de forma desproporcional, restrições a todas as demais agendas orçamentárias da União, incluídos aí os patamares constitucionais de gasto mínimo com saúde e educação e as receitas afetadas à seguridade social.

Nem se diga que já há na CR/1988 mecanismos de desvinculação de receitas, pois tributariamente eles são questionáveis e a alocação discricionária – determinada no corpo das disposições transitórias – não confere à União o direito de se eximir dos percentuais mínimos de gastos com saúde e educação, esses, por seu turno, fixados no texto permanente da Constituição. A regra de transição não pode permanecer indefinidamente sob pena de inconstitucionalidade transversa. Eis o que Machado Segundo (2005, p. 153) chama – calcado na doutrina de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1970)[208] – de "evidentíssima fraude à Constituição".

O horizonte que se apresenta é o de saber se é possível admitir uma tal mudança no texto jurídico-político que fixa o pacto de convivência possível. Antes da ampliação das margens de alocação discricionária, seria juridicamente

[208]Miranda (1970, p. 51), citado por Machado Segundo (2005, p. 143), leciona que a fraude à lei consiste "em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do Juiz o suporte fático, de modo tal que pode o Juiz errar."

relevante sabermos das finalidades que motivam a necessidade dessa liberdade em cada caso concreto. Por que é necessário desvincular se ainda precisamos de uma via institucional de maiores motivações para a política monetária?

Não é demasiado lembrar que não há neutralidade técnica que impossibilite a dimensão de "política pública" por trás da política monetária, por essa razão é que cabe publicizar suas variáveis e discussões como espaço de deliberação nas peças orçamentárias da União.

O debate é republicano e vai além da argüição de inconstitucionalidade: abre-se a todos e em todos os interessados precisa ser incorporado, até para que a pluralidade democrática consiga avançar em relação à miopia ora apontada.

## 4.2 Metas fiscais[209] nas Leis de Diretrizes Orçamentárias

A Lei de Responsabilidade Fiscal fixa dispositivos que operam de forma progressiva e concatenada no sentido de vincular os atos de geração de despesa e de realização ou renúncia de receita ao atingimento das metas fiscais em prol do equilíbrio intertemporal nas contas públicas. Isso ocorre porque o gestor, durante a execução orçamentária, vincula-se à identificação – inscrita anualmente no texto da LDO – de patamares objetivos de resultados de receitas e de despesas, de resultados primário e nominal, bem como do montante da dívida pública.

Em anexo específico, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, tal como prevê o art. 4º, §§ 1º e 2º da LC n.º 101/2000, deve conter as metas fiscais para o exercício de referência e para os dois anos seguintes, assim como deve trazer relatório de cumprimento das metas do exercício anterior.

Trata-se de fixar patamares de receitas, de despesas, de resultados (nominal e primário) e da dívida pública para além de um único exercício financeiro, devendo fazer tanto uma retomada da série histórica de evolução das receitas (tal como prevê o art. 11 da LRF), quanto avaliação do cumprimento das metas do ano anterior, bem como projeção das metas a serem atingidas progressivamente nos dois anos posteriores ao ano de referência.

[209] A partir da ruptura com o regime de paridade cambial e já fixado o regime de metas de inflação por meio do Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1999, que estabeleceu a sistemática de "metas para a inflação" como diretriz para fixação do regime de política monetária, as metas fiscais (de resultado nominal e primário) emergiram como mecanismo de controle do avanço da dívida pública. Se seriam alcançadas metas de inflação por meio do manejo da taxa de juros SELIC e da emissão de títulos da dívida pública, o avanço dessa precisaria ser controlado via formação de níveis crescentes de superávit.
Inicialmente as metas fiscais (especialmente a meta de superávit primário) decorreram de acordos com o Fundo Monetário Internacional, mas com o advento da LRF (no seu art. 4º) tais metas foram absorvidas como normas de previsão anual obrigatória na lei de diretrizes orçamentárias.

Importa, pois, trilhar um caminho concatenado de apresentação e avaliação de metas fiscais ao longo dos anos, segundo o qual as mesmas são planejadas, cumpridas, avaliadas e revisitadas no âmbito das diretrizes orçamentárias que, neste aspecto, embora sejam anualmente fixadas, são plurienalmente vinculantes.

O caráter vinculante das metas fiscais não reside apenas no fato de ser obrigatória a sua previsão. Aliás, tanto é obrigatório que a LDO contenha Anexo de Metas Fiscais que, nos termos do art. 5º, II da Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, a omissão do encaminhamento das metas é infração administrativa processada e julgada pelo Tribunal de Contas, o qual poderá aplicar ao agente que der causa à aludida omissão a pena de multa de 30% (trinta por cento) dos seus vencimentos anuais.

Para além disso, as metas fiscais são vinculantes por força de uma dinâmica reiterada e, por isso, permanente no texto da LRF de exigir que haja estimativa de impacto nas metas fiscais de toda e qualquer despesa ou renúncia de receita. Nesse sentido, não é possível, por exemplo, que haja criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa sem que se faça estudo de impacto orçamentário-financeiro para o ano de referência e os dois anos que lhe seguem (art. 16, I da LRF).

Tampouco é possível, nos termos do art. 14 da citada Lei, a concessão de benefício fiscal (renúncia de receita) em detrimento do cumprimento das metas fiscais, já que, se essas forem afetadas, impõe-se ao gestor que adote efetivamente medidas de compensação.

Em coerência com a lógica de que se deve garantir a obtenção de resultados fiscais tal como foram planejados na LDO, vale ressaltar que a LRF somente admite, como medida de compensação para a renúncia de receita, o aumento de arrecadação por meio da majoração da base de cálculo ou da alíquota de tributos já existentes e por meio da instituição de novos tributos. Compensa-se a renúncia não com o puro e simples crescimento econômico, mas por meio do aumento da carga oriundo da revisão da legislação tributária, pois essa é a forma mais segura de obtenção de receita.

Como norte sempre presente no curso da execução da peça orçamentária, as metas fiscais também servem de limite[210] para a geração de despesas obri-

[210]Caso haja afetação das metas fiscais com a geração de despesa obrigatória de caráter continuado, a LRF só admite como medida de compensação para a geração de despesa obrigatória de caráter continuado, na forma do que dispõem os §§ 2º e 3º do art. 17 da aludida Lei, o aumento permanente de receita ou a redução permanente de despesa. Ou seja, enquanto o aumento permanente de receita advém da majoração da base de cálculo ou da alíquota de tributos já existentes, bem como da instituição de novos tributos, a redução permanente de despesas pode ser empreendida, por exemplo, com a dispensa de servidores (incluindo a possibilidade de servidores estáveis serem dispensados pelo excesso de gasto de pessoal), aplicando, pois, a regra inscrita no art. 169 da Constituição de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998.

gatórias de caráter continuado (art. 17) e de indicador de desempenho ao qual se deve mirar e para cujo atingimento se deve limitar incontinenti despesas e a movimentação financeira do ente público na forma do art. 9º da LRF. Se o gestor deixar de limitar empenho – pondo em risco o cumprimento das metas fiscais previstas na LDO – ele estará incurso uma vez mais na hipótese de infração disciplinar punível com multa de 30% (trinta por cento) de seus vencimentos anuais, de acordo com o art. 5º, III da Lei n.º 10.028/2000.

O mecanismo de vincular o gestor, em diversos dispositivos para que não afete as metas fiscais ou, se afetá-las, promova compensação ao longo das mais diversas formas de geração de despesas e de renúncia de receitas faz com que as metas fiscais sejam baliza última do equilíbrio fiscal tão almejado pela LC n.º 101/2000.

Como indicador objetivo de sanidade das contas públicas, as metas fiscais definidas anualmente – em comparação com os exercícios anteriores e em projeção para os exercícios futuros – tornaram-se variável que permite ajustar a pressão da política monetária sobre o endividamento público. Dentre as metas fiscais, especialmente a meta de superávit primário é manejada para absorver os custos sobre a dívida pública causados pela administração da taxa de juros SELIC.

O serviço da dívida pública – mormente composto pelos juros que a remuneram – toma para si, sem propriamente haver sido submetido às mesmas regras de geração de despesa nova do marco de gestão fiscal responsável, um montante significativo de recursos públicos.[211] Por isso, para fazer frente aos elevados gastos com o serviço da dívida e para não permitir que ela cresça desordenamente, é que a formação de superávits primários[212] tem sido executada pelo Governo Federal, desde 1999, no seio da sua política de estabilização econômica.

---

[211] No ano de 2003, os gastos com o serviço da dívida foram da ordem de 145 bilhões de reais e o superávit primário conseguiu perfazer apenas cerca de R$ 69,5 bilhões.

[212] Nesse sentido, a crítica de Miranda [em trecho de discurso proferido na Câmara dos Deputados e disponível no endereço: <http://www.sergiomiranda.org.br/materias/materias.php?id=175>. Acesso em: 22/05/2005, é deveras pertinente. Senão veja-se: "O superávit primário [apenas do Governo Federal] de 42 bilhões de reais significará [em 2004] 16,7% da receita corrente líqüida.

Ora, esse indicador vem crescendo desde 2001: era 13, passou para 15, agora, chegará aos 17%. Tudo que se arrecada será reservado ao superávit primário.

Devemos discutir superávit primário: esse seria para quê? Para viabilizar as despesas financeiras do Orçamento.

Srs. Deputados, parece-me que, **quando discutimos o Orçamento, não incluímos mais o orçamento fiscal e o orçamento da seguridade social. O que se discute - apesar de termos um Orçamento de 1 trilhão e 490 bilhões - são 402 bilhões, as chamadas receitas não-financeiras e, a partir daí, discute-se as despesas não-financeiras. E sobre o resto, 1 trilhão a mais do Orçamento, ninguém discute. Quando abordei essa questão disseram-me que era fictícia, tratava-se da rolagem da dívida, algo meramente financeiro.**

**Meus amigos, esse é o Orçamento real deste País, é o Orçamento da dívida. Dos 402 bilhões, das chamadas receitas não-financeiras, 60 bilhões vão para transferências; sobram 340 bilhões. Há 120 bilhões**

A dívida líquida do setor público tem crescido não obstante o forte compromisso governamental com o atingimento (e por vezes superação) da meta de superávit primário, porque a meta de resultado nominal[213] não tem sido observada como referência normativa de igual estatura jurídica que aqueloutra.

Desde o advento da LC n.º 101/2000, perseguir a meta de resultado primário e flexibilizar o atingimento da meta de resultado nominal tornou-se prática pouco questionada, por mais que estivesse em franco desacordo com a própria LRF, em seu art. 4º. Isso porque a meta de resultado nominal, ao envolver os custos do serviço da dívida, evidencia também os custos da política monetária, com a alteração da taxa básica de juros e com o manejo do câmbio.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (que anualmente aponta – em anexo específico – como se deu o cumprimento das metas do exercício anterior e que lança metas para o exercício de referência e dois seguintes) vincula o gestor público. Como já dito, sob o risco de afetação das metas fiscais, não podem ser geradas despesas novas, concedidas isenções fiscais ou mesmo empenhadas despesas caso haja frustração de receitas.

No que se refere à meta de resultado nominal, torná-la vinculante – tal como o é a meta de resultado primário[214]– passaria por dois esforços distintos,

---

**para a Previdência; 82 bilhões para pagamento de pessoal. No fim, sobram 90 bilhões. Se retirarmos o superávit primário de 42 bilhões, temos um Orçamento de receita disponível apenas de 40 e poucos bilhões.**

**Então, o Orçamento Geral de 1 trilhão e 490 bilhões será reduzido a 40 e poucos bilhões.** E vamos discutir aqui objetivamente os 2,5 bilhões disponíveis para as emendas dos Deputados. Se conseguirmos ampliar essas emendas, dobrando nossa intervenção no Orçamento de 1 trilhão e 490 bilhões, os Deputados trabalharão com 5 bilhões. Vamos atender às reivindicações dos nossos Estados, discutir com nossos eleitores e com os Governadores em torno de parte ínfima do Orçamento.[...]

O Orçamento não se trata apenas da nossa emenda individual, da emenda de bancada. O debate orçamentário, que extrapola isso tudo, deve-se vincular aos grandes números da política econômica. O Orçamento revela as preferências e a essência da política econômica.

Espanta-me a consideração de que o superávit primário é necessário para manter estável a relação dívida/PIB. Não mantém, porque a relação dívida/PIB é como se fosse uma fração – a dívida sobre o PIB. Como o que cresce na dívida são juros, o câmbio e o esqueleto, se tivéssemos política de crescimento do PIB, essa relação diminuiria. Mas, se não cresce o PIB, como não está crescendo, aumenta-se a relação, por mais que façamos superávit. A política fiscal não agüenta a política monetária e cambial. E os números são flagrantes em relação a isso.

**Fizemos superávit primário praticamente todos esses anos a partir de 1998. Em 1999, houve superávit primário de 3.19, e pagamos 8.97% de juros; em 2000, fizemos superávit primário de 3.46, e pagamos de juros o dobro, 7.08%; em 2002, 3.9, e pagamos 8% de juros.**

Agora, após esse enorme esforço fiscal, o superávit foi de cinco pontos até julho de 2003 e – pasmem, meus amigos, meus caros colegas – pagamos 10.18% de juros. A dívida aumentou na sua proporção em relação ao PIB e vem aumentando constantemente, porque não depende da realização de superávites primários. Ao contrário, se fôssemos capazes de usar o percentual desse superávit para incentivar o desenvolvimento, a partir do crescimento do nosso mercado interno e com repercussões no crescimento do PIB, diminuiríamos a relação dívida/PIB." (grifo nosso)

[213]Em cujo cômputo estão incluídos os gastos com o serviço da dívida, diferentemente do que ocorre com o resultado primário.

[214]Em 2005, a meta de superávit primário é de 4,25% (quatro inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do PIB, ou seja, cerca de R$72.000.000.000,00 (setenta e dois bilhões de reais).

mas não necessariamente incompatíveis entre si, quais sejam, ampliar o resultado primário e reduzir o serviço da dívida. Em outras palavras, economizar mais (hoje os três níveis da Federação e as empresas estatais formam superávit que ultrapassa a casa dos R$98,6 bilhões anuais[215]) e gastar menos com a despesa com os encargos e juros da dívida (estimados para 2005 em torno de R$146,5 bilhões[216]).

Nem se diga que o caminho passa exclusivamente pela limitação de despesas não financeiras ou de despesas correntes, para que haja ampla margem de discricionariedade na consecução da política monetária. E aqui cumpre abrir uma breve digressão em torno de tal "discricionariedade técnica".

Em nome de uma definição técnica do Comitê de Política Monetária (COPOM) do Banco Central do Brasil – que se perfaz independentemente do debate legislativo sobre a peça orçamentária –, a fixação da taxa de juros SELIC (para cumprir o regime de metas de inflação) tem sido executada, com lastro no art. 17, §6º da LRF, sem qualquer correspondência com a existência de fonte de custeio que lhe cubra os custos.

Problema ocorre quando as despesas financeiras decorrentes do manejo da taxa de juros exorbitam o planejamento orçamentário e resultam no dever de adotar uma de duas alternativas igualmente perversas, quais sejam, ou se admite a ampliação da dívida pública, ou – para ampliar o superávit primário – deixa-se de executar (parcial ou integralmente) políticas públicas de guarida constitucional e regularmente aprovadas no orçamento.

Na primeira das hipóteses, se a dívida líquida do setor público é majorada pela absorção – no montante total da dívida consolidada – do serviço da dívida não pago no exercício de origem, serão descumpridos, pelo menos, dois dispositivos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal. Não será atingida a meta fiscal que fixa o montante da dívida pública, na forma do que dispõe o art. 4º, § 1º da LC n.º 101/2000, assim como não serão cumpridos os limites[217] de endividamento (dívida consolidada e mobiliária) na forma do que dispõe o art. 30 da supracitada Lei.

Dito de forma mais direta, admitir a expansão da dívida líquida do setor público como meio de absorver os custos da política monetária significa, entre outras coisas, descumprir a meta de montante da dívida e, o que é mais

[215]Segundo informa o jornal *Folha de S.Paulo*, à página B3 do caderno Dinheiro de 24/12/2005, com base em dados produzidos pelo Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (BC-DEPEC).

[216]Dado disponibilizado pelo Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (BC-DEPEC) que foi extraído do jornal *Folha de S.Paulo* em matéria veiculada na página B3 do caderno Dinheiro de 24/12/2005.

[217]Tais limites deveriam ter sido normatizados para a União, mas ainda não o foram.

problemático do ponto de vista da discursividade democrática, aceitar a inexistência de limite para o endividamento público da União.[218]

Por outro lado, a segunda hipótese de absorção do serviço da dívida, se levada ao paroxismo, traz consigo restrições orçamentárias às demais políticas públicas, especialmente às políticas de atuação positiva (também conhecidas como prestacionais). O resultado prático para o cidadão afetado será a percepção de uma progressiva inoperância do Estado no cumprimento de suas competências constitucionais, razão pela qual o Judiciário será – como já vem sendo – demandado para controlar a omissão do Executivo no atendimento às ações de saúde, de manutenção de rodovias, de vigilância sanitária, entre outras possibilidades de lesão a direito ou de dano à coletividade.

Deixar de executar políticas públicas – seja parcial ou integralmente – por meio das figuras do contingenciamento de empenhos e da pura e simples inexecução do total da dotação autorizada pela lei de orçamento anual só representará uma atuação constitucionalmente adequada se, diante do caso concreto, houver motivação e respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

Não se pode olvidar, dentro do que Clève (2003) chama de "dogmática constitucional emancipatória", que o Estado tem deveres constitucionais[219] para promover a dignidade da pessoa humana seja por meio do respeito aos direitos fundamentais, seja por meio da vedação de "retrocesso social" em relação ao *quantum* e à qualidade da ação governamental que visa a assegurar tais direitos.

Ora, a tensão democrática entre todas as políticas públicas por maiores recursos orçamentários deve ser promovida no espaço aberto de deliberação entre Legislativo e Executivo. Nenhuma despesa pode ser gerada ou majorada como se fora independente das demais, porque o que é acrescido à conta do serviço da dívida, por exemplo, certamente será retirado de outras dotações.

Nunes (2005) traça, a respeito do desequilíbrio entre Executivo e Legislativo nos processos de aprovação e execução do orçamento da União, um

[218]A ambivalência é notória quando se retoma o comando inscrito no art. 30, I da LRF que fixou prazo de 90 (noventa) dias para edição de projeto de resolução (a ser aprovado pelo Senado Federal) que fixasse os limites da dívida consolidada de todos os entes da Federação, na forma do que dispõe o art. 52, VI da Constituição de 1988. Ora, certo é que só foi aprovada Resolução que limitou o endividamento de Estados e Municípios, tratando, pois, da Resolução do Senado Federal n.º 40/2001. Ora, a dívida consolidada da União tanto não foi normatizada, como ainda segue sem qualquer limite para sua majoração.
A isso deve se somar outro preocupante fato, qual seja, o de que tampouco foi editada a lei a que se refere o art. 48, XIV da Constituição de 1988, no sentido de fixar os limites para a dívida mobiliária federal. O art. 30, II da LRF, nesse sentido, também fixou prazo de 90 (noventa dias) para o envio de projeto de lei que dispusesse sobre os limites da dívida mobiliária federal e que viesse "*acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União*".

[219]Na forma respectivamente dos arts. 144, 196 e 205, todos da Constituição de 1988, podem ser arrolados – ilustrativamente – como deveres do Estado a segurança pública, a saúde e a educação.

quadro[220] de profunda incapacidade de análise e controle deste último sobre aquele poder, uma vez que não se abre ao Legislativo a possibilidade de debater a política de estabilização econômica do governo. Daí resulta a interdição do debate sobre os severos impactos orçamentários de tal política tanto no conjunto da execução da LOA, quanto na expansão da dívida pública.

Para evidenciar a necessidade de que tratou Nunes (2005) de desinterditar o debate sobre os impactos fiscais da política monetária, tem-se, em uma conta muito singela e genérica, que, se o montante de 52,47% (cinqüenta e dois inteiros e quarenta e sete centésimos) da dívida pública é indexado à taxa de juros SELIC e se a dívida pública brasileira está em R$ 984.949.110.000,00 (novecentos e oitenta e quatro bilhões novecentos e quarenta e nove milhões e cento e dez mil reais) em novembro de 2005,[221] qualquer aumento de 0,5% (cinco décimos

[220]De acordo Nunes (2005, p. 06-07, grifo nosso) em questão, "Para evitar que os cortes [na execução do orçamento] pudessem ser discricionários, a LRF já havia exigido que o contingenciamento fosse realizado de acordo com critérios previamente definidos na LDO. Essa inovação, no entanto, acabou tendo pouco efeito prático, pois os dispositivos inseridos na LDO [Artigos 5º e 73 da LDO/2005, que previam a remessa à CMO de relatórios de avaliação, por órgão, dos efeitos dos decretos de limitação de empenho, informando os percentuais de limitação aplicados aos programas, em cada unidade orçamentária] pelo Congresso para reduzir a margem de discricionariedade foram vetados pelo Poder Executivo.
Estes são exemplos de como a tramitação de todas as peças do ciclo orçamentário - Plano Plurianual-PPA, LDO e LOA - está contaminada pelo mesmo tipo de subordinação do Legislativo ao Executivo, dificultando inclusive uma maior integração entre planejamento e orçamento. **O aspecto mais relevante refere-se à dissociação entre o debate sobre orçamento e as questões de política econômica.** Contrariamente ao objetivo original, as metas de resultado primário propostas pelo Executivo muitas vezes sequer chegam a ser discutidas no Congresso; e quando são, como ocorreu no episódio da tramitação do PPA 2004-2007, o Executivo reage fortemente. Nesse caso em particular, que constitui excelente exemplo, a articulação política do Executivo culminou na derrubada do relator, o Deputado Roberto Saturnino (PT/RJ) e sua substituição pelo Deputado Sibá Machado (PT/AC), simplesmente porque o parlamentar ousou discutir uma redução gradual das metas de resultado primário. O novo relator manteve a proposta encaminhada pelo Executivo, sem alterações.
Nesses termos, **ficam à margem do Congresso Nacional as discussões sobre o nível de endividamento, a taxa de juros, real e nominal, e os principais parâmetros macroeconômicos (inflação, massa salarial, câmbio e crescimento econômico), que são tomados como dados no orçamento. E, principalmente, ficam à margem do Congresso Nacional as discussões de fundo sobre política econômica**. Na área econômica do governo, argumenta-se que ao Congresso Nacional não compete discutir política monetária, nível de juros e controle da inflação, **questões consideradas excessivamente "técnicas". Essa postura do governo interdita o debate.**
Ocorre que **todas as decisões de política econômica refletem-se no tamanho do orçamento possível**, que passa a ser também um dado. **O exagero de dosagem na fixação da meta de resultado primário trata os gastos sociais como políticas de segunda classe, prática que, aliada a problemas gerenciais e ao contingenciamento preventivo, termina por comprometer a execução de todas as políticas públicas.**
[...]
Em termos percentuais, sobram menos de 10% do orçamento se descontadas todas as despesas rígidas (juros, transferências constitucionais para Estados e Municípios, pessoal, previdência, vinculações constitucionais e legais, inclusive para educação e saúde).
O risco para a sociedade civil, neste aspecto, refere-se justamente a uma eventual desvinculação constitucional para educação e saúde. **Uma reclamação cada vez mais freqüente da área econômica do governo refere-se a um "excesso de vinculações", que dificultaria a gestão dos recursos orçamentários e reduziria o espaço para contingenciamento. À medida que a despesa com juros aumenta, na tentativa de manter estável a relação dívida/PIB, aumenta a sanha arrecadatória e contingenciadora do governo, ameaçando inclusive conquistas sociais históricas. Isto só mostra o quanto é urgente também desinterditar o debate sobre política econômica**."

[221]Ambos os dados sobre a dívida líquida do setor público (número absoluto) e percentual dos títulos

por cento) na taxa SELIC significará, no ano, gasto público adicional com o serviço da dívida de aproximadamente de R$2.091.539.435,09 (dois bilhões noventa e um milhões quinhentos e trinta e nove mil quatrocentos e trinta e cinco reais e nove centavos).

Como o orçamento é rol fechado de receitas escassas que têm de ser distribuídas competitivamente entre as mais variadas despesas, se uma política pública (como o é a política monetária) amplia o serviço da dívida em cerca de dois bilhões de reais, alguma outra dotação orçamentária haverá de ser contingenciada para que, ao final, o resultado das contas públicas seja equilibrado.

Deveras ilustrativo para atestar a dificuldade em expor o tema dos efeitos fiscais da política monetária à discursividade democrática – por meio, no mínimo, da abertura ao debate parlamentar – residiu no impasse havido na relatoria do projeto de lei de Plano Plurianual da União em 2003, o qual, aprovado, tornou-se a Lei n.º 10.933, de 11 de agosto de 2004, que tem vigência fixada para o período compreendido entre 2004-2011. A esse respeito, Miranda[222] informa que:

---

indexados de forma pós-fixada à taxa SELIC têm como referência o mês de novembro de 2005 e foram consultados nas séries temporais do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (DEPEC-BACEN). Tais séries encontram-se disponíveis no endereço: <http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/>. Acesso em: 26 dez. 2005.

[222]Em texto disponível no endereço: <http://www.sergiomiranda.org.br/materias/materias.php?id=179>. Acesso em: 22 maio 2005, Miranda (2005, grifo nosso) ainda noticia que: "Até hoje, todos os Planos Plurianuais excluíram o tratamento da dívida pública. Isso se dá em confronto aberto com a Constituição. O parágrafo 1º do artigo 165 da Constituição diz o seguinte: 'A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (...)'.

Ora, a amortização da dívida, em qualquer manual de finanças públicas, é definida como despesa de capital – logo, deveria ser tratada no PPA. Mas houve uma exclusão explícita e proposital desse tema. E por que isso ocorreu? Porque **a dívida pública não pode ser discutida no Congresso Nacional. Não pode ser discutida porque não pode ser alterada, como agora ficou evidente quando o Senador Roberto Saturnino procurou mudar as metas de superávit primário. E não pode também ser discutida porque não pode ser comparada com outras despesas públicas, pois assim ficariam evidentes as distorções profundas do destino dos recursos públicos em nosso país. As necessidades sociais têm sido deixadas em segundo plano, porque o que há de mais importante é o serviço da dívida. A dívida se transforma, assim, quase em um fenômeno da natureza, foge do controle e do alcance da sociedade.**

Mas a questão do endividamento público merece um debate mais profundo, como pré-condição para uma proposta de desenvolvimento do país. Há uma enorme manipulação de dados e informações sobre este tema. Por exemplo, divulga-se a idéia, que já se tornou senso comum, de que o superávit primário destina-se ao pagamento de juros – e considera-se o pagamento de juros semelhante a outros dispêndios de responsabilidade do Estado.

Mas isso não deve ser encarado dessa forma. A essência da política econômica financeira, ao considerar a estabilização da relação dívida/PIB como questão central, está em função da manutenção do valor real desses ativos financeiros. Superávit não se destina a pagar juros, mas para manter estável a relação dívida/PIB, para dar garantia de que o Estado brasileiro sacrificará os interesses do povo para cumprir os seus compromissos com os detentores de títulos da dívida pública. O superávit garante a solvência da dívida pública, pois aos credores não interessa que a dívida seja saldada, e sim manter a valorização dos seus títulos.

Essa é a chave que decifra a atual política econômica: o que é dívida para o Estado é patrimônio para o setor privado! E foi a partir da adoção das políticas neoliberais que parte cada vez mais considerável da riqueza passou a ser representada por títulos financeiros, especialmente por títulos da dívida pública.

A principal decisão do relator [Roberto Saturnino – PT/RJ] foi a alteração da meta de superávit primário para os próximos quatro anos. Isso foi encarado pelos condutores da política econômica como heresia, levando o governo a derrotar o relatório Saturnino na Comissão de Orçamento. A intransigência do governo em manter a meta de superávit bloqueou o debate de todas as demais questões, o que mostra bem a prioridade que tal meta assume aos olhos de nossas autoridades econômicas.

Neste caso da redução do percentual da meta do superávit, o senador baseou-se num raciocínio inteiramente correto. O indicador econômico mais importante da consistência da situação fiscal é a queda da relação dívida/PIB; esse tem sido apontado como o objetivo estratégico da política econômica. Essa queda pode acontecer de duas formas: com a diminuição da dívida ou com o aumento do PIB. Como a previsão orçamentária era de crescimento do PIB de 3,5% para 4% já em 2004, poder-se-ia diminuir um pouco o superávit primário, mantendo-se a tendência declinante da relação dívida/PIB. Foi o que fez o senador. Esta pequena redução do percentual não foi adiante porque, na perspectiva oficial, a queda do superávit, mesmo que pequena, sinalizaria um relaxamento no cumprimento das metas fiscais e que isso abalaria a credibilidade do governo junto aos mercados – mesmo que tal redução, como vimos, mantivesse a tendência de queda na relação dívida/PIB. O que o senador pretendia, com a redução do superávit, era viabilizar o aumento do investimento em infra-estrutura, medida fundamental para a retomada do desenvolvimento. **O problema do superávit, ao esterilizar uma massa enorme de recursos extraídos da sociedade através de tributos, é que ele leva à paralisia da máquina pública e à diminuição de investimentos num momento em que a sucateada infra-estrutura do país tem necessidade absoluta de recursos para construção e manutenção de estradas, portos, pontes, geração de energia etc. Sem falar na necessidade de ampliação dos gastos sociais, que poderia ser viabilizada com esses recursos.**

---

Essa riqueza foi assumindo, então, a hegemonia econômica sobre a nação e passou a balizar a própria política econômica, tanto a política fiscal como a política monetária.

Essa prioridade se expressa concretamente no superávit primário. Não como fonte de recursos para pagar os juros da dívida, mas como mecanismo financeiro de manter a solvência da dívida, ou seja, o seu valor enquanto patrimônio privado.

**No ano de 2003, por exemplo, enquanto o superávit da União alcançou 40 bilhões de reais, o pagamento de juros com recursos do Tesouro, isto é, em dinheiro, foi aproximadamente de apenas 300 milhões de reais.**

**Poderíamos, na discussão sobre o PPA no Congresso Nacional ter tentado voltar ao superávit primário previsto no acordo do FMI de 2002, de 3,75% do PIB durante os próximos três anos, como propunha o senador Saturnino.** Infelizmente, isso não ocorreu e o relatório do senador, que contou com nosso voto, foi derrotado.

O povo brasileiro deve insistir na priorização desse debate. Caso se mantenham a exigência da construção de um projeto de desenvolvimento nacional e do enfrentamento das graves distorções sociais, mais o debate sobre o endividamento público se tornará presente no ambiente político deste país. Afinal, o Estado hoje está servindo principalmente para retirar recursos de forma extorsiva da sociedade através de uma carga tributária insuportável e transferi-los para o setor financeiro. O Estado que queremos tem obrigações nas soluções dos problemas de desenvolvimento, na criação de um projeto nacional que faça a economia crescer, com distribuição de renda e com solução dos problemas sociais do país."

> Mas por que isso ocorreu? **Por que o Ministério da Fazenda bloqueou a redução do superávit no PPA se o indicador da relação dívida/PIB se manteria?** Será porque os mentores da política econômica não acreditam nos índices de crescimento que eles próprios estimam para a economia? Ou revela sua total subserviência aos ditames do mercado financeiro?
>
> **Mas essa discussão não envolve apenas a interdição das decisões sobre a questão do superávit. Ela envolve o impedimento do debate sobre a própria dívida pública.** (grifo nosso)

Por sua vez, a tese de que a dívida pública está em regime de franca aceleração por força das despesas correntes é míope porque não leva em conta o crescimento correlato das receitas correntes, das demandas prestacionais oriundas da própria expansão populacional[223] e, especialmente, o próprio impacto da administração das despesas financeiras.

Daí decorre que a grande armadilha conceitual da proposta de "déficit nominal zero" – a ser alcançado com maior desvinculação de receitas da União e maior formação de superávit primário – reside no fato de que seguirão sem referência de limite orçamentário as despesas com o serviço da dívida.

Sem qualquer limite ou baliza discursiva sobre quanto custa e de onde retirar recursos para acobertar a despesa gerada por sua decisão, o Conselho de Política Monetária do Banco Central (COPOM) tem aumentado a taxa de juros SELIC fora do ciclo orçamentário que impõe à União o cumprimento de metas de resultado nominal e de montante da dívida pública. A propósito, vale lembrar que o COPOM majorou a taxa SELIC de setembro de 2004 a maio de 2005, em 3,75% (três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento),[224] o que – em uma conta também bastante genérica – corrigiu 52,47% (cinqüenta e dois inteiros e quarenta e sete centésimos por cento)[225] dos títulos públicos (porquanto pós-

[223] Além disso, é inerente ao caráter de progressividade das políticas públicas prestacionais que, em suprindo as demandas por sobrevivência (como alimentação e saúde), o Estado seja chamado a manter estruturas que garantam acesso à cultura, à educação, ao lazer, ao meio ambiente equilibrado, entre outros direitos. Como, na verdade, as ações, por exemplo, de combate à fome e de garantia de saúde à população não podem deixar de ser mantidas, mesmo quando gradativamente a sociedade for evoluindo em seu padrão de bem-estar (cujo indicador mais interessante é o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH), o Estado continuará sendo demandado nessas ações básicas, sem ter como se afastar das ações de garantia a outros direitos mais sofisticados.

[224] A taxa em setembro de 2004 era de 16% (dezesseis por cento) e chegou em maio de 2005 a 19,75% (dezenove inteiros e setenta e cinco centésimos por cento). A aludida taxa de juros SELIC fechou o ano de 2005 no patamar anual de 18% (dezoito por cento). Tal dado foi extraído das séries temporais elaboradas pelo Departamento Econômico do Banco Central (BCB-DEPEC) e encontra-se disponível no endereço eletrônico <http://www.bcb.gov.br> (Acesso em: 26 dez. 2005).

[225] O citado percentual dos títulos pós-fixados com indexação à taxa SELIC tem como referência o mês de novembro de 2005 e foi consultado nas séries temporais do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (DEPEC-BACEN). A série em questão está disponível no endereço <http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/> (Acesso em: 26 dez. 2005).

fixados à variação da taxa SELIC) e significaria – se efetivamente fosse mantido o patamar de 19,75% da taxa de juros SELIC por um ano – aumento de gasto público da ordem de R$15.686.545.763,14 (quinze bilhões seiscentos e oitenta e seis milhões quinhentos e quarenta e cinco mil novecentos e setecentos e sessenta e três reais e quatorze centavos).[226]

Comparando esse dado bruto de aumento de despesa financeira havido no lapso de apenas oito meses, tem-se que os dezenove bilhões e quinhentos milhões de reais que seriam (aproximadamente) gastos com o aumento de 3,75% na taxa SELIC correspondem, respectivamente, a cerca de 40,22% (quarenta inteiros e vinte e dois centésimos por cento) da dotação autorizada para as ações da função saúde e 85,22% (oitenta e cinco inteiros e vinte e dois centésimos por cento) para as ações de educação, no Orçamento Geral da União.

Tal comparação advém do cruzamento de dados decorrente do fato de que, em 2005, o Orçamento da União[227] previu R$ 39.000.368.747,00 (trinta e nove bilhões trezentos e sessenta e oito mil setecentos e quarenta e sete reais) para as ações destinadas ao atendimento da função saúde e R$ 18.408.140.921,00 (dezoito bilhões quatrocentos e oito milhões cento e quarenta mil novecentos e vinte e um reais) para as ações na função educação.

Esses mesmos quinze bilhões e seiscentos milhões de reais absorveram algo em torno de 15,91% (quinze inteiros e noventa e um centésimos por cento) de todo o superávit primário dos três níveis da federação formado no ano de 2005.[228] O esforço fiscal, além de não ser suficiente para o serviço da dívida indexado à taxa de juros até então vigente, logo foi consumido pelos aumentos freqüentes na taxa SELIC, o que, por sua vez, só fez expandir o serviço da dívida e, conseqüentemente, o montante total da dívida consolidada.

A desnecessidade de apresentar fonte de custeio, a falta de limite para o endividamento da União (seja quanto à dívida consolidada, seja quanto à dívida mobiliária) e a inexistência de metas vinculantes de resultado nominal

[226]Resultado da equação: 3,75% x (52,47% x R$ 984.949.110.000,00), onde 3,75% foi o aumento da taxa SELIC (considerando que ele seria mantido por um ano), 52,47% é o índice de indexação à taxa SELIC da dívida pública brasileira e o valor nominal de R$ 984.949.110.000,00 corresponde ao montante total da dívida pública em novembro de 2005, segundo informa o Banco Central (por meio de séries temporais disponíveis no endereço: <http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/>. Acesso em 26 dez. 2005).

[227]Dados da execução por funções (saúde e educação) do Orçamento de 2005 da União constantes do seu Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), atualizados até 28 dez. 2005 e disponíveis no sítio <http://contasabertas.uol.com.br/Siafi2005/basica-programa.asp> (Acesso em: 29 dez. 2005).

[228]O dado divulgado, em 24 dez. 2005, pelo "Caderno Dinheiro" do jornal *Folha de S.Paulo* (p. B3) é de que o superávit primário dos três níveis da federação alcançou R$98,6 bilhões (noventa e oito bilhões e seiscentos milhões de reais) ou seja, 5,58% do PIB, superando em R$15,8 bilhões (1,33% do PIB) a meta fixada na LDO (que era de R$ 82,8 bilhões, ou seja, 4,25% do PIB). Vale lembrar que, não obstante esse significativo esforço fiscal, os recursos poupados no resultado primário não foram suficientes para cobrir os gastos com juros que chegaram a R$146,5 bilhões, ou seja, 8,28% do PIB.

e de montante total da dívida pública levam ao cenário de aparente liberdade orçamentária absoluta na geração de despesas decorrentes da fixação da taxa de juros SELIC.

Trata-se de irresponsabilidade fiscal – notadamente pela perda da referência dos limites reciprocamente considerados de autorização para realização de políticas públicas – a geração de despesas financeiras independentemente do que fora aprovado na lei de orçamento anual. Vale dizer, a majoração de uma despesa significa, forçosamente, a contenção de outras, ressalvada a hipótese de excesso de arrecadação, o qual pode ser usado no acréscimo de dotações já existentes (crédito adicional suplementar) ou na criação de novas dotações (crédito adicional especial).

Se tal majoração de despesa ocorre em patamares elevados e em caráter reiterado – a título de ser medida "técnica" absolutamente necessária para o enfrentamento da instabilidade inflacionária –, no médio prazo, restará sedimentada uma crise fiscal dada a própria insustentabilidade da dívida líquida do setor público e da sua rolagem.

Crocco e Jayme Jr. (2003, p. 130-131) lecionam que a falta de coordenação entre as políticas monetária e fiscal pode levar a "situações altamente prejudiciais ao desempenho da economia". Exemplo disso, segundo os aludidos autores, seria a hipótese de:

> uma política monetária baseada em taxas nominais de juros elevadas (como o que ocorre no Brasil atualmente), que conduz a um desequilíbrio fiscal estimulado fundamentalmente pelo custo de rolagem da dívida mobiliária. Nesse caso, a relação dívida líquida/ PIB tende a aumentar, a menos que se produza superávits primários crescentes ou que o PIB cresça acima do aumento da dívida líquida, o que é virtualmente impossível sob uma política monetária contracionista.

Por essa razão é que Crocco e Jayme Jr. (2003, p. 131) defendem ser "fundamental, nesse caso, uma coordenação de políticas em que não haja dominância fiscal (a política monetária sendo determinada pela política fiscal) ou dominância monetária (o inverso), [devendo ser] [...] as duas utilizadas, articuladamente, para a obtenção de estabilidade e crescimento."

Dada a falta de coordenação denunciada há pouco, a já bastante desarrazoada "dominância da política monetária" sobre a política fiscal – a que aludiram Crocco e Jayme Jr. (2003) – poderia ser acentuada com a aprovação de emenda constitucional que majorasse para 40% (do total de impostos e contribuições arrecadados) a desvinculação de receitas da União. Assim, de

acordo com Carvalho (2005b),[229] a aprovação de emenda constitucional que institua a "super-DRU" representaria um verdadeiro "golpe"[230] contra a

[229]Em artigo disponível na edição de jul. 2005 da *Revista Espaço Acadêmico* (<http://www.espacoacademico.com.br>. Acesso em: 24 ago. 2005).

[230]Carvalho (2005b) explica que "alterar a Constituição por um casuísmo é um golpe. Alterar a Constituição para defender uma opção de política econômica é um golpe. [...]
O objetivo do golpe é perpetuar a política econômica [...], garantindo a ela uma 'blindagem constitucional'. [...]
Os reais objetivos da proposta estão dissimulados sob uma apresentação 'técnica' [...]. Na base está o reconhecimento de que a atual política econômica é perigosa. Os juros altos impedem o crescimento sustentado, pressionam a dívida pública, o endividamento público não se reduz, o que é o argumento para mais juros altos, um círculo vicioso que preocupa até os seus beneficiários. Trata-se então de criar condições para reduzir os juros. [...]
Delfim [Deputado Federal Delfim Neto, que titularizou em 2005 a proposta de "déficit nominal zero"] e outros representantes do grande capital têm medo de que haja descontrole na economia, no caso de uma crise externa, e a dívida pública se torne inadministrável. Têm medo também de que o desgaste do governo Lula dê lugar a outro governo, o qual seria imprevisível, e poderia até mesmo tentar romper a ditadura dos credores e dos rentistas sobre o estado brasileiro. A questão crucial é garantir que os juros da dívida pública serão pagos com a pontualidade e a generosidade de hoje, por muitos anos à frente. Trata-se de estabelecer uma camisa-de-força: garantir, em preceito de natureza constitucional, que o pagamento dos juros da dúvida pública terá precedência absoluta sobre todos os demais compromissos do estado brasileiro.
Nada disso pode ser dito às claras, é óbvio. A proposta é justificada com a necessidade de baixar os juros. Entra aqui a pitada de lugar-comum, de bom senso de almanaque: o país precisa de 'contas em ordem', de 'equilíbrio fiscal'. É o truque de sempre: fica implícito que os juros são altos por conta do déficit fiscal. Esta tese nunca foi demonstrada. Sustentamos durante anos que o déficit cresceu nos governos tucanos por conta da política cambial e da estratégia de estabilização do Plano Real. Os juros são altos porque a dívida cresceu, porque a posição cambial do país é vulnerável e porque a política de Malan e Palocci é 'comprar' o apoio dos mercados "pagando" com juros imorais. Para não reabrir esta polêmica, vamos analisar a proposta dentro do pressuposto implícito dos seus autores, de que o problema é de natureza fiscal.
Em 2004, ano de grande crescimento econômico, o setor público gerou superávit primário de R$ 80 bilhões. Este é o resultado corrente de todos os níveis de governo: receitas tributárias menos despesas de custeio, políticas públicas, investimentos, previdência. O gasto com juros ficou pouco acima de R$ 128 bilhões, 7,3% do PIB brasileiro. Daí resultou R$ 47 bilhões (2,7% do PIB) de déficit nominal, o resultado final de todo o setor público, inclusive gasto com juros.
A proposta de Delfim é eliminar este déficit nominal, por meio de corte de despesas corrente do governo. Propõe para isso que seja reduzida em 20% a destinação obrigatória de recursos para Educação e Saúde, prevista na Constituição, e que a exigência de equilíbrio no resultado nominal se torne uma regra constitucional. Feito isso, nenhum governo poderá repor a obrigatoriedade das verbas sociais sem nova emenda constitucional.
Em troca, oferecem o quê? A promessa de que os juros cairão "naturalmente". É isso mesmo: uma promessa, uma simples promessa! Nenhuma exigência de que os juros caiam, nenhum compromisso prévio, nenhum prazo. E se o BC não baixar os juros, porque o petróleo subiu ou caiu, porque houve seca ou inundações, por causa do efeito estufa ou da guerra no Iraque? Bem, neste caso, o povão terá que esperar um pouco até que haja condições favoráveis para que os juros caiam enfim, como todos querem. Enquanto isso os rentistas e os banqueiros continuarão recebendo pontualmente suas rendas usurárias, a remuneração de que precisam para manter a credibilidade do governo.
[...] a proposta de Delfim [poderia ser discutida] com algumas exigências mínimas: a) limitação imediata do gasto do setor público com juros; se o objetivo é "economizar" R$ 47 bilhões, propor que 75% deste corte de gastos seja feito na conta de juros; assim, o gasto anual com juros deveria encolher em R$ 35,3 bilhões até o final de 2006 e não poderia superar 5,28% do PIB, ou R$ 92,7 bilhões a preços de 2004; b) corte de despesas correntes, no montante necessário para cobrir os 25% do déficit nominal, ocorreria apenas em 2006, com reversão automática em 2007; c) aprovação imediata do princípio do orçamento obrigatório, ou seja, o Executivo fica obrigado a executar o orçamento anual, sem a prerrogativa de retardar despesas ou de não realizá-las.
O sentido da proposta é simples: tratar da mesma forma as despesas correntes e as despesas com juros. Se os gastos com educação e saúde podem ser contingenciados, que o sejam também os gastos com juros.

Constituição, pois "esta é a única proposta no cenário político atual que implica mudanças nas instituições: quer alterar a norma constitucional que destina parcelas específicas do gasto público para educação e saúde e quer introduzir na Constituição a obrigatoriedade do déficit nominal zero."

Ora, tal como alerta severamente Carvalho (2005b), se se admitir maior desvinculação de receitas para cobrir os custos da política monetária, maior discricionariedade será conferida sem que se apure, em cada circunstância concreta, os motivos pelos quais se fizeram necessárias as majorações de despesa financeira que, na prática, restringem tantas outras políticas públicas. Tampouco, por outro lado, há guarida constitucional para a inexecução – ainda que parcial – de políticas públicas que, além de serem deveres do Estado, têm vinculação de percentual mínimo de gastos ou de destinação de receitas.

Outro exemplo evidente de baixo grau de transparência é a falta de efetividade no cumprimento do que dispõe o art. 9º, § 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal, a saber: "*§ 5º - No prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.*"

Tal como noticia Miranda (grifo nosso):[231]

> A intenção do Congresso foi a de que o Presidente do Banco Central do Brasil, a exemplo de seu congênere do *Federal Reserve* norte-americano, prestasse contas, semestralmente, dos custos de suas políticas aos parlamentares, como representantes do povo brasileiro.
>
> No entanto, **o Banco Central, desde a aprovação da LRF, passou a usar essas oportunidades como uma mera peça publicitária do governo, fazendo uma espécie de show multimídia numa apresentação genérica, em que não trazia ao conhecimento dos deputados e senadores dados específicos e precisos**.

O Congresso Nacional, para superar as insuficiências analíticas ocorridas na forma como o Banco Central brasileiro vem apresentando sua avaliação

Se o BC quiser praticar juros muito altos, os encargos não serão pagos e o BC que se entenda com os mercados. Na prática, isto obrigaria o BC a cortar os juros de imediato, aquilo que o autor da proposta 'promete'.
Em troca do sacrifício adicional dos gastos sociais até o final de 2006, a sociedade receberia a garantia de que o orçamento será cumprido de fato e de que os cidadãos terão os mesmos direitos aos recursos públicos hoje atribuídos apenas a banqueiros e a rentistas.
[Seria esse] um movimento em defesa da legalidade e da Constituição."

[231] Texto disponível em: http://www.sergiomiranda.org.br/materias/materias.php?id=306, acesso em 22 maio 2005.

semestral de cumprimento dos objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, apresentou emenda ao Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2005. O dispositivo alterado trata-se do § 1º do art. 108 do aludido projeto, que se segue:

> *"Art. 108. O impacto e o custo fiscal das operações realizadas pelo Banco Central do Brasil na execução de suas políticas serão demonstrados:*
>
> *I - nas notas explicativas dos respectivos balanços e balancetes trimestrais, a serem encaminhados ao Congresso Nacional até 60 (sessenta) dias do encerramento de cada trimestre, que conterão os custos da remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional e da manutenção das reservas cambiais e a rentabilidade de sua carteira de títulos, destacando os de emissão da União;*
>
> *II - em relatório a ser encaminhado ao Congresso Nacional no mínimo até 10 (dez) dias antes da reunião conjunta prevista no art. 9º, §5º da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000.*
>
> ***§ 1º No relatório de que trata o inciso II serão avaliados, especialmente, os custos para a União da execução da política de metas inflacionárias, de juros, de intervenção no mercado de câmbio, da manutenção de reservas, do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional - PROER, e das operações com derivativos e de outros fatores no endividamento público.***" (grifo nosso)

É Miranda[232] mais uma vez que esclarece que, "com isso, procurou-se estabelecer precisamente os dados que deveriam ser apresentados pelo Presidente do Banco Central, de forma que a demonstração semestral fosse transparente, objetiva e realmente informasse sobre os custos da política implementada por aquele órgão."

O dispositivo foi vetado e as razões do Governo para tanto calcaram-se no argumento de que não seria "possível avaliar inequivocamente, a priori," os custos da execução das políticas monetária, cambial e creditícia. E mais adiante, as razões de veto elucidaram que "a eventual apuração seria baseada em um conjunto de hipóteses sobre a evolução da economia que podem não se confirmar, até porque as políticas macroeconômicas executadas pelo Governo tenderão a minimizar os impactos vislumbrados pelos cenários estudados, levando a interpretações inconclusivas, que não contribuirão para o fim pretendido pelo comando da LDO." Para Miranda,[233]

[232]Texto disponível em: <http://www.sergiomiranda.org.br/materias/materias.php?id=306>. Acesso em: 22 maio 2005.

[233]Texto disponível em: <http://www.sergiomiranda.org.br/materias/materias.php?id=306>. Acesso em: 22 maio 2005.

> **Esses argumentos são evidentemente falaciosos. O § 1º não se refere a especulações sobre o futuro, mas à demonstração dos custos da política do semestre anterior. Não é uma definição a priori, mas uma prestação de contas a posteriori.** Não se trata de hipóteses, mas de fatos já ocorridos. Não se trata da evolução futura, mas de efeitos mensuráveis, que podem ser apurados com precisão, das políticas do passado. **Trata-se de saber quanto custaram as políticas passadas.**
>
> Nesse sentido, a Consultoria de Orçamento da Câmara dos Deputados, analisando esse veto, entendeu também falaciosos os argumentos, uma vez que **o parágrafo vetado regulamenta o art. 9º, § 5º da LRF, que dispõe que o Bacen, no encerramento de cada semestre, deve apresentar ao CN [Congresso Nacional] avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços., o parágrafo vetado não diz respeito a cenários futuros de custos ou de projeções de juros, mas da avaliação de resultados efetivamente obtidos comparados com as metas e objetivos do período analisado.**
>
> Ou seja, o governo, no afã de impedir qualquer questionamento com base em dados técnicos precisos sobre as políticas do Banco Central, não se incomoda em vetar uma norma aprovada pelo Congresso nesse sentido, valendo-se, na justificativa do veto, de argumentos distorcidos e premissas incorretas.
>
> Assim, além da blindagem jurídica consistente em estabelecer foro privilegiado no STF para o Sr. Meirelles, também coloca este acima de qualquer questionamento político pelos representantes do povo no Congresso nacional. Cria, portanto, a casta dos presidentes do Banco Central intocáveis [sic], daqui para frente.

Corroborando a inquietação de Miranda com o veto ao §1º do art. 108 da LDO para 2005 (Lei n.º 10.934, de 11 de agosto de 2004), as Consultorias de Orçamentos, Fiscalização e Controle – Senado Federal – e de Orçamento e Fiscalização Financeira – Câmara dos Deputados –, em Nota Técnica Conjunta de n.º 13/2004, consideraram que o dispositivo vetado trata de "relatórios de avaliação dessas políticas, dos custos incorridos e registrados em balanços, comparação de metas e objetivos e resultados efetivamente alcançados, nada tendo a ver, portanto, com cenários futuros, mas com resultados já obtidos." E,

> se não se pode estabelecer hipóteses, *a priori,* para uma possível trajetória da taxa de juros, fica-se impossibilitado até mesmo de elaborar o orçamento da União, uma vez que as variáveis macroeconômicas que fundamentam as previsões de receita e de algumas despesas, em especial as de juros, são previstas para assumirem determinados valores ao longo do ano, apoiadas na formulação de hipóteses sobre esse comportamento. No decorrer e no fim do exercício, compara-se o previsto com o realizado e procura-se determinar as razões para as variações eventualmente ocorridas.

Não se pode desconhecer o esforço parlamentar supracitado de expandir as possibilidades de controle segundo o que a LRF, em seu art. 9º, §5º, determina ser devido. Mas exatamente porque o Executivo tem esvaziado – como denunciara Miranda – o escopo da prestação de contas sobre os custos das políticas monetária, cambial e creditícia promovidas pelo Banco Central do Brasil, impõe-se aos juristas o dever de buscar submeter todas as despesas (em especial para o presente estudo, as despesas decorrentes da fixação da taxa de juros que remuneram a maior parte da dívida pública) ao crivo basilar do marco vigente de Estado de Direito, qual seja, o Democrático. Dessa forma, em se considerando – muito grosso modo – que a natureza mais ou menos democrática dos procedimentos determinados para fixar a atuação estatal reside na participação discursiva – direta ou indireta – de todos os interessados (Habermas, 1997), seria possível retomar alguns riscos de desvirtuamento e falta de transparência no cenário geral de formação das peças orçamentárias anuais da União.

Em grande medida, esses riscos estão postos diante da dificuldade de submeter a DRU e a fixação da taxa SELIC – como instrumentos normativos de administração do endividamento público que são – tanto à adoção de procedimentos legais padronizados de geração de despesa nova, quanto aos próprios limites de reforma à Constituição.

Em qualquer dessas interfaces arroladas para dizer da dificuldade de controle mais abrangente da DRU e da fixação dos juros, o que está por trás da necessidade de conclamar maior transparência em ambas é exatamente a natureza necessariamente democrática dos fluxos comunicativos que levam à elaboração e à execução dos orçamentos públicos no Brasil, em qualquer nível da federação. É essa a matriz principiológica da qual há que se partir.

Revisitar a finalidade da DRU, após cinco prorrogações (que a estenderam de 1994 até 2011), mostra-se, portanto, um exercício de retomar os resultados já obtidos durante sua vigência e de questionar a inversão subliminar de prioridades que vem ocorrendo na esteira de sua aplicação.

Por que inversão? Porque a liberdade dada constitucionalmente para alocar os recursos é instrumental de um dever também bastante acentuado por outro mecanismo conclamado a instruir a capacidade da União de gerir a crise financeira do Estado brasileiro, qual seja, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Em linhas mais diretas, tem-se que não pode ser dado à União dispor de 20% (vinte por cento) de aplicação livre de impostos e contribuições (sociais e CIDE'S) para que, noutra linha de administração da crise, ela adote uma taxa de juros tal, que – por si só – de uma única vez corrija a dívida pública em um montante de recursos a ser poupado muito penosamente durante todo o ano.

Toda e qualquer geração de despesa, segundo comando expresso da Lei Complementar n.º 101/2000 (também conhecida como Lei de Responsabilidade

Fiscal), deve ser antecedida de estudo sobre os impactos trazidos para as metas fiscais e assim também deveria se dar a fixação da taxa de juros SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), que corrige mais de 50% (cinqüenta por cento) dos títulos da dívida pública brasileira.

É grande o impacto das alterações da taxa SELIC sobre o conjunto da dívida pública tanto se se considerar, por um lado, conforme leciona Carvalho (2005, p. 382), que "a maior parte da DLSP [dívida líquida do setor público: indicador utilizado pelo Banco Central para o cálculo do endividamento do setor público] é formada, nos últimos anos, pela dívida interna líquida, da ordem de 46,3% do PIB no final de 2003, mais que o dobro do recorde da década de 1980, 22,4% do PIB em 1984". Quanto, por outro lado, se se considerar, de acordo com supracitado autor (2005, p. 382), que "a quase totalidade da dívida interna nos últimos anos é formada pelos títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional e pelo BCB, os quais constituem a Dívida Pública Mobiliária Federal (DPMF), equivalentes a nada menos que 43,3% do PIB no final de 2003". Como a DPMF é majoritariamente corrigida pela SELIC, a dívida pública brasileira correspondentemente será majorada a cada alteração positiva nessa taxa básica de juros definida mensalmente pelo COPOM.

Nesse sentido, pode-se ver o peso da decisão de majoração da taxa SELIC no custeio da dívida pública, conforme se depreende do GRÁF. 1 que mostra a distribuição por indexador da Dívida Mobiliária Federal, segundo dados do Banco Central do Brasil.

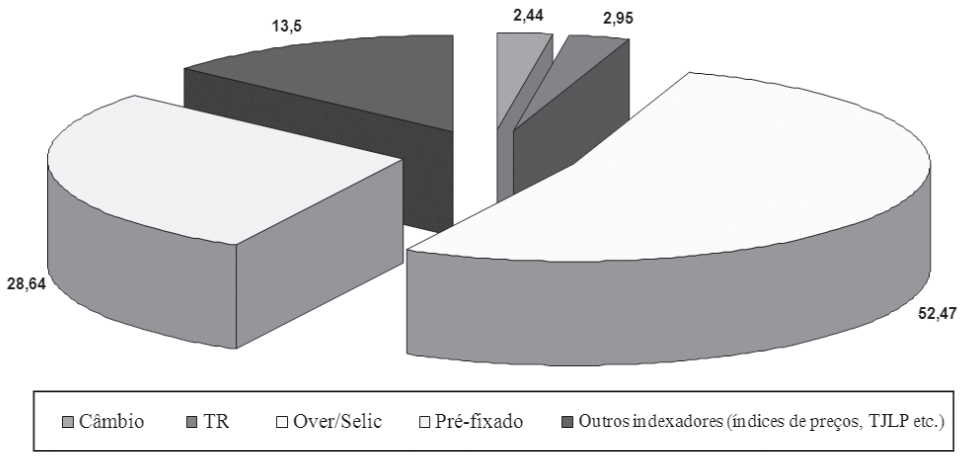



GRÁFICO 1 – Participação percentual por indexador na dívida mobiliária da União em novembro de 2005

Fonte: – Elaboração própria a partir de Banco Central do Brasil[234]

[234]Dados consultados nas séries temporais do Departamento Econômico do Banco Central do Brasil

Problema de larga monta se instala quando se identifica como mais adequados à gestão da dívida pública os títulos pré-fixados, porquanto menos suscetíveis às oscilações e pressões do mercado. Para Carvalho (2005, p. 392-393)

> A sucessão de mudanças abruptas na distribuição da dívida por indexadores refletiu as alterações nas expectativas sobre a política de juros e sobre a situação cambial do país. [...] de meados de 1995 a 1997 aumentou bastante a participação de títulos prefixados na dívida, a princípio os títulos mais adequados, por estarem imunes aos efeitos de flutuações nos juros e na taxa de câmbio no curto prazo. O agravamento do quadro cambial em 1998 [quando houve a maxidesvalorização do real em face do dólar], contudo, provocou uma reversão abrupta na composição da dívida e os títulos prefixados passaram a representar parcela ínfima do total em poucos meses – de 60,1% do total em junho de 1997 para 35,1% em junho de 1998 e apenas 1,7% em dezembro, às vésperas da desvalorização do real. Os títulos com correção cambial mostram comportamento oposto neste mesmo período, como seria de se esperar, e aumentam sua participação de forma expressiva também em 2001 e 2002, quando atingem o pico de 30,6% em junho. Com a redução do risco cambial e a tendência de revalorização do real, recuam para 19,8% em dezembro de 2002 e 9,9% no final de 2003.

Não há dúvida que os detentores de títulos públicos buscam remunerar-se conforme o indexador que lhes assegure maior prêmio de risco, razão pela qual, atualmente, como a taxa SELIC garante juros reais (ou seja, já descontada a inflação do período) de mais de 13% (treze por cento)[235] ao ano sobre o investimento em títulos da dívida pública, ela é o indexador mais utilizado na correção da DPMF.

Segundo Vaz (2004, p. 02), "para ser eficaz no controle inflacionário, o principal instrumento do BC é a alta taxa de juros. E, é contendo a economia, para enfraquecer a demanda, que se contém a inflação. A receita inclui, entre outros instrumentos, o desemprego, a queda da renda e do consumo das famílias, o desestímulo ao investimento privado." Ocorre, contudo, que, "em conseqüência de uma política monetária mais restritiva, com aumento dos juros

(DEPEC-BACEN), disponíveis em: http://www4.bcb.gov.br/pec/series/port/ . Acesso em: 26 dez. 2005.

[235]Segundo informa o sítio do Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2005), a meta de inflação para o ano é de 5,1% (cinco inteiros e um décimo por cento), podendo chegar, no máximo, a 7,1% (sete inteiros e um décimo por cento) e, em dezembro de 2005, a taxa de juros SELIC fixada pelo COPOM encontrava-se no patamar de 18,0% (dezoito por cento).
Segundo Oreiro *et al.* (2005, p. 02, grifo nosso), "o 'dilema dos juros' no Brasil hoje não se explica por uma elevada taxa real de juros de equilíbrio – nossas estimativas sobre o valor dessa taxa são de 6.5% ao ano – mas sim pela completa incapacidade do Banco Central do Brasil em fazer com que a taxa real de juros efetiva convirja para o valor de equilíbrio dessa taxa. Com efeito, **a taxa real de juros efetiva é atualmente superior a 13% ao ano**, ou seja, quase 100% maior do que a taxa real de juros de equilíbrio!".

ou contenção do crédito, exige-se também um maior esforço fiscal do setor público. Além de restringir ainda mais a economia e fazer crescer as reservas do Tesouro no Banco Central, ainda se ampliam as garantias para o credor financeiro." (VAZ, 2004, p. 03)

Para Carvalho (2005, p. 385, grifo nosso):

> Desde o início do Plano Real **o aumento da dívida pública representou uma válvula de escape para as tensões do programa antiinflacionário**. O aumento da dívida pública foi o instrumento que viabilizou a prática de juros reais elevados, a oferta de *hedge* nas ameaças de crise cambial, a viabilização dos acordos com os Estados e o reconhecimento de dívidas antigas – os 'esqueletos'. **A dívida pública representou a principal variável de ajuste, sem metas definidas e submetida reiteradamente a novas exigências, a depender de problemas e tensões indevidas**.

Ora, a contradição patente no atual sistema de condução da dívida nacional aos seus limites é que muito se toma a todas as demais políticas públicas[236], até mesmo mediante a medida extrema da desvinculação de receitas, para esse esforço de economia fiscal ser automaticamente consumido e revertido negativamente por meio de uma decisão administrativa, dita "técnica" e – pretensamente por isso – bastante discricionária, que fixa a taxa de juros em patamares elevados e não discutidos com os representantes da sociedade.

Como observa Carvalho (2005, p. 388), mais do que espaço de discricionariedade, tem havido – no debate sobre a dívida pública – uma verdadeira

[236]Juruá (2004, p. 02-03), a esse respeito, afirma tratar-se de "iniquidade social" tal conflito distributivo entre as políticas públicas prestacionais (como saúde, educação, assistência e previdência sociais) e os gastos com juros. Senão veja-se que, para a autora em questão, "A principal fonte de iniqüidade reside no desvio de recursos destinados constitucionalmente à sustentação financeira da Seguridade Social, para outras finalidades. A arrecadação conjunta das três contribuições sociais – COFINS, CPMF e CSLL – deverá atingir R$ 133 bilhões.
Somando-se este montante à arrecadação líquida do INSS (R$ 108 bilhões), deveríamos ter recursos largamente suficientes para cobrir todas as despesas da Previdência Social e para reajustar as aposentadorias, pensões e benefícios corroídos pela inflação. Mas não é isto o que será feito.
Nos seus pronunciamentos oficiais, representantes do governo insistem na tese de que a Previdência Social é deficitária. Adotam a premissa neoliberal de que a previdência deve ser financiada, exclusivamente, pela contribuições patronais e de empregados. Ora, isto não ocorre em nenhum país onde a proteção social foi socializada e é considerada um elemento de coesão social. No orçamento de 2005, a arrecadação líquida do INSS contribui com quase 80% dos gastos relativos a benefícios previdenciários. Percebe-se, por aí, que há um reforço da tendência de desvincular as contribuições sociais da cobertura dos benefícios previdenciários.
Esta tendência aponta para a montagem de um novo pacto social, caracterizado por traços de individualização da proteção social, no estilo da sociedade liberal que predominou até 1930, quando a questão social era vista como um caso de polícia!
Implantar padrões individualizantes de sobrevivência social em um país marcado por profundas desigualdades, com elevados índices de desemprego, com carências estruturais nas necessidades básicas (casa, alimentação, saúde e educação) é uma perversidade, uma injustiça, cuja conscientização pelas massas é um estímulo à violência e a condutas contrárias à ordem social."

"interdição". Para o autor em questão, há dois motivos poderosos a justificar o alto grau de dificuldade havido contemporaneamente na discussão sobre a dívida pública brasileira. Senão veja-se:

> De um lado, os títulos públicos lastreiam não só a maior parte da riqueza financeira líquida da sociedade, inclusive reservas e poupanças das empresas e indivíduos, como também as disponibilidades das empresas e o seu capital de giro. De outro lado, a acumulação de títulos públicos e de seus expressivos rendimentos representa um dos principais mecanismos de extração de renda da maior parte da sociedade em benefício dos credores do Estado, dos rentistas e das empresas e indivíduos que dispõem de liquidez.

O autor aprofunda o alerta da "interdição" para denunciar o próprio impacto das decisões sobre a dívida pública no conjunto das demais políticas públicas. Não só tem havido falta de transparência na tematização do financiamento da dívida pública, como também é anti-democrática tal interdição na medida em que as decisões tomadas pelo Executivo – unilateral e "tecnicamente" – afetam todo o restante da execução orçamentária da União. Para Carvalho (2005, p.388-389, grifo nosso), pois,

> **O entrelaçamento de interesses daí resultante** [da conjugação entre os dois motivos supracitados] **é um forte obstáculo a qualquer discussão sobre os significados e implicações dessa contínua transferência de renda, paga pelo Tesouro Nacional aos credores da dívida pública. Essa verdadeira interdição do debate apóia-se em teses simplificadoras, como a noção difundida de que a dívida pública é dinheiro que o governo "tomou emprestado" da sociedade e deve "devolver", nas condições contratadas.** Argumentos desse tipo cristalizam a enorme dificuldade de colocar na pauta da política econômica avaliações ponderadas sobre o papel da dívida pública nas economias contemporâneas, e sobre as causas do forte crescimento da dívida no Brasil nos últimos anos. **Tornou-se inquestionável que a dívida tem que ser honrada, tem que ser mantida "solvente", e toda a política econômica deve ser submetida a esse propósito, mesmo que à custa do sacrifício de direitos sociais relevantes, como a correção do valor das aposentadorias, e de objetivos econômicos incontestáveis, como a redução da carga tributária sobre a atividade produtiva**.
>
> Essa armação semântica e a situação legada pelos anos do governo F.H. Cardoso condicionaram fortemente as opções do governo Lula. **Manteve-se a mesma política de sacrificar tudo para impedir que a dívida pública continuasse em crescimento e viesse a ter sua solvência colocada em questão.** Essa foi a essência da política econômica do segundo mandato de F.H. Cardoso, depois da desvalorização cambial de janeiro de 1999: **absorvidos os custos da crise cambial pelo Tesouro, com o forte incremento**

**da DLSP, tratava-se de gerar superávits fiscais primários suficientes para cobrir a enorme elevação dos gastos com juros e assegurar que se tornassem efetivos os ganhos acumulados pelos detentores dos títulos públicos à custa do Tesouro Nacional**.

Em coerência com o Estado Democrático de Direito inscrito no texto da CR/1988, não basta denunciar a presente interdição/ impossibilidade de se submeter à discursividade democrática o tema da administração da dívida pública no Brasil. Importa fixar, neste ponto, que meio de corrigir tais desvios passa, entre outras alternativas, pela adoção vinculante da meta de resultado nominal e da meta de montante total da dívida pública nas leis de diretrizes orçamentárias que, anualmente, inscrevem – tal como dispõe o art. 4º da LRF – as balizas de equilíbrio intertemporal nas contas da União.

Pode haver controle jurisdicional sobre tal omissão reiterada, seja do Poder Executivo que propõe tais metas em caráter meramente indicativo e, assim, não as cumpre; seja do Legislativo que, quando da apreciação das contas de que trata o art. 71, I da CR/1988, não aponta tal falha; seja, enfim, do próprio Tribunal de Contas da União que, no âmbito de sua competência de controle dada pelo art. 59, §1º da LRF, deixa de alertar para o descumprimento dos limites e deixa de aplicar a sanção administrativa a que se refere o art. 5º, II e §1º da Lei n.º 10.028/2000.

Para tanto podem ser manejadas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º da CR/1988) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, na forma do que dispõe a Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Outrossim, vale suscitar também que a permanência do vazio legislativo quanto às competências inscritas no art. 48, XIV e 52, VI da Constituição da República – do qual decorre a ausência de limites normativos para a dívida mobiliária federal e para a dívida consolidada da União – também pode ser combatida por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De todo modo, certo é que a sustentabilidade da dívida líquida do setor público e o cumprimento das metas fiscais estão a demandar – não só a edição de atos normativos – como também renovada atenção em relação às possibilidades de controle:

a) jurisdicional, por meio, como já dito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental,
b) político, a ser exercido pelo Legislativo sobre o Executivo durante a apreciação da prestação de contas anual e até mesmo por meio da hipótese de crime de responsabilidade inscrita no art. 85, VI da CR/1988; e

c) administrativo, a ser exercido, notoriamente, pelo Tribunal de Contas da União, aplicando a Lei n.º 10.028/2000 e exercendo a competência que lhe foi atribuída no art. 59 da LRF.

No próximo capítulo, o tema do controle será mais detidamente abordado.

## 4.3 Expansão das receitas tributárias

Para além de uma análise estatística, cumpre neste tópico cuidar das alterações normativas que possibilitaram o avanço da arrecadação tributária da União a partir da década de 1990, o que ocorreu, por vezes, de forma controvertida em relação tanto à destinação do produto da arrecadação em desconformidade com a natureza jurídica da espécie tributária criada, quanto à regra de repartição entre os entes da federação.

Certo é que a Constituição – na fixação do Sistema Tributário Nacional – cuidou de outorgar competências aos entes da federação, limitar objetiva e consistentemente o exercício do poder de tributar, além de definir regras de repartição intergovernamentais. Como bem lembra Spagnol (2004, p. 89), "a Constituição Federal não cria tributos, mas outorga competência para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios fazê-lo."

Numa digressão necessária para que se controle o exercício da competência impositiva, é preciso identificar quais espécies de tributos podem ser criadas pelo legislador infraconstitucional e sob qual fundamento normativo. Vale notar, nesse sentido, que a Constituição de 1988 apenas explicitou genericamente, em seu art. 145, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria; assim como, em seus arts. 148 e 149, conferiu competência para a instituição respectivamente de empréstimos compulsórios e contribuições especiais (essas, por sua vez, subdivididas em sociais, interventivas e corporativas). Isso ocorreu porque as definições do que seja tributo e de como identificar suas espécies no ordenamento vigente foram remetidas, pelo art. 146, III, "a" da CR/1988, à legislação complementar.

O Código Tributário Nacional (CTN), por seu turno, cuidou de elucidar, em seu art. 4º, que a natureza jurídica do tributo deve ser inferida da análise do seu fato gerador, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais definidas em lei, bem como a destinação legal do produto da arrecadação.

Não é sem razão que o CTN, nos seus arts. 16, 77 e 81, define as três espécies clássicas de tributos (respectivamente imposto, taxa e contribuição de melhoria) conforme seja o fato gerador vinculado ou não a uma atividade

estatal. De acordo com Spagnol (2004, p. 17), "pela análise do fato gerador, se vinculado ou não a uma atividade/atuação estatal, teremos imposto (fato gerador não-vinculado); taxa (fato gerador vinculado à prestação de um serviço ou ao exercício do poder de polícia); e, finalmente, contribuição de melhoria (fato gerador vinculado à realização de obra pública de que decorra valorização imobiliária para o contribuinte)."

A esse respeito, Sampaio (2004, p. 177) pontua que, nos tributos não vinculados, "teríamos um fato jurígeno indicador de capacidade contributiva diretamente relacionado ao contribuinte, como, por exemplo, possuir renda, propriedade imobiliária, consumo etc. Nos segundos, tributos vinculados, o legislador teria como fato gerador a prestação, uma específica, divisível, imediata ou mediata a favor dos contribuintes." Nesse caso, o Poder Público que realize obra (da qual decorra valorização imobiliária para o particular), disponibilize a prestação divisível e específica de serviço público ou emane atos de poder de polícia demanda do contribuinte o ressarcimento "pelo esforço despendido pelo Estado em seu favor".

Ocorre, contudo, que a adoção do fato gerador como critério único para identificação das espécies tributárias (na esteira do art. 4º do CTN) faz com que seja instalado problema considerável, especialmente a partir da declarada desimportância da destinação legal do produto da arrecadação. Tal problema é percebido mormente diante da consideração de que duas outras espécies inscritas constitucionalmente – a saber, as contribuições especiais previstas no art. 149 da CR/1988 e os empréstimos compulsórios (art. 148) – são tratadas como subespécies e, assim, restam sem classificação definida.

Não é sem razão que Sampaio (2004, p.178) constata que "a maior parte da doutrina[237] [...], ao analisar as contribuições sobre o enfoque do fato gerador, concluem que estas ora assumem a feição de imposto, ora de taxas." Sobre o quão limitado é o critério dado pelo CTN, Spagnol ( 2004, p. 20) leciona que

> Glorificar o fato gerador como único referencial para a análise do tributo, de sua natureza jurídica específica, significa uma redução inaceitável na abordagem do intérprete, por desprezar os fins constitucionais do tributo, que legitimam sua existência.

[237]Sampaio (2004, p. 177-178) refere-se às seguintes obras e aos seus respectivos autores: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; BALEEIRO. *Uma introdução à ciência das finanças.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1969*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2; FISCHER, Octavio Campos. *A contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999; CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; DERZI, Misabel Abreu Machado. A contribuição para o FINSOCIAL. *Revista de Direito Tributário*, n. 55, São Paulo, 1991; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BALEIRA, Wagner. As contribuições no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Contribuições no sistema tributário brasileiro.* São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 562-607.

> Ora, enquanto soberano, o poder se justifica por si mesmo e o tributo interessa enquanto fonte de recursos para a sua manutenção. Ocorrendo, pois, o fato gerador, nasce o direito à prestação tributária e o destino que lhe é dado é estranho à matéria tributária, por se tratar de gasto em razão do poder, e assim previamente justificado pela sua própria existência.
>
> Ao contrário, sendo o tributo um meio para o financiamento das funções constitucionalmente reservadas ao titular do poder, sua exigência persiste pela ocorrência do fato gerador, mas sua justificativa está na implementação daquelas funções, balizadoras do regular exercício do poder. Destarte, a análise da relação jurídica tributária passa a se estender à implementação dos fins a serem atingidos por meio do tributo. Instaura-se, pois, o juízo de legitimidade da imposição, sacado da correlação entre ingresso e gasto público. [...] o exercício válido da competência impositiva e até mesmo a ocorrência do fato gerador serão inferidos por meio da consideração da finalidade constitucionalmente posta aos tributos.

A crítica à univocidade da teoria dos fatos geradores vinculados e não-vinculados tem relevância nuclear não apenas para os rumos da sistematicidade científica[238] do Direito Tributário, mas fundamentalmente para as possibilidades de controle sobre o destino dos ingressos públicos e sobre o exercício constitucionalmente adequado da competência tributária.

É preciso retomar a interdependência entre ingressos e gastos públicos à luz das funções constitucionais dos tributos, para que seja possível analisar e classificar adequadamente as espécies tributárias, especialmente aquelas que se vinculam – desde a sua concepção no texto constitucional – à destinação do produto da sua arrecadação. Assim, para Sapgnol (2004, p. 27), "o estudo do binômio ingressos-gastos públicos como legitimador da arrecadação tributária não se justifica apenas no âmbito do Direito Financeiro, mas também como garantia ao contribuinte, garantia esta consagrada em nosso Texto Maior, não podendo ser desconsiderada pelo legislador ordinário ou pelo intérprete julgador."

Sob o pálio do Estado Democrático de Direito, não basta que o Direito Tributário restrinja[239] o campo de sua normatividade à apuração da ocorrência

[238]Spagnol (2004, p. 22) acentua que "embora bastante didática e de reconhecida importância na história de evolução do Direito Tributário, a teorização da divisão do tributo em espécies por meio da análise do fato gerador da exação, se vinculado ou não a uma atividade estatal, não é suficiente para explicar a matéria diante do Texto Constitucional. Conquanto possua aparente rigor científico, posto que centrada na hipótese da norma tributária, peca, a nosso ver, com a devida vênia, por desconsiderar as funções constitucionalmente postas aos tributos, funções estas que irão condicionar o exercício válido da competência tributária."

[239]Tal restrição significa clara opção metodológica para processar o fechamento científico do objeto do Direito Tributário em relação às finanças públicas. Segundo Sampaio (2004, p. 182-184, grifo nosso), "ao reconhecer a importância da finalidade na delimitação da competência tributária e, ao mesmo tempo, deixar de reconhecê-la na distinção das contribuições sociais como espécie autônoma do tributo essa

ou não do fato gerador, para que, assim, o poder "soberano" do Estado perceba o nascimento do direito à prestação tributária independentemente do uso financeiro dado ao produto de sua arrecadação.

Mais do que nunca, é preciso incorporar o caráter de instrumentalidade das competências tributárias, pois os poderes – na seara publicística – somente são atribuídos ao Estado na exata medida dos fins que lhe justificam a existência. Competências são, como bem lembra Bandeira de Mello, "deveres-poderes" e, no que se refere ao poder de tributar, há de haver correlação lógica com os gastos. (MELLO, 1999).

Embasado nessa premissa é que Spagnol leciona ser necessário – em se observando o problema pelo prisma das funções constitucionais[240] específicas dos tributos – perquirir o tipo de gasto a que esses se destinam. Com a adoção dessa nova variável analítica, seria possível ultrapassar o caráter de critério

doutrina pretendia se manter fiel à lógica causalista da definição dos tributos, sem desconsiderar a a importância da finalidade na determinação de seu regime jurídico.
Entendemos que essa postura decorre do fato de que trazer a finalidade como elemento integrante da norma de incidência tributária, implicaria uma 'promiscuidade metodológica', uma vez que teriam que admitir que a análise do tributo não se resume ao seu elemento causal (campo reservado ao direito tributário), mas incorporaria elementos financeiros reservados ao direito financeiro. [...]
Percebe-se, assim, nessas classificações, a clara influência do modo de pensar cartesiano. A dificuldade de se admitir a finalidade como integrante da norma de incidência tributária, reside, a nosso ver, numa concepção de ciência causalista – uma vez que o foco da obrigação tributária estaria sempre nas suas causas (atuação estatal ou manifestação de capacidade contributiva) – e dualista, já que parte da rígida distinção dos campos de pesquisa reservados ao direito tributário e direito financeiro privilegia a unidisciplinariedade e a fragmentação na busca do conhecimento.
Tais definições pretendem criar, assim, uma **ontologia das espécies tributárias que fosse independente das peculiaridades do sistema positivo vigente. Percebe-se, assim, a nítida tendência em desvendar 'a natureza' dos tributos independentes das especificidades que cercariam o ordenamento positivo.**"

[240]Spagnol esclarece que "as funções do moderno Estado Democrático de Direito extrapolam, e muito, as do Estado Liberal, norteado pela teoria do *laissez-faire laissez-passer.*
Assim, nos termos já assinalados, os tributos não se prestam mais apenas a cobrir os gastos públicos tradicionais, assumindo crescente papel como instrumento financiador e indutor das modificações sociais.
Destarte, nossa Constituição, ao fazer a previsão das competências impositivas, as distribuiu conforme o gasto público a cujo financiamento se destinam. Ademais, conforme a natureza do gasto, prescreve espécies tributárias distintas [...].
No art. 145, inaugurando o capítulo do Sistema Tributário Nacional, há a previsão da competência para a instituição de impostos, taxas e contribuições de melhoria. Para a primeira espécie, o legislador silencia quanto à sua função específica, sobressaindo por óbvio a sua finalidade clássica de fazer frente ao gasto público genérico.
Em relação às taxas, fica claro que sua instituição se deve dar para cobrir os gastos relativos ao exercício regular do poder de polícia ou decorrentes da prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.
No tocante à terceira espécie, contribuição de melhoria, o tributo se destina a custear obras públicas que suscitam especial valorização do imóvel particular.
Já no art. 148, o Constituinte prevê a competência para a criação de empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias decorrentes de guerra externa ou sua iminência, calamidade pública ou de investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional.
Finalmente, em seu art. 149, a Constituição outorga competência para a criação de contribuições especiais, de caráter social, interventivo ou corporativo, com a finalidade de custear atuação direta do Estado nas respectivas áreas.
Resta claro, dessa forma, que o legislador constituinte, a par de distribuir competências tributárias, prescreveu ainda funções específicas a cada uma delas." (SPAGNOL, 2004, p. 28-29).

único dado ao fato gerador para a identificação das espécies tributárias e do seu regime jurídico. Senão veja-se:

> Há que se considerar, pois, a par do fato gerador, também o gasto público que fundamenta a instituição do tributo. Do ponto de vista da evolução histórica da atividade impositiva, os tributos podem ser classificados por suas funções ou objetivos, e, ainda, pelo destino de sua arrecadação, dividindo-se, neste caso, em fiscais (não-afetados) e finalísticos (afetados), consoante o tipo de gasto a que se destinam. (SPAGNOL, 2004, p. 31)

É útil e adequada a classificação proposta entre tributos fiscais e finalísticos,[241] na medida em que os primeiros "são cobrados com o objetivo de garantir a manutenção das atividades inerentes ao exercício do Poder", razão pela qual fazem "frente às despesas ordinárias do Estado", sem que estejam afetados a qualquer despesa específica (Spagnol, 2004, p. 31). Por outro lado, integra o regime jurídico dos tributos finalísticos a sua destinação a um gasto público específico, "seja por condicionar o surgimento do fato gerador, seja por condicionar o exercício válido da competência impositiva". (SPAGNOL, 2004, p. 34)

A observância do critério "gasto público a que o tributo se destina" permite o controle do exercício da competência tributária, na medida em que, como Spagnol explicita, "no caso dos tributos nos quais a destinação do produto da arrecadação condiciona o exercício válido da competência, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, a norma de incidência, para adequar-se à norma de competência, deverá prever em seu MANDAMENTO[242] o destino a ser dado ao produto da arrecadação". Isso ocorre porque "para tais exações a atribuição de competência está vinculada ao atendimento de finalidades específicas". (SPAGNOL, 2004, p. 51)

---

[241] Enquanto os impostos são, por excelência, tributos não-afetados (do que tratou o art. 167, IV da CR/1988) e visam ao custeio genérico da atividade estatal; os tributos finalísticos – porquanto voltados para o custeio de gastos específicos – são: (a) as taxas que são instituídas em razão da utilização potencial ou efetiva de serviço público, bem como do exercício do poder de polícia; (b) as contribuições de melhoria que são instituídas em razão de uma valorização imobiliária do patrimônio particular em decorrência de obra pública; (c) os empréstimos compulsórios, os quais podem ser instituídos para o atendimento a gastos extraordinários decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou necessidade de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional; e (d) as contribuições especiais a serem instituídas como instrumento de intervenção estatal nos campos social, corporativo e econômico.

[242] Segundo Spagnol (2004, p. 48), citando lição de Sacha Calmon Navarro Coêlho, a norma tributária é formada tanto pela hipótese de incidência quanto pelo mandamento. Trata-se a primeira de uma hipótese que elucida os aspectos materiais (descrição do fato lícito tributável), temporais (quando o fato será tido como perfeito e acabado), espaciais (limites de validade da norma) e pessoais (descrição das pessoas com capacidade para a realização da hipótese) de incidência da norma tributária. Uma vez ocorrida a hipótese de incidência, surgirá uma obrigação tributária regida pelo mandamento, o qual descreverá quem são os sujeitos passivo e ativo da obrigação, quais os elementos usados para quantificar o crédito (base de cálculo, alíquota ou valor fixo) e como, quando e onde o sujeito passivo poderá pagar o tributo.

Nem se diga – diante de todo o exposto – que a destinação do produto da arrecadação opera apenas como instrumento de controle do exercício da competência tributária, haja vista que tal destinação também informa o regime jurídico a ser aplicado ao tributo. A esse respeito, precisa é a lição de Spagnol (2004, p. 49)

> a tributação, sob o manto da Constituição Federal de 1988, não se resume às suas funções fiscais, não constituindo apenas instrumento para a arrecadação de recursos tendentes ao financiamento e à manutenção das atividades próprias do Estado, assim entendidas em uma perspectiva de Estado liberal, não interventor. Assumindo, pois, a tributação a função de financiar uma atuação direta do Poder Público nos campos social e econômico, permite a Constituição a criação de tributos específicos para este mister, que não se impõem em razão da existência de um gasto público genérico, e sim de gastos públicos específicos, e somente em virtude da existência destes irão se legitimar. Nesse caso, o MANDAMENTO não mais se torna neutro[243] para efeitos de identificação da espécie, pois vai explicitar em seu comando o destino do dinheiro arrecadado. Assim, nos tributos finalísticos, a identificação da espécie tributária deverá mesclar a análise tanto da HIPÓTESE quanto do MANDAMENTO. No caso das taxas e contribuições de melhoria, em razão do gasto público condicionar o surgimento do fato gerador, sua inferência se dará pela análise da HIPÓTESE, devendo esta ser descritiva de uma atuação estatal. Quanto às contribuições especiais e aos empréstimos compulsórios, em razão de a HIPÓTESE descrever fato ou situação do contribuinte, tal qual nos impostos, será pelo destino da arrecadação explicitado no MANDAMENTO que identificaremos sua natureza específica. Havendo explicitação de destinação específica, teremos uma contribuição ou um empréstimo compulsório. Por último, quanto aos impostos, a destinação do produto de sua arrecadação é afeta ao gasto genérico, sendo especificada, *a posteriori*, dentro do orçamento.

Nesse sentido, forçoso é concluir que as regras-matrizes de competência tributária postas no texto da Constituição de 1988 evidenciaram os limites da regra do art. 4º, II do CTN, segundo a qual seria irrelevante para a definição da espécie tributária a destinação legal do produto de sua arrecadação. Como

[243] Afirmação que deve ser confrontada com o racicínio anterior empreendido pelo citado autor, qual seja, "tratando-se de tributos fiscais, não-afetados, o MANDAMENTO será sempre neutro para a identificação da espécie tributária. [Já que] O comando nele contido vai limitar-se a indicar a forma para o cumprimento da obrigação de entregar dinheiro aos cofres públicos para a consecução do gasto público genérico. Nestes termos, não especificado o gasto, a análise da espécie se reduz ao ingresso. Sendo a HIPÓTESE descritiva de um fato ou situação independente de atuação do Poder Público, teremos imposto. Caso contrário, sendo a HIPÓTESE descritiva de fato ou situação relativa a atuação do Poder Público, teremos taxa ou contribuição de melhoria. Nada mais do que isso!" (SPAGNOL, 2004, p. 48-49).

bem pontua Spagnol (2004, p. 45), "sendo a consideração da arrecadação um elemento da teoria geral dos tributos e tendo sido inegavelmente constitucionalizada, torna-se imprescindível sua utilização como critério de separação entre os tributos."

Particularmente no que se refere aos empréstimos compulsórios e às contribuições especiais, a destinação legal do produto de sua arrecadação integra o regime jurídico[244] de cada qual dessas espécies tributárias. E é necessário que se busque controlar – do ponto de vista da conformidade constitucional de tais tributos – como tem se dado a aludida destinação no curso da execução orçamentária.

Sampaio (2004, p. 192) alerta que "os devirtuamentos ocorridos [com a desvinculação de receitas] se devem ao fato da resistência em se criar um modelo jurídico que permita ao cidadão o controle das despesas decorrentes das contribuições sociais." Por essa razão é que a citada autora assevera que, "ao centrar a análise [...] no fato gerador, descuidando-se da aplicação orçamentária das despesas, uma vez que estas estariam reservadas ao campo do direito financeiro, não se dá a devida importância do controle orçamentário a ser exercido pelo contribuinte".

Assim como Spagnol (2004, p.192), Sampaio defende ser necessário rever o "rígido modelo de classificação entre tributos vinculados e não vinculados a uma atividade estatal", para que se busque evitar os desvios de finalidade havidos especialmente na destinação do produto da arrecadação de contribuições sociais. Isso porque "desconsiderar o elemento finalístico na análise das contribuições sociais implica [...] desprezar a ênfase que o constituinte pretendeu dar a finalidade no tocante a esse tributo." (SAMPAIO, 2004, p.192-193)

---

[244]Sampaio, a esse respeito, elucida que, "na validação dos impostos, taxas e contribuições de melhoria o constituinte utilizou-se de um modelo condicional, ao passo que, nas contribuições sociais e empréstimos compulsórios, prepondera o modelo de validação finalístico. Isso quer dizer o legislador constituinte, ao delimitar a competência dos entes federados para ciração dos impostos, estabeleceu pressupostos de fato (circulação de mercadoria, propriedade imobiliáia, serviços etc), que deveriam ser analisados na aferição da validade da norma criadora de tributo, ou seja, se a lei municipal pretende tributar o fato *x* com base no pressuposto de fato 'serviços', mas se esse fato não se subsume ao conceito jurídico de serviços, a conseqüência lógica é que o imposto por ele criado será inconstitucional.

Todavia, como já dito, o modelo adotado pela Constituição Federal para as contribuições sociais é finalístico, ou seja, o legislador constituinte, ao invés de estabelecer os pressupostos de fato dentro dos quais se faria a subsunção para se verificar a validade da norma infraconstitucional, estabeleceu finalidades a serem atingidas pelas contribuições sociais como critérios limitadores de sua competência." (SAMPAIO, 2004, p. 194)

Como mais adiante a própria autora em questão (SAMPAIO, 2004, p. 195) assevera, "isso não quer dizer, todavia, que esses modelos de validação se excluam. Entendemos que o modelo de validação condicional tem em vista a proteção dos contribuintes em face do poder de tributar. Constitui, assim, um modelo de validação adequado ao controle dos direitos de primeira geração (liberdades). Todavia, as contribuições sociais são tributos destinados à concretização dos direitos sociais, para a qual é imprescindível a atuação do Estado. Dessa forma, nesses tributos, não basta a verificação do fato gerador, sendo imprescindível que se analise a norma em momento posterior, qual seja, da destinação, uma vez que visa, ao mesmo tempo, a proteção e a concretização dos direitos de primeira e segunda geração."

Daí decorre que, em se observando o aspecto finalístico inscrito no mandamento da norma tributária, poder-se-á constatar que "o controle de constitucionalidade não se restringe ao momento da incidência, mas se estende ao momento do gasto" (SAMPAIO, 2004, p. 203), especialmente ao momento de definição do orçamento público. Justifica-se a extensão do controle de constitucionalidade sobre a destinação das receitas obtidas por meio de contribuições especiais e empréstimos compulsórios para que se afaste o desvirtuamento de tais espécies.

Pois bem, uma vez esclarecidas essas premissas conceituais sobre as espécies tributárias e sobre a validade constitucional do exercício das competências que lhe correspondem, urge voltar ao tema de como a União expandiu suas receitas tributárias a partir da década de 1990. Aqui vale lembrar que a Constituição da República vigente franqueou à União diversas fontes de receita tributária, por meio de dispositivos de competência privativa,[245] comum,[246] residual[247] e extraordinária. Por outro lado, reconhecendo a necessidade de redistribuir as receitas com os Estados, Distrito Federal e Municípios, previu a obrigatoriedade de que a União transferisse – de variadas formas – parcelas de sua arrecadação tributária, tal como dispõem os arts. 157 a 159 da CR/1988.

No que se refere às competências tributárias, segundo o art. 149 da CR/1988, a União pode – como instrumento de sua atuação nas áreas correspondentes – instituir contribuições sociais (em conformidade com o disposto no art. 195 da Constituição), contribuições de intervenção no domínio econômico,

[245] Acerca das razões pelas quais a Constituição distribui competências tributárias privativas, cumpre considerar que, "no caso dos tributos cujo fato gerador não é vinculado, vale dizer, impostos, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, temos situação [...] que impõe a distribuição privativa das competências. Justifica-se em razão dos fatos geradores dos tributos acima mencionados independerem de qualquer atividade ou atuação dos Poderes Públicos, exsurgindo daí a necessidade de o legislador constituinte separar os fatos considerados tributáveis e reparti-los entre os entes da Federação, evitando assim a multiplicação destes tributos pelas pessoas políticas de direito constitucional interno." (SPAGNOL, 2004, p. 90).

[246] Por outro lado, se se observa "os tributos cujo fato gerador é vinculado a uma atividade/ atuação do Estado, como seja, taxas e contribuições de melhoria, tem-se a outorga de competência comum às pessoas políticas. Não há, pois, na Constituição, discriminação dentro do Sistema Tributário de quais seriam as taxas ou as contribuições de melhoria que, de forma específica, poderiam ser instituídas pela União, pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios. Duas seriam as razões para o que foi exposto. A primeira reside no fato de que, por se tratar de tributos de fato gerador vinculado, a incidência tributária é condicionada à participação do Poder Público, circunstância capaz de inibir, em tese, a dupla imposição sobre o mesmo contribuinte. Em outras palavras: se o Município prestar o serviço, será ele competente para tributar ou, ainda, se a União realizar a obra, caberá a ela instituir a contribuição de melhoria. A segunda razão, igualmente relevante, está na constatação de que a distribuição das competências administrativas, feita de maneira prévia, balizadora da possibilidade e da oportunidade da atuação dos poderes públicos, também eliminaria a hipótese de dupla incidência fiscal. Destarte, a Constituição Federal outorga apenas, de forma genérica e não-específica, em seu artigo 145, II e III, competência para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem taxas e contribuições de melhoria." (SPAGNOL, 2004, p. 89).

[247] Em linhas gerais, pode-se dizer que há competência para a União instituir novos impostos e novas contribuições sociais, respectivamente, na forma do art. 154, I e do art. 195, §4º, ambos da Constituição de 1988.

bem como contribuições de interesse de categoria profissional e de categoria econômica (também chamadas de "corporativas").

Já sob o comando do art. 153 da Constituição, competem privativamente à União os impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (II); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE); renda e proventos de qualquer natureza (IR); produtos industrializados (IPI); operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF); propriedade territorial rural (ITR[248]) e grandes fortunas (IGF).

Residualmente, a União poderá instituir novos impostos por meio de lei complementar, "*desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados*" na Constituição: essa é a redação do art. 154, I da CR/1988. Também há a competência residual para instituição, pela União, de novas contribuições sociais, na forma do que dispõe o art. 195, §4º do texto constitucional vigente.

Por outro lado, assim como os demais entes da federação, a União pode instituir taxas conforme, no âmbito de sua competência administrativa, exerça poder de polícia ou preste – efetiva ou potencialmente – serviços públicos em caráter divisível e específico.

Igualmente são de competência comum dos três níveis da federação as contribuições de melhoria (considerando que todos eles realizam obras que podem ensejar valorização imobiliária de bens privados vizinhos à obra) e as contribuições previdenciárias dos respectivos servidores ocupantes de cargo efetivo que façam jus ao regime próprio de previdência instituído em cada ente.

Extraordinariamente, a União pode – para fazer frente à iminência ou à ocorrência efetiva de guerra externa – instituir impostos, independentemente de estarem no âmbito de sua competência, os quais serão progressivamente extintos diante da cessação das causas de sua criação. À hipótese supracitada – que se encontra inscrita no art. 154, II da CR/1988 – soma-se a possibilidade prevista no art. 148, de a União, mediante lei complementar, instituir empréstimos compulsórios para fazer frente a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública e de guerra externa (ou de sua iminência), bem como para fazer frente à necessidade de cobrir investimento público de caráter urgente e de relevante interesse público nacional.[249]

---

[248]Segundo o disposto no art. 153, §4º, III da Constituição de 1988 (o qual foi acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003), o ITR pode ser fiscalizado e cobrado – integralmente – pelos Municípios que assim optarem. Houve, nesse caso, transferência da capacidade tributária ativa e não mera repartição da receita. A hipótese criada pela Emenda Constitucional n.º 42/2003 é de que o Município optante fiscalize, cobre e receba o total das receitas arrecadadas.

[249]Considerando que a locução "investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional" é composta por conceitos indeterminados, haveria, em abstrato, ampla margem de discricionariedade

Problema surge notadamente quando a União maneja espécies como as contribuições sociais e as contribuições de intervenção no domínio econômico[250] tanto para, logo adiante, desvinculá-las de sua destinação constitucional, quanto para aumentar consistentemente o montante final de sua arrecadação sem promover avanço nas repartições[251] a que teriam direito Estados e Municípios, se a União se valesse de sua competência residual.

No que se refere às repartições constitucionais, o sistema de transferências obrigatórias cuida de reequilibrar a equação entre montante de deveres e de receitas disponíveis para custear aqueles. Ora, como a União tem maior capacidade arrecadatória e maiores fontes de receita e como Estados e Municípios – dentro da linha de descentralização de políticas públicas,[252] por que passaram,

---

para instituição de empréstimos compulsórios. Contudo, cumpre alertar que é no caso concreto que se consegue apreender o real significado de tal locução (não há, portanto, necessária margem de discricionariedade no uso de tais conceitos), pois o caráter indeterminado da finalidade supracitada deve ser confrontado com os pressupostos de fato e de direito do caso para que haja um regular exercício da competência prevista no art. 148 da CR/1988.

[250]Para Machado Segundo (2005, p. 170), "a União somente pode instituir Cide's sobre setores específicos da economia, regidos pelo direito privado, nos quais as atividades sejam desenvolvidas em regime de livre iniciativa (CF/88, art. 170, parágrafo único), e que estejam sofrendo descompasso grave, a prejudicar seriamente a subsistência do setor ou a preservação, em relação ao mesmo, de princípios constitucionais como o da livre concorrência, da proteção ao meio ambiente, ao pleno emprego etc." Por essa razão é que a conclusão do aludido autor (2005: 198) caminha no sentido de fixar que "as contribuições de intervenção no domínio econômico devem ser instituídas de modo excepcional e provisório, tendo natureza regulatória e não arrecadatória. Apenas podem onerar setores descompassados da economia privada, incidindo sobre fatos praticados por contribuintes integrantes do grupo objeto da intervenção."

[251]Ressalva à crítica feita reside no fato de que, depois de muita pressão dos níveis subnacionais no Congresso Nacional, criou-se regra de repartição da contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis (a qual encontra-se prevista no art. 177, §4º da CR/1988). A Emenda Constitucional n.º 42/2003 acresceu ao art. 159 da Constituição o inciso III que prevê ser devido que a União repasse 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação da CIDE-combustíveis a Estados e Distrito Federal.

[252]Pochmann (2005) alerta para um outro fenômeno ainda mais grave que a mera descentralização da execução de políticas sociais para Estados e Municípios, na medida em que haveria um verdadeiro processo de redução dos gastos sociais federais em valores *per capita*.

Segundo Pochmann (2005, p. 04-07), "Para agravar ainda mais o enfrentamento da desigualdade social no Brasil, observa-se que no período mais recente (2001 – 2004), o quadro de restrições fiscais tendeu a se concentrar justamente no orçamento social do governo federal. Dessa forma, não apenas o contexto macroeconômico manifestou-se predominantemente anti-social, como os recursos públicos *per capita* direcionados à área social apresentaram um movimento de regressão em termos reais.

Entre 2001 e 2004, por exemplo, houve uma involução do orçamento social do governo federal, quando considerado o seu valor em termos reais (deflacionado pelo IGP-DI/FGV) e o comportamento populacional. Para o mesmo período de tempo, o orçamento social do governo federal acumulou uma redução real por habitante de quase 8,5%. [...]

Em resumo, o orçamento social total do governo federal por habitante em 2004 equivaleu a 91,7% do valor real do orçamento social do ano de 2001. Ao se diferenciar o orçamento social do governo federal por períodos de governo, como os dois últimos anos de FHC (2001/02) e os dois primeiros anos de Lula (2003/04), pode-se analisar melhor o comportamento médio bi-anual do orçamento social do governo federal. No período de 2003/04, o orçamento social real *per capita* do governo federal foi 1,3% inferior ao do período imediatamente anterior, equivalendo, em média, a 98,7% dos dois últimos anos do governo FHC.

Dos cinco itens que constituem a composição do orçamento social do governo federal, dois registram queda real *per capita*. Os itens ajuste patrimonial e renúncia fiscal tiveram redução orçamentária, enquanto os demais itens como gasto social direto, empréstimos e subsídios implícitos apresentaram maior orçamento no governo Lula em relação ao governo FHC. [...]

por exemplo, as ações de saúde[253] e as ações de educação[254] – absorveram grande nível de responsabilidade pela execução de políticas prestacionais, nada mais racional e constitucionalmente adequado que redistribuir as receitas entre todos eles.

Disso trataram os artigos 157 a 159 da Constituição, de modo a fixar quais montantes dos impostos[255] da União que, simplesmente, pertencem aos Estados e Municípios (notadamente o imposto de renda retido na fonte incidente sobre os pagamentos feitos por cada qual) ou que – por meio de percentuais diferenciados – serão entregues, na forma de transferências correntes[256] obrigatórias.

Não obstante a Constituição – à época de sua entrada em vigor, em 05 de outubro de 1988 – haver conseguido promover o aludido reequilíbrio na distribuição de receitas intergovernamentais, a União progressivamente foi minorando o impacto proporcional das transferências obrigatórias no total de suas receitas, por meio da majoração da arrecadação de contribuições sociais, as quais não são passíveis de repartição.

Em estudo realizado sobre a composição das receitas orçamentárias da União e especialmente sobre as vinculações orçamentárias, ao longo do período de 1970 a 2003, a Assessoria Técnica da Secretaria de Orçamento Federal, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresentou os dados que se seguem no GRÁF. 2.

---

[...] o Brasil caracteriza-se pela convivência simultânea do contexto macroeconômico antisocial com a regressão real *per capita* do orçamento social do governo federal. Diante desta verdadeira combinação perversa, seria uma exceção à regra, caso o país viesse a registrar melhora na qualidade de vida, com redução sensível na desigualdade social.

O que surpreende realmente, neste momento, é que os principais gestores das políticas públicas do governo federal parecem desconhecer a perversidade social que resulta tanto da condução das políticas macroeconômicas como do ajuste nas finanças governamentais, especialmente no que se refere à contenção real *per capita* do gasto social. Ao invés de considerações ligeiras e superficiais, muitas delas sem consistência real e que apontam para conclusões equivocadas, como a condenação do gasto social no Brasil, a equipe principal do Ministério da Fazenda deveria analisar melhor a sua própria contribuição ao aumento da dívida social, sobretudo no que diz respeito ao aprofundamento da desigualdade de renda.

[253]Nesse sentido, bem é de se ver a organização em sistema de gestão plena e básica do SUS para qualificar os municípios conforme sua capacidade de auto-organização ou de dependência para com o nível estadual de gestão.

[254]Também vale citar o exemplo do Fundo para o Desenvolvimento para o Ensino Fundamental (FUNDEF).

[255]A repartição dos impostos e não de outras espécies tributárias (exceto a CIDE com o advento da EC n.º42/2003) justifica-se por força da própria natureza daqueles, ou seja, os impostos são a espécie tributária cujo fato gerador não decorre de qualquer contraprestação estatal (vez que são referidos apenas a situações jurídicas do próprio contribuinte), tampouco têm destinação determinada. Por serem livres de destinação e não demandarem para sua arrecadação que o Estado preste qualquer serviço ou atividade em favor do contribuinte, os impostos são a fonte de receita menos onerosa e, evidentemente, lucrativa para o Poder Público.

[256]Se se tratasse de transferências de capital, haveria, na verdade, a assunção de operação de crédito dos entes subnacionais em relação à União. Por outro lado, as transferências voluntárias envolvem acordo de vontades, notadamente na forma de convênios, tal como dispõe o art. 116 da Lei n.º 8.666/1993, para que haja o repasse de receitas e a consecução de uma finalidade pública de interesse comum aos entes envolvidos.

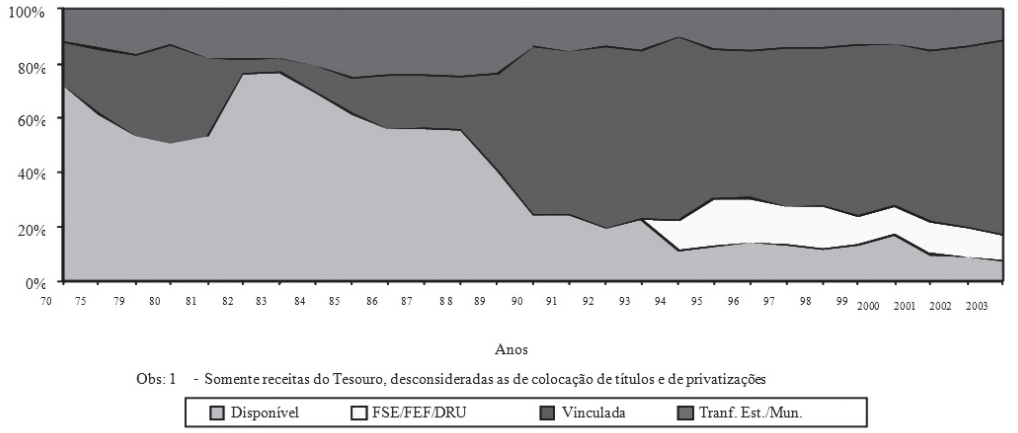



GRÁFICO 2 – Composição das receitas orçamentárias da União de 1970-2003
Fonte: Assessoria Técnica da Secretaria de Orçamento Federal – ASTEC/SOF/MPOG (BRASIL, 2003, p. 06)

Duas tendências são bastante esclarecedoras para o foco deste estudo.

A primeira delas reside na queda da margem de alocação livre de receitas a partir de 1988, vez que a atual Constituição da República brasileira criou diversos mecanismos de vinculação orçamentária.[257] Na seqüência histórica sob análise, tal tendência de vinculação das receitas orçamentárias só foi minorada, a partir de 1994, com o advento das figuras do Fundo Social de Emergência (FSE), do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e da Desvinculação de Receitas da União (DRU), respectivamente criadas em 1994, 1996 e 2000.

Já a segunda tendência que merece ser apontada advém da comparação entre o montante de receitas da União transferidas a Estados e Municípios em

[257]Na esteira da autorização excepcional de que trata o art. 167, IV da CR/1988, pode-se arrolar, em caráter exemplificativo dentre os principais mecanismos de vinculação de receita, os seguintes:
1 – a destinação para a seguridade social das contribuições sociais na forma do que dispõe o art. 195;
2 – as transferências constitucionais tal como dispõem os arts. 157 a 159;
3 – o patamar mínimo de 18% de gastos com educação inscrito no art. 212;
4 – o patamar mínimo de gasto com as ações de saúde inscrito no art. 198, § 2º;
5 – a destinação ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e aos programas de desenvolvimento econômico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) da contribuição aos Programas de Integração Social de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), tal como dispõe o art. 239;
6 – a destinação da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF) para o Fundo Nacional de Saúde, para o custeio da previdência social e para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma e percentuais fixados pelo art. 84, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CR/1988; e
7 – a destinação da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), na forma do que dispõe o art. 177, § 4º, II, ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

1988 e o montante transferido em 2003. Vale notar que, praticamente, reduziu-se à metade o impacto das transferências obrigatórias a Estados e Municípios sobre o volume total de receitas da União.

Passando ao largo do modelo constitucional de distribuição de competências – no que se refere às receitas disponíveis e aos deveres de incumbência de cada ente –, a União adotou (como bem assevera Pochmann, 2005a, p. 07) como medida de ajuste fiscal duas linhas opostas de ação, a saber, a recentralização das receitas e a descentralização das despesas. Senão veja-se:

> A Constituição Federal de 1988 determinou que a receita e parte das despesas públicas, como educação e saúde, por exemplo, deveriam ser descentralizadas no Brasil. A partir disso, o gasto público federal passou a ser descentralizado para estados e municípios.
>
> A atual composição do gasto total na saúde é um bom exemplo disso. No ano de 2004, a União respondeu por 49,4% do gasto nacional com saúde (24,8% pelos estados e 25,6% pelos municípios), enquanto em 1994 era responsável por 60,7% do total (22,1% pelos estados e 17,2% pelos municípios).
>
> A transferência de 11,3 pontos percentuais do gasto nacional da saúde da União para estados e municípios não foi acompanhada, no mesmo ritmo e sentido, da descentralização da receita pública. No ano de 2004, por exemplo, 60,1% da receita fiscal disponível pertenceu à União (24,3% nos estados e 15,6% nos municípios), enquanto em 1995 ela absorvia 56,2% do total (27,2% pelos estados e 16,6% pelos municípios).
>
> Transferir parte das despesas da União para estados e municípios sem a conseqüente descentralização da receita fiscal disponível mostra ser mais uma medida do padrão de ajuste fiscal das finanças públicas. Diante da ampliação da despesa sem contrapartida da receita fiscal disponível, a descentralização da área social terminou por ocorrer acompanhada, muitas vezes, da degradação da oferta de bens e serviços públicos.

Desde 1991, a União tem arrecadado e não tem redistribuído recursos na mesma proporção que o fazia à época da promulgação da CR/1988. De um lado, isso ocorreu por força da omissão deliberada da União em não ampliar as possibilidades de arrecadação[258] de impostos que poderiam impactar as regras constitucionais de repartição inscritas nos arts. 157 a 159 da Constituição.

Por outro lado, o fenômeno da perda proporcional de relevância das transferências obrigatórias no conjunto das receitas orçamentárias da União

[258]Por meio da majoração de alíquotas e bases de cálculo dos impostos já existentes, ou por meio da criação de novos impostos, com base no disposto no art. 154, I da CR/1988.

decorreu também da expansão significativa das contribuições sociais,[259] as quais não são repartidas, na medida em que o produto de sua arrecadação é destinado (ou deveria ser, caso não houvesse desvinculação) à seguridade social.

A União não exerceu a competência residual (art. 154, I) de que é titular no período pós-CR/1988 para criar novos impostos, pois, se o fizesse, 20% (vinte por cento) de sua arrecadação deveria ser repartido com os Estados segundo o disposto no art. 157, II da Constituição. Poder-se-ia argüir que tal omissão decorreria da complexidade[260] da instituição de novos impostos, mas a falta de manejo dessa competência residual deve ser confrontada com o fato de que o Poder Executivo federal tem instituído novas fontes de receita majoritariamente na forma do que lhe autorizam os arts. 149 e 195, §4º da Constituição. Nisso não haveria problema algum não fosse a circunstância de, posteriormente à instituição de contribuições sociais, a União desvincular parcialmente – por meio de emendas constitucionais – o produto de sua arrecadação para tredestiná-lo a fins diversos dos que justificaram a instituição daquelas. Ou seja, criaram-se contribuições na forma do que dispõem o art. 149 da CR/1988, assim como houve ampliação da arrecadação das já existentes, porque se sabe ser todo[261] o volume arrecadado integralmente absorvido pela União, para, a seguir, no curso da execução orçamentária, haver tredestinação de tal receita vinculada para finalidades diversas.

Precisamente neste ponto, vale retomar, com Sampaio (2004: 190), que "o que concretiza o valor justiça nas contribuições sociais é a correta destinação do produto arrecadado e a impossibilidade de serem tredestinados a outros fins que não aqueles que justificaram sua instituição". Ora, sabe-se que "as contribuições sociais são tributos caros para a economia e em sua essência são injustos, porque são regressivos e de difícil desoneração" e somente são "tolerados na justa

[259]Tampouco se pode olvidar do avanço das CIDE's e de somente haver sido criada regra de repartição para a CIDE prevista no art. 177, §4º da CR/1988 por meio da Emenda Constitucional n.º 42/2003.

[260]Embora não se desconheça o maior grau de complexidade e as dificuldades comparativas do exercício de tal competência em relação ao exercício da competência residual para instituir novas contribuições sociais (arts. 149 e 195, § 4ºda CR/1988), urge considerar que "a eventual necessidade de 'reforço do caixa geral' foi prevista pelo legislador constituinte" como competência residual para instituição de impostos (art. 154, I). Como bem lembrado por Sampaio (2004, p. 232), essa competência tributária residual para cobrir o gasto genérico por meio de novos impostos foi cercada de cuidados "que se refletem na impossibilidade de onerar fatos geradores e bases de cálculo de outros impostos, procurando, com isso, preservar o pacto federativo, pois fosse possível à União criar impostos residuais cujas manifestações de riqueza fossem reservadas aos Estados e Municípios, acabaria retirando a possibilidade dos demais entes de tributá-lo em maior intensidade. Além disso, o constituinte teve o cuidado de prever, em seu artigo 157, II, que os impostos residuais criados pela União estariam sujeitos à repartição de receitas com os Estados e Distrito Federal."

[261]Cumpre ressalvar expressamente dessa afirmação a repartição da CIDE-combustíveis inscrita no art. 159, III da CR/1988, na medida em que se trata de regra de repartição com Estados e Distrito Federal de contribuição interventiva inserida no texto constitucional depois de fortes pressões dos governadores na tramitação da proposta de reforma tributária que se transformou na EC n. 42/2003.

medida de sua destinação a programas que viabilizem projetos de distribuição de renda como os da saúde, previdência e assistência social."

Procópio (2004, p. 165), na mesma linha de raciocínio, ressalta que "a legitimidade do Poder Tributante para instituir e cobrar contribuição social está atrelada à sua intervenção no campo social". Assim, se o Poder Constituinte derivado, "por meio das desvinculações levadas a efeito pelas diversas emendas constitucionais [ECR n.º 01/1994, EC n.º 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 e 56/2007], [...] acabou por criar contribuições destinadas ao custeio do gasto público genérico", é preciso controlar tal pretensão exacional pois o poder de reforma constitucional "não possui legitimidade para tanto."

Ainda de acordo com Procópio (2004, p.165), vale fixar – consistentemente – que "só há legitimidade para se cobrar contribuição social, tributo não estribado sobre signo de riqueza do contribuinte, que repercute sobre toda a sociedade de forma não seletiva, pela existência de um fim nobre, qual seja, a manutenção de um sistema de seguridade social efetivo e estável."

Nem se diga que os fins (notadamente, controle da dívida pública por meio da formação de superávits primários) da tredestinação denunciada por Sampaio (2004) e Procópio (2004, p. 165) atendem igualmente ao interesse público, pois, segundo essa última autora, "alterando a finalidade do tributo, o Poder Constituinte derivado acaba por retirar a legitimidade da norma de competência que autorizou a sua instituição."

Não bastasse a ampliação das contribuições sociais e sua posterior desvinculação por meio de emenda constitucional, também têm sido instituídas contribuições sociais gerais "divorciadas da respectiva competência constitucional", na medida em que elas têm sido criadas para destinar-se ao custeio de outros direitos sociais, que não apenas os que formam o tripé da seguridade social (saúde, previdência e assistência social).

É de Procópio (2004, p. 168) a locução "divorciadas da respectiva competência constitucional", a qual se justifica na medida em que, segundo leciona Spagnol (2004, p. 75), "o Texto Constitucional não suporta a incidência de qualquer outra contribuição que não aquelas previstas para o financiamento da seguridade social (*stricto sensu*)."

Nesse diapasão, é preciso esclarecer que, embora seja o art. 149 da Constituição Federal o dispositivo que outorga competência à União para a instituição de contribuições sociais; é nos arts. 194 e 195 que, posteriormente, "o constituinte explicita as condições para a sua instituição (competência ordinária e residual) e cobrança (destinação do produto da arrecadação à seguridade social)." A lição de Spagnol (2004, p. 75) é precisa e prossegue no sentido de firmar que:

> Não podemos, pois, em matéria de contribuições sociais, analisar o disposto no art. 149 de forma apartada dos arts. 194 e 195, tendo em vista que o art. 149 não estabelece os contribuintes, fatos geradores ou bases de incidência, nem mesmo define situação de fato ou de direito autorizativa da incidência do tributo. Destarte, a instituição de contribuições sociais deverá estar sempre balizada pelos arts. 194 e 195, por meio dos quais o constituinte explicitou a competência originalmente outorgada pelo art. 149.

Em questionamento à posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.556 MC/DF,[262] quando foram consideradas constitucionais as contribuições criadas pela Lei Complementar n.º 110, de 29 de junho de 2001, Machado Segundo (2005, p. 158-160) contradita que a classificação adotada de "contribuições sociais gerais" não se enquadra em nenhuma das finalidades arroladas no art. 149 da Constituição, na medida em que:

> [...] tais contribuições não se prestam à intervenção no domínio econômico, não são arrecadadas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, e muito menos se destinam – nem mesmo em tese – à seguridade social. Sua finalidade, no caso, é suprir o *déficit* nas contas do FGTS, causado pela imposição, reconhecida pelo Poder Judiciário, de que as mesmas fossem corrigidas satisfatoriamente pelo Governo Federal. Como o FGTS é um 'direito social' do trabalhador, custeá-lo seria, de uma forma ou de outra, uma finalidade 'social'.
>
> Com essa solução, porém, o Supremo Tribunal Federal abriu *janela* sem precedentes na divisão das rendas tributárias, e na própria discriminação de competências para a União instituir contribuições. [...]
>
> É verdade que, em face da literalidade do art. 149 da Constituição, parece possível afirmar a existência de contribuições sociais gerais, ao lado das contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse de categorias profissionais ou econômicas, e de custeio da seguridade social.
>
> Entretanto, a literalidade também nos autoriza a afirmar que 'contribuições sociais' é referência genérica a uma espécie que se divide em *a)* contribuições sociais de intervenção no domínio econômico, *b)* contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, e *c)* contribuições sociais de custeio da seguridade social. A contribuição ao salário-educação, e outras referidas em dispositivos constitucionais esparsos,[263] seriam exceções à classificação exaustiva feita pelo art. 149,

[262]ADI 2.556 MC/DF – Relator Ministro Moreira Alves – julgamento em 09.10.2002 – publicação no DJ 08.08.2003, p. 87.

[263]Na Constituição de 1988, além das contribuições a que se referem os seus arts. 149 e 195, podem ser encontradas: (1) a contribuição para o salário-educação prevista no art. 212, §5º; (2) as contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) previstas no art. 239; (3) a contribuição provisória para o Finsocial de que trata o art. 56 do

> admissíveis apenas por haverem sido introduzidas no ordenamento por norma de igual hierarquia.
>
> Por outro lado, a expressão literal do art. 149 da CF não desautoriza a afirmação segundo a qual as contribuições sociais ali referidas são precisamente as de seguridade e as demais contribuições de finalidade social elencadas de modo expresso ao longo da Carta, como a contribuição ao salário-educação, sem espaço para contribuições 'gerais'. Realmente, em momento algum, o art. 149 assevera que as contribuições a que alude a art. 195 não são sociais, embora estejam submetidas a alguns dispositivos específicos, única ressalva feita na parte final do dispositivo. [...]
>
> Ora, é relativamente pacífico, entre doutrinadores e nos Tribunais, que as contribuições são espécie tributária que se caracteriza pela respectiva finalidade. Essa frase é invocada, nem sempre de modo pertinente, como uma fórmula mágica, com a qual o Fisco pretende – e às vezes consegue – instituir exações não submetidas a imunidades, que invadem competências de outros entes federados e desvencilham-se de princípios constitucionais tributários da mais alta significação. Nada se lhe aplica, porquanto o importante é a finalidade constitucionalmente definida, e por isso – há quem conclua – sacrossantos são os meio para tanto empregados.
>
> Mesmo sem entrar em tais discussões, importa colher a afirmação, de resto admitida, de que a limitação constitucional à criação e à cobrança de contribuições é, por excelência, a vinculação destas a uma finalidade específica e determinada na própria Carta Magna. Ao dizer-se isso, pressupõe-se que essa finalidade seja certa, de sorte a distinguir as contribuições dos demais tributos, e também distingui-las entre si.
>
> O que é, então, uma contribuição social geral, sem finalidade determinada de modo específico na Constituição? Parece-nos, pura e simplesmente, uma enorme contradição, que serve de disfarce para a instituição de impostos inconstitucionais. Dizer-se contribuição sem finalidade específica é o mesmo que dizer contribuição que não é contribuição: absurdo que dispensa maiores comentários.

O risco a que se refere Machado Segundo (2005) é significativo, porquanto represente a possibilidade de a União argüir que qualquer das suas ações relativas à Ordem Social (Título VIII da Constituição de 1988)[264] é finalidade que justificaria a instituição de novas contribuições sociais "gerais", em dissonância

ADCT e, finalmente (4) as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical de que trata o art. 240 do texto permanente da CR/1988.

[264]Machado Segundo (2005, p. 162) bem lembra que "as finalidades de cunho social não são encontradas apenas nos arts. 193 a 232 da Carta Magna, mas em todo o seu texto, sendo a CF/88, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado Social. Assim, praticamente todas as atividades desenvolvidas pela União Federal envolvem aspectos sociais, e poderiam dar azo à instituição de contribuições sociais 'gerais'."

da sistemática instituída pelo art. 195, §4º da CR/1988 e em detrimento da sistemática constitucional de repartição intergovernamental de receitas.

Inquieto com essa possibilidade assustadora e ilimitada, Machado Segundo (2005, p. 162) lança ao debate a seguinte problemática: "em face de contribuições gerais, que sentido teria o sistema de atribuição de competências e estabelecimento de limitações para a instituição de impostos e taxas federais?" A advertência de Machado Segundo (2005, p. 162) vai mais longe quando considera que o "espectro de tais contribuições seria tão amplo que tudo engolfaria, e todos os tributos federais poderiam com folga ser substituídos por contribuições, submetidas apenas aos arts. 146, III e 150, I e III. Perderia o sentido todo o Sistema Tributário Nacional."

Ávila (2004, p. 258-259, grifo nosso), nessa mesma linha de raciocínio, alerta que:

> Admitir que a União Federal possa instituir contribuições sociais gerais, com base no artigo 149, é **esvaziar o conteúdo normativo do artigo 195, tanto da regra de competência ordinária quanto da regra de competência residual, já que não haverá mais função alguma nem para limitar a instituição de determinados fatos, pois o poder abrangerá quaisquer fatos, nem para criar uma válvula de escape somente exercitável por meio de lei complementar relativamente a outros fatos, pois a competência ordinária será exercida por meio de lei ordinária sobre qualquer fato sem vinculação a finalidades determinadas**. **Esse tipo de interpretação despreza a estrutura constitucional, transformando a limitação no seu contrário: falta de limites.**
>
> [...] a interpretação no sentido de que haveria competência para a instituição, pela União Federal, de outras contribuições sociais sobre quaisquer fatos, desprezaria a estrutura da Constituição e os seus princípios fundamentais. Dentre esses princípios está o princípio federativo. Esse princípio deve orientar, *por dentro*, a interpretação das próprias regras de competência, deve ser escolhida aquela que melhor se harmonizar com os princípios e, no caso, com o princípio federativo. No caso das contribuições, privilegiar o princípio federativo na interpretação abstrata das regras de competência traz duas conseqüências.
>
> Em primeiro lugar, **importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir outras contribuições sociais, na medida em que sua flexibilização legitimaria a escolha pela instituição de novas contribuições sociais cuja receita, à diferença daquela proveniente dos impostos federais, não precisa ser repartida com Estados e Municípios**.
>
> Em segundo lugar, importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir contribuições que incidam sobre os mesmos fatos que compõem o âmbito de incidência dos impostos federais partilhados com outros entes federativos, pois sua flexibilização

> legitimaria a redução dos impostos partilhados em favor da instituição ou aumento das contribuições não partilhadas.

Não é sem razão que Spagnol (2002, p. 153) afirma contundentemente que a "Constituição Federal não consagra por meio dos arts. 149, 194 e 195 dupla regra matriz de competência para a instituição de contribuições sociais. Em verdade, o art. 149 outorga competência para a instituição do tributo, cujos termos e condições se encontram explicitados nos arts. 194 e 195."

Isso ocorre porque, conforme leciona o autor sob comento (2004: 78), não se encontra no art. 149 "indicação de bases de incidência ou a eleição de sujeitos passivos possíveis nos moldes erigidos no texto do artigo 195." Para Spagnol, "entender o contrário seria o mesmo que defender a outorga 'em branco' de competência impositiva à União Federal." (2004, p. 78)

Assim, em relação às contribuições sociais que sejam destinadas – conforme explícita previsão constitucional – para outras políticas públicas sociais específicas (salário-educação, PIS/PASEP, Finsocial e contribuições corporativas do Sistema "S"), tem-se que estariam fora da sistemática do art. 195 da CR/1988 porque, segundo Spagnol (2002, p. 153), seriam hipóteses "excepcionadas pela Constituição nos exatos termos da legislação a ela preexistente. Não há competência legislativa para a sua alteração posteriormente ao texto de 1988."

Por outro lado, Machado Segundo (2005, p. 151) ainda denuncia que restarão esvaziadas as normas inscritas nos arts. 154, I e 157, II da CR/1988, se for aceita a tese esposada pelo STF no julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 2.556/DF de que a União pode instituir "contribuições sociais gerais". De acordo Machado Segundo (2005, p. 151, grifo nosso),

> Ainda que se admita, em face da literalidade dos arts. 149 e 195 da CF/88, que a União Federal pode criar as mais diversas contribuições, sejam de intervenção no domínio econômico, de custeio da seguridade social (destinadas porém ao orçamento fiscal federal), ou ainda 'sociais gerais', deve-se reconhecer que *tal interpretação torna carentes de sentido os arts. 154, I e 157, II, da CF/88*. Como se sabe, tais artigos tratam, respectivamente, da competência da União para instituir impostos residuais, e da necessidade de o produto da arrecadação de tais impostos ser partilhado com os entes federados periféricos.
>
> Dotada de competência tributária de tamanha amplitude, a União jamais se utilizaria – como jamais se utilizou – de impostos residuais. Além das contribuições de seguridade, que não integram orçamento autônomo, deve-se reconhecer que 'intervenção na economia' e 'finalidades sociais gerais' são conceitos tão amplos que autorizam, praticamente, a instituição de qualquer tributo, sobre qualquer fato gerador, a ser exigido de qualquer contribuinte. Uma competência impositiva ilimitada.

> Em outras palavras, dotada de tão extensa competência, a União poderia instituir inúmeras e incontáveis contribuições. Além das destinadas à seguridade, a União poderia instituir 'contribuições sociais gerais' para financiar atividades relacionadas aos índios, aos idosos, às crianças, à educação, à saúde etc. etc. Relativamente às Cide's, poderia instituir exações para preservar o meio ambiente, para 'livrar de descompassos' os mais variados setores da economia, para preservar o pleno emprego, para proteger consumidores etc. etc.
>
> Enfim, **como toda atividade desenvolvida pela União Federal causa alguma repercussão na economia, ou tem algum propósito social (afinal, o Estado foi criado para uma finalidade 'social'), as contribuições referidas no art. 149 poderiam – diante da literalidade do dispositivo – custear todas, ou quase todas, as atividades da União. Perderia sentido, com isso, o equilíbrio que os arts. 153, 155 e 156 da CF/88 tentaram estabelecer, bem como restariam completamente esvaziados os arts. 154, I e 157, II, que procuraram preservar esse equilíbrio**.
>
> Além de obter fontes de receitas não partilhadas com os entes federados, a União poderia ainda invadir a competência de Estados e Municípios, criando tributos que são próprios – e deveriam ser exclusivos – destes entes periféricos.

Para Afonso (2005, p. 09), trata-se esse movimento de uma verdadeira "recentralização tributária", na medida em que a arrecadação total dos três níveis da federação representou, em 2004, 36,8 % (trinta e seis inteiros e oito décimos) do PIB e a União sozinha absorveu (já descontadas as transferências intergovernamentais) cerca de 21,7 % (vinte e um inteiros e sete décimos) do PIB. Conforme se depreende da TAB. 7, a União, de 1998 a 2004, aumentou sua participação percentual no total da arrecadação em 2,7 (dois inteiros e sete décimos) pontos percentuais, o que claramente significou menor disponibilidade relativa de recursos para Estados, Distrito Federal e Municípios.

TABELA 7
Re-centralização tributária em favor da União no período de 1998-2004

| Ano | Arrecadação Total em % do PIB | Receita Disponível Federal em % da Arrecadação Total |
|---|---|---|
| 1998 | 29,6 | 56,2 |
| 1999 | 31,7 | 57,0 |
| 2000 | 32,7 | 56,7 |
| 2001 | 34,3 | 57,1 |
| 2002 | 35,8 | 57,7 |
| 2003 | 35,2 | 58,1 |
| 2004 | 36,8 | 58,9 |

Fonte: AFONSO, 2005, p.09.

Cumpre, pois, questionar os limites normativos desses movimentos promovidos pela União, de tanto se desvencilhar do peso proporcional das transferências obrigatórias sobre o conjunto da sua arrecadação, quanto de buscar superar o quadro de vinculações orçamentárias inscrito na Constituição de 1988 por meio de instrumentos como o FSE, o FEF e a DRU.

Considerando a forma federativa de Estado vigente no Brasil em que as competências foram distribuídas tanto para que os três níveis da federação se desincumbam de seus deveres constitucionais, como também para que eles tivessem meios e recursos materiais suficientes para o desempenho de suas atividades, somente seria constitucionalmente adequado o uso discriminado pela União das suas competências tributárias – em clara tendência contracionista e anti-redistributiva em relação a Estados e Municípios – se, de fato, a instituição de novas contribuições sociais, bem como a majoração das já existentes estivessem sendo revertidas em favor da seguridade social e das demais finalidades expressamente previstas no art. 149 da CR/1988.

Na raiz do conceito de competência, se a União pode instituir contribuições sociais para a seguridade social e se, por causa da manutenção da seguridade, não reparte o produto da arrecadação com aquelas contribuições, ela deveria promover o dispêndio de tal receita vinculada exclusivamente com as ações de saúde, previdência e assistência sociais.

Não obstante tal finalidade social, a realidade fática dos mecanismos de desvinculação de receitas da União apontam para a perda da correlação – que é critério de verdadeira "validação constitucional", tal como o afirma Greco (2000) – entre destinação e instituição de contribuições sociais. A esse respeito, severa é a conclusão de Machado Segundo (2005, p. 198) com relação ao impacto desproporcional da recentralização tributária – havida no Brasil durante as décadas de 1990 e 2000 com a expansão das contribuições sociais – sobre a forma federativa de Estado:

> Os princípios que animam a instituição de contribuições não autorizam que estas suprimam, ou tendam a suprimir, a forma federativa de Estado. Nesse contexto, as contribuições não seriam *necessárias*, nem *proporcionais em sentido estrito* para atender tais direitos de segunda e terceira dimensões. Em face da atual conjuntura brasileira, aliás, notadamente diante da 'Desvinculação de Receitas da União', o que se percebe é que as contribuições não estão se mostrando sequer *adequadas*[265] para atender suas finalidades. (MACHADO SEGUNDO, 2005, p. 198, grifo do autor)

[265]Machado Segundo (2005, p. 198) citou em itálico os três subprincípios (postulados) que, segundo a doutrina alemã, informam o princípio da proporcionalidade. A respeito de tais "elementos parciais", Bonavides (2003, p. 396-397) leciona que: "o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*) [a noção usada por Machado Segundo para expressar tal subprincípio foi a de adequação], que, segundo Zimmerli, nos deve

Controvérsia se instaura, como já se discutiu em tópico anterior deste capítulo, quando se percebe que, atualmente (e assim vem sendo desde 1994), 20% (vinte por cento) da arrecadação das contribuições sociais não se encontra destinado à seguridade, por força do dispositivo de desvinculação de receitas inscrito sucessivamente nos arts. 71, 72 e 76 do ADCT da CR/1988.

Embora tenha havido várias[266] emendas ao texto do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 que dessem algum amparo normativo à figura da desvinculação de receitas e embora o exercício das competências tributárias seja uma dimensão discricionária conferida aos poderes políticos da União (especialmente ao Chefe do Poder Executivo), não se pode deixar de buscar entender a relação sistêmica entre tais figuras e suas implicações para a discursividade democrática.

Dito de forma muito genérica, o que a União vem fazendo é:

a) arrecadar mais por meio de tributos que estão alheios à sistemática constitucional de repartição obrigatória entre os entes, vez que se trata de tributos com destinação fixada pela CR/1988;
b) descentralizar para Estados e Municípios mais ações de diversas políticas públicas prestacionais, com o que, a própria União se desincumbe, correspondentemente, de importantes despesas;
c) não distribuir o produto da arrecadação majorada com Estados e Municípios em nome da aludida destinação dos tributos que deram ensejo ao maior volume de ampliação de receitas tributárias e
d) paradoxalmente, não aplicar a totalidade daqueles recursos onde constitucionalmente eles deveriam ser aplicados, por força de mecanismo transitório de desvinculação insistentemente prorrogado no ADCT.

O que há de pouco transparente nesse ciclo vicioso reside na prestação de contas sobre qual finalidade pública está sendo atingida ou qual dever constitucional está sendo cumprido, ainda mais se se considerar que, por

dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade."

Já "o segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*) [...]. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária." (BONAVIDES, 2003, p. 397). Seria, pois, a necessidade um princípio que norteia a "escolha do meio mais suave", ou seja, deve-se adotar a medida que seja "menos nociva aos interesses do cidadão".

Bonavides (2003, p. 397-398) esclarece, enfim, que "o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade [...] consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui [...] a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo."

[266] Até os presentes dias foram seis as emendas: ECR n.º 01/1994, EC n.º 10/1996, EC n.º 10/1996, EC n.º 17/1997, EC n.º 27/2000, EC n.º 42/2003 e EC n.º 56/2007.

trás do manejo de tais receitas cumulativamente majoradas, não repartidas e desvinculadas, reside uma dita "discricionariedade técnica" na administração da política monetária e da dívida pública.

Nesse sentido, cumpre lembrar que a aplicação discricionária de recursos e a reversão proporcional do sistema intergovernamental de repartição de receitas deveriam ser **meios** disponibilizados para o atendimento de **fim** público que também deve ter guarida constitucional e cuja motivação deve ser apresentada diante de uma processualidade democrática que efetivamente lhe afira a condição de "**público**".

O redesenho tributário em pauta evidencia verdadeiro conflito entre finalidades públicas a que as receitas vinculadas deveriam se destinar. Se se retomar aqui o sentido impresso às contribuições sociais no art. 149 da Constituição, perceber-se-á que não cabe ao legislador instituir contribuição para um fim e ulteriormente lhe atribuir outra finalidade, mormente se essa opção ulterior se tratar de deliberação dissonante da competência impositiva conferida pelo Constituinte originário.

A lição tributarista de Carrazza (2002, p. 518) é forte no sentido de que "por imperativo da Lei Maior, os ingressos advindos da arrecadação das 'contribuições' devem, necessariamente, ser destinados à viabilização ou ao custeio" das atividades que lhes justificam a existência. Para Carrazza (2002, p. 518, grifo do autor), "tal vinculação, longe de ser vedada, é imprescindível, até porque é ela que vai confirmar a natureza da *contribuição*, possibilitando o controle de sua constitucionalidade."

Nesse diapasão, urge tratar da possibilidade de controle de constitucionalidade sobre a cobrança de contribuição, cuja receita não esteja sendo destinada à finalidade prevista na lei que a houver instituído. Para Carrazza (2002, p. 519, grifo do autor),

> se o contribuinte puder demonstrar que a *contribuição* a seu cargo não teve o produto de sua arrecadação aplicado *naquela finalidade* apontada na lei que a instituiu, ele tem o direito de subtrair-se ao seu pagamento ou, quando for o caso, de repetir o que pagou, observados, aí, apenas, os prazos prescricionais.
>
> Em suma, é a destinação do produto da arrecadação que preserva a natureza constitucional das *contribuições.* Esta determinação existe para proteger o contribuinte de arbitrariedades, como, por exemplo, do desvio do produto arrecadado ou da ausência, *in concreto*, do motivo que ensejou a criação desta figura exacional.
>
> Importante assinalar, por igual modo, que a destinação das *contribuições* deve ser dada pela própria lei instituidora, sendo inconstitucional eventual delegação que esta, a propósito, venha a fazer, ainda que a outra lei, como, por exemplo, a orçamentária.

Derzi (2002, p. XII, grifo do autor) defende que "a contrariedade fática [promovida por meio do desvio do produto da arrecadação de contribuições sociais para outros fins diversos da finalidade legal que lhes legitima a existência] configura *descumprimento do mandamento normativo, de seu comando,* a que pode resistir o próprio contribuinte, quer pela oposição ao pagamento, quer por meio da repetição do indébito."

O direito de o contribuinte opor-se ao pagamento de contribuição social, cujos valores arrecadados estejam sendo desviados para outra finalidade (tredestinados) que não aquela prevista na correspondente lei instituidora não se apresenta assim tão fácil, mormente se se discutir judicialmente a possibilidade da repetição do indébito tributário. O tema afigura-se mais complexo porque, tal como bem lembram Machado Segundo e Machado (2003, p. 298-299), há duas formas de desvio, a saber, o "desvio legal ou jurídico" e o "desvio contrário às disposições legais, ou meramente factual".

Antes, porém, de apresentar as formas de desvio discutidas pelos mencionados autores, cumpre retomar a interessante construção doutrinária – sedimentada no Direito Administrativo – sobre o desvio de finalidade, também conhecido como desvio de poder. Nesse sentido, preciosa é a lição de Bandeira de Mello para quem tal desvio significa a "utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição." (MELLO, 2000, p. 56)

Segundo o citado administrativista (MELLO, 2000, p. 57), como modalidade de "abuso de direito", o desvio de poder representa, em uma última instância, uma "violação jurídica do poder legítimo", na qual o "agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei." Justamente por ser uma "transgressão da lei", é que o controle do desvio de poder, segundo informa Bandeira de Mello, é "um controle de estrita legalidade."

No caso ora analisado do manejo das competências tributárias inscritas constitucionalmente – e em especial da competência do art. 149 para criar contribuições sociais –, trata-se de "fraude à Constituição", de acordo com a lição de Machado Segundo (2005, p. 181), ou ainda de "burla à discriminação constitucional de competências", tal como bem acentuou Derzi (2002, p. X).

Tratando das modalidades de desvio de poder perpetrado pelo administrador (não pelo legislador), Bandeira de Mello ensina haver duas delas, quais sejam, aquela na qual o agente administrativo busca uma finalidade pessoal, diversa de qualquer interesse público, e aquela na qual ele busca atender a uma finalidade pública, mas por meio de uma competência imprópria ou inadequada à realização daquela. Nas palavras do autor, o alerta é de que

> nada importa: quer haja incidido em erro de Direito, ao imaginar cabível o meneio da competência para um fim só objetivável por outra competência,

> quer haja deliberadamente se servido de uma competência imprópria, pretendendo com isto eximir-se de embaraços, dificuldades ou demoras que o estorvariam ou retardariam – se fora utilizada a competência pertinente – haverá, do mesmo modo, incorrido em desvio de poder. (MELLO, 2000, p. 59)

Em ambas as situações o ato é "maculado", porque "**as competências têm** [...] **endereço certo, não podem ser manejadas para um fim distinto daquele a que estão legalmente preordenadas, sem que, com isto, em última instância, seja violada a própria regra de competência**." ( MELLO, 2000, p. 60, grifo nosso)

Assim ocorre em razão da garantia intrínseca ao Estado de Direito de que os cidadãos não serão surpreendidos pelo proceder administrativo, tampouco pela pretensão fiscal da Administração Pública, haja vista todo o rol de limitações de que trata o art. 150 da Constituição de 1988. Para Bandeira de Mello, todo o agir estatal, em suas finalidades e nos meios a essas correspondentes, deverá sempre se encontrar adstrito ao que o "Direito antecipadamente e adrede concebeu como sendo os [meios] adequados para o atingimento de cada uma delas [finalidades]." (MELLO, 2000, p. 60)

Nesse diapasão, para o aludido autor, "a totalidade dos vícios dos atos administrativos, em última instância, resolve-se em vício de incompetência". Tal conclusão de Bandeira de Mello decorre do seu esforço de alargar a noção de competência, tratando-a em um sentido material, qual seja, o de que "se alguém é investido de uns tantos poderes, não o é para atuá-los em quaisquer circunstâncias ou perante quaisquer fins ou segundo quaisquer formas, mas só o é para mobilizar ditos poderes ante determinadas circunstâncias,[267] em vista de específicos fins e através de certas formas." (MELLO, 2000, p. 61)

Acerca do desvio de poder praticado por agente que atua com vistas a uma finalidade legal, Bandeira de Mello faz a precisa constatação em prol da defesa das garantias do cidadão no Estado de Direito de que "**não importa que o objetivo público visado pudesse ser alcançado através de outro ato, correspondente a outra competência. Se as condições do exercício de uma e outra eram distintas, a Administração não pode, em função de vantagens ou facilidades, manejar uma dada competência quando seria o caso de utilização de outra**." (MELLO, 2000, p. 65, grifo nosso)

[267]Para melhor explicar tal visão mais abrangente de competência, Bandeira de Mello vale-se de uma analogia com a excepcional situação de se poder acionar as alavancas de emergência nos trens, já que, fora de um contexto de emergência, há violação da regra de Direito e assim não subsiste o direito de acionar referida alavanca. Do mesmo modo, aconteceria com a competência, na medida em que "não há competência [...] senão quando concorrem todos os requisitos legais que lhe delineam a concreta compostura." (MELLO, 2000, p. 62).

Tal ocorre porque "à lei não é indiferente que se use, para perseguir dado escopo, uma ou outra competência." (MELLO, 2000, p. 66) Donde "a administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de *especialização funcional*" (MELLO, 2000, p. 67).

Segundo o doutrinador sob comento, quando ocorre vício de intenção, é porque o autor do ato tentou sobrepor seu juízo pessoal ao juízo legislativo, insurgindo-se contra o esquema de garantias do administrado, vez que se rebelou contra os fins e meios prescritos em lei. Isso representaria, para Bandeira de Mello, uma "evasão à específica finalidade pública do ato" (MELLO, 2000, p. 69).

Após tal retomada conceitual junto à doutrina administrativista, cumpre voltar, pois, à classificação defendida por Machado Segundo e Machado (2003, p. 298-299) de que, no caso das contribuições sociais, pode haver duas formas de desvio (o legal e o fático). O desvio fático diz respeito à hipótese de o administrador descumprir o comando legal que lhe atribui competência para cobrar contribuições sociais e para destinar o produto da arrecadação à finalidade para a qual aquelas foram afetadas. Tal desvio, tal como leciona Bandeira de Mello (MELLO, 2000), é controlável a partir da invalidação dos atos administrativos de tredestinação dos recursos vinculados, de modo a garantir a correta aplicação de tais receitas tributárias afetadas na forma do art. 149 da CR/1988.

Ocorre, contudo, que há também o "desvio legal ou jurídico". Machado Segundo e Machado (2003, p. 299) esclarecem que, nesse caso, "normas jurídicas determinam, autorizam ou de qualquer modo viabilizam que esse desvio se consume, fazendo assim com que o perpetre esteja agindo sem descumprir as disposições legais que tratam da contribuição desviada." Assim, "nesse caso, desnatura-se a própria contribuição, que passa a assumir a feição de imposto. Caso esse imposto não se comporte na competência da União, ter-se-á uma exação inconstitucional passível de restituição."

Ora, limites também se apresentam ao legislador infraconstitucional e ao Poder Constituinte Derivado no manejo das competências constitucionais, mormente porque a discricionariedade do legislador não pode desviar-se das finalidades almejadas pela Constituição, entre outras, de tutela dos direitos fundamentais, de defesa do pacto federativo e de restrição ao exercício do poder de tributar para confiná-lo às hipóteses expressamente definidas constitucionalmente. O Ministro Celso de Mello, do STF, em voto proferido no julgamento de Medida Cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.158, pontuou que

> a cláusula do *devido processo legal* – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua

> noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário e irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades contra qualquer modalidade de legislação opressiva [...] destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, **dentro das perspectivas da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal**. (grifo nosso)

Se forte é a conclusão de que a teoria do desvio de poder também aplica-se "ao plano das atividades legislativas", é perfeitamente cabível o controle de constitucionalidade do "desvio legal" a que se referem Machado Segundo e Machado (2003), no caso da tredestinação das contribuições sociais e da transformação de sua natureza jurídica em imposto. Certo é que, fora das competências tributárias dos arts. 153 e 154 da CR/1988, a União não pode instituir novos impostos, em face do que tal exação seria inconstitucional. Diante de exação inconstitucional, poderia o contribuinte opor-se ao seu pagamento, além de reclamar a repetição do indébito.

Não obstante o fato de que tal seqüência é decorrência lógica dos efeitos jurídicos da conclusão sobre a inconstitucionalidade de contribuição desviada – por disposição legal – para outras finalidades alheias àquela que justificou a sua instituição, não há solução facilmente identificável (no que diz respeito à restituição de valores aos contribuintes) para a hipótese de montantes desviados apenas proporcionalmente em relação ao total arrecadado. De acordo com Machado Segundo e Machado (2003, p. 299), "caso esse desvio legal seja apenas de parte do valor arrecadado através da contribuição, parte essa que seja passível de mensuração individualizada (uma parte da alíquota, por exemplo), apenas essa parte comporta restituição".

Lado outro, "em havendo desvio legal de impossível individualização, contudo, como na hipótese de ser autorizada a destinação de 'x' bilhões de reais oriundos da arrecadação da contribuição a uma finalidade distinta da que motivou a cobrança, parece-nos que o vício contamina a própria contribuição." (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2003, p. 299)

Mesmo para essa hipótese de imprecisão dos valores desviados, os autores em questão apresentam – em respeito ao princípio da razoabilidade – duas vias de solução, na medida em que "se o desvio autorizado foi de pequena

parte, **deve-se considerar inconstitucional o dispositivo que o autorizou ou determinou, e determinar a devolução, pela União Federal, dos recursos à finalidade correspondente**". Mas se "o desvio é substancial, ou se não há limitação jurídica ao mesmo, o tributo torna-se todo inconstitucional, devendo ser, portanto, restituído a quem houver pago." (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2003, p. 299, grifo nosso)

Já no que diz respeito ao "desvio contrário às disposições legais, ou meramente factual", Machado Segundo e Machado (2003, p. 299) lecionam que não se trata, obviamente, de inconstitucionalidade da lei, mas sim de descumprimento fático – na esfera administrativa – da lei. A observação dos aludidos autores aponta que "uma coisa é a inconstitucionalidade da lei, outra coisa, completamente diferente, é a ilegalidade de uma conduta contrária a essa mesma lei. A lei que institui a contribuição naturalmente não se torna inconstitucional por haver sido descumprida, mas isso não significa que esse descumprimento seja sem nenhuma conseqüência no que respeita à obrigação de recolher essa contribuição." A esse respeito, precisa é a lição de Dias, E. R. (2003, p. 231-232):

> A inconstitucionalidade da cobrança é, portanto, a conseqüência do desvio de finalidade da contribuição. Se tal desvio for apenas parcial, não acarretará o dever de restituir os valores cobrados. A circunstância de haverem os referidos recursos sido em parte aplicados nas finalidades originariamente previstas na Constituição e em parte em outras finalidades, também públicas, dificulta e mesmo inviabiliza a devolução. Seria extremamente complexa a definição do montante pago por cada contribuinte que teria sido desviado. Mas impõe-se que a finalidade em que foi aplicada a parte desviada dos recursos seja também uma finalidade pública. O desvio de receitas decorrentes de contribuições para outra finalidade também pública acarreta ainda a obrigação de se restituir o que foi desviado. No caso de contribuições destinadas à Seguridade Social aplicadas em outras finalidades públicas, caberia à União restituí-las ao orçamento da Seguridade Social, retirando-se, para tal fim, verbas do orçamento fiscal. Em qualquer caso, porém, as autoridades responsáveis pelo desvio se sujeitam a sanções administrativas e penais, a serem aplicadas pelo Tribunal de Contas da União, ao qual cabe a fiscalização orçamentária e contábil da União, pelo Senado Federal, no caso de crime de responsabilidade, e ao Judiciário, na hipótese de improbidade administrativa, desde que presentes os seus requisitos específicos.

Desconhecendo a hipótese de lei ou até mesmo de norma constitucional (trazida pelo Constituinte Derivado) desafetar – no nascedouro – a arrecadação das contribuições sociais à sua destinação para a Seguridade Social, Paulsen

(2003)[268] apresenta ao problema da tredestinação das receitas arrecadadas com as contribuições sociais solução absolutamente vinculada à punição do administrador responsável pelo desvio e à busca da aplicação correta dos recursos.

O problema não se resolve pura e simplesmente com a busca da punição do administrador responsável e com o manejo pelo Ministério Público de ações coletivas que visem à aplicação correta dos recursos – tal como o sugere Paulsen (2003). A questão revela-se mais complexa se se considerar que "o desvio dos recursos obtidos com uma contribuição pode ocorrer, ou ser determinado, no plano normativo", como bem lembra Machado Segundo (2005, p. 187).

Partindo do pressuposto de que o Estado tem limites restritivos ao seu poder de tributar e que é inconstitucional o registro de débito tributário contra o contribuinte fora das hipóteses (literalmente) tipificadas de fato gerador que ensejam a incidência da pretensão arrecadatória estatal, não se pode admitir – no Direito Tributário brasileiro – a instituição de contribuição, na forma do que dispõe o art. 149 da CR/1988, que não seja destinada a alguma atividade ou finalidade específica.

Embora seja certo que é impossível criar contribuição sem que haja, na lei instituidora, previsão de sua destinação, caso em que a lei já viria ao ordenamento jurídico eivada de inconstitucionalidade; não há tanta clareza sobre como resolver a perspectiva de que todas as contribuições desvinculadas (segundo o disposto no art. 76 do ADCT) foram criadas com destinação legal específica, mas – por força de "desvio legal" tal como o entendem Machado Segundo e Machado (2003) – o produto de sua arrecadação não tem sido integralmente vertido em favor da destinação a que se referem.

Nesse sentido, cumpre retomar – com Souza (2003, p. 266) e com Machado Segundo e Machado (2003, p. 299) – o entendimento de que emenda consti-

[268]Para esse autor, "Não há que se falar, aqui, em inconstitucionalidade na instituição do tributo, eis que terá suporte constitucional o exercício da competência tributária, sendo, pois, válido. O eventual desvio de recursos, nestes casos, deverá ser combatido, principalmente pelo Ministério Público através de ações que busquem a aplicação correta dos recursos e a punição administrativa, política e criminal dos responsáveis pelo desvio.
Não há [...] como se pretender invalidar as relações tributárias e dizer da inconstitucionalidade das leis em razão de ilícito administrativo posterior e cuja correção pode ser buscada.
Entendêssemos de modo diverso, teríamos, ainda, dificuldades importantes. Senão vejamos: supondo eventual desvio, quais as contribuições inválidas e sujeitas à devolução? Qual o montante desviado? Quais as competências passíveis de restituição? Como estabelecer relação entre as competências e os desvios. Pagamentos posteriores à correção dos desvios, mas relativos às competências entendidas como afetadas, seriam ainda devidos? Como ficaria, neste caso, o tratamento isonômico aos contribuintes? A repetição dependeria do insucesso das tentativas do Ministério Público de reverter a aplicação equivocada dos recursos e destiná-los à sua finalidade legal? A recuperação e correta destinação de eventual montante desviado tornaria novamente exigível o tributo? Tais questões bem revelam que não se pode confundir o plano do exercício da competência tributária com o da execução do orçamento." (PAUSEN, 2003, p. 388).

tucional que desvincula receitas das contribuições sociais para lhes conferir livre destinação (especialmente para formar superávit primário) descumpre a regra matriz de competência para instituição de tais contribuições. Sem correspondência com a destinação constitucional para a seguridade, não há se falar em instituição legítima de contribuição social, mas sim de instituição tergiversadora de impostos.

Em tal hipótese, tanto poderá haver argüição de descumprimento de preceito fundamental pela restrição do financiamento dos direitos sociais afetados (que são direitos fundamentais protegidos pela cláusula do art. 60, §4º, IV da CR/1988), como também poderá haver questionamento da inconstitucionalidade da nova exação daí emergente, caso não detenha a União competência para instituir impostos sobre aquele fato gerador, em conformidade com o disposto no art. 154, I,[269] da Constituição.

Não interessa saber se as receitas desvinculadas comporão resultado primário positivo que responde pela sustentabilidade da relação entre a dívida líquida e o PIB (DLSP/PIB), porque as garantias de que o contribuinte não será surpreendido por exação inconstitucional compõem verdadeiro pilar principiológico do Direito Tributário pátrio. Trata-se de desvio de finalidade inadmitido no Estado de Direito brasileiro, mormente com a feição democrática que a Constituição de 1988 lhe conferiu.

A esse respeito, precisa é a lição de Procópio – calcada na doutrina luhmanniana – de que "justificar a desvinculação das contribuições sociais da seguridade na importância de manutenção do superávit primário ou no pagamento da dívida da União é utilizar código não próprio do sistema jurídico" (2004: 166). O argumento econômico não pode desconhecer o ordenamento constitucional vigente, ou torcer-lhe as balizas fundamentais (cláusulas pétreas) para o atingimento de fins diversos dos que foram estatuídos pelo Poder Constituinte originário.

Não há como admitir a validade normativa do argumento de que houve "juridicização" de tais temas no seio da Constituição de 1988 por meio de emendas que implementaram as figuras de desvinculação de receitas, pois, como bem lembra Procópio (2004: 167), "esta tentativa de juridicização é nula, primeiro, porque tendete a abolir direitos ligados à seguridade social, que podem ser enquadrados como individuais [...]. E, segundo, porque o Constituinte derivado não possui legitimidade para prever contribuições detinadas ao gasto público genérico".

[269] Nesse caso, necessariamente a perspectiva de exercício de competência residual para instituição de novos impostos deve obedecer à regra de repartição tributária inscrita no art. 157, II da Constituição de 1988.

De acordo com Dias, E. R. (2003, p. 230), hodiernamente, confirma-se a assertiva de que há desvio de finalidade na destinação das receitas arrecadadas em nome da seguridade social, porque têm sido adotadas diversas medidas "pelo Governo, como a iniciativa de aprovar, via Emenda Constitucional, a chamada Desvinculação de Receitas da União, pela qual se buscou legitimar o desvio de receitas de contribuição da seguridade, sobretudo as incidentes sobre o faturamento e o lucro, para outras finalidades, tais como o pagamento de juros da dívida pública."

Diante de tal desvio, Dias, E. R. (2003, p. 231) pontua incisivamente que:

> a única interpretação capaz de compatibilizar referida norma, editada pelo Poder Constituinte Derivado, com as disposições elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, que fixaram a autonomia orçamentária da Seguridade Social e a destinação específica das contribuições sociais (artigos 165, §5º e 195, *caput*), é a que admite como despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência unicamente as referentes a ações na área da saúde e da assistência social.
>
> Revela-se, assim, flagrantemente inconstitucional a utilização de tais recursos para finalidades diversas daquelas atribuídas pela Carta Magna à Seguridade Social, como pretende fazer o Governo através da DRU (Desvinculação de Receitas da União).

Do exposto depreende-se que o ciclo vicioso que se denunciou há pouco envolve não só um conflito de finalidades "públicas" no manejo das receitas tributárias, como também implica "flexibilizar" – em burla à discriminação constitucional de competências e, por isso, desarrazoadamente – o sistema constitucional de partilha de receitas entre os entes da federação e a sistemática tributária de garantia de financiamento de direitos fundamentais inscrita no art. 149 da Constituição de 1988.

Como forma de evidenciar o caráter desarrazoado e desproporcional da desvinculação de receitas da União, Sampaio (2004, p. 231) formula pergunta, com base no postulado da necessidade[270] (no sentido da eleição de medida menos gravosa), sobre se "existiriam no nosso sistema tributário meios igualmente eficazes e que restringiriam em menor medida os direitos fundamentais". A resposta da autora em questão a essa pergunta é afirmativa, porque

> a majoração da carga tributária por meio de impostos seria igualmente possível, eficaz e não atingiria a prestação dos direitos sociais, bem como a forma federativa de Estado. Essa majoração poderia ser realizada, por

[270] Trata-se de postulado que informa, juntamente com os postulados da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, o sentido do princípio da proporcionalidade na contemporânea doutrina alemã.

> exemplo, através de uma maior progressividade do imposto de renda, aumento de alíquotas de outros impostos de sua competência, ou mesmo pela criação de impostos residuais, como autorizado pelo art. 154, I da Constituição [...].
>
> Com efeito, essas medidas afetariam em menor medida os direitos envolvidos na análise das Contribuições para Seguridade Social. Isso se dá pelo fato de que os impostos procuram onerar parcelas da realdiade que traduzam manifestação de riqueza (capacidade contributiva) daqueles que são colocados na condição de sujeito passivo, ao passo que as contribuições sociais que propiciam a arrecadação de maior vulto (PIS, COFINS, CPMF), ao possuírem como fatos geradores o faturamento e a movimentação financeira, não oneram fatos indicativos de capacidade contributiva. A tributação dessas realidades que não se refletem indício de riqueza é tolerada na exata medida em que destinadas aos fins constitucionalmente estabelecidos. (SAMPAIO, 2004, p. 231-232)

À luz do princípio da proporcionalidade, vale retomar aqui – como primária conclusão acerca das discussões abertas neste tópico e em se lembrando o norte teórico (Habermas, 1997) que sustenta este estudo – o alerta de que não haverá interesse público se não houver respeito aos direitos individuais e princípios fundamentais envolvidos, tampouco será "pública" uma finalidade que não passe procedimentalmente pela deliberação (direta ou indireta) com os diversos interessados na sua definição.

O quadro normativo das receitas tributárias da União – tal como o descreve Machado Segundo (2005, p. 163, grifo do autor) – apresenta-se de forma tão desarrazoada que

> A demolição do Sistema Tributário causada pela admissão de contribuições sociais gerais [que além de não terem finalidade específica definida constitucionalmente, ainda passariam pela desvinculação de receitas da União] não traria malefícios apenas aos contribuintes, que seriam submetidos a uma tributação ainda mais imprevisível, incompreensível e irracional. Os maiores prejudicados seriam os Estados e os Municípios, com sérios abalos na forma federativa de Estado, alçada ao patamar pétreo da CF/88. [...]
>
> Dependentes financeiramente do poder central, Estados e Municípios teriam – como às vezes têm – a liberação de verbas para suas necessidades locais condicionada ao atendimento das exigências feitas pelo poder central. A autonomia seria meramente ornamental.
>
> Foi por essa razão que a CF/88 cuidou de dividir a competência tributária entre União, Estados e Municípios, redobrando seus cuidados no trato da chamada *competência residual*, cujos impostos com base nela criados hão de ter o produto de sua arrecadação partilhado entre Estados e Distrito Federal (CF/88, art. 157, II). [...] De fato, o desequilíbrio gerado por essa

> espécie tributária, verdadeira brecha que se abre na competência residual da União, que se torna assim ilimitada e não partilhada, tornaria sem efeito a divisão de competências feita pela Constituição Federal.

Não pode a União desconhecer – a título de garantir maior arrecadação e voltada exclusivamente para esse interesse secundário – os princípios constitucionais que balizam seu dever de buscar atender ao interesse público primário.[271] Como diria Spagnol (2002), não pode tanto o Constituinte Derivado, haja vista a perspectiva de que "o princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, constitui limite para a cobrança de contribuições, permitindo aferir a idoneidade destas últimas para a consecução dos fins previstos pela Constituição." (DIAS, E. R.; 2003, p. 233)

Se se retomar a lição de Bandeira de Mello quanto à diferença entre interesse primário e secundário, perceber-se-á que a União argumenta ser de "interesse público" a tredestinação das contribuições sociais, sendo que tal desvio de finalidade não passa de interesse secundário – dissonante do interesse primário que legitima a instituição de tais contribuições – para financiar os impactos fiscais da política de estabilização monetária. O autor em questão assevera

> os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa de suas próprias conveniências, sob pena de trair sua missão e sua própria razão de existir. (MELLO, 1999, p. 32)

A bem da verdade, em consonância com o marco de Estado Democrático inscrito na Constituição de 1988 e relido à luz do modelo discursivo de democracia proposto por Habermas (1995), o interesse secundário – porquanto seja

[271]Sobre a célebre distinção da doutrina italiana sobre interesse público primário e secundário, Bandeira de Mello leciona que a Administração Pública exerce função, na medida em que está investida "no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades." Em se tratando de função administrativa, há um verdadeiro "assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder", razão pela qual "as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como 'poderes' ou como 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes.'" (MELLO, 1999, p. 31- 32).
É importante que haja subordinação do Estado aos deveres que lhe justificaram a atribuição de poderes porque as noções de interesse primário (para abarcar os interesses da coletividade) e de interesse secundário (para se referir ao interesse do Estado como sujeito de direitos) não podem concorrer entre si, sob pena de o Estado desviar-se de sua finalidade e passar a perseguir apenas seu próprio interesse privado, argüindo o atingimento de um pretenso "interesse público secundário".

mero interesse da pessoa jurídica Estado – não pode ser qualificado como interesse público. É fraude à lei e à Constituição – como tão incisivamente afirma Machado Segundo (2005, p. 181) – perseguir o interesse de criar contribuições para não reparti-las, sem sequer destinar o produto de sua arrecadação à finalidade legal que lhes legitima a existência como espécie tributária autônoma.

Afastando o vício conceitual de fazer coincidir o interesse estatal e o interesse público, efetivamente não se pode admitir tal distinção entre duas espécies de interesse público, porque o interesse estatal de arrecadar, fora dos limites constitucionais e até mesmo contra o pacto federativo e as garantias individuais, não é "interesse público secundário", pois não passa de interesse privado da Administração Pública federal.

A Administração deve promover, discursiva e procedimentalmente, a apuração do que seja interesse público diante de cada caso concreto. Para tanto, deverá – de forma proporcional – levar em conta o princípio federativo, a participação dos interessados (tal como assegura o art. 5º, LV da CR/1988) e o respeito aos direitos individuais envolvidos. Ao contrário, estará ela perseguindo apenas seu interesse privado, arbitrária e inconstitucionalmente.

E arbítrio houve no processo denunciado por Machado Segundo e Machado (2003, p. 287-288), segundo o qual o alargamento desarrazoado das contribuições sociais – com a hipótese de contribuições sociais gerais, com o avanço proporcional das contribuições sociais no conjunto da arrecadação federal em face da omissão no emprego da competência residual inscrita no art. 154, I da CR/1988 e com a tredestinação de parte dessa arrecadação – limitou a autonomia de Estados e Municípios.[272]

Nesse sentido, vale a pena dialogar com a pessimista, mas não cética conclusão a que chegam os supracitados autores em torno do que eles chamaram de "deformação" do "perfil inicialmente traçado pela CF/88" (2003, p. 288). Senão veja-se:

[272]Para Machado Segundo e Machado (2003, p. 287-288), os efeitos das contribuições sociais sobre a autonomia dos entes subnacionais – no sistema federativo brasileiro – são os seguintes:

"a) aumento desordenado da competência tributária na esfera das contribuições causará, indubitavelmente, desequilíbrio na repartição de rendas tributárias efetuada pelo constituinte originário;

b) contribuições que onerem fatos geradores de impostos estaduais ou municipais podem embaçar o exercício da competência tributária atribuída a estes, na medida em que passarão a extrair parte da capacidade contributiva revelada por um fato que, antes da contribuição, poderia ser tributado em maior intensidade pelo imposto respectivo;

c) contribuições que onerem fatos geradores de impostos federais partilhados com Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (*v.g.* CSLL), instituídas com a conseqüente diminuição do imposto correspondente (*v.g.* IRPJ), representarão clara diminuição da participação dos demais entes federados na arrecadação tributária federal;

d) contribuições podem eventualmente vir a ser utilizadas para onerar Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, contornando a proibição representada pela imunidade recíproca e chegando ao prejudicial resultado por ela combatido."

> A pressão dos fatos, especialmente do poder tributário da União, e de influências econômicas, 'limparam' e 'descoloriram' boa parte do que de bom havia sido introduzido em nossa Constituição [...].
>
> Não somos, contudo, partidários do determinismo. Assim, cabe a nós pugnarmos por soluções que atribuam maior eficácia à nossa Constituição, a fim de que se reverta, o tanto quanto possível, a deformação que nela foi perpetrada.

De todo o exposto sobre a reconcentração tributária que vem se agravando no Brasil desde a década de 1990, o tema do controle sobreleva uma vez mais para que sejam evitados arbítrios e desvios de finalidade. Se há duas formas de desvio, a saber, o legal e o fático, bem é de se lembrar que o desvio fático perpetrado pelo administrador não elide a legitimidade da norma, mas gera a responsabilização do gestor até mesmo na esteira do crime de responsabilidade previsto no art. 85, VI da Constituição. Por outro lado, o desvio legal é efetivamente mais complexo, pois significa abuso no poder de legislar. Tal hipótese de abuso expressa a circuntância de que a lei e mesmo a emenda constitucional, por vezes, desconhecem a dinâmica constitucional de tutela aos direitos fundamentais, segundo a qual as competências constitucionais tributárias não são "cheque em branco", são sempre competências instrumentais atreladas a finalidades predispostas na Carta de 1988, tal como já alertaram Spagnol (2002 e 2004) e Bandeira de Mello (MELLO, 2000).

Certo é que o desvio legal por meio da tredestinação de tributos vinculados somente pode ser analisado diante da eventual norma abusiva e do caso concreto, com o manejo – como já se disse antes – de ações que promovam difusa ou diretamente o controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais (sejam eles leis infraconstitucionais, sejam emendas constitucionais que desvinculam receitas). É possível também o manejo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, para promover a interpretação constitucionalmente adequada dos dispositivos de aplicação mínima de recursos a que faz menção a CR/1988 em políticas públicas prestacionais (saúde e educação), já que a desvinculação – ademais de desafetar as receitas vinculadas da seguridade social – igualmente atinge os patamares mínimos de gasto inscritos nos arts. 198, §2º e 212 da Constituição.

Noutro giro, tem-se que, no caso do desvio de fato empreendido pelo administrador, além da responsabilização pessoal do agente, podem ser manejadas ações coletivas (na forma do que dispõe a Lei n.º 7.437/1985) que visem à adequada aplicação dos recursos vinculados.

Ao cabo dessas considerações parciais, importa fixar consistentemente que não é indiferente ao Direito o manejo inadequado da competência exacional,

seja na emanação de normas, seja na aplicação das mesmas pelo gestor público. O controle da finalidade a que os tributos vinculados se destinam é, pois, tema que se impõe como baliza inafastável para as pretensões do Governo federal de ajuste fiscal: se pretende tributos desvinculados que expanda a arrecadação com os impostos, uma vez que as contribuições sociais só se prestam ao financiamento da seguridade social na forma dos arts. 149, 194 e 195 da CR/1988, sob pena de inconstitucionalidade na aplicação para qualquer outro fim. Aliás, a tredestinação – veiculada seja na lei orçamentária, seja por meio de emenda constitucional – não passa de desvio de poder, ou dito de forma mais intensa, de "fraude à Constituição", na medida em que os poderes para tributar são limitados pelos deveres a que visam atingir (por isso, devem mais adequadamente ser considerados "deveres-poderes"). Assim, qualquer ação estatal que desconheça essa instrumentalidade material das competências significará o manejo ilegítimo das mesmas.

## 4.4 Contingenciamento de empenhos

Em linhas muito diretas, pode-se dizer que o contingenciamento de empenho é procedimento formal de limitação tanto das despesas autorizadas na lei orçamentária anual, quanto da movimentação financeira a elas atinentes, excluídas de tal limitação apenas "*as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias*", segundo o disposto no art. 9º, § 2º da LRF.

Por seu turno, o conceito de empenho encontra-se positivado no art. 58 da Lei n.º 4.320/1964, de modo a corresponder ao "*ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.*"

Contingenciar empenho significa, pois, vedar que as autoridades competentes (em regra, os ordenadores de despesa) emanem atos de assunção de obrigação de pagamento para o Estado. Estando contingenciadas as despesas, sequer se dá curso ao processo de execução orçamentária no seu nascedouro, ou seja, sem que possa haver empenho, não se abre licitação, não se contrata, tampouco se admite a contraprestação do particular em favor do Estado, porque, se essa ocorrer sem prévio empenho, não poderá ser regularmente quitada.

Se não integrarem o rol de despesas expressamente ressalvadas do contingenciamento, mesmo as despesas já licitadas e contratadas podem ser alvo da limitação de empenho, haja vista o fato de tal medida ser uma forma impositiva de atendimento às metas fiscais, no caso de a arrecadação estar

sendo realizada a menor que o montante planejado. Tal limitação intercorrente se dá quando houver iniciado o processo de execução do gasto público, mas tiver havido contingenciamento superveniente, na medida em que aquele gasto será afetado, no final do processo, pela própria limitação da movimentação financeira da unidade orçamentária.

A previsão normativa quanto à limitação de despesa foi fixada no texto da Lei Complementar n.º 101/2000 no seu art. 9º. A hipótese ali inscrita diz respeito à obrigatoriedade de restringir a geração de despesas quando restar verificado – por meio do relatório resumido de execução orçamentária[273] – o risco de frustração das metas de resultado primário ou nominal previstas na LDO, porque, no balanço bimestral, as receitas não estariam sendo realizadas tal como planejado.

Trata-se, pois, de mecanismo de contenção do gasto público, porquanto não haja garantia de receita que lhe promova o custeio. A própria LRF esclarece que, em havendo restabelecimento da receita prevista, deverá ser promovida a recomposição proporcional das dotações contingenciadas, conforme for ocorrendo a retomada da arrecadação.

De acordo com o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, a única motivação que legitima o contingenciamento de empenho reside na comprovada redução da arrecadação em relação àquela que havia sido estimada e considerada na fixação das metas fiscais da LDO e na própria peça anual de orçamento.

A pura e simples inexecução das despesas previstas na lei de orçamento anual – sem qualquer pressuposto de fato quanto ao cumprimento ou não das metas fiscais – não atenderá à finalidade que informa as peças orçamentárias, qual seja, programar a ação governamental dentro de um rol de prioridades alocativas para o exercício financeiro. Ora, quando o Poder Público aprova o seu orçamento, ele deixa de alocar – em maior ou menor intensidade – receitas em diversas ações, porque algumas outras despesas foram priorizadas e, assim, espera-se que sejam executadas.

No quadro de contracionismo orçamentário por que vem passando o Brasil desde a década de 1990, o manejo abusivo da figura do contingenciamento de empenhos tem feito emergir, com significativa relevância, o problema da natureza autorizativa dos orçamentos públicos no ordenamento jurídico nacional. Isso ocorre porque o Poder Executivo da União, por meio de atos alheios à comprovação da frustração de receitas e do risco de afetação das metas fiscais, vem contingenciando discricionariamente elevados percentuais

[273]Trata-se de relatório de periodicidade bimestral, tal como o exigem o art. 165, § 3º, da Constituição de 1988 e o art. 52 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

de despesas como mecanismo de cumprimento antecipado (e até majorado) da meta de superávit primário.

O superávit primário, exatamente por ser meta fiscal vinculante para o gestor público dentro de um quadro orçamentário competitivo entre as mais variadas despesas e ações governamentais, é referência fixa de poupança para o setor público. Normativamente, se o gestor interpreta o superávit primário como um patamar que pode ser superado administrativamente, ou seja, acrescido além da previsão legal inscrita na LDO e na LOA, ele passa ao largo da finalidade legal, porquanto não haja autorização legal específica para deixar de realizar as despesas autorizadas na LOA, conforme a disponibilidade de receita efetivamente arrecadada. Vale lembrar que o cumprimento de programas (e o estágio de sua execução) é avaliado pelo sistema interno de controle que explicita anualmente os resultados da ação governamental para o Poder Legislativo, na forma do balanço geral das contas públicas.

Como não é dado ao administrador considerar que o vazio da lei lhe franqueia o agir, não há se falar em que a meta de superávit primário executada no exercício financeiro possa ser diversa da que a lei estipulou, porque, se a mesma for menor que a prevista na LDO, haverá responsabilização do gestor competente e, se a meta for superior, certamente terá havido contingenciamento de empenhos ou inexecução de políticas públicas[274] sem correlação legítima com o previsto no art. 9º da LRF.

Para Sadeck *et al* (2005, p. 09-10),

> o governo federal adota o contingenciamento como instrumento da política econômica, priorizando o pagamento de juros e amortizações de dívidas e a geração de superávit primário, alvos de acordos firmados com credores internos e externos. O contingenciamento preventivo é adotado como forma de garantir esse tipo de gasto. Esse procedimento acarreta a má gestão dos recursos pelo governo, como em 2004, quando houve uma concentração da execução orçamentária nos últimos meses do ano, após terem sido saldadas as obrigações de pagamento das dívidas.
>
> Com o contingenciamento recorde deste ano, podemos esperar mais uma vez, uma baixa execução orçamentária até o meio do ano e uma explosão de gastos no final do exercício. O contingenciamento preventivo atrapalha a continuidade das políticas e impede o processo de controle social. Todo começo de ano há interrupção na execução das políticas para no fim do ano os programas serem executados a toque de caixa.

[274] É esse o dilema sério que fundamentou recente debate sobre o "déficit nominal zero", já que o superávit primário não tem sido suficiente para saldar todo o serviço da dívida e, assim, para evitar que essa cresça, seria necessário expandir o superávit primário, por meio da contenção de despesas correntes no orçamento da União. É um quadro de asfixia orçamentária que, entre outras coisas, leva que o programa de combate à febre aftosa tenha gastado, até agosto de 2005, menos de 0,5% (cinco décimos por cento) do que inicialmente fora planejado para o ano.

> É preciso que se tenha mecanismos mais claros de controle do contingenciamento. Não há como exercer o controle social se a transparência dos dados, previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, não vem sendo cumprida. Chamamos atenção para a necessidade de publicização dos motivos, dos critérios e dos valores do contingenciamento das políticas realizados em cada ministério. Atualmente, não há regras claras dos motivos do contingenciamento.

Inexistindo a motivação quanto à frustração de receitas e o risco de afetação das metas de resultado nominal e primário, o contingenciamento de empenhos não pode decorrer do arbítrio do gestor que remaneja unilateralmente recursos, com a simples inexecução de políticas públicas. Não é demasiado lembrar que instrumento importante para que o Judiciário possa avaliar a adequação constitucional de atos discricionários é a sua motivação.

Ora, no caso sob análise, só a frustração de receitas legitima e opera como motivo determinante para exarar ato que linearmente limita, no nascedouro, a geração de despesas autorizadas na lei orçamentária. Se não ocorrer aquele pressuposto de fato, o contingenciamento deixará de ser ato discricionário e passará ao domínio do arbítrio[275], circunstância em que estará o administrador agindo em dissonância com o ordenamento jurídico nacional.

Além de pouco transparente, o processo de contingenciamento preventivo denunciado por Sadeck, Gerin e Valle (SADECK *et al.*, 2005) acarreta severas restrições à continuidade das políticas públicas e à eficiência do aparelho administrativo[276] que dá suporte àquelas. O atraso na liberação de verbas faz

[275]Mais uma vez Sadeck *et al.* (2005, p. 02, grifo nosso) denunciam haver discricionariedade questionável pela ausência de limites e motivação quanto à forma como vem sendo adotada a figura do contingenciamento: "O contingenciamento orçamentário é um recurso que vem sendo bastante utilizado nos últimos anos como meio de assegurar metas de superávit primário e acordos firmados com instituições financeiras multilaterais, funcionando como um apêndice da política econômica adotada pelo governo federal. Trata-se de um instrumento que limita o empenho, a movimentação financeira e os pagamentos de despesas discricionárias no âmbito federal.
Essa necessidade de geração de superávits primários, maiores até do que os especificados na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, e a priorização de pagamento de juros da dívida em detrimento da execução das políticas sociais, tem levado o governo a adotar o contingenciamento preventivo. No começo do exercício fiscal, são limitados os gastos de diversos órgãos da administração direta. A liberação dos mesmos ocorre no decorrer do ano.
Essa liberação de recursos ocorre após a realização do pagamento de juros e encargos de dívidas e do cumprimento de metas econômicas. Tal procedimento prejudica a continuidade das políticas, reduzindo a transparência e dificultando o controle social às custas de assegurar credibilidade frente ao mercado.
As conseqüências desse contingenciamento preventivo foram observadas no ano de 2003, quando foram executados R$ 120,2 bilhões em 19 dias, e em 2004 quando foram executados R$ 90,0 bilhões em apenas 15 dias, sempre no final do exercício fiscal. Todo começo de ano há interrupção na execução das políticas para nos últimos dias do mês de dezembro haver liberações exorbitantes de recursos. [...]
**Outro ponto que compromete a transparência do contingenciamento está no fato de ministros e secretários de Estado poderem escolher quais ações serão realizadas ou paralisadas sem divulgação de justificativas e critérios, não havendo uma discussão com a sociedade das quais seriam as ações prioritárias em cada órgão**."

[276]Nesse sentido, Nunes lembra que "como o orçamento tem caráter autorizativo, funciona como um teto para os gastos, permitindo que o Executivo execute valor inferior ao fixado. Rotineiramente, o

com que diversas ações deixem de ser executadas ou o sejam apressadamente[277] nos últimos meses do ano.

Analisando a distorção entre a Lei Orçamentária de 2005 (Lei n.º 11.100, de 25 de janeiro de 2005) e o Decreto de Contingenciamento para o mesmo exercício (Decreto n.º 5.379, de 25 de fevereiro de 2005), Sadeck *et al.* (2005, p. 04) apuraram o nível de discricionariedade e a intensidade dos cortes pelos mais variados ministérios, sendo certo que

> O contingenciamento das dotações orçamentárias fornece elevado grau de discricionariedade aos ministros e secretários de Estado para a escolha de que ações serão atingidas. Isto é, cabe a eles escolher quais serão realizadas ou paralisadas. Isso reduz a transparência e dificulta o controle social, visto que não há uma discussão com a sociedade do que seriam as prioridades do governo em cada órgão e não se sabe as justificativas e critérios para que determinado programa seja contingenciado.
>
> O limite de execução das despesas discricionárias e obrigatórias mediante programação, para o exercício de 2005, é de R$ 71,5 bilhões. Em termos absolutos, os ministérios mais afetados pelos cortes foram o dos Transportes (R$ 2,75 bilhões), e o das Cidades (R$ 2,0 bilhões). Em termos relativos, os mais atingidos foram o Ministério dos Esportes (85,6%) e do Turismo (80,4%).

Executivo tem alegado falta de consistência fiscal da Lei Orçamentária Anual - LOA aprovada para adotar, por decreto, medidas de contingenciamento que também ultrapassam a previsão legal. A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF definiu que, passados dois meses de execução financeira, deveria haver uma avaliação que comparasse a receita arrecadada com a prevista e a despesa executada com os limites autorizados na LOA, indicando se haveria previsão de não cumprimento das metas fiscais ao final do exercício. Caso houvesse essa previsão, a LRF obrigava o contingenciamento, sendo esse cálculo refeito a cada dois meses, o que poderia gerar, inclusive, o encaminhamento contrário, isto é, a recomposição das dotações iniciais.

Na prática, no entanto, **o Executivo tem se afastado dessa determinação legal e realizado contingenciamentos preventivos, no início do exercício, logo que a LOA é publicada, e em volume visivelmente elevado, superior a 20% das despesas discricionárias.** O Executivo argumenta que o exagero inicial seria compensado por descontingenciamentos posteriores. No entanto, **essa prática gera dificuldades de programação para os gestores, pois impede que seja iniciada a longa seqüência de procedimentos necessários para realizar uma despesa (licitação, contratação, empenho, etc.). Ao final do exercício, já não há tempo hábil para adotar esses procedimentos, o que termina por refletir-se em baixa execução da LOA, além de gerar um acúmulo de 'restos a pagar'. Em conseqüência, o superávit primário tem sido superior àquele fixado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias-LDO**." (NUNES, 2005, p. 04, grifo nosso).

[277] Para esclarecer o ritmo acelerado e, por vezes, desarrazoado de gastos no final do exercício financeiro, o qual decorreu do contingenciamento preventivo no início do ano, Sadeck *et al.* (2005, p. 08, grifo nosso) apuraram que "se pegarmos a execução dos programas disponibilizada no dia 10 de dezembro de 2004, veremos o quão desestruturada é a liberação financeira. Em dezembro, 196 programas [de um total de 369 previstos na LOA de 2004], ou 53,1%, apresentaram execução de até 50,0%. Do total, apenas 12 programas, ou melhor, 3,3%, tiveram execução maior que 90,0%. Ou seja, entre 10 de dezembro e o orçamento fechado de 2004, o número de programas com execução superior a 90,0% saltou de meros 12 para 116 programas, em suma, de 3,3% para 31,4%. E o número de programas com execução acima de 70,0% saltou de 26,6% do total para nada mais nada menos que 61,3% dos 369 programas do Orçamento Geral da União. **Estes fatos refletem, e bem, a discrepância da liberação financeira face à necessidade, na maioria das vezes, de obedecer aos decretos de contingenciamento preventivo. Ou seja, o governo segura o dinheiro no início do ano para no final do exercício gastá-lo sem critério algum**."

Como pode haver limitação das ações de todo um Ministério da ordem de 80% (oitenta por cento) dos recursos originalmente estipulados pela LOA para o mesmo? Analisando o Decreto n.º 5.379/2005, tem-se que a discricionariedade do Executivo no contingenciamento de empenhos chega ao paroxismo de inviabilizar a estrutura mínima de ação de Ministérios como do Turismo e dos Esportes.

Em Nota Técnica Conjunta de n.º 13/2004[278], a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle (do Senado Federal) e a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (da Câmara dos Deputados) apresentaram considerações acerca dos vetos ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2005 (Lei n.º 10.934, de 11 de agosto de 2004). Especialmente no que se refere ao contingenciamento de empenhos e à limitação de movimentação financeira, a orientação conjunta das Consultorias – do Congresso Nacional – especializadas na fiscalização orçamentária foi de que o veto ao art. 73[279] da LDO para 2005 obscurece a possibilidade de controle do Legislativo sobre o Executivo.

Para as Consultorias de Orçamentos, Fiscalização e Controle (do Senado Federal) e de Orçamento e Fiscalização Financeira (da Câmara dos Deputados), o argumento de que a "fixação de limites de empenho e movimentação financeira por programa retira a autonomia" do Executivo é equivocado[280], porque

[278]Cujos principais técnicos responsáveis pela elaboração foram Fabio Gondim (Consultor-Geral de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) e Eugênio Greggiannin (Diretor da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara de Deputados).

[279]Senão veja-se o dispositivo vetado e as razões de veto apresentadas pela Presidência da República:
"Art. 73. Será encaminhado ao Congresso Nacional relatório informando os percentuais de limitação aplicados aos programas, em cada unidade orçamentária, no prazo de trinta dias após a publicação do ato do Poder Executivo que estabelecer a limitação de empenho e movimentação financeira."
Razões do veto
"A limitação de empenho e movimentação financeira, quando necessária, em atendimento ao disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000, é realizada, no âmbito do Poder Executivo, por órgão e/ou unidade orçamentária tendo presente vários fatores, dentre eles o nível de prioridade de sua programação, os compromissos inscritos em restos a pagar e em execução no exercício correspondente e a sua capacidade de execução em função dos acréscimos na programação ocorridos durante a tramitação do projeto de lei orçamentária no Congresso Nacional.
Ademais, a fixação de limites de empenho e movimentação financeira por programa retira autonomia dos órgãos e/ou unidades orçamentárias na busca de uma maior racionalidade na utilização dos recursos disponíveis."

[280]Até porque, segundo a Nota Técnica n.º 13/2004 (grifo nosso), "um dos principais problemas do mecanismo atual de contingenciamento é seu pequeno grau de transparência. **Os limites de gastos são estabelecidos por fonte e órgão ou unidade orçamentária, não sendo identificados os programas ou ações que sofrem os cortes. Cabe aos Ministros a seleção das programações que devem sofrer redução. Esse processo decisório notabiliza-se pela falta de transparência, ficando o Congresso Nacional e demais atores sociais interessados desprovidos de uma informação que tem natureza eminentemente pública. Sequer os critérios utilizados para selecionar as programações contingenciadas são disponibilizados ao Congresso Nacional.**
Para corrigir essa distorção, há três anos, o Congresso Nacional tem inserido dispositivos nos Projetos de LDO, com vistas a obter acesso a essas informações, os quais têm sido sistematicamente vetados pelo Executivo.
No Projeto de LDO para 2003, o art. 67, §7º, determinava aos órgãos setoriais de planejamento e orçamento o encaminhamento à Comissão Mista de Orçamentos de relatórios contendo os efeitos principais da contenção sobre a programação inicial do órgão e a redistribuição dos limites orçamentário e finan-

a autonomia não pode decorrer da falta de transparência sobre a evolução dos programas de trabalho governamentais.

Se efetivamente houvesse necessidade de formar superávit primário acima do que fora estipulado na lei de diretrizes orçamentárias, deveria o Poder Executivo enviar projeto de lei ao Congresso Nacional para que, em aumentando a aludida meta, todas as variáveis afetadas possam ser discutidas devida e democraticamente, além do que, vale notar, esse é um movimento que ampliaria as possibilidades de controle parlamentar sobre a execução orçamentária.

Nesse sentido, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO)[281] do Congresso Nacional suscitou ser necessária "ampla reforma orçamentária capaz de equacionar os graves problemas hoje identificados na elaboração, apreciação e aprovação, execução e fiscalização das leis do ciclo orçamentário amplo (lei orçamentária anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual)".

Na oportunidade, a CMO apresentou "Levantamento de Problemas e Sugestões para a Melhoria do Processo Orçamentário" em que, no concernente ao contingenciamento de empenhos, restaram identificados como severas constrições no funcionamento ideal do sistema de orçamentação brasileiro tanto o "distanciamento da execução orçamentária em relação à autorização legislativa expressa na lei orçamentária, dada a idéia de que o orçamento aprovado tem

---

ceiro entre os programas e principais ações do órgão. No PLDO 2004, o Congresso acresceu apenas a exigência de ser informado pelos órgãos setoriais sobre os principais efeitos do contingenciamento sobre a programação inicial do órgão. **Nas razões desses vetos, alegou-se contrariedade ao interesse público, supostamente em função de os referidos dispositivos, ao determinarem tarefas aos órgãos setoriais, enfraquecerem a função de coordenação do órgão central de planejamento.**

O art. 73 do PLDO 2005 determina o encaminhamento ao Congresso Nacional de relatório informando os percentuais de limitação aplicados aos programas, em cada unidade orçamentária. Pela redação do dispositivo, não mais subsiste a alegação de que a função de coordenação do órgão central ficaria mitigada.

Na primeira parte das razões do veto, o Executivo restringe-se a elencar alguns dos fatores que provocam a necessidade de limitação da execução de determinadas programações. Entretanto, não existe relação de causa e efeito entre esses fatores e o veto ao art. 73, já que o simples envio ao Congresso Nacional dos percentuais de limitação de cada programa não se confunde com os fatores que provocam o contingenciamento.

No segundo parágrafo das razões do veto, **alega-se que a estipulação de limites por programa retiraria a autonomia dos órgãos na gestão dos recursos. É equivocado também este argumento, pois o dispositivo não determina que a limitação seja feita por programa, mas que o resultado desta, após adotados os critérios que os gestores em cada órgão julgarem mais conveniente, seja informado ao Congresso, explicitando os efeitos do contingenciamento em cada programa**.

Em resumo, o dispositivo vetado cinge-se a buscar maior transparência e publicidade da gestão fiscal, não alterando a autonomia dos órgãos.

Diante disso, o veto ao art. 73 do PLDO 2005 não se afigura pertinente."

[281] Trata-se da Comissão a que se refere o art. 166, §1º da Constituição. Pois bem, a CMO lançou, em correspondência de 01/03/2005 encaminhada aos srs. Presidentes do Senado Federal e da Câmara de Deputados, uma verdadeira proposta de reforma orçamentária que caminhasse no sentido do assim chamado "Orçamento Impositivo". Nessa mesma linha, tramita atualmente no Congresso Nacional a PEC n.º 22/2000.

caráter autorizativo", quanto o "contingenciamento discricionário da execução orçamentária" (BRASIL, 2005, p. 02).

As sugestões apresentadas pela CMO para os problemas supracitados tentam conferir ao Poder Legislativo maior capacidade de análise quanto aos pressupostos de fato e de direito das decisões que promovem realocação de receitas, redesenho de despesas e alterações no curso da execução orçamentária, em dissonância com o previsto na LOA.

Dentro do marco habermasiano, tem-se que a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional tem, discursivamente, tentado dirimir a emancipação ilegítima do Poder Executivo da União (o tal "distanciamento" que ocorre na execução orçamentária) em relação aos fluxos comunicativos da esfera pública que permitiram a feitura discursiva do plano de ação governamental quando da aprovação da peça orçamentária anual.

O distanciamento denunciado pela CMO (ou a emancipação ilegítima de que trata Habermas (1987)) entre a lei de orçamento e a execução orçamentária promovida em caráter discricionário decorre da falta de ampla motivação e do caráter unilateral das alterações promovidas pelo Poder Executivo, em detrimento do diálogo institucional com o Poder Legislativo.

Bem é de se ver que as sugestões da CMO caminham, todas elas, no sentido de vedar ao Executivo que decida sozinho por um novo desenho de prioridades alocativas governamentais, sem antes consultar o Legislativo ou sem contar com critérios consistentes que lhe fixem limites normativos ou que lhe demandem maior motivação fática. Senão veja-se que a CMO (BRASIL, 2005, p. 02, grifo do autor) propôs, como medidas de reforma orçamentária,

- estabelecer na LDO **critérios e fórmulas** que reduzam o poder discricionário do Poder Executivo;
- regular e acompanhar o **uso do excesso de arrecadação** para novas despesas discricionárias, nos créditos adicionais, enquanto existir limitação daquelas aprovadas na lei orçamentária;
- adotar na LDO normas que visem [à] **compatibilização das metodologias de previsão** dos Poderes Executivo e Legislativo quanto a **receitas e despesas obrigatórias** de forma a afastar a subavaliação de despesas obrigatórias na proposta orçamentária, principal causa do contingenciamento;
- **atribuir responsabilidades** às autoridades encarregadas da previsão;
- prever **o envio antecipado** pelo Executivo de previsões preliminares;
- tornar obrigatória a execução de despesas discricionárias aprovadas, desde que • atingida a **meta fiscal (nominal) prevista na LDO**, vedando-se a elevação da meta sem alterar a LDO;
- adotar o **regime de competência** na definição legal da meta fiscal.

Logo na primeira das sugestões, a Comissão Mista de Orçamento retoma, na origem, o problema da natureza autorizativa dos orçamentos no ordenamento jurídico nacional. A redução do poder discricionário do Executivo no curso da execução orçamentária é demanda que embasa interessante proposta de emenda à Constituição de 1988 para imprimir ao orçamento anual o caráter impositivo, somente se admitindo alterações plenamente motivadas perante o Poder Legislativo, vez que deveriam passar por sua autorização formal.

Embasada na perspectiva de que deveria ser superado o modelo de "orçamento autorizativo"[282] no Brasil, a Proposta de Emenda à Constituição n.º 22/2000[283] (doravante apenas PEC n.º 22/2000) que tramita no Congresso Nacional, nesse sentido, propõe a inclusão de um seguinte art. 165-A no texto permanente da Carta de 1988:

> *Art. 165-A. A programação constante da lei orçamentária anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para* ***cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação****.*
>
> *§ 1º A solicitação de que trata o caput deste artigo somente poderá ser formulada até 120 (cento e vinte) dias antes do encerramento da sessão legislativa e será acompanhada de pormenorizada justificativa das razões de natureza técnica, econômico-financeira, operacional ou jurídica, que impossibilitem a execução.*
>
> *§ 2º A solicitação poderá, ainda, ser formulada a qualquer tempo, nas situações que afetem negativamente a arrecadação da receita, de calamidade pública de grandes proporções, ou ainda nas previstas no art. 137, inciso II.*

[282]Em artigo denominado *Idéias para salvar o Orçamento* publicado pelo jornal Estado de S. Paulo em 29/02/2002, Maílson da Nóbrega, Edward Amadeo, Gustavo Loyola e José Márcio e Júlio Callegari (NÓBREGA *et al.*, 2002) defenderam que:

"A absurda interpretação de que o Orçamento é autorizativo tem seus convenientes, mas não encontra guarida na História, na doutrina, nem na Constituição, além de afastar o Congresso de qualquer compromisso com o exercício de sua nobre e principal função, qual seja a de decidir sobre as receitas, as despesas e o endividamento do governo federal. [...]

Dada a necessidade de observar a doutrina orçamentária, gerar a co-responsabilidade entre o Executivo e o Legislativo na aprovação da lei de meios, e reduzir a indesejável discricionariedade do Executivo, o Orçamento tem que ser mandatório, ou seja, uma vez aprovado, não cabem alterações por parte do Executivo nem mudanças no cronograma de liberações.

Uma condição essencial para que esse sistema funcionasse seria a criação de um mecanismo de consulta entre o Executivo e Legislativo para estimar conjuntamente a receita do ano seguinte. O projeto de lei do Orçamento seria preparado com base nesse valor, observando as regras de "supervinculação" e "gastos anticíclicos". Caberia ao Congresso alterar a composição dos gastos sociais entre programas, mas não o seu valor total.

Uma vez aprovado e sancionado, o Orçamento não poderia ser modificado, salvo em caso de redução das receitas abaixo de determinada margem e mesmo assim mediante projeto de lei específico. Para lidar com as contingências, o Congresso mudaria o regimento das duas Casas para assegurar, tal qual acontece em outros países, que mudanças emergenciais pudessem ser feitas rapidamente, sem submeter-se à demora usual na discussão e aprovação do Orçamento e de suas emendas normais."

[283]O discurso de justificação na apresentação de tal PEC é deveras esclarecedor para o objeto deste estudo, especialmente no que se refere ao esforço de tornar obrigatória a execução da programação constante das leis orçamentárias anuais.

> *§ 3º Em qualquer das hipóteses, as solicitações tramitarão no Congresso Nacional em regime de urgência.*
>
> *§ 4º Não havendo deliberação do Congresso Nacional, no prazo de trinta dias, a solicitação será considerada aprovada.*
>
> ***§ 5º A não-execução de programação orçamentária, nas condições previstas neste artigo, implica crime de responsabilidade.***
>
> *§ 6º Do projeto de lei orçamentária anual, bem como do autógrafo encaminhado para sanção do Presidente da República, não constarão receitas cujas leis que as autorizem tenham o início de vigência posterior à data prevista no inciso III do § 6º art. 166..* (grifo nosso).

Há evidente aproximação entre o relatório da CMO e a PEC n.º 22/2000. Pois, para que haja controle da discricionariedade do Poder Executivo no curso da execução orçamentária, deverá o Poder Legislativo contar com a elucidação de critérios e metodologias de cálculo, com maior capacidade de acompanhamento quanto à estimativa de receitas e quanto às despesas obrigatórias, com a responsabilização dos gestores que formulam a proposta de lei orçamentária, com o controle do manejo das receitas oriundas de excesso de arrecadação e, depois de cumpridas as metas de resultado nominal e primário, com a própria fixação – em caráter vinculante – dos programas orçamentários.

Embora o maior problema no distanciamento havido entre a execução orçamentária e a lei aprovada pelo Legislativo seja a discricionariedade na limitação das despesas, não se pode deixar de tratar, em breve parênteses, da prática adotada pelo Executivo de subestimar receitas no projeto de LOA. A subestimativa ocorre para que, em havendo excesso de arrecadação durante a execução orçamentária, tais receitas possam ser alocadas (também de forma discricionária) na formação de superávit primário maior do que o previsto na LDO.

Como o Legislativo só pode reestimar receitas se for detectado erro ou omissão de ordem técnica ou legal, na forma do que dispõe o art. 12, § 1º da LRF, o Executivo acaba obtendo margem de manobra adicional[284] durante a

[284] Greggianin (2005, p. 12-13), a esse respeito, alerta: "a importância da previsão de receita com menor margem de erro evita orçamentos com despesas artificialmente acrescidas, gerando pressões ou expectativas que não se confirmarão. Com esse propósito, a LRF ordena que eventuais alterações na receita efetivadas no Legislativo somente sejam feitas na hipótese de erro ou omissão de ordem técnica ou legal. [...]
O Congresso pode assim alterar a receita desde que, de forma justificada, identifique erro ou omissão. Abrir mão da possibilidade de corrigir a proposta significa aceitar *a priori* uma lei orçamentária com receitas subestimadas.
O Poder Executivo argumenta que sempre existe a possibilidade de se ajustar posteriormente receitas e despesas por meio de créditos adicionais, o que é verdade. Esse mecanismo, no entanto, deve se limitar apenas para corrigir desvios identificados durante a *execução* orçamentária. O argumento de trabalhar com margem de segurança fiscal para atender imprevistos durante a execução também não deve prosperar, porque para isso já existe a '*reserva de contingência*'.

execução do orçamento, pois se as receitas forem subestimadas, provavelmente haverá excesso de arrecadação para o qual não haveria, *a priori*¸ previsão de sua alocação.

Deveras pertinente é constatar o quão arbitrária e inconstitucional é a argumentação do Executivo – quando da elaboração subestimada de receitas (pretensamente cumprindo o comando do art. 12 da LRF) –, segundo a qual deve guardar para si, independentemente da deliberação por que passa o projeto de lei de orçamento anual, "margem de segurança fiscal". Como bem pondera Greggianin (2005, p. 13), tal margem decorrente dos excessos de arrecadação (obtidos com a simples comprovação, no exercício fiscal, de que as receitas estavam subestimadas) não pode se fazer substituir à reserva de contingência para cobrir os passivos contingentes.

O princípio da universalidade impõe que nada – nenhuma receita ou despesa – escape à peça orçamentária e se, desde a elaboração do projeto de lei de orçamento, são subestimadas as receitas, por mais que sejam posteriormente acrescidas à LOA na forma de crédito adicional (suplementar ou especial), haverá falta de clareza e transparência na própria capacidade de o Legislativo analisar o comportamento geral das contas públicas para o exercício fiscal de referência. Tal miopia decorrente da subestimativa de receitas reflete-se indiretamente no montante total de despesas autorizadas e, por seu turno, na priorização alocativa entre as mais diversas políticas públicas que Legislativo e Executivo deveriam – discursivamente – promover quando da aprovação da LOA.

Para Nunes (2005, p. 02, grifo nosso):

> Num regime republicano e democrático, é essencial a preservação de uma relação equilibrada entre os Poderes, a qual, não se pode ignorar, perpassa o ciclo orçamentário. O orçamento público constitui a expressão, através de lei, das decisões políticas de alocação dos recursos públicos. O Legislativo, representando formalmente o povo, deve opinar, modificando as propostas apresentadas pelo Poder Executivo. Desse modo, **o orçamento público pode tornar-se a peça de controle do gasto público que impede gastos não desejados, prioridades diferentes das definidas e despesas em nível superior aos recursos previstos. Ao mesmo tempo, ao cumprir a função de planejamento das despesas prioritárias, o orçamento público representa escolhas políticas que afetam a vida do cidadão, pois receitas e despesas não são neutras do ponto de vista distributivo**.

Quando da elaboração, existindo fundadas razões para revisão das estimativas, é desejável que sejam efetuadas desde logo, em observância princípio da universalidade da lei orçamentária. A revisão de parâmetros e da legislação, por outro lado, deve igualmente refletir-se na correção da estimativa das despesas obrigatórias influenciadas pelos mesmos, o que é um dos principais elementos de distorção do processo orçamentário."

> A atuação do Poder Legislativo deveria permitir um acesso mais democrático aos recursos públicos, garantindo que as políticas públicas atuassem de forma redistributiva, em benefício da maioria dos cidadãos. Porém, vários problemas na elaboração e execução do orçamento público podem reduzir sua transparência e desviá-lo de sua finalidade, abrindo espaço para a corrupção e má gestão.

De todo modo, se se tornasse a lei orçamentária anual impositiva, tal como propõem a CMO e a PEC n.º 22/2000,[285] instrumentos de avaliação quanto à execução das despesas e à realização das receitas seriam naturalmente disponibilizados para análise do Legislativo, vez que o Executivo não poderia se furtar ao dever de motivar suas decisões de alteração da peça orçamentária.

Certo é que o contingenciamento de empenhos e a própria execução discricionária das peças orçamentárias não podem ser instrumentos que se somam à desvinculação de receitas para que o Executivo tergiverse sobre as referências fixadas em lei, a título de administrar crises *ad hoc* sem expor ao Poder Legislativo os fundamentos de tais alterações de rumo.

Sob pena de se tornar arbitrária, tal liberdade decisória conferida ao administrador público precisa ser retomada em bases mais discursivas, na medida em que, assim, estará mais limitada a critérios postos em público e elucidará seus pressupostos de formação (pressupostos de fato e de direito), para que possa ser avaliada do ponto de vista de sua adequação ao texto constitucional vigente.

Se se retomar a raiz do presente tópico, virá à tona a pergunta: por que deveriam ser limitadas despesas, sem suficiente motivação que sustente a decisão de que elas não são mais possíveis no ciclo orçamentário da União? Se essas despesas foram aprovadas como parte do plano de ação governamental

[285]No que se refere quanto à aceitação da PEC em questão, Nunes informa que "Um dos aspectos que tem sido objeto de crítica à PEC 22 diz respeito a uma alegada inconstitucionalidade. O argumento é que o texto estaria colidindo com o texto constitucional por interferir na competência privativa do chefe do Poder Executivo para exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (art. 84, II, da CF). Por esse argumento, a execução orçamentária seria uma "função administrativa outorgada originalmente ao Executivo para ser exercida com autonomia e independência", não podendo ser objeto de emenda constitucional sob pena de atingir a separação de poderes, uma cláusula pétrea (art. 60, §4.º, III, da CF).
O mais estranho nesse posicionamento crítico é a tentativa de considerar a execução orçamentária uma função administrativa, como se o orçamento público não fosse ele próprio objeto de deliberação pelo Legislativo. Se entendermos que a função do orçamento está estritamente relacionada ao Legislativo, qualquer disposição sobre o orçamento e sua execução pode ser objeto da Constituição e das leis, como aliás já o fazem a LRF e a Lei 4.320/64. A argumentação parece pretender evitar a aprovação de matéria que desagrada o Executivo, por reduzir sua discricionariedade e seu poder de alocação de recursos públicos. Este poder excessivo, no entanto, é precisamente razão de afronta ao Legislativo e de invasão de suas competências. A instituição de critérios claros para o contingenciamento, neste sentido, contribuiria para a necessária preservação da independência dos Poderes." (NUNES, 2005, p. 07-08).

para o exercício financeiro em que a lei de orçamento deveria vigorar, elas não poderiam ser afastadas sem suficiente motivação.

Paradoxal é considerar que, por vezes, o próprio Poder Executivo não se compromete com o plano de ação e com os programas orçamentários que ele mesmo apresentou ao Legislativo por ocasião da proposta de lei de orçamento, os quais, tendo sido aprovados, tornaram-se comando legal capaz de identificar as prioridades alocativas do ente da federação.

Vale aqui citar trecho contundente da justificação que integra a Proposta de Emenda à Constituição n.º 22/2000:

> Na sua origem, as leis orçamentárias constituem instrumento de controle político do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. **É do Poder Legislativo a competência privativa para autorizar, em nome da sociedade, o Poder Executivo a arrecadar as receitas – criadas em lei – e a realizar as despesas necessárias ao funcionamento dos serviços públicos e outras que visem ao bem-estar coletivo. Logo, o programa de trabalho do governo consubstanciado na lei orçamentária anual, em vez de apresentar uma visão unilateral, expressa no documento encaminhado pelo Poder Executivo, deve ser temperado com componente que consigne a visão do Poder Legislativo, refletindo, no conjunto, o compromisso de ambos os Poderes com a Nação.**
>
> Se isso não ocorrer, nos deparamos com pelo menos duas situações igualmente graves: a primeira consiste na usurpação das legítimas atribuições de um dos poderes da República, o que é intolerável num regime de plenitude democrática; a segunda consiste na **previsibilidade de as decisões dos agentes públicos, tomadas de forma solitária, se tornarem susceptíveis a influências externas, acopladas a interesses que não condizem com a indispensável lisura e com o bem-estar da coletividade.** (grifo nosso)

Se se aprovasse a proposta de "Orçamento Impositivo" (ou "Mandatório"), seria obrigatória a execução da programação aprovada na LOA, a qual somente poderia ser alterada mediante autorização do Legislativo, após solicitação motivada do Executivo. Haveria, como pertinentemente discutido no texto da justificação da PEC n.º 22/2000, maior previsibilidade da ação governamental e menor risco de apropriação privada da coisa pública.

A Comissão Mista de Orçamento defende proposta similar à da PEC n.º 22/2000, distanciando-se dessa apenas no que se refere à fixação de um corte fiscal e temporal a partir de quando haveria o caráter "mandatório" da programação aprovada na LOA. Para a CMO (BRASIL, 2005, p. 02, grifo do autor), deveria se "tornar obrigatória a execução de despesas discricionárias aprovadas, desde que atingida a **meta fiscal (nominal) prevista na LDO**, vedando-se a elevação da meta sem alterar a LDO".

Assim como já fixado neste estudo, a CMO entende não ser possível alterar as metas fiscais, senão por meio de alteração à própria LDO. Na medida em que tais metas são referência objetiva para o equilíbrio intertemporal das contas públicas, elas obrigam o gestor a manejar dotações – na forma do que dispõe o art. 9º da LRF – para assegurar o seu cumprimento e, em já tendo sido atingidas, elas deixam de ser motivo a justificar o descumprimento da programação aprovada na LOA.

Embora a LRF trate da hipótese de frustração de receita e de afetação das metas fiscais como o único motivo a justificar a limitação da despesa, o administrador tem expandido as possibilidades de contingenciamento para atender, entre outras finalidades não evidenciadas perante o Legislativo, à necessidade de crescentes superávits primários.

Ora, conforme noticiam a própria CMO (BRASIL, 2005) e a justificação[286] da PEC n.º 22/2000, os processos de aprovação e execução da peça orçamentária ainda são obscuros e inconsistentes, vez que o Executivo exerce domínio sobre a metodologia de cálculo das receitas e das despesas obrigatórias de tal forma que se, conforme houver sub ou sobre-estimativa dessas dotações, todo o restante da programação orçamentária restará fragilizado.

A correção de tais desvios demanda do Legislativo uma postura de controle anterior à elaboração e concomitante à execução da peça orçamentária, para além da pura e simples aprovação da lei de orçamento e da análise genérica *a posteriori* do balanço geral anual da União.

Nos dias atuais, urge tratar da expansão das possibilidades de controle e, embora a CMO (BRASIL, 2005) e a PEC n.º 22/2000 apresentem sugestões propositivas[287] que envolvem mudança normativa no regime constitucional de orçamentação, não se pode desconsiderar que as denúncias do mal funcionamento do regime atual servem de fundamento para que se faça, no mínimo, uma interpretação constitucionalmente adequada da (por vezes abusiva) discricionariedade alocativa de que goza o Executivo na execução orçamentária.

É necessário que haja clareza de limites e maior esforço de motivação nos atos de remanejamento orçamentário: disso tratará o Capítulo 5 deste estudo.

[286] A autoria identificada é a do primeiro signatário da aludida PEC, qual seja, o Senador Antônio Carlos Magalhães.

[287] Não se tratam de direito positivo, mas apenas de debate iniciado no domínio dos Poderes Políticos da União.

## 4.5 Endividamento

Cumpre tratar, enfim, da absorção fiscal da política de estabilização econômica empreendida no Brasil, sob o Plano Real desde 1993, promovida por meio do endividamento público.

Segundo Carvalho (2005, p. 379, grifo nosso), "a dívida pública representa um grave problema no Brasil por diversos motivos: tamanho, condições de financiamento, concentração de tomadores e, menos discutido mas não menos importante, utilização reiterada como **instrumento de acomodação dos efeitos de turbulências econômicas**, em especial choques externos".

Esse "grave problema" apontado por Carvalho evidencia uma lacuna normativa no implemento da própria idéia de gestão fiscal responsável que informa toda a LC n.º 101/2000, qual seja, a inexistência de limites para o endividamento público. Nesse sentido, a CMO (BRASIL, 2005), em seu Levantamento de Problemas e Sugestões para fins de reforma orçamentária, já havia detectado a falta de regulamentação da LRF quanto à criação do Conselho de Gestão Fiscal (CGF) e quanto à definição de limites do endividamento da União, porque os limites para a dívida consolidada de Estados e Municípios já restaram fixados na Resolução n.º 40/2001 do Senado Federal.

Afonso (2004, p. 09) chega a dizer, no que se refere ao controle do endividamento e à instituição do CGF, que a Lei de Responsabilidade Fiscal é uma "lei incompleta",[288] por mais paradoxal que possa parecer, se, comparativamente, for observado o conjunto de procedimentos e controles detalhados que ali foram fixados em relação a diversos outros temas (como, por exemplo, renúncia de receita, despesas obrigatórias de caráter continuado e gastos com pessoal).

A falta de regulamentação dos limites para a dívida consolidada e mobiliária – que em muito antecede o texto da LRF, porquanto já fosse exigida

[288]Para o autor em questão, "uma leitura restrita da LRF buscando as matérias em que há remissão direta para regulamentação posterior identificará poucos casos. Um é o da composição e o funcionamento de um conselho nacional de gestão fiscal a ser regulado por lei ordinária federal (aliás, sua criação já é prevista na própria LRF embora nunca seja impossível ser instalado sem aquelas definições). Outro caso é o da fixação dos limites ao endividamento público, seja pelo Senado Federal (em verdade, tal competência é atribuída àquela Casa pela própria Constituição, se limitando a LRF a regular a forma como são definidos os limites e, especialmente, tratados os casos em que são ultrapassados), seja pelo Congresso – no caso específico da dívida mobiliária federal, que, de novo, a própria Constituição prevê que o limite seja dado por lei ordinária federal.
O comedimento nas remissões para regulamentação posterior foi motivado basicamente pela preocupação dos congressistas com a questão federativa, ou seja, devendo a LRF ser aplicada igualmente à União como também a cada um dos Estados e dos Municípios, quanto menos matéria dependesse de atos posteriores, que forçosamente precisariam ser federais, melhor seriam resguardados os interesses dos outros governos.
Entretanto, contrastando com a celeridade que marcou a tramitação do projeto da LRF, e apesar de existirem projetos de lei do Executivo para cada uma das matérias antes citadas, apenas um item foi aprovado: a imposição de limites ao endividamento estadual e municipal pelo Senado Federal, ao final de 2001." (AFONSO, 2004, p. 09).

pela CR/1988 – tem se configurado em verdadeira inconstitucionalidade por omissão. A omissão não é propriamente na iniciativa do envio das proposições de que tratam os arts. 48, XIV e 52, VI da Constituição. A bem da verdade, o que tem havido é uma verdadeira interdição no debate parlamentar sobre os aludidos projetos.

A Comissão Mista de Orçamento (BRASIL, 2005), preocupada em sanar tal omissão, sugeriu que fosse agilizada a apreciação, pelo Senado Federal, da Mensagem do Executivo n.º 154,[289] de 08 de agosto de 2000 (doravante chamada apenas de MSF n.º 154/2000[290]), para que, assim, fossem fixados os limites de dívida consolidada da União, tal como dispõe o art. 52, VI da Constituição. Também apontou haver atraso questionável na tramitação do PL nº 3.431, de 2000,[291] que trata dos limites para a dívida mobiliária da União, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, em conformidade com o disposto no art. 48, XIV da CR/1988.

A título de concluir a regulamentação da LRF, a CMO (BRASIL, 2005) ainda suscitou ser necessário dar continuidade à tramitação do PL nº 3.744, de 2000, que cria o Conselho de Gestão Fiscal,[292] hoje com substitutivo apresentado

[289] A Exposição de Motivos – que acompanha a Mensagem recebida pelo Plenário do Senado, em 08/08/2000, como MSF n.º 154– foi elaborada pelos Ministros Martus Tavares (do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão) e Pedro Sampaio Malan (do Ministério da Fazenda).

[290] A proposição foi encaminhada pelo Executivo, em 03/08/2000, sob a forma de Mensagem ao Senado Federal – originariamente identificada pelo número MSG 01069/2000. Depois de recebida pelo plenário do Senado, em 08/08/2000, tornou-se a MSF n.º 154.
Em 18/10/2000, a Presidência do Senado determinou a autuação da proposição em dois processos autônomos: enquanto a Mensagem nº 154-A/2000, refere-se à proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados, Distrito Federal e Municípios; a Mensagem nº 154/2000 refere-se à proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União.
Em 20/12/2001, é aprovada a MSF n.º 154-A/2000, da qual resultou a Resolução n.º 40, publicada em 21/12/2001, para tratar apenas da dívida consolidada de Estados, Distrito Federal e Municípios.
A proposta de limite para a dívida consolidada da União ainda continua em tramitação no Senado, sob a relatoria do Senador Aloísio Mercadante (PT-SP).

[291] A Exposição de Motivos – que acompanha a Mensagem recebida pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em 08/08/2000, como Projeto de Lei n.º 3.431/2000 – foi elaborada pelos Ministros Martus Tavares (do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão) e Pedro Sampaio Malan (do Ministério da Fazenda).

[292] Na forma do que dispõe o art. 67 da LRF. Para Afonso (2004, p. 10-12), "o Conselho de Gestão Fiscal é previsto na LRF com definições de objetivos (desde a classificação e padronização das contas públicas até a transparência fiscal) e composição (representantes de todos governos e todos os poderes), faltando ao projeto de regulamentação dispor sobre seu funcionamento. Por sua finalidade e ampla representatividade, o Conselho teria um papel importante no suprimento de uma lacuna sobre aspectos operacionais da LRF, que hoje vem sendo coberta em grande parte por crescente atuação ex-ante dos tribunais de contas; porém, se isto não representa maiores riscos devido ao detalhamento e didatismo da Lei, se peca pela falta de padronização em nível nacional das práticas e interpretações. [...]
É inegável que é mais difícil regular o CGF do que outros conselhos de ações setoriais porque é um caso pioneiro e inovador de previsão de representantes não apenas das três esferas, mas de cada um dos poderes de cada nível de governo. É uma tarefa complexa mas não impossível, sobretudo porque, numa composição tão ampla e diversificada, deve resultar em sólida representatividade a esse colegiado e ampliar o leque de matérias aos quais deve se dedicar.
Neste sentido, o CGF poderia ter um papel importante para ajudar no debate e nas definições, tanto para atualizar os padrões de classificações orçamentárias e contábeis (enquanto o Congresso não aprova uma lei complementar que revise a famosa Lei nº 4.320, de 1964), quanto para definir os novos instrumentos,

à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, de modo a estabelecer o papel do Conselho de forma a que possa eficazmente atacar os problemas de gestão fiscal em todas as esferas.

Para Afonso (2004, p. 04), "há muito que se fazer ainda no campo legislativo, e a agenda está completamente travada". Os motivos que levam a isso, de acordo com Afonso (2004, p. 03), envolvem movimento deliberado do Poder Executivo federal que radicaliza o "discurso de considerar imutável, não apenas a LRF, como qualquer regra fiscal vigente (quanto mais se o objeto da discussão for a rolagem das dívidas pelo Tesouro Nacional), e isso mesmo no caso de normas subordinadas àquela lei e que não confrontem com ela".

Ora, é deveras parcial e insustentável – no marco do Estado Democrático de Direito – a radicalização do discurso de que a LRF é parâmetro normativo pronto e acabado (verdadeiro dogma supraconstitucional), o que a tornaria simbolicamente "imutável" no discurso governamental.

A discursividade democrática tem diante de si o desafio de romper tal interdição e, desse modo, obrigar o Parlamento a cumprir seu dever de promover as regulamentações que ainda se fazem necessárias, assim como a esfera pública poderá conclamá-lo a realizar eventuais alterações que visem a aprimorar a lei ao longo do tempo.

Se se levar em conta apenas a temática do controle do endividamento público, perceber-se-á que falta regulamentação e essa espécie de "ausência seletiva"[293] de regulamentação – porquanto referida apenas aos limites que

como o cálculo atuarial dos regimes próprios de previdência e o de riscos fiscais. Isto para não falar que poderia debater assuntos fiscais mais polêmicos - como é o caso das PPPs ou das condições em que foram refinanciadas as dívidas estaduais e municipais junto ao Tesouro Nacional, de modo a atenuar divergências e reduzir dúvidas e desconfianças.

Alguns aspectos específicos da LRF também vêm carecendo de maior eficácia e poderiam ser discutidos no âmbito da CGF. Em particular, é o caso das excepcionalidades e flexibilidades que deveriam nortear a aplicação dos limites de endividamento público."

[293] A esse respeito, Afonso (2004, p. 09-10) observa que "Nada [há que] justifique que o ente mais importante da Federação, o que sempre teve a maior dívida, não esteja sujeito a nenhum limite. De início, havia o temor de se questionar a fixação de um limite para o governo federal acima dos governos subnacionais, mas ninguém questiona essa diferença, que é facilmente explicada pelo fato daquele governo ter um estoque de dívida superior ao dos demais. [...] Além disso, é importante lembrar que a dívida mobiliária federal não é controlada pelo Senado e sim por lei ordinária, que, se aprovada, poderia dar mais credibilidade a sua gestão e maior racionalidade ao tratamento de seu serviço no âmbito do orçamento federal. É triste que nenhuma dessas propostas [de limite de dívida consolidada e mobiliária, respectivamente, inscritas na MSF n.º 154/2000 e no PL n.º 3.431/2000] sequer tenha sido apreciada em caráter preliminar pelo Congresso Nacional e que os governos nunca tenham manifestado nenhum interesse na matéria. Só nos últimos dias, começaram a surgir notícias reclamando, justamente, da discriminação federativa de que limites e condições sejam impostas as esferas inferiores de governo, mas nenhuma delas seja aplicada à esfera central. Talvez, ao levantar a bandeira da questão federativa, a matéria volte à agenda nacional, embora o ideal é que a motivação fosse mais fiscal ou econômica, pois, num clímax (crescente) de conflitos entre entes federados, sempre haverá o perigo de se defender o mesmo nível de controle para os diferentes governos. [...]

Alguns itens da lei têm sido solenemente ignorados. O Presidente da República – a quem a Constituição delega a competência exclusiva para propor ao Senado a fixação ou a alteração do limite da dívida conso-

regeriam a dívida pública do governo federal – tanto é inconstitucional, como causadora de absurda falta de transparência.

Problema de larga monta se instala quando se constata que a falta de limites e a discricionariedade alocativa na execução orçamentária franquearam ao Executivo federal o manejo exponencial do endividamento público para absorver os custos da política de estabilização econômica. Nesse sentido, cumpre pontuar que a dívida interna líquida do setor público, conforme se depreende do gráfico a seguir, mais que dobrou – em percentual do PIB – no período compreendido entre 1994 a 2004, vez que saltou da casa de 18,82% (dezoito inteiros e oitenta e dois centésimos por cento) para 42,76% (quarenta e dois inteiros e setenta e seis centésimos por cento) do PIB.

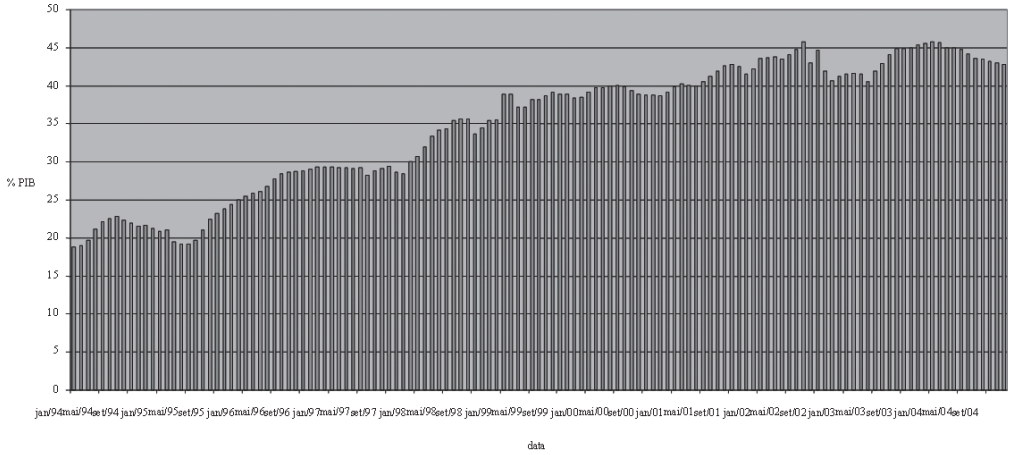



GRÁFICO 3 – Dívida líquida interna do setor público em % PIB – jan.1994 -set. 2004
Fonte: Elaboração própria a partir de dos do Banco Central do Brasil – DEPEC.

Carvalho (2005, p. 386) elucida que "a evolução da DLSP [dívida líquida do setor público, cuja composição majoritária é de dívida interna] a partir de 1993 mostra os resultados da política de estabilização dos preços com base no endividamento público que caracterizou o Plano Real." É ainda o mesmo autor (2005: 386) quem constata, considerando o período de 1994 a 2003, que "o incremento da DLSP foi de 28,9% do PIB, número ainda mais expressivo diante da magnitude das privatizações no período e das sucessivas declarações

lidada –, segundo o parágrafo 5 do art. 30 da LRF, deveria se manifestar anualmente sobre a manutenção ou a proposição de mudanças nos limites e nas condições aplicadas à dívida consolidada. Isso nunca foi feito. Do mesmo modo, o art. 66 da LRF determina que sejam duplicados os prazos para enquadramento nos limites no caso de baixo crescimento econômico, definido como uma taxa anualizada do PIB abaixo de 1%, tendo o IBGE acusado essa situação mais de uma vez nos últimos anos (o caso mais famoso foi o resultado do ano de 2003), e, ao que se tem notícia, nenhuma providência prevista na lei foi adotada."

das autoridades econômicas enfatizando o compromisso com a redução da dívida pública."

Embora limitado, em alguma medida, nos anos de 1996 e 1997 pelas receitas oriundas das privatizações, o salto da dívida pública, para o aludido autor, decorreu de cinco variáveis que se conjugaram ao longo de todo o período por ele analisado (1994-2003). Os fatores arrolados por Carvalho (2005, p. 386) – e que segundo ele encontram-se ligados à própria instabilidade macroeconômica e à estratégia de estabilização do Plano Real – são:

I) os juros altos que foram manejados, durante o período de 1994 a 1998, como mecanismo de garantia do regime de paridade cambial e que, desde então, têm sido usados para rolar o déficit da balança de pagamentos e para absorver a liquidez de moeda no mercado em coerência com o regime de metas de inflação instituído a partir do Decreto nº 3.088/1999. De acordo com Carvalho (2005, p.386), "a despesa com juros reais dos três níveis de governo somou 45,9% do PIB de 1995 a 2003, sendo 19,29% do PIB de 1995 a 1998 e mais 26,61% do PIB de 1999 a 2003". Sendo os resultados primários insuficientes (embora superavitários) para cobrir o custo dos juros, tal gasto teve de ser coberto com aumento da própria dívida;

II) "a política de esterilização do efeito monetário da acumulação de reservas externas: embora o crescimento das reservas reduza a dívida líquida, a emissão correspondente de dívida interna eleva a despesa com juros – o custo do financiamento doméstico foi bem mais alto nesses anos [1994-2003] do que os juros recebidos pelas reservas mantidas pelo BCB";

III) o custo da crise cambial de 1998, que, tendo desvalorizado fortemente o real frente ao dólar, fez com que elevada parcela (cerca de 30%) dos títulos públicos àquela época fosse corrigida proporcionalmente à intensa valorização do dólar, porquanto esses estivessem pós-fixados ao câmbio. Segundo Carvalho (2005, p. 386), "parte substancial dos custos da desvalorização do início de 1999 foi absorvida pelo setor público, pelos seus efeitos sobre o valor dos títulos públicos indexados à taxa de câmbio vendidos ao mercado em 1998";

IV) "as políticas de socorro a agentes econômicos em crise, em especial grandes bancos privados e públicos; no caso dos bancos federais [noticia Carvalho (2005, p.386)], a maior parte das perdas teve origem em políticas de apoio a segmentos do setor privado atingidos pelas políticas de estabilização". E, por fim, tem-se

V) "o reconhecimento de dívidas passadas, os 'esqueletos', o que explica o aumento do estoque de 'moedas de privatização' mesmo com seu uso na compra de empresas estatais." (CARVALHO, 2005, p. 386)

Foi na esteira desse último processo que, por meio da Lei n.º 9.496, de 11 de setembro de 1997, houve a federalização das dívidas estaduais e municipais, bem como houve privatização da maioria dos bancos estaduais. Com isso, a União tanto expandiu seu montante total de endividamento, como conseguiu também obter mecanismo que lhe tem permitido impor a Estados e Municípios o ajuste fiscal programado como meta de resultado primário positivo para o setor público no país.

Nesse sentido, afirma Vaz (2004, p. 03) que "o controle do ajuste fiscal para essas unidades da Federação é feito sobre seu endividamento e pela vinculação de parte de suas receitas ao pagamento de suas dívidas negociadas com a União", na forma do que dispõem a parte final do inciso IV e o § 4º do art. 167 da Constituição de 1988.

A esse respeito, Carrazza lembra que, embora o art. 160 da Constituição vede "*a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção* [de repartição da receitas tributárias], *aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos*", é o próprio parágrafo único[294] do citado artigo que, "se aplicado, poderá esvaziar, pelo menos em parte, esta louvável regra" Isso ocorre, porque, "como os Estados, os Municípios e o Distrito Federal são atualmente grandes devedores da União e os Municípios dos Estados, a União e os Estados, na prática, poderão negar-se a entregar-lhes as parcelas a que constitucionalmente têm jus" (CARRAZZA, 2002, p. 606-607).

O autor em questão entende que "o parágrafo único do art. 160 da CF [assim como a parte final do inciso IV e o § 4º do art. 167 da Constituição de 1988] acaba por anular [...] ou, pelo menos, por comprometer [...] as autonomias políticas política e jurídica" dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como alternativa a tal perda de autonomia dos entes subnacionais, Carrazza (2002, p. 607) defende que seria devido "revogar sumariamente o parágrafo único do art. 160 da Lei Maior". Para o citado tributarista, "a União que se valha de outros meios jurídicos para receber o que lhe é devido, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. O mesmo pode-se dizer dos Estados em relação aos Municípios localizados em seus territórios. Que não possam mais valer-se do meio extremo de negar-lhes a participação no produto de suas receitas tributárias, enquanto não honrarem seus débitos." (CARRAZZA, 2002, p. 607)

---

[294] "*Art. 160.....*
*Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:*
*I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;*
*II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, II e III.*"

A discussão empreendida por Carrazza (2002, p. 606-607) envolve ponto controvertido sobre os limites constitucionais ao poder de reformar a Constituição, na medida em que as repartições tributárias entre os entes diz respeito ao pacto federativo, que – por força do art. 60, §4º, I da CR/1988 – não pode ser abolido ou mitigado diante da organização sistemática que lhe conferiu a CR/1988.[295]

Bem ou mal, certo é que os Estados, Distrito Federal e Municípios viram-se obrigados a participar do esforço de formação de superávits primários por meio da renegociação de suas dívidas com a União. Nessa linha de raciocínio é que Lopreato (2002: 254-255) noticia – à luz de um quadro de "colapso das finanças estaduais" – haver verdadeira "crise da federação", na medida em que:

> **O governo [federal], preso à visão de que deve subordinar as outras esferas de poder e ter o controle das relações federativas, propôs a criação de instrumentos capazes de coibir o aumento dos gastos dos Estados e Municípios, se estes não observarem o estrito controle do déficit público, e de garantir a reconcentração do poder em mãos da esfera federal.**
>
> **As condições da renegociação da dívida, nesse sentido, são relevantes, dado o papel que cumprem na redefinição do pacto federativo e como instrumento de controle do déficit público**. A reforma patrimonial embutida nos contratos de renegociação procurou estender aos Estados a visão dominante no centro do poder sobre o papel do setor público na estratégia de desenvolvimento. Ao mesmo tempo, eliminou focos de expansão fiscal e de descontrole das contas públicas, retirando dos governadores o domínio e espaços de circulação financeira e de gestão de gastos.
>
> A privatização de empresas e bancos estaduais e a proibição de novos contratos de endividamento, até que a relação dívida/ receita líquida estadual seja de um para um [sic[296]], colocaram os Estados presos à lógica dos recursos fiscais na definição da política de gastos. **Os Estados, limitados em termos financeiros e pressionados pelo ajuste fiscal, perderam capacidade de atuação e foram compelidos a buscar saídas na revisão dos contratos e na distribuição dos recursos tributários, fomentando um quadro de instabilidade das relações federativas**. (grifo nosso).

Por outro lado, Carvalho, lidando com a tensão entre a instabilidade fiscal e a estabilização monetária, sentencia que a dívida pública segue rota de descontrole independentemente da gestão política que esteja no comando do Poder Executivo da União. Senão veja-se que

[295]Exatamente porque o debate promovido por Carrazza é deveras complexo e absorveria sozinho estudo extenso, fica apenas a notícia de sua existência dentro dos limites deste estudo.

[296]Na verdade, a Resolução n.º 040/2001 do Senado Federal impõe aos Estados limite de 200% (duzentos por cento) da dívida consolidada em relação à receita corrente líquida.

> A política de Lula-Palocci-Meirelles é a mesma de F.H. Cardoso-Malan-Armínio: superávits fiscais elevados para pagar os custos da dívida pública; juros elevados para garantir a solvência externa, a pretexto de manter a inflação dentro das metas anunciadas; submissão da execução orçamentária ao pagamento de rendas excepcionais aos credores – não por acaso os bancos realizam lucros fenomenais desde a desvalorização [cambial de 1999]. Nem por isso a dívida recua, contudo: a marca de 55% do PIB de DLSP mantém-se firme, depois de vários anos de sacrifícios e de transferências de recursos públicos para os rentistas
>
> A dívida cresce com as dificuldades para reduzir o custo de sua rolagem. Juros reais altos, na faixa de 10% ao ano, fazem a dívida crescer e dificultam sobremaneira a recuperação da atividade produtiva, o que poderia reduzir o valor da dívida como proporção do PIB. O compromisso do governo de elevar os juros nominais sempre que há sinais de alta da inflação impede a redução do valor real da dívida, como ocorria no período de inflação alta. (CARVALHO, 2005, p. 390-391)

Fato é que, em torno da administração da dívida pública brasileira, restaram erigidos alguns pressupostos inquestionáveis (como o são o superávit primário e o custeio do serviço da dívida) por mais estivessem sendo afetadas diversas outras ações governamentais e o próprio desenvolvimento econômico no período considerado.

Nesse sentido, Vaz (2004, p. 02-04) noticia que

> para ser eficaz no controle inflacionário, o principal instrumento do BC [Banco Central do Brasil] é a alta taxa de juros. E, é contendo a economia, para enfraquecer a demanda, que se contém a inflação. A receita inclui, entre outros instrumentos, o desemprego, a queda da renda e do consumo das famílias, o desestímulo ao investimento privado. [...]
>
> O êxito de uma política monetária restritiva exige que ela se transforme no centro da política econômica. Além da natural aversão ao controle político sobre a política monetária, essa centralidade exigiu ainda a privatização dos bancos estaduais e o ajuste fiscal do setor público. A lógica adotada determina que se o BC trabalha com restrições monetárias, não podem os governantes determinarem políticas expansionistas, através da concessão de créditos ou da ampliação dos gastos públicos. Assim, é exigido ao setor público que execute uma política fiscal superavitária. É preciso arrecadar muito e gastar pouco. [...]
>
> Em conseqüência de uma política monetária mais restritiva, com aumento dos juros ou contenção do crédito, exige-se também um maior esforço fiscal do setor público. Além de restringir ainda mais a economia e fazer crescer as reservas do Tesouro no Banco Central, ainda se ampliam as garantias para o credor financeiro. [...]
>
> As receitas da União crescem continuamente, passando de 18,4 para 24,2% do PIB (5,8 pp do PIB), a evolução das despesas foi inferior (3,3 pp do PIB).

> Deste modo, o resultado primário da União subiu brutalmente em 1999. A partir de 2000, parte da meta de superávit da União foi transferida para as estatais, iniciando um período agudo de baixos investimentos.
>
> Mesmo assim, os altos juros e demais encargos da dívida, notadamente o câmbio, determinaram, mesmo diante do grande esforço fiscal, um aumento do endividamento.

Na linha apresentada por Vaz (2004), interessante é notar a combinação de que "é preciso arrecadar muito e gastar pouco", o que, embora signifique um "grande esforço fiscal", não foi capaz de conter – por força da conjugação entre "os altos juros e demais encargos da dívida, notadamente o câmbio" – o dramático "aumento do endividamento".

Conforme Carvalho mesmo denuncia , trata-se essa de uma "política de sacrificar tudo para impedir que a dívida pública continuasse em crescimento e viesse a ter sua solvência colocada em questão". (CARVALHO, 2005, p. 389).

Sem lidar com limites normativos para o montante total da dívida, para a meta de resultado nominal e, assim, indiretamente para o custeio do serviço da dívida, a União tem convivido, desde 1994, com o notório avanço da dívida pública, não obstante tal política significar o "sacrifício" de todas as demais ações governamentais previstas na lei orçamentária anual.

Mais uma vez Carvalho (2005, p. 392) tenta lançar luzes sobre as diversas variáveis envolvidas no interditado debate sobre a necessidade de condicionar o crescimento desarrazoado da dívida pública brasileira a outros termos que não apenas o manejo do superávit primário. Certo é que, após a maxidesvalorização cambial em 1999, "toda a política fiscal ficou subordinada à geração de superávits primários elevados e crescentes, da ordem de 3,77% do PIB na média de 1999 a 2003 e de 4,34% do PIB neste último ano, enquanto a carga tributária saltou de 29% do PIB em 1997 para 32% do PIB em 2000 e 36% do PIB em 2002. Todo esse esforço brutal conseguiu apenas manter estável a relação dívida/PIB."

Em se buscando conferir uma interpretação constitucionalmente adequada para o problema posto, certamente virão à tona mais uma vez os princípios da motivação, finalidade e processualidade democrática. Tal se dá, vez que não há como anualmente serem aprovadas leis orçamentárias que assimilam o quadro de endividamento, sem qualquer baliza normativa que lhe imponha limite; sem a apresentação dos motivos que lhe deram causa e, sobretudo, sem a construção procedimental de decisões atentas ao que seja "interesse público" no curso da execução orçamentária. Trata-se de construção que deve se dar diante dos interessados capazes de analisar o impacto de eventuais remanejamentos nas mais diversas ações governamentais, ainda que, por meio do sistema representativo vigente no país, sejam chamados efetivamente a participar apenas os parlamentares e o corpo técnico do Tribunal de Contas.

# Capítulo 5
# Planejamento orçamentário e controle de políticas públicas: possibilidades e limites

Ao problema de como suportar os custos fiscais da política monetária empreendida desde 1994 no Brasil, o Poder Executivo federal apresentou soluções normativas que visaram, no mínimo, a manter estável a relação entre a dívida líquida do setor público e o produto interno bruto (DLSP/PIB).

Assim é que a desvinculação de receitas, a formação de superávits primários, o avanço da carga tributária, o contingenciamento de despesas e o próprio endividamento conjugaram-se como medidas de ajuste fiscal[297] empregadas pela União, para que fosse possível tanto superar a perda das receitas inflacionárias, como também para que o manejo da taxa de juros e do câmbio pudesse ser feito livremente pelo Banco Central na consecução da política de estabilização monetária, sem preocupar-se com o fato de que tais variáveis (juros e câmbio) indexam, em larga escala, a dívida pública.

Bem é de se lembrar, com Carvalho (2005, p. 385), que a dívida pública foi usada como "principal variável de ajuste, sem metas definidas e submetida reiteradamente a novas exigências, a depender de problemas e tensões imprevistas", para suportar os custos do programa antiinflacionário. Como se viu no Capítulo 3, a estabilização monetária, de forma acentuada, causou instabilidade fiscal, na medida em que a dívida pública foi considerada como "válvula de escape" que "viabilizou a prática de juros reais elevados, [e] a oferta de *hedge* nas ameaças de crise cambial".

[297] A opção por essas cinco medidas não esgota o rol de ações empregadas pelo Governo Federal, notadamente poder-se-ia ainda citar as privatizações, a descentralização de políticas públicas prestacionais para os entes subnacionais sem aumento correspondente da repartição de receitas e a federalização das dívidas estaduais e municipais, com a possibilidade de garantir o pagamento de tal dívida com a retenção pela União dos recursos recebidos a título de transferência obrigatória pelos entes periféricos. Nesses três exemplos, o Poder Executivo federal indiretamente redimensionou sua política fiscal, sem haver alterado dispositivos das suas leis orçamentárias que vigeram no período de 1994 a 2005.
Metodologicamente, a opção pelas medidas tratadas no Capítulo 4 deste estudo justifica-se em face do fato de que todas elas envolvem diretamente itens normativos das peças orçamentárias, seja como (1) meta da LDO (no caso das metas de superávit primário; como (2) limitação da possibilidade de executar despesas, tal como dispõe o art. 9º da LRF (no caso do contingenciamento de empenhos); como (3) receitas correntes que crescem conforme se der as alterações na legislação tributária; como (4) receitas vinculadas que – por força de regra constitucional transitória que as desafeta de sua destinação – podem ser empregadas em despesas as mais variadas e, enfim, como (5) aumento da dívida pública, a qual anualmente tem de ser refinanciada e cujos custos de manutenção (juros e encargos) integram regularmente as despesas orçamentárias da União.

Financiamento_completo.indd 329 8/6/2010 00:53:22

Diante dessa constatação, duas novas questões apresentam-se, a saber: (1) poderia a dívida pública ser afetada e, assim, expandida – ilimitadamente – em decorrência das ações de estabilização monetária? E, em sendo afirmativa a resposta à primeira pergunta, (2) poderia o controle da dívida pública decorrer de soluções normativas como as apresentadas no Capítulo anterior?

Os pontos de inflexão supracitados representam, na verdade, um esforço metodológico de juridicizar o debate sobre o controle da administração da dívida pública, não só sob o marco da gestão fiscal responsável instituído pela Lei Complementar n.º 101/2000, mas fundamentalmente para submetê-lo à análise de sua conformidade constitucional.

Cumpre, de antemão, esclarecer que o argumento de que se trata de âmbito de absoluta discricionariedade técnica não é suficiente, nem adequado para responder à primeira pergunta sobre se a política monetária pode – sem confronto com qualquer limite, meta ou necessidade de fonte de custeio – gerar despesas financeiras com o manejo da taxa básica de juros que corrige mais de 50% (cinqüenta por cento) da dívida pública e, assim, determinar – ilimitadamente – o avanço da dívida pública.

Embora, no período de 1994 a 2005 observado por este estudo, tenha sido conferida significativa autonomia ao Banco Central brasileiro para a consecução da política monetária, não poderia haver o que Habermas (1997) chama de "emancipação ilegítima" desse ente descentralizado de poder em relação aos fluxos comunicativos da esfera pública. Ora, o Banco Central é autarquia (submetida à supervisão do Ministério da Fazenda) que, por força de lei, representa a descentralização da competência de executar a política monetária formulada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Não se trata, pois, de instância independente do restante da Administração Pública federal, e jamais o será por mais que seja defendida – na seara econômica – a proposta da "independência do Banco Central do Brasil".[298] Tal proposta, para Nunes (1999, p. 34, grifo nosso), significaria que

[298]O tema da concessão de maior "autonomia" ou "independência" ao Banco Central tem sido objeto de calorosas discussões no âmbito da Economia. Segundo Crocco e Jayme Jr. (2003, p. 131, grifo do autor), "existe, principalmente no debate recente no Brasil, muita confusão sobre a diferença entre *autonomia* e *independência.* A literatura diferencia graus de independência, mediante a definição de quem determina as metas a serem atingidas pela política monetária. Um Banco Central completamente *independente* seria aquele que, solitariamente, determinaria os objetivos e os instrumentos para alcançá-los. O Banco Central seria 'menos' *independente,* quando possuísse apenas a liberdade para determinar os meios para alcançar os objetivos determinados por outra instância (Congresso ou Executivo). Esta última forma tem sido apresentada no presente debate como sendo *autonomia* do Banco Central, em contraposição à primeira, que seria considerada como *independência*."
De todo modo, para o Direito, não há que se falar em "independência" de entidade da Administração Indireta, vez que a autarquia Banco Central do Brasil será sempre supervisionada – em maior ou menor grau – pelo Ministério da Fazenda. O máximo que pode haver, tal como já ocorre com para as agências reguladoras, é a concessão de regime especial, com maior grau de autonomia administrativa e financeira, especialmente no que se refere ao mandato fixo dos seus diretores.

> a autoridade monetária possui competência exclusiva e autonomia técnica, administrativa e financeira para determinar a política monetária. A autonomia técnica deve estender-se também à gestão das políticas creditícia, de dívida pública e cambial, em virtude das interações que estas possuem com os agregados monetários. **O ponto fundamental refere-se à submissão da política fiscal à monetária, o que distancia esse conceito da ótica de coordenação**. A independência pode ser acompanhada da imposição de normas legais que impeçam o financiamento monetário de gastos públicos como, por exemplo, restrições ao uso dos recursos do banco central pelo governo, mas fundamentalmente **confere ao banco central um poder discricionário quase absoluto**.

Segundo Nunes (1999), a "independência do Banco Central" é proposta que deve ser rechaçada – pelos seus próprios limites econômicos – uma vez que, com ela, a sustentabilidade da capacidade de financiamento estatal e a transparência das ações do BCB não seriam garantidas. Senão veja-se, no que se refere à sustentabilidade, que:

> Uma razão para não se postular a independência do Banco Central diz respeito ao fato de que a independência do Banco Central não seria necessária para assegurar a sustentabilidade da capacidade de financiamento. Esta capacidade deve, antes, ser buscada pela definição de metas macroeconômicas consistentes e com as abrangências fiscal e monetárias adequadas, inclusive intertemporalmente. A consistência entre as políticas fiscal e monetária, por sua vez, só é atingida quando, a partir do atendimento simultâneo aos objetivos de política – taxa de crescimento, inflação e taxa de câmbio –, é possível gerar um trajetória dívida/ PIB estável.
>
> No Brasil, contudo, a exemplo de outros países em desenvolvimento, **a incapacidade de fazer escolhas no momento adequado, distribuindo ganhos e perdas de acordo com o arranjo de forças políticas prevalecente, tem determinado, com freqüência, a persecução de metas incompatíveis no que diz respeito, por exemplo, aos níveis desejados de inflação, crescimento econômico e atendimento de necessidades sociais, bem como quanto ao resultado fiscal e à competitividade externa possíveis nesse contexto**. Os limites desse processo, então, se colocam pelo lado da sustentabilidade da capacidade de financiamento ao longo do tempo. Ou têm lugar níveis de inflação fora de controle, ou carga tributária considerada excessiva, ou relação dívida/ PIB crescente, ou insuficiência de recursos fiscais para atender às necessidades sociais que caberiam ao Estado no modelo vigente, ou taxa de juros elevada para tentar inutilmente restabelecer a consistência, ou um misto desses problemas.
>
> A independência do Banco Central, então, apenas estabeleceria uma das regras possíveis de fechamento do modelo de consistência entre políticas econômicas [fiscal e monetária], **dizendo que cabe à política fiscal todo o ônus do ajuste**. A solução do modelo, alternativamente,

> poderia também basear-se na coordenação entre políticas econômicas – uma regra diferente mas igualmente consistente. Nesse último caso, **as metas fiscais, monetárias e cambiais seriam conjuntamente definidas e a sua compatibilidade assegurada de início, tornando transparentes para a sociedade todas as conseqüências das decisões adotadas**. (NUNES, 1999, p. 146, grifo nosso)

Por outro lado, reduzida seria a transparência de um Banco Central "independente" no Brasil na medida em que a ampliação de sua margem de discricionariedade levaria a que o BCB pudesse tomar unilateralmente decisões que embora rápidas, seriam, por isso mesmo, menos controláveis. Nunes (1999, p. 35) considera que "um banco central independente poderia transformar-se num quarto poder, em virtude da sua atuação histórica em operações de natureza quase-fiscal, com o agravante de que não teria suporte ou aprovação da sociedade."

Para a autora sob comento, enquanto "as mudanças na área fiscal [...] são lentas, difíceis e demandam o equacionamento político de pressões que muitas vezes não são detidas por restrições orçamentárias e acabam originando vazamentos justamente naqueles pontos onde a flexibilidade é maior"; na política monetária – por outro lado – "as mudanças são mais rápidas e torna-se mais fácil utilizar o banco central para acomodar tais pressões. E, ressalte-se, tão mais fácil quanto maior o seu poder discricionário." (NUNES, 1999, p. 147)

A demanda por maior autonomia (já que juridicamente é impossível falar-se em "independência") do Banco Central é marcada pela noção equivocada de que essa autarquia tudo poderia fazer – mesmo sob o custo do avanço ilimitado da dívida pública – em nome da gestão da política monetária e da sua "discricionariedade técnica", porque **caberia "à política fiscal todo o ônus do ajuste"** (NUNES, 1999, p. 146).

Assim é que, de acordo com Nunes (1999, p. 147), aumentar a autonomia do Banco Central, "fazendo-o formalmente independente, poderia diminuir o já baixo grau de transparência das suas atividades e, portanto, a possibilidade de controle social sobre elas." Até porque "é a falta de transparência das estatísticas que permite acomodar pressões e incorporar metas que, de outro modo, seriam inconciliáveis".[299]

[299]Uma meta difícil de ser alcançada simplesmente pela contenção da demanda agregada – sem especial cuidado com os preços administrados (como o são as tarifas de serviços públicos como energia, água, transporte coletivo e telefonia), com o preço dos combustíveis e com a inflação de custos (da oferta) – certamente tem sido a meta de inflação, que em 2005 é de 5,1% ao ano. Ora, a exclusiva orientação do Banco Central do Brasil para o centro dessa meta leva a que taxa de juros SELIC seja manejada de forma desarrazoada – em se considerando os custos fiscais e a retração do investimento produtivo no país – na medida em que os juros altos não só corrigem a maior parte da dívida pública, como também diminuem a liquidez de crédito na economia (o que o torna mais caro para os investimentos que não se restrinjam

Preocupado com as "implicações que a concessão de autonomia ao BACEN traz à democracia", Maldonado Filho (2003, p. 118-119) asseverara que, "do ponto de vista do neoliberalismo, não existe qualquer contradição em retirar do controle das instâncias democráticas a condução da política monetária", para que, assim, "os governos [...] [ficassem] condicionados a implementar suas políticas econômicas de forma a atingir os resultados macroeconômicos desejados pelos mercados financeiros."

Diante desse quadro, a proposta de concentrar amplos poderes decisórios no Banco Central mostra-se, em alguma medida, como verdadeiro esforço antidemocrático que – por estar pretensamente calcado em fundamentos técnicos irrefutáveis – visa à obtenção (junto aos agentes econômicos) de maior credibilidade na consecução da política monetária. Segundo Crocco e Jayme Jr. (2003, p. 132), "um dos argumentos fundamentais para a tese de *independência/autonomia* é a suposta credibilidade que essa decisão daria à política monetária, facilitando assim o combate à inflação". Mas tal credibilidade não é um dado neutro, pois, como lembram os citados autores, esse critério é político (2003: 134). Senão veja-se:

> para os adeptos da tese da independência do Banco Central, a credibilidade seria obtida pela autoridade monetária, se ela se comprometesse a implementar uma política monetária que teria por objetivo exclusivo o combate à inflação, além de não surpreender os agentes econômicos com tentativas de aumentar o produto e o emprego no curto-prazo à custa de uma escalada inflacionária. Existem vários problemas com essa interpretação que merecem uma análise mais detalhada.
>
> Inicialmente é necessário reconhecer que **o conceito de política econômica de credibilidade incorre em um problema de circularidade. Uma política para ter credibilidade deve atingir seus objetivos. No entanto, segundo os adeptos do Banco Central Independente, para atingir seus objetivos a autoridade monetária deve possuir credibilidade. Ou seja, credibilidade é condição e resultado de uma política monetária. Em sociedades dominadas por uma concepção de política econômica (qualquer que seja ela), essa circularidade impõe um caráter extremamente *antidemocrático* à condução da economia. A necessidade de se implementar políticas *confiáveis* para a obtenção de resultados desejados faz com que políticas**

ao financiamento da dívida pública brasileira), apreciam a moeda nacional frente ao dólar (já que os juros altos atraem o capital internacional especulativo) e, assim, diminuem a competitividade dos produtos nacionais na balança comercial. Com a redução da atividade produtiva – a partir do encarecimento do crédito, do baixo retorno proporcional do investimento produtivo em face do financeiro e da redução das exportações – a política monetária ortodoxa seguida no Brasil desde 1994, direta ou indiretamente, acarretou, além do avanço da dívida pública, baixos índices de crescimento econômico, quando, não raro, gera quadros de retração do PIB como o vivenciado pela economia brasileira no 3º trimestre de 2005, conforme noticiou o IBGE (2005).

> **alternativas à dominante sejam excluídas *a priori*. A possibilidade de se testar outras políticas é descartada por definição**.
>
> Esse aspecto é muito claro no atual debate sobre *independência/ autonomia* do Banco Central e política econômica. **A dominância de uma concepção de economia no Brasil nos anos FHC produziu um *falso consenso* de que existia apenas uma única política econômica a ser implementada. Qualquer alternativa é vista com desconfiança, gerando reações adversas, mesmo antes de implementadas.** Ou seja, a própria reação de setores da sociedade faz com que alternativas não possam ter o tempo necessário para atingirem seus objetivos, não conseguindo assim a credibilidade necessária para se sustentarem no decorrer do tempo.
>
> Tal comportamento de setores da sociedade acima descrito nos leva ao segundo ponto a ser destacado, vale dizer, a credibilidade de uma política econômica é determinada por fatores *endógenos* à sociedade onde é implementada, e não determinada *exogenamente,* por um manual de economia qualquer. **No atual mundo de liberalização financeira e globalização, a credibilidade de políticas econômicas é assegurada pela mobilização de poderes políticos e econômicos. Políticas econômicas de caráter neoliberal, ao terem suporte de organismos e capitais internacionais, facilitam o influxo de recursos que *criam* credibilidade. Ou seja, tais políticas não são inerentemente confiáveis, mas são assim transformadas pelo suporte de grupos de interesse que se beneficiam dessas políticas.** De maneira oposta, como salienta Grabel (1998), programas econômicos não-neoliberais se tornam *endogenamente não-confiáveis,* uma vez que aqueles governos que os põem em prática normalmente são incapazes de impedir que o capital, tanto doméstico quanto internacional, se engaje em atividades que minem tais programas, como, por exemplo, fuga de capital, suspensão de linhas de crédito ou ajudas financeiras. (CROCCO; JAYME JR., 2003, p. 133-134, grifo nosso)

Mas o que significa "credibilidade" da política monetária no contexto em que é apresentada a proposta de Banco Central "independente"? Sicsú (2003, p. 1988) leciona que "segundo a teoria econômica convencional, credibilidade é sinônimo de inflexibilidade para ações de um governo, isto é, um governo ganha credibilidade se não pode decidir e reagir no dia-a-dia, se não pode intervir na economia, se segue regras cegas independentemente das mudanças conjunturais." Nesses termos, ganhar credibilidade significa admitir o automatismo de decisões – alegadamente técnicas – determinadas pelo mercado financeiro e, assim, representaria a perda da capacidade do governo de implementar políticas macroeconômicas autônomas.

A discricionariedade que se busca majorar em favor de um Banco Central "independente" – como bem apontaram Crocco e Jayme Jr (2003), Nunes (1999), Maldonado Filho (2003) e Sicsú (2003) – não se trata de instrumento sob

controle do conjunto da sociedade e voltado aos interesses dela. A perda de transparência, a redução da capacidade governamental de intervir na política monetária, a submissão da política fiscal à monetária e a impossibilidade do debate sobre alternativas são fortes indícios de que a aludida credibilidade não é critério referido à sociabilidade democrática, mas apenas aos mercados financeiros.

Como bem lembra Sicsú (2003, p. 89),

> O tripé ortodoxo-liberal [câmbio flutuante com mobilidade de capitais, regime de metas de inflação com um Banco Central autônomo e regime de metas para os superávits primários] busca, então, retirar do governo a sua capacidade de intervir na economia mediante o uso de políticas monetária, cambial e fiscal. A política monetária é delegada a um Banco Central, que deve tornar-se autônomo, ou independente. A política fiscal é quase anulada, já que as metas de superávits primários retiram do governo a sua capacidade de realizar gastos em investimentos e em programas sociais. A liberalização financeira ao permitir um número ilimitado de transações com o exterior, retira a força da política cambial na medida em que as reservas do Banco Central serão sempre insuficientes diante do poder de ataque dos mercados financeiros doméstico e internacional.
>
> Além disso, as teorias que sustentam planos, tal como aquele implementado por FHC [e acentuado por Lula], mostram que a liberalização financeira auxilia na tarefa de enfraquecer também a capacidade de reagir do governo mediante o uso das políticas fiscal e monetária. Se o governo não cumpre a meta fiscal de superávit primáriao, estaria demonstrando que a capacidade de saldar suas dívidas se reduziu, o que provocaria uma fuga avassaladora de capitais, seguida de uma crise cambial, o que obrigaria o governo a recuar. Se o Banco Central reduz a taxa de juros, por exemplo, por pressões do governo, para um patamar que não contém a inflação e não recompensa o risco de carregamento de um título de um mercado emergente, isso provocaria uma fuga avassaladora de capitais, seguida de uma crise cambial, o que obrigaria o governo a recuar.

Trata-se, pois, do fenômeno que Canotilho (1994, p. 471) chamou de "economicização da política", o qual mitiga a capacidade de o Estado promover – em nome da sociedade – intermediações não-mercantis (SANTOS, 1998), especialmente porque a política fiscal e o orçamento público ficam (pragmaticamente) submetidos às deliberações da política monetária. Ato contínuo, o problema da credibilidade – que opera como um verdadeiro dispositivo "foucaultiano"[300] (OLIVEIRA, 2003, p. 07) dos mercados financeiros sobre as

[300] A remissão é ao filósofo francês Michel Foucault, especialmente à sua obra *Vigiar e Punir,* já que ali Foucalt discutira o sistema de vigilância das penitenciárias calcado no modelo de Panóptico de Bentham, em

"impotentes" políticas macroeconômicas dos Estados que se submetem àquele tripé ortodoxo-liberal citado por Sicsú (2003, p. 90) – transforma-se efetivamente num problema de emancipação ilegítima do aparelho administrativo estatal em relação aos fluxos comunicativos da esfera pública (HABERMAS, 1997), daí a sua natureza antidemocrática.

Do ponto de vista jurídico, fato é que, na ausência de limites para as dívidas consolidada e mobiliária da União, na falta de previsão na LDO de meta vinculante de resultado nominal e montante da dívida pública, e diante da possibilidade de o Banco Central ilimitadamente lançar os custos de sua atuação sobre a política fiscal, efetivamente todo o orçamento federal restará submetido – de forma desarrazoada – à instável e "discricionária" definição da política monetária por aquela autarquia.

Esse é o cenário atual de relação entre as citadas políticas econômicas que tem gerado, por maior que seja o ajuste fiscal obtido com as medidas descritas no Capítulo anterior, profundo agravamento da dívida pública e, conseqüentemente, irresponsabilidade fiscal que asfixia, no médio prazo, a capacidade estatal de promover políticas públicas.

Se for retomada aqui a pergunta inicial sobre se seria juridicamente possível e constitucionalmente adequado admitir que a política monetária possa ser conduzida de forma independente em relação à política fiscal e, por isso, alheia às restrições orçamentárias da União, ter-se-á, no caso de resposta afirmativa, um quadro real de insustentabilidade da capacidade de financiamento das atividades estatais e de significativa falta de transparência sobre os custos da política monetária – tal como já o denunciava Nunes (1999, p. 147).

---

que a incerteza quanto à possibilidade de haver guardas na torre (construída arquitetonicamente como um Panóptico, ou seja, como um lugar de onde tudo se vê, mas não se é visto) imprimiria nos detentos a sensação de eterna vigilância.

A comparação promovida por Oliveira (2003) merece ser densificada à luz da lição de Sicsú (2003), para quem a credibilidade da política econômica dos governos – obtida no dia-a-dia por meio da obediência a regras cegas – é forma de constituir um "estoque de 'bons comportamentos'" chamado de reputação. Segundo o citado autor, "o tripé ortodoxo-liberal tem um claro objetivo, que é o de fazer com que um governo ganhe credibilidade a cada dia, a cada semana, a cada mês, a cada ano, para acumular uma grande reputação perante os mercados financeiros doméstico e internacional." (Sicsú, 2003, p. 1988-1989)

É esse um mecanismo "foucaultiano", no sentido da internalização panóptica (naturalização) da vigilância dos mercados financeiros sobre as ações governamentais (Oliveira, 2003, p. 07-12).

A definição de Oliveira (2003) de que a "independência do Banco Central" seria um verdadeiro "dispositivo foucaultiano" dialoga pertinentemente (e ganha densidade) com a discussão promovida por Sicsú (2003), na medida em que, segundo Sicsu (2003, p. 92), para que os governos possam ganhar credibilidade/ reputação, "um conjunto de instrumentos deve ser criado para obrigar os governos a não descumprirem regras – ou seja, não bastam que regras sejam estabelecidas, é necessário um conjunto de instrumentos para impedir que um governo não desrespeite as regras. Esses instrumentos objetivam transformar algo que poderia ser transitório (o respeito a regras) em algo definitivo."

Ocorre que tal decisão sobre a "independência" do Banco Central e da política monetária, embora ainda não tenha sido posta para análise do legislador, já tem sido executada materialmente à revelia de qualquer autorização legislativa específica ou de maiores questionamentos sobre sua constitucionalidade.

Para além dos fatos que, na realidade brasileira, expressam aceitação material e adoção pragmática da tese de "independência" do Banco Central, urge conferir (no campo da normatividade) resposta negativa à pergunta supracitada. Não pode haver – no ordenamento brasileiro – independência (verdadeira primazia) da política monetária, já que a possibilidade de o Banco Central gerar custos ilimitáveis pela política fiscal não é responsável nos termos da LC n.º 101/2000. Tampouco uma tal "independência" seria constitucionalmente adequada, haja vista a desproporcionalidade da medida em face das restrições causadas pela adoção das medidas arroladas no Capítulo 4 deste estudo.

É exatamente esse o ponto de partida para o tratamento da segunda pergunta formulada, a qual decorre da inquietação sobre se "o controle da dívida pública poderia decorrer de soluções normativas como a desvinculação de receitas, a formação de superávits primários, o avanço da carga tributária, o contingenciamento de despesas e o próprio endividamento". Eis o cerne do presente capítulo, que cuida de apurar a conformidade constitucional das citadas medidas de ajuste fiscal no cenário geral de administração da dívida pública brasileira empreendido no período de 1994 a 2005. Disso passa-se a tratar mais detidamente à luz de três vertentes analíticas, quais sejam:

a) adequação a princípios que se apresentam como normas garantidoras da "unidade e identidade" do ordenamento constitucional vigente (noção prezada por Schmitt);
b) aferição do quão democrática e republicana é a gestão da dívida pública brasileira com base no modelo discursivo de circulação do poder proposto por Habermas (1995 e 1997); e
c) por fim, mas não menos importante, espera-se apreender – na esteira do princípio da proporcionalidade – qual seria o processamento constitucionalmente adequado da tensão entre o controle da relação dívida/ PIB e a garantia material de políticas públicas prestacionais que, por responderem por direitos fundamentais, têm sistemática constitucional diferenciada de financiamento (seja pela via de receitas vinculadas, seja por meio de patamares de gasto mínimo).

## 5.1 Princípios constitucionais[301]

Segundo leciona Bonavides (2003, p. 259), os princípios operaram nas Constituições da segunda metade do século XX "uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo". Os princípios – que, até então, eram observados como instrumentos subsidiários e sem natureza cogente na interpretação do Direito – ganham no pós-positivismo força normativa de estatura similar, senão mais intensa[302] que as regras.

Antes disso, a juridicidade dos princípios passara por outras duas fases, a saber, a jusnaturalista e a positivista (BONAVIDES, 2003, p. 259), sendo que, na primeira delas, os princípios tinham normatividade "basicamente nula e duvidosa", porquanto guardassem correlação com uma "dimensão ético-valorativa'" que inspirava a busca do Direito Natural por justiça. Na fase positivista, os princípios atuavam como fonte normativa subsidiária, na medida em que garantiam o fechamento do ordenamento jurídico no caso das lacunas, sem questionar a primazia da lei (entendida aqui no seio da idéia de estrita legalidade, ou seja, estrita subsunção às regras).

Bonavides (2003, p. 263) bem acentua que "o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica".

Atualmente – na fase do pós-positivismo iniciada nas décadas finais do século XX – os princípios foram "convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" (BONAVIDES, 2003, p. 264).

Não é sem razão que Bonavides (2003, p. 271, grifo nosso) posiciona-se, no atual estágio do Direito, de modo a "asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que **os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras**."

A diferença entre princípios e regras não decorre, portanto, de sua força normativa, porque "ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição". (BONAVIDES, 2003, p. 277)

[301] A denominação princípios constitucionais não é gratuita, pois, como bem assevera Bonavides (2003, p. 289), "o ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida [...], salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório [então chamados de "princípios gerais do Direito"], para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais."

[302] Bonavides (2003, p. 288) chega a dizer que os princípios são a "expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder."

Para Alexy (1998), os princípios são "mandados de otimização", porque podem ser satisfeitos em diferentes graus – conforme forem as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto – e as regras são "postulados definitivos" (também chamados de "mandados *prima facie*"), na medida em que operam sob a lógica de serem aplicáveis ou não ao caso concreto. Segundo o citado autor, enquanto nos princípios, a metodologia de sua aplicação é a ponderação, nas regras é a subsunção.

O critério defendido por Alexy[303] é chamado de "critério gradualista-qualitativo" por Bonavides (2003, p. 278), enquanto, para Dworkin, os princípios são aplicáveis ou não, sem que o conflito entre eles signifique (como ocorreria se se tratasse de conflito entre regras) a perda de validade de qualquer dos princípios envolvidos.[304]

Mas por que é relevante abrir – em sede de estudo de caso sobre a dívida pública brasileira – a tematização sobre princípios constitucionais? Porque esses, além de representarem limites jurídicos que vinculam negativamente a ação do Estado, são verdadeiras "directivas positivas", tal como bem assevera Canotilho (1994). Nessa hipótese, os princípios constitucionais operam como

[303]De acordo com Alexy (1998), "princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandados de otimização (*Optimienrungsgebote*). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais [...] devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.

Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção."

[304]"Das reflexões de Dworkin, infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso. [...]

As soluções possíveis para o conflito, referidas por Dworkin, são as seguintes: um sistema legal pode regular tais conflitos por outras regras, de preferência a que for decretada pela autoridade mais alta; a regra que houver sido formulada primeiro; a mais específica ou algo dessa natureza e, finalmente, a que tiver o apoio dos princípios mais importantes.

Só as regras ditam resultados – pondera Dworkin – não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada – prossegue ele – ao passo que com os princípios tal não se verifica, pois com estes não se procede assim; se eles se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos." (BONAVIDES, 2003, p. 282-283).

fundamento material que conforma a adequação constitucional de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

Como o objeto deste trabalho reside no esforço de expandir as possibilidades de controle sobre políticas públicas e seu financiamento – notadamente pela via do controle sobre a dívida pública –, os princípios não só significarão a fronteira de até onde é possível chegar a ação estatal, como também imprimirão sentido a toda essa caminhada. Vale colher a lição de Canotilho (1994, p. 487), segundo a qual "a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direção política não é apenas uma *vinculação através de limites*, mas uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos actos."

São, pois, os princípios constitucionais que efetivam – contundentemente – a vinculação material a que se referiu Canotilho. A força normativa da Constituição advém da sua posição como **norma fundamental** que apresenta os princípios básicos da convivência política. É onde se define a organização do poder, a distribuição de competências, o exercício da autoridade, a forma e o sistema de governo e, em especial, os direitos fundamentais da pessoa humana. Como texto basilar para a fundação da sociabilidade democrática e, por isso, como norma de hierarquia superior, a Constituição tanto confere legitimidade aos estamentos normativos inferiores, como também exige que esses estejam em conformidade com os princípios e regras inscritos nela.

Desse modo é que o clássico problema da razão de ser do Estado, assim como a carta de direitos fundamentais são temas materialmente constitucionais, uma vez que é a Constituição que imprime sentido às ações do Poder Público, por meio da normatização de seu papel (no que se inclui a tutela de direitos fundamentais) e dos meios postos à sua disposição para que cumpra regularmente os seus deveres institucionais.

Contemporaneamente, faz-se necessário não só assegurar a força normativa da Constituição como documento que fixa limites à ação estatal, mas principalmente como fundamento material que deveria orientar – positivamente – essa mesma ação.

Na dinâmica constitucional brasileira, o desafio posto é o de resistir aos argumentos de ingovernabilidade que – adotados no seio de programas de ação governalmental que visam à estabilização econômica – escapam ao controle de sua constitucionalidade. Com isso, poder-se-ia chegar ao que Bonavides (2003) chama de "inconstitucionabilidade". Tal neologismo foi apresentado pelo autor em questão como forma de identificar e analisar o "fenômeno político" pelo qual o Brasil passa, vez que

> Aqui, por obra da cultura política tumultuada ou da panacéia constitucional, se formou a crença de que **basta colocar na Constituição formal** um direito, uma garantia, um princípio ou **uma competência, sem levar em conta o seu alcance, e já os mecanismos governativos existentes hão de fazer reais e efetivas tais inovações**.
>
> Poder-se-á chegar, assim, à inconstitucionabilidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou **que se pretende seja formalizado em bases constitucionais**, **se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, senão impossível**, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. **O desequilíbrio então promovido determina a inexeqüibilidade da Constituição**.
>
> Caso haja também **acumulação de contradições insolúveis no sistema constitucional, a ponto de quebrantar-se o axioma da unidade da Constituição**, o caminho estará aberto ao ingresso da crise de inconstitucionabilidade. Nesse caso, **o *espírito* que sustenta a funcionalidade e juridicidade dos valores, regras e princípios da Lei Suprema tende a perecer**. (BONAVIDES, 2003, p. 389, grifo nosso)

A realidade brasileira, efetivamente, dá provas de que essa "panacéia constitucional" – por acumular contradições e afrontar a unidade da CR/1988 – faz perecer, por exemplo, os princípios da separação de poderes, do pacto federativo e da inafastabilidade da tutela dos direitos fundamentais. Está a se falar do fato – tratado no capítulo anterior e que dialoga perfeitamente com o fenômeno da inconstitucionabilidade denunciado por Bonavides (2003) – de o Poder Executivo federal haver pressionado[305] o Congresso Nacional a editar seis emendas constitucionais, no seio do Programa de Estabilização Fiscal, para desvincular (de órgãos, fundo ou despesa) receitas da União.

No que se refere à separação de poderes, Goulart (2002) bem esclarece que a desvinculação de receitas União afrontou o equilíbrio[306] entre Legislativo e Executivo "ao não expor, ainda que genericamente, o destino a ser dado às receitas desvinculadas", na medida em que

[305] A título de garantir a governabilidade e a estabilização econômica.

[306] Segundo Goulart (2002), "é que a separação entre os Poderes supõe dois fundamentos, alinhados no art. 2º da CF/88, quais sejam: a) a independência e b) a harmonia. Só existe separação de Poderes, numa República, se os mesmos dispuserem, simultaneamente, de independência e de convívio reciprocamente harmônico. Se não há autonomia, um dos Poderes açambarcará competências do outro, o que implica subordinação; se não há harmonia, mesmo que haja independência, quebra-se a própria unidade do Estado. O orçamento constitui, indubitavelmente, um poderoso instrumento de equilíbrio entre os três Poderes, na medida em que o Executivo – que tem o cofre e as armas – é previamente obrigado a respeitar uma destinação dos recursos que lhe é imposta por meio da lei orçamentária. Daí Theotônio Monteiro de Barros Filho ter dito que é através do orçamento que funciona 'o jogo de harmonia e interdependência dos Poderes, especialmente nos regimes presidenciais'."

> **A DRU introduziu uma completa desvinculação de parte considerável da receita da União, em benefício do Poder Executivo, sem ao menos indicar a finalidade genérica desta liberação. Isto implica um severo ataque à independência dos demais Poderes, especialmente do Legislativo**. Basta pensar, por exemplo, como será difícil o exercício da função fiscalizatória do Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU, sobre as despesas efetuadas com o numerário desvinculado. E mais: como se poderá avaliar se o Presidente da República usou bem as receitas provenientes da desvinculação, ou mesmo se as usou com infringência da lei orçamentária, para feito de caracterização de crime de responsabilidade (art.85, VI, CF/88), se não há o mais tênue parâmetro para se saber onde deveriam ser empregados esses recursos? Em suma, a EC nº 27/2000, ao deixar o Poder Executivo inteiramente livre para utilizar-se dos recursos provenientes da DRU, violou o princípio da separação dos Poderes, visto como fragilizou sensivelmente a competência de pré-ordenação das despesas públicas, que é inerente à função legislativa. (grifo nosso)

Por outro lado, as seis emendas que veicularam mecanismos de desvinculação de receitas da União (ECR 01/1994, EC 10/1996, EC 17/1997, EC 27/2000, EC 42/2003 e EC 56/2007) desconheceram a sistemática constitucional das contribuições sociais (arts. 149 e 195), passaram ao largo da noção de que tributos desvinculados (impostos) têm de ser repartidos com os Estados (art. 157, II) e, enfim, mas não menos importante, mitigaram as garantias de financiamento da prestação estatal de direitos sociais fundamentais (objetivamente inscrita nos arts. 195, 198, §2º e 212 da Constituição).

A esse respeito, forte é a crítica de Machado Segundo (2005, p. 153, grifo do autor), para quem a desvinculação de receitas da União nada mais seria que "fraude à Constituição", ou simplesmente "o supra-sumo da desproporcionalidade que, de tão contundente, pode ser chamado de *irracionalidade*."

Ora, admitir-se a ocorrência de "inconstitucionabilidade" para que sejam conferidos maiores poderes ao Executivo, a título de lhe franquear instrumentos necessários ao enfrentamento de pretensas crises de "ingovernabilidade" não só afronta a unidade da Constituição vigente, como também expõe a sociedade a uma crise muito mais grave que a "descontitucionaliza desde as bases e [que] corrompe toda a crença nos valores da Constituição." (2003, p. 390)

O alerta de Bonavides (2003, p. 390), nesse sentido, é severo[307] e pertinente.

[307] O citado professor acentua que "a *ingovernabilidade,* sendo o perecimento da ação executiva, representa a agonia final dos meios de exercício do poder, o desenlace de uma doença da legalidade, que torna o Executivo, de fato, demissionário de responsabilidades na administração da crise e ao mesmo passo incapaz de evitar a consumação do caos e prevenir a desordem institucional.
Contudo, a *inconstitucionabilidade* é muito mais grave: configura lesões irreparáveis no princípio da legitimidade toda vez que o poder constituinte, aparentemente legítimo, formula regras ou produz instituições em contradição com o bom senso, a realidade nacional e os limites de viabilidade receptiva do

Pois, enquanto a ingovernabilidade "é a crise aguda de um só Poder – o Executivo, o qual, pelos instrumentos ao seu dispor, se reconhece desfalecido para governar, produzindo, assim, riscos de comoção institucional", a "inconstitucionabilidade importa a corrosão e a atrofia de todos os princípios civilizadores da convivência política [porque] faz movediças as bases constituintes do regime."

Para que se evite essa "inconstitucionabilidade" (BONAVIDES, 2003), nesse quadro agravado de erosão constitucional (MENDES, 2004) permeado por diversas "fraudes à Constituição" (MACHADO SEGUNDO, 2005), é preciso retomar em outras bases a possibilidade de controle sobre os programas de ação governamental, incluídos os de gestão macroeconômica.

Cumpre, pois, lembrar, com Canotilho (1994, p. 468, grifo nosso), que a noção de programa de governo pressupõe a existência de "programa de trabalho apresentado perante o parlamento, individualizador dos fins e tarefas que o governo se propõe realizar **em conformidade com a constituição**, durante determinado período". Fato é que "o programa de um governo constitucional [...] está submetido a uma vinculação normativo-constitucional" , pois "se a constituição se limitasse a um 'quadro de competências' e a uma vinculação negativa, de certo que a *direcção política,* as linhas de *direcção política* e os *programas de governo* seriam 'abandonados' substancialmente ao jogo das forças políticas que, no caso de chegarem ao poder, transformariam os programas partidários em programas governamentais". (CANOTILHO, 1994, p. 469, 470, grifo do autor)

Nem se diga que o dirigismo constitucional – defendido por Canotilho – sobre os programas de governo traria a submissão da esfera política ao direito positivo, com a "conseqüente sobrecarga" desse último. Na verdade, o que se busca é a "acentuação da normatividade constitucional, democraticamente concretizada [como] um instrumento indispensável, não de um 'Estado de Justiça', mas de uma 'República Constitucional', eqüidistante do 'reducionismo judicial' e do 'decisionismo político'." (CANOTILHO, 1994, p. 471)

O risco que se apresenta do outro lado, ou seja, do lado das propostas de reduzir os controles jurídicos e de conferir maiores poderes ao Executivo[308] em

meio. Nessas circunstâncias, os perigos são muito mais sérios, assumem incomensurável gravidade. De uma situação de desgoverno ou de não-governo o País pode sair com poucos arranhões nos centros vitais de poder [...]; mas da inconstitucionabilidade não sai a Nação senão a longo termo, atravessando a *via crucis* das ditaduras e dos golpes de Estado, mudando de regime e de Constituição, ou tendo recurso ao poder constituinte em situações sempre vexatórias, anormais, explosivas, não raro revolucionárias." (BONAVIDES, 2003, p. 390-391, grifo do autor).

[308] Além da desvinculação de receitas da União de que se falou há pouco, um outro exemplo dramático que pode ser citado aqui é a proposta de emendar a Constituição para dar "independência" ao Banco Central. Ora, como uma autarquia pode tornar-se "independente" do ente político que lhe criou e lhe delegou legalmente competências? A descentralização administrativa jamais dará ensejo à autonomia

nome da gestão economicista das mais diversas crises de "ingovernabilidade", é apontado com grande clareza por Canotilho (1994, p. 471, grifo nosso):

> A '*desconstitucionalização*' de matérias, em nome de uma desejada 'desestadualização' [desestatização] e 'desregulamentação', mostra as consequências a que uma apressada crítica contra a juridicização conduz: aquela – **a desestadualização – propõe a substituição da normatividade constitucional pela 'economicização da política' e da vinculação jurídica do sistema político pelas 'leis económicas'; esta – a desregulamentação – pede a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos para tornar mais claudicante o estatuto político-social já alcançado** (direitos dos trabalhadores, medidas sociais, garantias de qualidade de vida).

Não é sem razão, portanto, que vêm sendo empreendidos diversos movimentos que visam a concretizar tópica e pluralmente – diante da comunidade aberta de intérpretes – a Constituição (HÄBERLE, 1997), uma vez que essa deve admitir sua interpretação como um processo aberto a todos os cidadãos, que são seus legítimos intérpretes democráticos, mais do que apenas destinatários de seus comandos. Sociabilidade democrática e Constituição sairiam, desse modo, fortalecidas por tal abertura.

Assim, admitir que toda a sociedade – em suas demandas judiciais, em seus pleitos administrativos e em suas proposições legiferantes – apresente sua legítima e plural interpretação do texto constitucional é reconhecer que a prática cotidiana do Direito não se resume a um círculo de aplicadores "oficiais" (que, de dentro do Estado, detêm competência legal para, formal e especializadamente, interpretarem a Constituição). O que Häberle quer, com isso dizer, é que não há (nem deve haver) rol taxativo de intérpretes constitucionais, mas uma apreensão absolutamente aberta da norma constitucional a quantos possa interessar tal interpretação. O sustentáculo da teoria de Häberle (1997) é, pois, o pluralismo democrático que processa tal abertura às diversas interpretações possíveis dos cidadãos que integram a comunidade regida pela Constituição.

Mas como bem avisa Bonavides (2003, p. 516-517), "o bom êxito da moderna metodologia [da comunidade aberta de intérpretes da Constituição] ficará [...] a depender de um não-afrouxamento da normatividade pelos órgãos constitucionais judicantes", vez que "o emprego desse instrumental, com a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, cuja ineficácia se patenteasse à vista de todos, poderia ocasionar efeitos desestabilizadores e negativos".

política, apenas franqueada aos entes da federação, cuja emancipação pressupõe mobilização popular e atendimento a determinados limites constitucionais.

Entre os diversos métodos da nova Hermenêutica constitucional, pode ser retomada a perspectiva da "interpretação conforme a Constituição" para não se admitir o que Bonavides (2003) chamou de "afrouxamento da normatividade" diante da pluralidade de intérpretes de que trata Häberle (1997).

O que não se pode olvidar é que

> a Constituição é de si mesma, à míngua talvez de uma teoria da Constituição, um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, os métodos e os sentimentos da época. (BONAVIDES, 2003, p. 503)

Mas para que não se afrouxe a normatividade diante desse navio instável (porquanto plural) a que se referiu Bonavides (2003, p. 503), impõe-se seja recuperada – como se disse antes – a referência dos princípios, especialmente dos direitos fundamentais. Desse modo, falar de interpretação conforme a Constituição implica, em alguma medida, recuperar "a atribuição especialíssima de instrumento [que o texto constitucional é] de tutela da liberdade e garantia dos direitos humanos."

Nesse diapasão, faz-se necessário esclarecer, ainda segundo a lição do autor supracitado, que "a conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional." (BONAVIDES, 2003, p. 522)

A pergunta que sobreleva neste ponto do trabalho é: como interpretar a lei e as demais possibilidades de ação estatal conforme a Constituição diante de conflitos de princípios, já que não se trata de definir sua validade ou invalidade,[309] mas apenas sua aplicabilidade ou não (e sob quais graus de aplicabilidade) diante do caso concreto.

[309]Observa-se que é relativamente mais fácil solucionar conflitos havidos na aplicação de regras, porque, diferentemente dos princípios, as regras são aplicáveis ou não, conforme sejam consideradas válidas ou inválidas diante da outra regra concorrente no caso concreto (hipótese em que importa saber qual a regra mais recente, mais específica ou superior).

Se, como já dito, princípios são o "pedestal normativo" dos sistemas constitucionais contemporâneos e se os direitos fundamentais "hoje são a alma das Constituições" (BONAVIDES, 2003, p. 590), é no postulado da ponderação defendido por Alexy (1997, 1998) que a busca pela consecução normativa dos direitos fundamentais alcança proteção no seu mais alto nível de concretude, especialmente no que se refere aos direitos sociais que não suportam a apenas a sistemática do tudo ou nada, diante da realidade progressiva de sua tutela.

Segundo Alexy (1988), a ponderação – no seio da teoria dos princípios – é capaz de "impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva". Isso seria obtido por meio da fórmula de ponderação (tal como a defende Alexy) – calcada na noção de proporcionalidade em sentido estrito[310] – que busca saber qual a intensidade da intervenção em um dado direito fundamental, qual a importância dos fundamentos justificadores da intervenção e qual a proporção adequada entre intervenção justificável e o máximo de proteção ao direito afetado. Ainda na esteira da doutrina de Alexy, tem-se que a colisão de direitos fundamentais é colisão de princípios, os quais operam como mandados de otimização e não apenas como normas programáticas.

Canotilho (1994, p. 483) defende que "a dependência da realização dos direitos a prestações da *interpositio* do legislador e da *reserva do possível*, politicamente apreciada, não implica a redução destes direitos a *direitos sob reserva de medida legal*." Não são os direitos fundamentais simples normas programáticas, pois, nas palavras do citado constitucionalista português, "o legislador inactivo, violador de direitos a prestações, suporta uma censura jurídico-constitucional".

A esse respeito avisa-se, logo de início, que os direitos fundamentais são concebidos, neste estudo, como princípios e não apenas como regras, porque isso traria a hipótese de sua inexecução especialmente no campo dos direitos sociais que demandam ação positiva do Estado, essa, por seu turno, vinculada à definição do legislador diante das disponibilidades orçamentárias. Se se observasse os direitos fundamentais apenas como regras, os direitos prestacionais efetivamente seriam reduzidos à condição de "direitos sob reserva de medida legal", como Canotilho alertara há pouco ser indevido.

Ainda segundo Canotilho (1994, p. 483, grifo do autor), "a problemática dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos a prestações, vem introduzir uma importante viragem nas relações materiais entre a lei e a constituição: *a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais*."

[310]Para além das noções de proporcionalidade como adequação entre meios e fins e como necessidade do meio, esse último também conhecido como vedação de excesso ou princípio da escolha mais suave.

Mas como garantir a consecução progressiva dos direitos sociais? Ao desafio de controlar as ações e omissões estatais que negam eficácia e efetividade aos direitos sociais deve ser apresentado o princípio da proporcionalidade.

Barroso (2004, p. 03, 06) lembra que conceitos como a cláusula do devido processo legal substantivo e do princípio da proporcionalidade (por ele chamado indistintamente de "razoabilidade") "correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos". Assim é que "o controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais."

A inserção do princípio da proporcionalidade no constitucionalismo brasileiro, contudo, precisa ser aprofundada, pois, como bem assevera Barroso (2004, p. 06), por aqui, "o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada." Ainda resiste-se ao "controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade."

Barroso (2004, p. 08) leciona que tal resistência passou por diversas idas e vindas, especialmente durante a Assembléia Constituinte de 1986. Senão veja-se que:

> Durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Ali se lia, no caput do art. 44:
>
> *'A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e,* ***como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade'****.*
>
> A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção expressa ao princípio da razoabilidade. É certo, todavia, que se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5, a cláusula do *due process of law*, com a dicção seguinte:
>
> *'Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'.*
>
> Diante disto, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de

> direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula. (grifo do autor).

Independentemente do fundamento de sua admissibilidade no ordenamento constitucional brasileiro, certo é que a proporcionalidade (ou, como se queira, razoabilidade), como expressamente o enuncia Bonavides (2003, p. 425), é "o instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei."

Para Bonavides (2003, p. 434), "não deve a proporcionalidade permanecer encoberta" no ordenamento constitucional brasileiro, pois trata-se de "princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas no formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência".

Neste ponto de análise, interessante é promover o diálogo entre a proporcionalidade e dois outros princípios que, igualmente, sustentam a defesa dos direitos fundamentais, a saber, a vedação de retrocesso social e a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

A idéia de vedação de retrocesso social[311] inscreve-se como garantia de que os direitos sociais, econômicos e culturais – uma vez tenham sido assegurados constitucionalmente – não podem ser simplesmente suprimidos ou constrangidos pelo legislador (CANOTILHO, 1994, p. 483).

Nem se diga que, no Brasil, os direitos sociais não se incluem entre os direitos e garantias individuais, o quais foram definidos como cláusula pétrea pelo art. 60, §4º, IV da Constituição de 1988. Isso porque, segundo Medeiros Neto (2004, p. 81-82, grifo do autor),

> Afasta-se, de logo, qualquer posição baseada apenas na interpretação literal daquele preceito [do art. 60, §4º, IV da CR/1988], evidenciando-se, inclusive, uma certa imprecisão terminológica com que se houve o legislador constituinte ao valer-se da expressão **direitos e garantias individuais**,

[311]Nas palavras de Canotilho, "o número essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado" (CANOTILHO, 1998, p. 449).

> pois que não se encontrando reproduzida (esta expressão) em nenhum outro dispositivo da Carta Magna, 'mesmo com base em uma interpretação literal não se poderia confundir estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do artigo 5º de nossa Lei Fundamental'.
>
> Além disso, no elenco dos direitos e garantias que compõem os incisos do artigo 5º da Carta Magna (Capítulo I do Título II) há também, ao lado dos direitos individuais, direitos e garantias de expressão coletiva (e social), a exemplo da proteção ao consumidor (inciso XXXII) e do mandado de segurança coletivo (inciso LXX), os quais, adotada uma visão puramente gramatical, não estariam imunes à ação reformadora constitucional, ainda que insertos no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Diga-se o mesmo quanto aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos, uma vez que não estão previstos no referido preceito (art. 5º), mas sim nos artigos 12 a 17, sendo inadmissível a postura interpretativa de que estes direitos estariam assim também excluídos do elenco das cláusulas pétreas, em que pese a sua inolvidável essencialidade na estrutura constitucional.
>
> Dessa forma, tem-se como certo que os '*direitos e garantias*' protegidos da iniciativa do poder reformador derivado não poderiam ser apenas aqueles de natureza meramente individual previstos no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, exegese essa que se faz consonante com a dicção do mencionado § 2º do artigo 5º.

Medeiros Neto (2004, p. 82, grifo do autor), a esse respeito, acentua que "a ausência de enunciação expressa dos Direitos Sociais fundamentais no elenco das cláusulas pétreas não conduz à [sua] exclusão [...] do rol das limitações materiais, porquanto o princípio do Estado Social e, dessa maneira, os Direitos Sociais e os princípios fundamentais, como elementos essenciais da Constituição, alçam-se como verdadeiros *limites materiais implícitos* ao poder de reforma."

Valendo-se do princípio da unidade da Constituição, o autor supracitado refuta mais uma vez a tese de que os direitos sociais não se encontram amparados pela proteção da imutabilidade a que faz menção o art. 60, §4º da CR/1988, na medida em que,

> A partir da **interpretação sistemática e teleológica** do texto constitucional, e guiando-se também pelos **princípios da unidade** (a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições, antinomias e antagonismos entre as normas, por meio dos critérios da ponderação de valores e da integração) **e da concordância prática** (as normas constitucionais devem ser harmônicas, não se admitindo entre elas a existência de um conflito real) – alçados à condição de princípios específicos da hermenêutica das normas constitucionais –, é de se aduzir que os Direitos Sociais, incluídos os direitos dos trabalhadores, igualmente aos Direitos Individuais e

> demais conteúdos essenciais da Constituição Federal estão sujeitos à mesma proteção contra reformas constitucionais, na condição de limites materiais (implícitos ou não).
>
> Assim[...], afirma-se que uma interpretação reducionista no campo dos limites materiais (especialmente dos expressos) da Carta Magna 'não parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais (inclusive os Direitos Sociais) inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional. E, constituindo os Direitos Sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das *cláusulas pétreas'*.
>
> Enfim, o menoscabo aos Direitos Sociais, no sentido da sua supressão ou redução ao sabor do poder de reforma, pela via de emenda constitucional, representaria ofensa direta ao princípio vetor da Constituição, qual seja o princípio da dignidade humana, implicando em se desfigurar a própria identidade da Norma Maior, já que aquela geração de direitos integra o seu núcleo essencial e dele é indissociável, estando resguardado, pois, pelo selo da intangibilidade. (MEDEIROS NETO, 2004, p. 83-84, grifo do autor)

Se, ainda de acordo com Medeiros Neto (2004, p. 85), observar-se o problema pelo ângulo dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, perceber-se-á que a vedação de retrocesso social foi inserida no ordenamento pátrio por meio do "Protocolo de San Salvador, formulado no ano de 1988 como instrumento adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969" (Pacto de San José da Costa Rica). Em razão disso, é que "se recepcionou, expressamente, o **princípio da proibição do retrocesso social** ou da **aplicação progressiva dos direitos sociais.**" Assim, para o autor em pauta, "a tentativa de supressão ou alteração prejudicial do alcance dos direitos sociais, depois de se obter a sua conquista por meio de mecanismos legais e político-sociais, é vedada pela norma internacional integrada ao Direito Pátrio."

Medeiros Neto conclui sua defesa em torno da condição de "cláusulas pétreas" que os direitos sociais carregam consigo, razão pela qual não poderiam "ser atingidos pelo poder reformador derivado, no sentido da sua alteração prejudicial ou extinção", com base nos seguintes fundamentos:

> (a) a instituição do Estado brasileiro como um Estado Social;
>
> (b) a inserção, na Carta Magna, do Título II, versando especificamente sobre os '*Direitos e Garantias Fundamentais'*, incluídos neste rol os Direitos Sociais, com a consagração da fundamentalidade dessa dimensão de direitos e, assim, da certeza de integrarem o núcleo de elementos essenciais que dão identidade à própria Constituição;

(c) a primazia da dignidade humana como princípio fundamental e base da ordenação constitucional brasileira, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico, e a integração dos Direitos Sociais em sua essência, ao lado dos Direitos clássicos de Liberdade;

(d) a norma encartada no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo uma enumeração meramente exemplificativa dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, sem excluir outros decorrentes do regime, dos princípios adotados e dos tratados internacionais;

(e) o equívoco de uma visão estritamente literal da disposição do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna, e a necessidade de se lhe imprimir uma interpretação adequada e coerente com os critérios sistemático e teleológico, à luz dos princípios da unidade e da concordância prática, que são específicos da hermenêutica das normas constitucionais;

(f) a posição doutrinária majoritária quanto à aceitação de limites materiais implícitos à reforma constitucional, com o assentimento de neles estarem incluídos os Direitos Sociais como decorrência do princípio do Estado Social;

(g) a circunstância de que todos os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição da República são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva ou social;

(h) a normativa internacional adotada pelo Brasil, com a sua incorporação ao Direito Pátrio, passando a integrar o sistema jurídico nacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; Protocolo de São Salvador, de 1988; Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993);

(i) a concepção contemporânea dos direitos humanos introduzida por tais documentos e normas, estabelecendo a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos Direitos Humanos (em todas as suas dimensões) – não se concebendo a sua compartimentalização, separação ou hierarquização –, como expressão da essencialidade da dignidade da pessoa humana em todas as suas projeções, nos campos individual e social; e

(j) a adoção expressa, no plano normativo das garantias dos Direitos Humanos, da cláusula de proibição de retrocesso social, estabelecendo preceito restritivo da iniciativa de desconstituição ou aviltamento dos Direitos Sociais. (MEDEIROS NETO, 2004, p. 86-87)

Contudo, com Sarlet (2001, p. 02) "é preciso ressaltar que [...] uma proibição absoluta de retrocesso social tem sido excluída de plano, mormente em face da dinâmica do processo social e da indispensável flexibilidade das

normas vigentes, de modo especial, com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica."

Para o autor em questão, a vedação de retrocesso deve ser processada diante do princípio da proporcionalidade[312]. Assim, paradigmática é "a utilização do princípio da proporcionalidade como critério aferidor da legitimidade de uma restrição na esfera de uma proibição de retrocesso social", porquanto seja elucidativa do fato de que tal princípio "não se limita a servir de parâmetro para o exame da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, incluídos neste rol os assim denominados direitos sociais". Como já explicitado em outras passagens deste estudo e como bem lembra Sarlet, "também a ação erosiva do legislador que tenha por objetivo a implementação de ajustes e cortes no âmbito do sistema infraconstitucional de prestações sociais deve levar em conta as exigências do princípio da proporcionalidade, isto é, ser ao mesmo tempo necessária, adequada e razoável, pena de ofensa aos próprios direitos fundamentais sociais e ao princípio do Estado social de Direito." (SARLET, 2001, p. 18-19)

Sarlet não hesita – ao tecer suas linhas conclusivas sobre o princípio da vedação de retrocesso social (princípio que ele alerta não ser absoluto) – em afirmar que esse princípio "constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado social de Direito ou, caso preferirmos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia de toda a ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima." (SARLET, 2001, p. 20)

Precisamente diante da necessária articulação entre dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e vedação de retrocesso é que o autor sob comento leciona: "também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social a preservação de um mínimo indispensável para uma existência digna,

[312]Para o autor sob comento, "uma restrição será constitucionalmente legítima [...] quando a limitação, adequação ou reformulação das posições jurídicas prestacionais se revela como indispensável para a proteção da capacidade funcional e prestacional do sistema de seguridade social. Além disso, deverão ser observados os pressupostos específicos do princípio da proibição de excesso ('übermassverbot'), notadamente, que a medida restritiva seja necessária e adequada ao fim almejado pelo legislador, não podendo, para além disso, ser excessivamente onerosa ('belastend') e inexigível ('unzumutbar'). Assim, constata-se a indispensabilidade de uma ponderação que leve em conta a relação de equilíbrio entre a intensidade da restrição para o titular do direito e os valores utilizados para legitimar a restrição.
Ainda no que diz com a legitimidade de eventuais medidas restritivas, há que considerar que a aferição da proporcionalidade da restrição poderá ser realizada apenas à luz do caso concreto, já que a resposta depende da comparação entre o interesse público na restrição e o interesse individual do titular do direito na sua preservação, não podendo, portanto, ser preestabelecida de forma genérica e abstrata. Por outro lado, a restrição dependerá de especial justificação constitucional quando o legislador invadir o núcleo essencial da equivalência pessoal, já que neste caso não basta a existência de qualquer fim coletivo. A restrição deverá servir, portanto, à proteção de outros direitos fundamentais, ser indispensável à preservação de bens jurídicos superiores ou mesmo atuar como mecanismo de defesa contra graves ameaças, devidamente comprovadas ou pelo menos altamente prováveis." (SARLET, 2001, p. 10-11).

no sentido de que as restrições no âmbito das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém deste limite, pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana." (SARLET, 2001, p. 14)

Interessante, nesse ínterim, é a constatação empreendida por Sarlet de que "a assistência social prestada para uma garantia das condições mínimas existenciais não se limita ao mínimo no sentido econômico, alcançando também um mínimo na acepção sócio-cultural, ainda que a determinação do valor da prestação assecuratória deste mínimo existencial não tenha sido consensualmente obtida" (SARLET, 2001, p. 15). Não basta, pois, a segurança alimentar, como também é preciso que se garanta ensino, condições de acesso a bens culturais, de empregabilidade, entre outras pretensões emancipatórias da pessoa humana.

Todo esse cenário de (1) interpretação conforme a Constituição, (2) vedação de retrocesso social e (3) admissão de restrições a direitos fundamentais na exata medida de sua adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso (elementos da proporcionalidade *lato sensu* que apenas são inferíveis diante do caso concreto) restaria incompleto se não se tratasse aqui do princípio que busca, em coerência com esses outros, assegurar a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais. Ora, falar de direitos fundamentais no Brasil é falar da sua especial tutela no texto constitucional vigente, mormente se se observar o disposto no art. 5º, §1º da Carta Magna que assegura "aplicabilidade imediata" a esses direitos.

Na profícua lição de Sarlet, a "fundamentalidade" dos direitos fundamentais pode ser percebida de duas formas, a saber, material e formalmente. Em se tratando de "fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional". Já a fundamentalidade formal, por seu turno, é expressa no direito positivo e, segundo Sarlet (2002, p. 03), pode ser desdobrada em três outros elementos na Constituição de 1988, a seguir arrolados:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais [...] situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia;
b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas 'cláusulas pétreas') da reforma constitucional;
c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

A propósito, é exatamente o disposto no art. 5º, § 1º da CR/1988 sobre a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que embasa a conclusão de Sarlet sobre ser essa "uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada". Tal dispositivo elucida consistente e fortemente que "as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e multicitada frase de Herbert Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais." (SARLET, 2002, p. 08-09)

Não é sem razão, portanto, que o autor sob análise sustenta que

> **a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio**, de tal sorte que se constitui em uma espécie de **mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível**. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial **no que diz com os direitos fundamentais sociais**, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, **tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador**. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica [...] desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização. (SARLET, 2002, p. 09, grifo nosso)

A demanda pela "maior eficácia e efetividade possível" dos direitos fundamentais – especialmente daqueles que demandam ação positiva do Estado, dentro das limitações orçamentárias e da definição parlamentar do que deva ser programa de trabalho dos diversos entes da federação – efetivamente deve ser realizada segundo uma nova hermenêutica constitucional que revisite as bases de fundamentação da Constituição em favor da dignidade da pessoa

humana. Para tanto, impõe-se o esforço de questionar a clássica posição da Constituição de mera asseguradora de competências estatais e da separação de poderes para imprimir-lhe o que Clève (2003) chama de dogmática constitucional emancipatória.

Sarlet, nesse sentido, bem elucida que "cumpre resgatar e reafirmar a 'irrenunciável dimensão utópica' dos direitos fundamentais [...], sinalando que [...] [eles contêm], a despeito da sua faceta jurídico-normativa, um projeto emancipatório real e concreto." Assim, "a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade." (SARLET, 2002, p. 16-17)

Voltando ao objeto central deste livro, afirma-se que é preciso ampliar o controle sobre as ações estatais que visam tanto a garantir eficácia aos direitos fundamentais, quanto a lhes conferir efetividade por meio de "programas emancipatórios". Tal expansão do controle deve ultrapassar a clássica argüição de que somente o Legislativo e o Executivo definem discricionariamente os programas de trabalho do Estado que terão dotações orçamentárias suficientes e adequadas para a consecução de seus projetos e atividades.

Cabe ao Judiciário e às demais instâncias regulares de controle – notadamente, ao Tribunal de Contas, quando avaliar a destinação de receitas vinculadas e ao Ministério Público, que pode valer-se de sua competência para ajustar condutas e abrir inquéritos civis públicos em nome de interesses coletivos e difusos (na forma do que, respectivamente, dispõem o art. 5º, §6º e o art. 8º, §1º da Lei n.º 7.347/1985) – questionar os limites impostos pela "cláusula da reserva do possível". É necessário que se questione[313] qual é a "reserva do

[313] A esse respeito, esclarecedora foi a posição do Ministro Celso de Mello do STF, na decisão que se segue parcialmente citada: "**os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.** Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que o**s elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.** Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que **não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à**

possível" em dados orçamentários, na medida em que, por vezes, é a própria ação estatal que promove, de forma obscura e desarrazoada, o avanço dos encargos da dívida pública e, assim, limita os recursos constitucionalmente disponíveis para a consecução de políticas públicas que deveriam assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos de saúde, educação, previdência e assistência sociais.

Espera-se que tal posicionamento defendido pelo Ministro Celso de Mello do STF, no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF inaugure novo limiar de interpretação constitucional sobre a omissão do Estado na execução de direitos sociais. Assim como todos os intérpretes poderiam questionar – na comunidade aberta defendida por Häberle (1997) – quais seriam os contornos reais do que seja orçamentariamente possível, o Ministro Celso de Mello buscou densificar o significado do que seria a "reserva do possível" para lhe apresentar uma interpretação constitucionalmente adequada.

Trata-se de relevante precedente e embora seja esse um caminho lento e excessivamente politizado, é preciso juridicizar – como incipientemente vem se fazendo – o debate sobre os limites da discricionária atividade orçamentário-financeira dos diversos níveis da federação. Em especial, no caso da União, é preciso questionar a conformidade constitucional das ações que, já tendo expandido ilimitadamente desde 1994 a dívida pública, não são confrontadas – no mérito de sua adequação, necessidade e proporcionalidade estrita – com o respeito aos direitos fundamentais. Disso tratarão os próximos dois tópicos deste Capítulo.

## 5.2 Democratização e republicanização[314] do financiamento da dívida pública

O financiamento das atividades estatais, para além da fronteira tributária, pode ser feito pela via do endividamento público,[315] sem que, com isso,

**própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado**." (ADPF 45/DF. Rel. Ministro Celso de Mello. *DJ*, p. 0001204/05/2004, grifo nosso).

[314]Trata-se de título tomado de empréstimo ao artigo de Francisco de Oliveira (2003), "Democratização e Republicanização do Estado" (<http://www.fpa.org.br/td/td54/td54_ensaio1.htm>. Acesso em: 03 dez. 2003).

[315]Baleeiro esclarece que "como processo financeiro, o crédito público [decorrente dos empréstimos] consiste em uma série de métodos pelos quais o Estado obtém dinheiro sob obrigação jurídica de pagar juro por todo o tempodurante o qual retenha os capitais, que se entendem passíveis de restituição em prazo certo, ou indefinido, a critério do devedor. Este, em contraste com os particulares, serve-se normalmente de prazos longuíssimos e consegue ainda a confiança dos credores para empréstimos sem prazo, isto é,

sejam preteridas, por exemplo, as salvaguardas constitucionais de que tal endividamento só pode ser assumido mediante autorização legislativa (direta ou indiretamente na lei orçamentária) e que o pagamento dos títulos da dívida não poderá ser executado judicialmente nos mesmos moldes de uma dívida privada.

Baleeiro (1998, p. 475), a esse respeito, leciona que "a faculdade de contrair dívidas, como meio de realização dos fins do Estado, integra-se no caráter geral do processo econômico de repartição do custo do funcionamento do governo e, ao mesmo tempo, de redistribuição da renda nacional, um e outro peculiares a toda a atividade financeira."

Certo é que, segundo o citado autor, "governos usam da faculdade de tomar dinheiro por empréstimo, quer recorrendo aos meios de que se socorrem, para esse fim, os particulares, quer por outros métodos específicos e compatíveis somente com o exercício dos poderes estatais ou com certas peculiaridades da Fazenda Pública." (1998, p. 459)

Pois bem, é exatamente no debate sobre ser pública ou privada a natureza dos contratos de empréstimo público que se instala larga controvérsia que interessa ao núcleo deste tópico.

Reconhecendo ser essa controvérsia pauta do esforço de diversos juristas desde o século XIX, Baleeiro (1998, p. 487-488) retoma, em síntese, cinco grupos de teorias explicativas do "caráter dos empréstimos quando o Estado neles figura como contraente", a saber:

a) O empréstimo ao Estado é um contrato mútuo de dinheiro da mesma natureza dos contratos semelhantes que os particulares celebram entre si. Em conseqüência, obedece às mesmas regras do Direito Civil para os contratos de mútuo, que não podem ser modificadas unilateralmente por qualquer das partes. Assim pensam, dentre outros, escritores italianos como Cameo, Meucci, Romano, Graziani e Bompani.

b) O empréstimo público é contrato sob condição simplesmente potestativa subentendida pelo devedor: este poderá suspender as obrigações assumidas se circunstâncias excepcionais, a seu critério, o impossibilitarem de cumpri-las.

---

perpétuos, caso em que a devolução da quantia mutuada fica entregue indefinidamente ao discricionarismo do governo, pagando ele, entretanto, com pontualidade, juros aos mutuários.
Desde que o Estado não morre, não incorre em falência e goza da perenidade do grupo humano ao qual serve de personalidade jurídica e política, consegue dinheiro em condições excepcionais e geralmente inacessíveis às empresas privadas. Além disso, por ato de autoridade, sob várias formas diretas ou indiretas, esse devedor *sui generis* pode compelir ao empréstimo as pessoas opulentas que se acham sob sua jurisdição, caso em que o crédito público acaba por degenerar-se em uma forma híbrida de tributação, ou imposto-empréstimo.
Mas, em sua forma pura e original, o crédito público assenta em negócios jurídicos do tipo do contrato, quaisquer que sejam as peculiaridades desse ato quando dele participa contraente privilegiado e poderoso, como é o Estado." (1998, p. 459-460).

c) O empréstimo público, na opinião de Von Haeckel, Von Bar e outros estadistas alemães, é ato de soberania, de sorte que, contraído, por efeito de uma lei, pode ser modificado unilateralmente por outra lei. Em Portugal, essa teoria encontrou apoio em Marnoco e Sousa que, além de financista, foi provecto jurista. O Estado é senhor de cumprir ou não cumprir a obrigação assumida.

d) O empréstimo público é contrato de direito público, inconfundível com os contratos de direito privado. Defendem essa opinião Politis, Piot, Moulin, Pugliese, Ingrosso, Duverger e outros.

   Nesta última, parece enquadrar-se Jèze, embora haja quem o coloque na primeira. Ele inclui o empréstimo público entre os contratos administrativos do tipo dos que geram crédito de uma soma de dinheiro em proveito do Estado, ao lado da venda de imóveis ou móveis da Fazenda Pública, concessão de serviços públicos com percepção de receitas para o Erário etc. O Estado é obrigado a cumpri-lo sem que possa invocar "a noção misteriosa da soberania". A inexistência de meios de execução em virtude da impenhorabilidade dos bens públicos em nada modifica o direito do credor, pois "as imperfeições das sanções da obrigação do Estado mutuário não elidem o caráter jurídico dessa obrigação".

e) O empréstimo público é uma situação jurídica de caráter legal ou legislativo: as conseqüências práticas são as mesmas do ato de soberania. O Estado, por outra lei, pode deixar de cumprir o que pactuou. "Esta argumentação é um puro absurdo", comentou Jèze.

   A caracterização jurídica do empréstimo público exige a prévia discriminação dos vários tipos de operações de crédito estatal, pois há profundas diferenças entre o empréstimo voluntário e o forçado, ou entre uma dívida assumida para com um indivíduo e os negócios típicos do Tesouro, à base de subscrição aos prestamistas.

Se é certo que as nuanças publicísticas sobrelevam a conformação de tais contratos de empréstimo público ao ponto de autorizar Gordillo (1998, p. IV-2) a qualificá-los como verdadeiros contratos de direito público; contudo, o cenário de crise fiscal dos países em desenvolvimento tem pragmaticamente feito com que, dada a desconfiança em relação ao risco de moratória, prevaleça a vontade do credor. Isso faz com que se renovem e acirrem as tentativas de observar tal figura como um instituto eminentemente privado, tal como propugnam as autoridades monetárias brasileiras (GENRO, 2004).

A preocupação com a "fuga para o direito privado"[316] funda-se, pois, na tendência de que os particulares que compram os títulos da dívida pública (seus credores) impossibilitem ou constranjam a capacidade de processamento dos

[316]Pertinente expressão de Maria João Estorninho, em sua tese de doutoramento de mesmo nome, para situar o questionamento sobre a existência de figuras ontologicamente publicísticas.

mais diversos interesses sociais envolvidos com a assunção de endividamento pelo Estado.[317] Dito de outra forma, o problema de se perceber como puramente privados os contratos de empréstimo público é que a fixação das balizas, das metas e dos termos contratuais escaparia ao crivo do embate com os demais interessados neste processo. Mas dessa justa preocupação democratizante decorre a existência de uma figura ontológica de assunção de dívida típica do Estado?

A contratualização no seio do Estado é, por si, só, um espaço para o exercício das tensões sociais e para a administração democrática das mesmas. Não menos intensa é essa condição para os contratos de assunção de endividamento público, seja porque o Estado precisa cobrir seus resultados primário e nominal, quando suas receitas não são suficientes para cobrir suas despesas, respectivamente, excluído e incluído o serviço da própria dívida, seja porque, por outro lado, o Estado precisa controlar o equilíbrio cambial nos casos de manutenção da moeda desvalorizada diante de outras moedas estrangeiras para favorecer as exportações. Noutro caso ainda, o Estado endivida-se ao captar recursos junto ao mercado, porque precisa controlar o equilíbrio monetário para deter o avanço da inflação, com o excesso de moeda em circulação e em face da relativa menor disponibilidade de bens ofertados na economia.

De todo modo, em todos esses casos, o interesse na assunção de novas dívidas, com a emissão de títulos públicos, está profundamente marcado por uma apreensão das necessidades soberanas de um país em relação à gestão das suas contas, das exportações e da sua moeda.

Com essa inquietação, é que se busca clamar pela renovação discursiva do caráter público dos contratos de empréstimo público, mesmo porque a dívida pública é direta ou indiretamente financiada pela limitação de despesas em políticas públicas (demandas) que não são atendidas ou pela majoração da carga tributária.

A publicização pela vinculação aos limites demandados pela CR/1988

[317]Em linhas gerais, só se admite a assunção de dívida (realização de operações de crédito) pelo Estado para a promoção de investimentos ou inversões financeiras. É esse o comando do art. 167, III da Constituição de 1988. Como bem lembra Baleeiro (1998, p. 476-477), "partindo do princípio de que os empréstimos repartem com as gerações futuras despesas públicas de hoje", deve ser condenada "a política financeira de emprego do crédito para o custeio dos gastos ordinários, cuja utilidade se esgota no presente, sem maior proveito para os pósteros." Assim é que, para o citado autor (1998: 477), "a dívida pública havia de ser reservada aos investimentos duráveis, que concretizam capital fixo e útil a ser legado aos vindouros. Estradas de ferro ou de rodagem, canais, portos equipados, fortificações, a utensilagem material dos transportes e comunicações, ou, então, os investimentos reprodutivos, isto é, autoliquidáveis do patrimônio público, constituíam o campo legítimo de aplicação dos empréstimos.
A geração futura ficaria onerada com a amortização, ou com os juros da dívida, mas receberia, como compensação desse ônus, o valor da rede de transportes, das empresas públicas produtivas de receitas originárias, das fortalezas, frotas mercantes de guerra, bens corpóreos etc. O sacrifício da posteridade seria praticamente nulo pelo ativo que se conservaria até a época em que viesse a suportar os ônus financeiros correspondentes."

(arts. 48, XIV e 52, VI) e pela via procedimental discursiva faria com que o Parlamento pudesse estreitar sua capacidade de controle e faria com que as peças orçamentárias tivessem maior aderência ao rol de prioridades governamentais debatidas com a sociedade, na forma de seus representantes. Ora, a dívida pública não se restringe a uma dimensão técnica de exclusiva deliberação do Comitê de Política Monetária do Banco Central e da Secretaria do Tesouro Nacional.

O desafio reside na necessidade de resistir à tendência privatizante que vem inspirando a atuação dos credores da dívida pública (GENRO, 2004). Trata-se de tendência perigosamente unilateral e antidemocrática – tal como denuncia Oliveira (2003) –, vez que os credores deliberam – ainda que de forma não totalmente sistematizada – contra a soberania do país, a partir do uso indiscriminado do índice de "risco país" para pressionar a manutenção dos níveis de juros e de remuneração do capital aplicado em títulos da dívida pública nacional (GENRO, 2004). Para Oliveira (2003, p. 04-05),

> As agências de risco, que medem as diferenças entre as taxas de juros de cada país e a taxa de juros norteamericana, são dispositivos foucaultianos, que num simples mexer para baixo ou para cima, afetam a moeda e a dívida pública de Estados nacionais: quem os dotou desse poder ? Ninguém, pois são organizações privadas. Mas suas avaliações podem ter efeitos devastadores sobre a economia do país que eles julgarem de alto risco. Suas indicações são seguidas cega e caninamente.

Sem instrumentais normativos tomados à seara publicística, toda a administração da dívida pública fica refém de uma descontrolada acumulação primitiva de capital por parte dos credores, os quais mal reconhecem estarem submetidos a um ordenamento constitucional com primazia sobre todas as esferas da vida social e econômica. Bem é de se lembrar, como já visto no capítulo anterior e de acordo com Afonso (2004), Carvalho (2005), Hermann (2002), e Nunes (2005) o fato de haver verdadeira interdição do debate sobre a necessidade de reformular[318] as condições (como o são perfil do indexador,

[318]É preciso reformular a gestão da dívida pública até para que o Estado continue tendo capacidade financeira de execução de políticas públicas prestacionais. Assim, em fevereiro de 2004, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou boletim de acompanhamento e análise das políticas sociais empreendidas pelo governo federal, no qual claramente constava que "a partir dessa forma como vem conduzindo a política econômica [com ênfase no controle da inflação e na contenção dos gastos públicos, associados à manutenção da taxa básica de juros em patamares elevados], o governo Lula conseguiu atender às expectativas da comunidade financeira internacional, de modo que foram afastados, ao menos temporariamente, ataques especulativos contra o real. Nesse sentido, o chamado Risco-Brasil declinou, em pouco mais de um ano, do patamar de 2.400 pontos, que havia atingido no período pré-eleitoral, para algo em torno de 400 pontos, no início de janeiro de 2004. Conseqüentemente, o principal título da dívida brasileira, denominado C-bond, havia atingido 100% de seu valor de face, naquele mesmo momento.

vinculação estreita com a política monetária, prazo de recuperação dos títulos etc) de gestão da dívida pública brasileira.

Pois bem, deve ser democratizado e republicanizado o debate em torno da administração da dívida pública, a partir da expansão de crivos procedimentais discursivos de controle sobre as decisões das autoridades monetárias e da fixação de limites normativos para sua expansão. Até porque torna-se arriscado centralizar decisões com interfaces políticas nas mãos de poucas pessoas, sob o argumento de elas comporem um grupo técnico dotado de uma racionalidade superior, quando e na medida em que tais pessoas não representam os grupos de pressão da sociedade.

Dito de outra forma, há riscos que precisam ser discutidos, porque não é devido que tais agentes públicos – teoricamente de origem meritocrática – (como o são os diretores do Banco Central que compõem o COPOM, que é o órgão que fixa a taxa de juros SELIC) façam-se substituir aos cidadãos em decisões que demandariam, para serem legítimas, a participação direta ou não de todos os interessados. Também há risco na estrita apreensão técnica de decisões políticas, na medida em que, desse grupo técnico, nem sempre é possível demandar transparência nos posicionamentos tomados.

Gordillo (1998, p. iv-1) assevera que tem sido alvo de grandes controvérsias jurídicas a relação econômica em virtude da qual o Estado recebe dinheiro de terceiros, criando-se um vínculo de devedor e credor. Isso ocorre, porque autores como Luis María Drago[319] e Miguel María Díez – de matriz tradicional – consideram a aludida relação "como um poder do Estado ou como uma obrigação unilateral contraída pelo Estado, cuja fonte imediata é a lei e não a vontade das partes contratantes" (GORDILLO, 1998: iv-2).

Gordillo (1998: iv-2), informa que a percepção prevalecente, contudo, é a de que se trata de um contrato de direito público, ao qual se denominaria empréstimo público. O autor argentino confirma que, para este contrato de direito público, são defendidas "várias das prerrogativas clássicas do poder do Estado, entre elas, significativamente, a faculdade do Estado de modificar o regime jurídico do empréstimo com posterioridade à sua emissão" .

---

No entanto, não se pode negligenciar que essa maior credibilidade do governo perante os credores internacionais teve como contrapartidas a estagnação econômica, o aumento do desemprego e a redução da renda média dos trabalhadores, ainda que os últimos meses de 2003 tenham apontado para uma inflexão das duas primeiras tendências.

Diferentemente de como foi conduzida a política econômica, em que o governo demonstrou, desde o início, determinação e unidade entre os seus principais interlocutores, a área social tem evidenciado, além das restrições decorrentes de cortes e contingenciamentos no orçamento, dificuldades para se estabelecer a necessária concertação de ações entre os diversos ministérios afins." (IPEA, 2004, p. 07).

[319]Segundo Gordillo (1998, p. iv-1), "Drago llegó incluso a sostener que el Estado emisor del empréstito puede a su discreción atender o suspender el pago de la deuda, sin que quepa acción judicial alguna a los acreedores, por tratarse de actos de soberanía."

Assim fixada a questão, Gordillo (1998) se preocupa com o que ele chama de "elemento confiança". Isso ocorre porque o credor se programa em relação a esses contratos de empréstimo público conforme a confiança depositada em que o contrato vá ser cumprido. Por isso, Gordillo sustenta que esse elemento, dentro da apreensão publicística do contrato de empréstimo público, talvez "esteja destinado a sofrer um embate frente a princípios tais como a alegada impossibilidade de executar o Estado, questão esta debatida em muitos países; ou a necessidade de cumprir trâmites administrativos, às vezes longos, prévios à iniciação de uma ação contra o Estado; ou a simples complexidade e lentidão do processo administrativo." Obviamente, "só sabendo que o Estado pode cumprir seus compromissos e quer fazê-lo é que as pessoas lhe emprestam dinheiro." (GORDILLO, 1998, p. iv-2)

Para Gordillo (1998, p. iv-3), as características do contrato de empréstimo público – normalmente levantadas pela doutrina e que só fazem aumentar a desconfiança dos credores – seriam que o Estado-devedor pode não estar obrigado a devolver ao credor a quantidade emprestada e que o credor carece de ação judicial para obrigar ao devedor a que cumpra suas obrigações.

O alerta de Gordillo – citando Bielsa – em torno dessa primeira apreensão do problema é bastante contundente: "Pois bem, tudo isso diminui o crédito (do país), pois equivale a torná-lo insolvente, mediante esse privilégio aparente, e com eventuais insolventes, os contratos costumam ser mais onerosos. Ou, como sucede agora, mudam de regime aplicável." (1998, p. iv-4)

Logo, de início, Gordillo (1998) suscita a questão de que, ao se falar de empréstimo público, não se está tratando de empréstimo compulsório, porque é este um exercício do poder de tributar do Estado. A operação creditícia observada por Gordillo na Argentina envolve apenas os empréstimos voluntários. No Brasil, a figura dos empréstimos compulsórios é excepcional e apenas admitida para fazer frente a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, bem como para cobrir o custeio de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, na forma do que dispõe o art. 148 da CR/1988.

Para o autor, em se tratando dos empréstimos voluntários ao Poder Público, "é óbvio que sua colocação no campo do direito público se torna, pois, conflituosa com o elemento confiança do credor, levando em conta as prerrogativas que o direito público interno de cada país outorga ao Estado." (GORDILLO, 1998, p. iv-4)

O problema volta-se, então, para a necessidade de captar recursos e se os credores, em especial os internacionais,[320] não admitem a imposição do

[320]Baleeiro (1998, p. 493) suscita haver um "caráter especial da dívida externa", na medida em que "a

regime de direito público interno do país, muito provavelmente, como sustenta Gordillo, haverá mudança de regime nas futuras operações creditícias, para obter a "confiança" daqueles.

Nesse sentido, vale lembrar que

> Há países que têm cumprido a palavra para com as suas obrigações, chegando inclusive, como no caso da Inglaterra, a garantir o crédito e a percepção dos juros pelos credores, inclusive ainda que haja uma guerra com a nação a qual tais créditos pertencem; também há países que tiveram de garantir especialmente o empréstimo quando eram carentes do elemento confiança da parte dos credores. O crédito externo é assim usualmente mais rigoroso para o devedor que o crédito interno. (Gordillo, 1998: iv- 4-5)

A conclusão de que são os países que aderem aos termos fixados pelos credores internacionais[321] para absorção de operações creditícias e não os países que têm força normativa para os impor decorre da visão crítica de Gordillo frente à situação de crise financeira por que vêm passando os países em desenvolvimento desde o final da década de 1970 até os presentes dias.

Para Gordillo (1998), o contrato de adesão que o país em desenvolvimento propõe aos investidores não encontra sempre aderentes, porque o capital não conhece patriotismo e não se compromete sequer com o seu próprio país.

A capacidade de fixação unilateral de cláusulas pode e normalmente inverte-se, já que é o investidor quem pode ou não outorgar o crédito ao país que lhe requer. Desse modo, é o credor que, às vezes, "fixa as condições jurídicas do crédito, que se constitui também como contrato de adesão, mas não já a favor do Estado devedor, senão a favor do ente ou organismo credor." Gordillo (1998, iv-5) chega a constatar que "esta é a prática corrente que vivem os países em vias de desenvolvimento, muito similar à situação dos governantes empobrecidos de dois séculos atrás, frente a ricos banqueiros, comerciantes ou empresas."

Genro (2004, p. 16) assevera, a esse respeito, que

---

diferença entre o crédito interno e o externo de uma nação está longe de residir apenas na situação geográfica onde se encontram os credores a cujos cofres foram pedir auxílio os governantes embaraçados ou exaltados pela esperança de largos cometimentos em seu território.
Muito ao contrário disso, o empréstimo exterior suscita problemas específicos [como o repatriamento e a colonização de capitais, a cobrança de país soberano por meio apenas da via diplomática, a conversibilidade cambial, empréstimos em espécie e o fluxo da balança comercial com o credor], que o distinguem das operações no interior do país."

[321] Como já dito, há diferenças entre o lançamento de títulos sob a regência do ordenamento nacional – ainda que a esse contrato de empréstimo acorram investidores estrangeiros – e a assunção de dívida junto a órgãos multilaterais internacionais (FMI, BIRD, BID Banco Mundial etc.) ou junto a outros investidores sob a forma de dívida externa. Nesse segundo caso, a obediência às normas fixadas pelo credor é regra, enquanto, no primeiro caso, ainda caberia discussão sobre o caráter de contrato de direito público de tais empréstimos internos.

> O 'roteiro', que enseja a formação da vontade privada unilateral em norma jurídica, passa, em largos traços, mais ou menos pelo seguinte itinerário: as agências de consultoria financeira sinalizam o 'risco país', para os investidores de determinados países; estes países necessitam de recursos, para 'fechar as suas contas' e, caso não consigam fechá-las, o país poderá ficar isolado da comunidade mundial, daí o país 'sinaliza' seu 'respeito' à classificação de 'risco'; para que o país se adapte aos rápidos movimentos determinados pelo mercado financeiro mundial as decisões devem – presumidamente – sair da esfera da política e entrar numa esfera 'técnica' (é o nome que o ultraliberalismo dá à sua política); decisões que, num primeiro momento, são 'reações fácticas' a um desastre iminente, a partir daí lentamente vão se transformando em 'macropolíticas' econômicas; depois até jurisprudência – pelas freqüentes lesões aos direitos sociais e individuais – e, a seguir, transformam-se em direito formal ou então em 'criativas' súmulas de jurisprudência.

Diferentemente do que prevêem as suas legislações orçamentárias e outras normas de direito financeiro, os Estados em desenvolvimento submetem-se à fixação da "vontade privada unilateral" dos credores da dívida pública, sem qualquer capacidade de revisitar as demais variáveis e demandas publicísticas envolvidas com a assunção de novo endividamento estatal.

Reconhece-se abertamente que esta não se trata de uma realidade favorável a países como Brasil e Argentina, mas, como bem suscita Gordillo (1998), não é possível ignorá-la, para que se possa superá-la ou aprimorá-la.

Da aludida prática creditícia que fixa todas as condições contratuais decorre que se "introduzam nos contratos de crédito modalidades operativas que, ainda que não emanadas de normas de direito positivo, emergem, noutro enfoque, de usos e costumes ou exigências dos organismos de crédito, para marcar e enquadrar o crédito dentro do direito internacional público ou privado, de modo tal que aquela exigibilidade efetiva do título do crédito não se veja afetada." (Gordillo, p. iv- 11-12)

De todo modo, é importante observar que a determinação contratual por parte do credor e a submissão do Estado devedor aos termos fixados por aquele decorre do esvaziamento da idéia de soberania nacional. Gordillo (1998) bem lembra que – independentemente do regime do contrato ser publicístico ou privatístico – a finalidade buscada pela parte que outorga o empréstimo, pois, é sempre a mesma, qual seja, garantir a rentabilidade do seu investimento e ter segurança quanto ao retorno do capital.

Ora, são os Estados em vias de desenvolvimento – como o Brasil e a Argentina – que têm necessitado recorrer ao crédito privado (interno e externo) e têm tido que ajustar-se às cláusulas impostas pelo organismo creditício, sob pena de não receber o crédito requerido (Gordillo, 1998). Essas cláusulas

impostas nas tratativas pelo organismo de crédito, por sua vez, têm se colocado no marco normativo nacional por meio de distintas modalidades (títulos que são pós-fixados e que são regidos pela taxa de "risco país" são um exemplo claro disso). Certo é que tais cláusulas, em geral, tendem a proteger a situação jurídica do organismo creditício, e a não outorgar privilégios ao organismo nacional que recebe o empréstimo.

De todo modo, Gordillo (1998, p. iv-13) suscita que "nessa dupla preocupação, de obter o capital [...], mas fazê-lo de modo tal que os interesses do país não sofram prejuízo, está o *quid* econômico-político da questão." Isso ocorre, porque o país não pode se submeter a todas as tratativas dos organismos de crédito – a título de pragmatismo econômico –, ao mesmo tempo em que desconhece os interesses nacionais que estão em jogo.

Genro (2004) questiona exatamente até que ponto é absolutamente técnica a possibilidade, por exemplo, de o Fundo Monetário Internacional fixar metas de inflação e metas de relação DLSP/PIB com um país que precisa se recuperar da retração e do desemprego como é o Brasil. Dito de outra forma, Genro (2004, p.16) pontua que

> A ideologia que sintetiza este movimento é o seguinte: as questões de interesse do capital financeiro não podem sofrer um crivo axiológico da política para se transformarem em cargos revezados pela sociedade; a própria 'técnica' aparentemente não vinculada politicamente é a norma. O acolhimento ou não dos novos institutos jurídicos, parcial ou totalmente, dependem de fatores extrajurídicos ou meramente de natureza processual.

Cada governo deve determinar se necessita ou não, e em qual medida, do crédito privado e negociar tão bem quanto possa ou queira quais são as condições em que emanará os títulos da dívida pública. Gordillo (1998) lembra que a experiência prova que habitualmente se tenta negociar, e que o primeiro ponto que interessa ao investidor é a segurança de seu investimento; segurança que só é considerada como dada quando a lei e a jurisdição do convênio é outra que não a do devedor. Novamente volta a questão da confiança como elemento absolutamente impreciso a determinar quão mais benéfica serão as condições contratuais ao país tomador de empréstimo.

Senão veja-se que, quando há maior confiança, há maior predisposição de investidores em tomar empréstimos sujeitos à legislação e jurisdição local; se há menor confiança, maior será a exigência de que a jurisdição e a lei sejam outras.

Esse esforço de fixação de outra jurisdição dos credores ocorre porque a regra da imunidade soberana, típica do Direito Internacional – segundo a

qual um país não pode ser submetido contra sua vontade aos tribunais de outro país – vem sendo mitigada, quando se estima que o Estado estrangeiro atuou sob um regime de direito privado (GORDILLO, 1998). Ou seja, "o Estado pode contratar neste caráter e ao fazê-lo se coloca na situação de um devedor ordinário. Se ele renuncia à sua prerrogativa soberana ao efetuar o contrato, não a pode reclamar para subtrair-se à execução de suas obrigações".

Na contramão e como balanceamento necessário da tendência de submissão dos países em desenvolvimento ao credor internacional, é interessante constatar que, do ponto de vista de controle sobre o endividamento público, alguns países contemplam a intervenção legislativa não apenas como um ato prévio de autorização do contrato de crédito externo ou empréstimo público – como normalmente ocorre –, senão também como um ato posterior de aprovação do contrato celebrado pelo Poder Executivo.

Vale ressaltar que, sem controle pelas instâncias cabíveis, como o são o Legislativo, o Tribunal de Contas (em relação ao cumprimento do ciclo orçamentário) e, em especial do Senado – no caso das realidades subnacionais no Brasil –, torna-se impossível assegurar os interesses nacionais e a defesa do caráter publicístico da decisão que assume o endividamento público.

Ora, sem ter como resistir ao pragmatismo de que o crédito somente será concedido caso o país aquiesça totalmente com o contrato de adesão fornecido pelos futuros credores da dívida pública, emerge como elemento fundamental a efetiva submissão de todo esse processo ao controle da sua sociedade nacional – ainda que o faça apenas indiretamente em relação os representantes parlamentares.

Por essa razão que Gordillo (1998, p. iv-38) – observando a realidade argentina e também a latino-americana – chega à "conclusão generalizada para América Latina" de ser necessária a "intervenção legislativa, anterior ou posterior segundo cada caso, e na primeira hipótese [de intervenção prévia, ela deve se dar] por via de normas gerais ou de autorizações especiais."

Se não houver a extensão do controle, cada vez mais, a figura do contrato de empréstimo público será observada à luz do interesse do credor, sem qualquer contraposição por parte do Estado-devedor, em relação aos seus interesses soberanos – de fundo publicístico.

Nesse sentido, cumpre retomar o que se vinha discutindo ao longo de todo este estudo, porque a tendência de apreensão privada dos contratos relacionados com o financiamento da dívida pública – seja no Brasil ou em qualquer outro país em desenvolvimento – já é realidade econômica intangível, muito embora o direito financeiro nacional siga propondo derrogações e controles publicísticos.

Assim, o desafio é de democratizar e republicanizar o debate sobre o financiamento da dívida pública, não para desconstruir as garantias privadas de que não haverá moratória, antes disso, o que deve ser empreendido é um esforço de desvendamento das pactuações que são feitas fora da arena pública ou do seu controle. Quiçá seja também necessário revisitar a própria idéia de que o maior financiador do Estado é o cidadão que regularmente lhe verte o pagamento de tributos, para que haja maior responsabilização sobre o custeio da dívida e, em especial, sobre a política de reajuste da dívida na forma da taxa de juros SELIC.

Em se sabendo público somente aquilo que é construído dialogicamente com todos os interessados, não se poderia admitir o caminho de progressiva restrição a que se controle política e normativamente a atuação, por exemplo, do Banco Central do Brasil e do seu Comitê de Política Monetária, até porque o discurso de pretensa "discricionariedade técnica" é antidemocrático como já se discutiu anteriormente.

Há, sim, de se alertar para a expansão das "vontades privadas unilaterais" que vêm mitigando a capacidade de realização do interesse público em vários níveis de atuação da Administração Pública. Nas sendas dos contratos que envolvem o financiamento da dívida pública, tem sido muito evidente "a fuga para o direito privado", sem que sejam mantidas mínimas salvaguardas constitucionais em relação à defesa do interesse público.

Como bem asseverou Genro (2004, p. 16), "a clássica 'força normativa do fáctico', referenciada por Deveali alcançou o seu momento extremo: é a situação na qual o Direito das sociedades democráticas deixa de ser uma mediação do sujeito para ordenar o mundo social e passa a ser quase que uma inscrição do movimento do capital financeiro sobre a face passiva do Estado."

Ora, fora do debate constitucional e com a capacidade privada de determinar que o Estado venha aderir a contratos de empréstimo público, o capital financeiro leva a que o interesse público faticamente emerja como menos relevante que o seu próprio interesse privado. É de se lembrar que não existe autonomia privada fora da defesa da autonomia pública, ainda mais se se considerar que o capital precisa da existência consolidada e forte do Estado para lhe garantir o processamento de seus interesses.

Hoje, por força de argumentos como estabilidade da moeda e contenção da crise fiscal na América Latina e no Brasil, em especial, é como se boa parte da execução orçamentária no seio da Administração Pública se furtasse – até mesmo de forma inconstitucional – à necessária submissão discursiva das decisões ao crivo da participação direta ou indireta de todos os interessados nas mesmas.

Em linhas mais claras, é como se hoje no Brasil se vivesse um tempo em que todos buscam a solução para a crise fiscal e para a baixa efetividade dos direitos sociais, sem que, nessa busca, seja possível ponderar juridicamente sobre algumas das questões que mais causam e/ou afetam os ditos problemas. Por razões alegadas como de ordem técnico-econômica, tais questões acabam restando como se fossem intangíveis ao crivo da discursividade democrática.

Ora, como se falar de mais investimentos em saúde e educação ou em cortes de gastos com o regime próprio de previdência no nível federal de governo sem pôr em pauta os comprometimentos com o financiamento da dívida pública?

O Boletim n.º 8 do IPEA de Políticas Sociais – Análise e Acompanhamento assim descreve o quadro presentemente constatado sobre o conflito distributivo – na seara orçamentário-financeira – entre as políticas públicas prestacionais e a política de estabilização fiscal (superávits primários):

> No Brasil, os direitos sociais e culturais estão em segundo plano, e o Estado não os garante plenamente. As questões sociais, como a violência, a fome, a miséria, o desemprego, a escola e os serviços de saúde de qualidade, cedem lugar às prioridades do ajuste fiscal. [...] Mesmo na presença da melhor das intenções e dos diagnósticos mais precisos, os esforços de reforma apresentam-se como o trabalho de Sísifo diante da ausência de recursos e das prioridades das políticas econômicas. (IPEA, 2004, p. 67)

Constitucionalmente não é razoável que a dívida pública avance de forma ilimitada contra os direitos e garantias fundamentais, sob o fundamento de que a política monetária tem de ser mantida nos moldes atuais, ou seja, sem qualquer questionamento pelos demais Poderes da República. A autonomia do Banco Central e sua discricionariedade técnica são poderes atrelados a deveres inscritos na própria norma que lhe atribuiu competência para executar a política monetária no Brasil.

Assim, os limites de tais poderes-deveres devem ser buscados, de pronto, na conformidade com o texto constitucional e, a seguir, no respeito à perspectiva de que é fiscalmente irresponsável a geração de despesas sem confronto sustentável com correspondentes fontes de custeio.

A indexação da dívida pública a variáveis instáveis como a taxa de juros e o câmbio – por pressão dos mercados financeiros – precisa ser confrontada com os limites publicísticos ao avanço daquela. O manejo monetarista da dívida pública não pode, pois, significar seara indiscutível ou intangível ao debate coletivo, sob o argumento de que seria fomentar o risco de moratória. É preciso "desinterditar" o debate, porque, segundo Carvalho (2005, p. 385), os grandes

detentores da dívida pública impõem[322] seus interesses ao Banco Central e, sem referências normativas de limite para controlar o avanço da dívida pública, ela será usada – à revelia do Parlamento e das instituições democráticas – como "válvula de escape" para absorver os momentos de tensão (e de especulação) do mercado financeiro.

Como já dito antes, Hermann (2002, p.64) aponta que é preciso caminhar – no Brasil – no sentido da adoção de modelo de gestão da dívida pública "que evitasse a indexação, especialmente a variáveis tão sujeitas à instabilidade [e à especulação financeira] como as taxas de juros e câmbio, ainda que isto implicasse um grau de risco maior [o qual é a aferido pelo próprio mercado financeiro], ou mesmo eventuais perdas para os investidores em períodos de grande incerteza quanto aos juros e ao câmbio."

O que não se justifica nem política, nem economicamente, segundo a autora supracitada, é o "uso da dívida pública como instrumento privilegiado (porque sem risco) de *hedge* para as incertezas comuns ao mercado financeiro, como se tem feito no Brasil nos últimos anos." (HERMANN, 2002, p. 64)

A tematização da dívida pública não pode se reduzir à pauta de preocupação dos investidores privados que detêm títulos públicos como forma de garantir altos rendimentos financeiros sem qualquer risco frente às oscilações do mercado, porque não deveria escapar ao regime democrático o poder fático que esses detentores têm de determinar mudanças substanciais na política de manejo da taxa SELIC do Banco Central.

Ainda que os credores da dívida pública consigam reverter a natureza publicística – tal como advertira Gordillo (1998) – dos contratos de empréstimo público, conformando-lhes como verdadeiros contratos privados de adesão que submetem o Estado aos interesses dos investidores, não se pode perder de vista que o orçamento estatal não pode ser vertido única e exclusivamente para as

[322]Senão veja-se que, "em momentos de instabilidade e reversão de expectativas, o governo é fortemente pressionado a recomprar papéis e a substituí-los por títulos com juros mais elevados ou corrigidos pelas taxas de juros de curtíssimo prazo ou pela taxa de câmbio. Nesses situações de tensão, o BCB [Banco Central do Brasil] atua na prática como único oferente de *hedge* contra as incertezas do futuro e trata de acomodar a oferta de títulos às expectativas dos bancos e empresas de maior peso no mercado.

A capacidade dos grandes detentores da dívida de impor seus interesses ao BCB decorre em larga medida do elevado grau de sofisticação e agilidade do mercado financeiro brasileiro. Um dos elementos relevantes nesse sentido é a capacidade de arbitragem dos aplicadores, interessados em aplicações de prazo muito curto. Boa parte da dívida pública tem prazo de vencimento de fato de apenas um dia; são aplicações quase *overnight*, já que os fundos de aplicações financeiras podem sofrer saques de recursos substanciais a qualquer momento. Em casos mais rotineiros, como se verifica freqüentemente, o BCB se vê compelido a intervir por meio da troca de parcelas dos títulos por outros com rentabilidade adequada às expectativas dos aplicadores. Em situações d tensão mais forte, o BCB é levado a recomprar os papéis para dar liquidez às demandas dos cotistas, como no segundo semestre de 1998.

A experiência dos últimos dez anos [1995-2005], por fim, reiterou outro aspecto preocupante: a dívida pública continuou sendo utilizada intensamente como instrumento de acomodação dos efeitos de situações difíceis, como os efeitos potenciais de choques externos sobre as condições financeiras do setor privado, os bancos e as grandes empresas." (CARVALHO, 2005, p. 385).

ações de refinanciamento da dívida e para o pagamento dos seus encargos. A arrecadação tributária não pode ser (progressiva e ilimitadamente) destinada – como desarrazoadamente o propõem os defensores da tese do "déficit nominal zero" – ao custeio do serviço da dívida, pois, assim, restariam sem garantia de financiamento políticas públicas prestacionais que respondem por direitos fundamentais.

Nem se diga que o Banco Central pode impactar a dívida pública – em nome da gestão da política monetária – independentemente do restante das demais ações orçamentárias a encargo da União. Não há autonomia para o Banco Central comportar-se de forma alheia às limitações orçamentárias do governo federal. A esse respeito, Oliveira (2003) pertinentemente critica como anti-democrática e anti-republicana[323] a proposta de independência do Banco

[323]De acordo com Oliveira (2003, p. 07-12), "para completar a arquitetura foucaultiana, recomenda-se avançar no sentido da anulação da política; recomenda-se mais automaticidade nos processos, mais dispositivos, mais sujeição do corpo (da Nação), mais que 'os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são portadores' (Foucault, op.cit.). No Brasil, agora, essa nova prisão chama-se 'autonomia do Banco Central'. Cantada em prosa e verso por todos os articulistas dessa ciência, desse saber que é na verdade um dispositivo de poder. Exigida como condição de modernidade, de completude.

Se fosse permitido reduzir o Estado ao mínimo denominador comum – o que se faz apenas para mostrar a exemplaridade da questão – se poderia dizer que o Estado moderno no capitalismo avançado é a moeda. Que em Marx e Keynes é endógena, isto é, deriva e processa as relações sociais entre agentes privados, no passado era de emissão privada mesmo: o capitalismo avançado derrogou esse anacronismo, exatamente por entender que ela **é** o monopólio legal da violência em estado puro, e portanto não pode ser manejada por nenhum agente privado. Na interpretação de Aglietta e Orléans, a moeda é o vetor das violências privadas, e sua metamorfose em moeda estatal e modernamente em moeda do Banco Central é o mais poderoso universalizador da violência de classe. Polanyi advertiu precisamente que a moeda não é uma mercadoria e que a sociedade havia criado os meios para proteger-se de sua possível mercadorização para evitar os efeitos devastadores dessa deformação. O Banco Central é parte desse programa civilizador do capital, mas sua autonomia ou independência vai na direção contrária à 'grande transformação' assinalada por Polanyi.

Guardião do signo maior da divisão de classe da sociedade e de sua reprodução, o Banco Central é, em todas as sociedades capitalistas, a instituição mais fechada, mais avessa à publicização. Numa palavra, a instituição mais anti-republicana e mais anti-democrática. Nenhuma instituição zomba tanto da democracia e da República quanto o Banco Central. Nenhuma instituição proclama a toda hora que o voto é supérfluo, que o cidadão é uma abstração inútil, com tanta eficácia. Nenhuma instituição é mais destruidora da vontade popular. Conceder-se autonomia ao Banco Central é perder a longa acumulação civilizatória mesmo no capitalismo.

O de que necessitamos numa reforma política, é introduzir, com vigor, formas da democratização e republicanização do Estado, devido ao forte e insubstituível papel que joga no capitalismo avançado. Um dos lugares que está necessitando de novas formas democráticas e republicanas é justamente o Banco Central. Encontrar modos e maneiras de estabelecer o papel da cidadania no controle do Banco Central, é uma das urgências da democratização. Não é uma tarefa simples. O Banco Central, lidando com a moeda, que se movimenta hoje com a velocidade dos sinais eletrônicos entre os vários mercados financeiros e de capital do planeta, tem como eterno álibi a presteza das decisões, com o que se alega que sua administração não se compadece com controles democráticos, cuja velocidade é diversa, não por atavismo, mas para permitir a intervenção da cidadania.

É exatamente aqui um dos quiproquós mais denunciadores da ideologia do capital, introjetada no Banco Central. No modelo de Banco Central subordinado ao Ministério da Fazenda, que é o nosso, os administradores do Banco Central e seus funcionários são servidores do Estado brasileiro, e podem ser responsabilizados em todas as instâncias, a começar pela instância administrativa. No modelo de Banco Central independente, que é o norteamericano, os funcionários do Banco Central não são servidores públicos. [...]

Central para lhe conferir maior margem de discricionariedade na consecução da política monetária.

À luz do que aqui se discutiu, percebe-se o quão pouco discursiva é a gestão da dívida pública e, notadamente, os impactos da política monetária administrada pelo Banco Central (por meio da fixação da taxa de juros SELIC) no avanço da crise fiscal pela qual o Brasil vem passando desde meados da década de 1990.

Ainda que não se possa imprimir regime publicístico diferenciado aos títulos que refinanciam a dívida pública nacional – porque, como lembra Gordillo (1998), prevalece a lógica do credor sobre as demandas do devedor –, é preciso não olvidar as limitações normativas impostas ao administrador público no sentido de que há deveres constitucionais por serem cumpridos, direitos fundamentais a serem assegurados e princípios inafastáveis que regem o seu agir.

Por mais óbvio que pareça aos juristas, é preciso que se diga aos gestores da dívida pública que não é a Constituição que deve ser moldada desarrazoadamente – em seus instrumentos de tributação e de execução de gastos por parte do Estado – para adequar-se aos "imperativos" da política monetária e aos interesses dos credores da dívida pública.

São as atividades infraconstitucionais de estabilização monetária e de gestão da dívida pública que se submetem aos limites normativos postos ao poder de tributar do Estado, aos limites de contingenciamento de despesas regularmente aprovadas na lei orçamentária anual, à inafastabilidade da tutela aos direitos fundamentais, à cláusula intangível do pacto federativo, à noção de gestão fiscal intertemporalmente responsável e às balizas procedimentais-discursivas de controle da execução orçamentária que exigem do administrador público não apenas a apresentação dos motivos de suas decisões, como também

---

De alguma maneira, do ponto de vista liberal, em Estados de Direito Democráticos, o cidadão também está representado no funcionário público. Assim mesmo, é evidente que essa representação é anacrônica. Mas, um passo adiante no sentido da autonomia e da independência do Banco Central é romper, inclusive, com esse débil liame que liga o funcionário do Banco à cidadania. No modelo de independência, o servidor do Banco Central não tem que prestar contas a ninguém, salvo àquele que o tem sob contrato para gestão da moeda. Isto afasta imediatamente a cidadania de exercer seus direitos sobre a gestão do Banco Central. Resta apenas a instância criminal para punir corrupção ou malversação dos fundos públicos geridos pelo Banco Central. [...]

Como democratizar e republicanizar o Banco Central? Em primeiro lugar, não lhe concedendo autonomia nem independência. Em segundo lugar, dentro do estatuto que hoje tem subordinado ao Ministério da Fazenda, melhorando os instrumentos de controle do Parlamento, indo além da mera sabatina que o Senado faz quando da indicação do presidente e diretores. [...] E pergunta-se: por que o Senado, se é a cidadania que é afetada, sobretudo, pela atuação cotidiana do Banco Central? Por que não implicar a Câmara de Deputados também no controle? O Tribunal de Contas da União, que é órgão de controle deve ser aperfeiçoado, em vez de extinto, como é o reclamo da grande imprensa. [...] Em terceiro lugar, criando uma câmara de cidadãos encarregada de emitir pareceres sobre a atuação do Banco Central." (grifo do autor).

o atendimento à finalidade legal no seio de processo que garanta, no mínimo, a participação direta ou indireta dos interessados. Somente assim tais atividades – pretensamente dotadas de "discricionariedade técnica" – legitimam-se, porquanto somente assim estarão elas consonantes com o ordenamento constitucional vigente.

## 5.3 Políticas públicas, direitos fundamentais e vinculações orçamentárias

Chega-se, enfim, à discussão sobre como deve ser processada – em bases constitucionalmente adequadas – a tensão distributiva entre o financiamento da dívida pública (particularmente o pagamento de seus encargos) e a promoção de políticas públicas prestacionais que têm vinculação orçamentária inscrita no texto da CR/1988. Com pertinência, nesse cenário, emerge o princípio da proporcionalidade como instrumento de garantia da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Cumpre questionar, à luz de alguns exemplos[324] paradigmáticos, a recente trajetória empreendida pelo Governo Federal de administração da dívida pública. Os casos que se seguem foram extraídos da dinâmica orçamentária anual, especialmente da aprovação das leis de diretrizes orçamentárias da União.

Foi precisamente na política pública de saúde que severos impasses estabeleceram-se em torno do seu financiamento e do conteúdo semântico da Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000, que fixou patamar mínimo para os três níveis da federação de aplicação de recursos nas ações e serviços públicos de saúde (tal como dispõe o art. 198, §2º da CR/1988).

O primeiro desses impasses residiu na manobra empreendida pelo Presidente da República de vetar dispositivo da LDO de 2004 que afastava do cálculo mínimo dos gastos em saúde despesas relacionadas ao refinanciamento da dívida do Ministério da Saúde e ao pagamento de inativos. Ora, uma vez ausente a limitação da LDO sobre como identificar quais despesas são ou não gastos regulares em saúde, o Governo Federal poderia de forma não transparente e desarrazoada reduzir o montante mínimo de recursos vertidos para a aludida política pública, em claro descumprimento do disposto na EC n.º 29/2000.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2004), em seu Boletim de Acompanhamento e Análise de Políticas Sociais, bem elucidou a controvérsia

[324]Os casos arrolados neste tópico são meramente ilustrativos e, por isso, não se configuram, estatisticamente, como amostragem válida para apontar qualquer conclusão sobre o universo considerado de ações orçamentárias do Poder Executivo da União na consecução das políticas públicas de saúde, educação, assistência e previdência sociais durante o período de 1994 a 2005.

orçamentária[325] empreendida pela União sobre os gastos de saúde na LDO

[325]O IPEA (2004, p. 50-53, grifo nosso) esclarece que "O debate em torno da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e do Projeto de Lei do Orçamento para 2004 (PLO/2004) sobre as fontes e o montante de recursos para a Saúde foi responsável por parte significativa das discussões sobre o financiamento da área no segundo semestre de 2003.

O orçamento do Ministério da Saúde está submetido às determinações da EC nº 29, de 2000, que estabelece, entre outros pontos, o montante mínimo de recursos a ser aplicados pela União, estados, municípios e Distrito Federal em "Ações e Serviços Públicos de Saúde". A falta de legislação complementar específica possibilita diferentes interpretações sobre vários aspectos da aplicação da EC nº 29, entre os quais consta a forma de cálculo do montante de recursos federais [...].

Parte da questão referente à delimitação do que seria considerado como ações e serviços públicos de saúde para efeito do cumprimento da Emenda foi atendida pelas LDOs. A esse respeito, as LDOs de 2002 e 2003 determinavam que:

*(...) consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Lei no 10.266/2001, artigo 46, parágrafo 2º e Lei nº 10.524/2002, artigo 57, parágrafo 2º).*

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP), mencionado na LDO, foi criado pouco depois da aprovação da EC nº 29, pela Emenda Constitucional nº 31, em dezembro de 2000, devendo vigorar até o ano de 2010. Tal fundo é formado principalmente pelo adicional de 0,8% da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), além de parte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do imposto sobre grandes fortunas e de outras fontes. Os recursos do FCEP deveriam ser destinados às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e outros programas voltados para a melhoria da qualidade de vida de famílias abaixo da linha de pobreza e populações de localidades isoladas em condições de vida desfavoráveis. O FCEP passou a fazer parte do orçamento do Ministério da Saúde em 2001, financiando programas de saneamento básico, alimentação e nutrição, bem como de saúde da família.

Em 2003, o parágrafo da LDO 2004, semelhante ao incluído nas LDOs anteriores, que tratava da delimitação das ações e dos serviços públicos de saúde, foi vetado pelo governo federal. A justificativa para o veto foi a seguinte:

A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em Ações e Serviços Públicos de Saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo (MP, Mensagem no 357, de 2003).

Apesar de focar diretamente o FCEP, pretendendo que recursos dessa fonte integrassem o montante mínimo constitucional exigido pela EC nº 29, o veto acabou também com o impedimento de incluir os gastos com inativos e serviço da dívida como despesas em ações e serviços de saúde. Tal veto desencadeou uma série de reações do Conselho Nacional de Saúde, de parlamentares e de entidades ligadas ao setor saúde, como os Conselhos de Secretários Estaduais e Municipais (Conass e Conasems).

Após as primeiras manifestações, o Poder Executivo comprometeu-se a incluir na LDO dispositivo que considerasse Ações e Serviços Públicos de Saúde na totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União e os serviços da dívida. Ficaria mantida, no entanto, a inclusão dos recursos do FCEP, questão que manteve aceso o debate.

**As críticas ao veto do artigo da LDO concentraram-se em três pontos: *i)* com a inclusão do FCEP no montante destinado a Ações e Serviços Públicos de Saúde estariam sendo atendidas duas emendas constitucionais com o mesmo recurso; *ii)* o veto permitiria a inclusão de inativos, dívidas e ações de saneamento como Ações e Serviços Públicos de Saúde, estas últimas por conta das ações financiadas com o FCEP; e *iii)* tais problemas seriam potencializados pelo efeito demonstração que a União teria sobre estados e municípios.**

O PLOA para 2004 previu para o Ministério da Saúde um total de R$ 35,799 bilhões. Retirando-se desse total os valores destinados ao pagamento de Inativos e Pensionistas e Encargos da Dívida, restariam R$ 32,477 bilhões a ser destinados a Ações e Serviços Públicos de Saúde [...]. Esse total inclui R$ 3,571 bilhões originários do FCEP – se esse montante fosse excluído restariam R$ 28,906 bilhões para atendimento da EC nº 29.

Segundo o Conselho Nacional de Saúde, o montante mínimo a ser destinado a Ações e Serviços Públicos de Saúde em 2004 seria resultado da aplicação da variação nominal do PIB entre 2002 e 2003 sobre o valor mínimo determinado para 2003, R$ 27,6 bilhões, ou sobre o valor efetivamente empenhado caso este fosse superior ao mínimo. As estimativas sobre a variação do PIB nesse período foram se alterando.

para o exercício de 2004. Senão veja-se: na Saúde, colocou-se na ordem do dia o debate sobre as fontes e o montante de recursos para a área, tendo em vista o

Como referência, utilizando a estimativa de variação nominal do PIB de 18,2% e o valor mínimo para 2003, seriam necessários recursos da ordem de R$ 32,6 bilhões para cumprimento da EC nº 29, em 2004. Ao fim do ano de 2003, o IBGE divulgou novas estimativas para o PIB de 2001 e 2002, que resultaram em aumento do valor mínimo para 2003. Naturalmente, pelo método de definição dos recursos federais previstos, o montante exato só poderá ser conhecido após encerrada a execução orçamentária desse ano e divulgado o PIB nominal de 2003, no primeiro trimestre do ano de 2004.

Os recursos do FCEP foram distribuídos no PLOA para 2004 em ações de Atenção Básica e de Transferência de Renda, alocadas no Fundo Nacional de Saúde, e de Saneamento e Cultura e Patrimônio Indígena, na Fundação Nacional de Saúde. Aproximadamente metade desse total de recursos foi destinado ao Programa de Transferência de Renda com Condicionalidades, que incorporou a ação do Ministério da Saúde referente ao antigo Bolsa Alimentação. Tal programa está voltado para a melhoria da situação de segurança alimentar e combate às carências nutricionais de famílias em condição de extrema pobreza.

Deve ser notada ainda, como apontou o Relator do Orçamento em seu parecer preliminar, a 'transferência para a saúde de ações que antes estavam a cargo da antiga Secretaria de Desenvolvimento Urbano, hoje Ministério das Cidades. Ações que não vinham sendo computadas no piso da Saúde (EC nº 29/2000) e que o atual governo pretende agora o seja'. É a situação de parte das ações de Saneamento Ambiental Urbano e do Programa de Resíduos Sólidos Urbanos voltada para municípios com mais de 250 mil habitantes. Sobre tais ações, é preciso lembrar que sua relevância para a saúde não é questionada, porém elas são entendidas como fatores condicionantes e determinantes da saúde, nos termos da Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90, art. 3º). Nesta lei, são citados como fatores determinantes e condicionantes da saúde, "entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais".

Das diversas iniciativas e manifestações em torno do veto à LDO e do PLOA para 2004, duas, em sentidos opostos, devem ser mencionadas. O Procurador-Geral da República, em resposta à questão proposta pelo Deputado Roberto Gouveia e outros, recomendou ao Presidente da República que complementasse o orçamento do Ministério da Saúde em R$ 4 bilhões, a fim de atingir o montante de R$ 32,9 bilhões, considerados necessários ao cumprimento da EC nº 29, sem que fossem considerados nesse total os recursos do FCEP. O total adotado pelo Ministério Público resulta da aplicação de percentual de 19,4% para a variação nominal do PIB entre 2002 e 2003.

De outro lado, a governadora do Rio de Janeiro assinou Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin), questionando a competência do Conselho Nacional de Saúde de regulamentar, por meio de sua Resolução no 322/2003, a aplicação da EC nº 29 e solicitando a suspensão imediata de seus efeitos. A regulamentação, nesse entendimento, estaria reservada à Lei Complementar. A discordância mais concreta estava no impedimento de contabilização, para fins de cumprimento da EC n.º 29, de recursos do FCEP estadual, recursos utilizados em saneamento básico e alimentação e os originários de operações de crédito. O Ministério Público Estadual, na mesma linha do Ministério Público Federal, alertou a governadora de que os recursos do FCEP Estadual não devem ser somados aos do Fundo Estadual de Saúde para fins de atendimento da EC n.º 29.

O CNS, apesar de suas manifestações contrárias ao veto da LDO e por extensão ao PLO, manifestou-se, em agosto de 2003, pela aprovação da proposta apresentada para o Orçamento 2004 e o PPA 2004-2007, com as ressalvas derivadas desse seu posicionamento. A polêmica em torno do veto termina em 25 de novembro, quando o Presidente da República sancionou a Lei no 10.777/2003, que acrescenta dois parágrafos ao artigo 59 da LDO: um restaurando integralmente a redação vetada e outro estabelecendo que a observância do cumprimento da EC n.º 29 nesses termos será feita ao fim do exercício de 2004.

A discussão em torno do PLO para 2004 levou à sua revisão. Na Lei Orçamentária Anual (LOA) aprovada, os recursos orçados para o Ministério da Saúde alcançam o montante de R$ 36,5 bilhões e o FCEP é completamente excluído desse total [...]. Os recursos destinados ao Programa de Transferência de Renda com Condicionalidades foram significativamente reduzidos, passando de R$ 2,6 bilhões para R$ 0,8 bilhão.

O debate surgido a partir do veto à LDO tornou mais visível a necessidade de regulamentação da EC n.º 29. Mais que isso, identificou alguns pontos e conceitos particularmente sensíveis e voltou a mobilizar o setor saúde em torno da questão do financiamento. A oportunidade para a necessária regulamentação é a própria Lei Complementar, prevista no texto constitucional, e que deverá ser reavaliada pelo menos a cada cinco anos. [...] Resta acompanhar a posição do Ministério da Saúde quanto à regulamentação da EC nº 29, uma vez que a vinculação de recursos federais não deverá ser decidida sem o envolvimento da área econômica."

veto presidencial ao artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2004, que versava sobre a exclusão dos recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP) para efeito do mínimo a ser aplicado pelo Poder Público em ações e serviços públicos de saúde. Apesar de focar diretamente o FCEP, no intuito de que recursos dessa fonte integrassem o montante mínimo definido pela Constituição Federal, o veto presidencial também eliminou os dispositivos que versavam a exclusão dos inativos e do serviço da dívida como despesas em ações e serviços de saúde.

> Tal veto desencadeou uma série de reações em diversas instâncias da sociedade, a começar pelo próprio Conselho Nacional de Saúde, pelos Conselhos de Secretários Estaduais e Municipais, parlamentares e outros segmentos organizados. Diante dessas manifestações contrárias, o Executivo Federal comprometeu-se em incluir na LDO dispositivo que deduzisse das ações e serviços públicos de saúde os encargos previdenciários da União e os serviços da dívida. No entanto, seriam mantidos os recursos do FCEP sob a perspectiva de revisão futura.
>
> A polêmica em torno do veto presidencial só termina com a sanção da Lei nº 10.777, no fim de novembro, a qual restaurou integralmente o artigo vetado, além de estabelecer que o cumprimento da EC nº 29 nesses termos dar-se-á ao fim do exercício de 2004.
>
> O debate que se instalou a partir do veto à LDO não apenas apontou para a necessidade de regulamentação da EC nº 29, como também contribuiu para ressuscitar a mobilização do setor Saúde em torno da questão do financiamento. (BRASIL, 2004, p. 08-09)

Antes, contudo, que o Supremo Tribunal Federal decidisse o mérito do questionamento ( que lhe fora suscitado por meio de argüição de descumprimento de preceito fundamental) a respeito da inconstitucionalidade do veto ao §2º do art. 55 (posteriormente remunerado para art. 59) da Lei que seria promulgada como Lei federal n.º 10.707/2003, o Executivo já havia conseguido aprovar nova lei que restaurava o dispositivo vetado (Lei n.º 10.777/2003) e, assim, tornara prejudicada a análise.

Não obstante tal prejudicialidade, o Relator da citada Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 045/DF, DJ 04/05/2004, p. 00012, Julgamento 29/04/2004), Ministro Celso de Mello, proferiu voto que fixa – devidamente – os limites constitucionais da discricionariedade orçamentária dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução de direitos sociais. Assim, bem é de se ver o reconhecimento promovido pelo i. Ministro Relator da ADPF n.º 045/DF no sentido de apontar que

> a ação constitucional em referência [ADPF], considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Para o Ministro Celso de Mello,

> Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de Segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

É, pois, no difícil tema das modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público que a decisão supracitada ganha densidade conceitual para apontar os limites da omissão dos poderes representativos da República (Legislativo e Executivo) na consecução de políticas públicas. Se, segundo o voto do Ministro Celso de Mello, é certo que o "desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal [*facere*] quanto mediante inércia governamental [*non facere* ou *non praestare*]", importante é fixar que o controle de constitucionalidade não se restringe apenas à aferição das normas editadas e atos emanados – positivamente – pelo Poder Público, como também de suas omissões. Pois:

> Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Para Celso de Mello (RTJ 185/794-796),

> A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como

> **comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental**. (grifo nosso)

A decisão do STF, no caso supracitado, apresentou claramente que não se trata de intervenção injustificada do Poder Judiciário na discricionariedade alocativa dos Poderes Legislativo e Executivo, mas de controle sobre omissão inconstitucional e atentatória do direito social fundamental à saúde.

Nem se diga, em relação, às possibilidades normativas de tal controle que a falta de regulamentação da Emenda Constitucional n.º 29/2000 – por meio da lei complementar a que se refere o art. 198, §3º da CR/1988 –levaria a que os percentuais de gasto mínimo inscritos no art. 198, § 2º da Constituição não tivessem eficácia imediata. Interpretação como essa desconhece a regra de transição inscrita no art. 77 do ADCT, passa ao largo do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, além de ensejar – implicitamente – retrocesso social. Considerando que a EC n.º 29 é de 2000, já se configurava, à época da LDO de 2004, uma omissão deliberada em não regulamentar dispositivo que assegura financiamento mínimo para a política pública de saúde.

Assim, precisa é a lição de Canotilho (1994, p. 483), no sentido de que "quando um direito económico, social ou cultural, constitucionalmente garantido, tiver já obtido um certo nível de realização legal é possível conceber-se uma *acção judicial contra o retrocesso ou desigualdade*." Da lição do citado constitucionalista português depreende-se a perfeita adequação da via processual adotada no caso da LDO de 2004 e dos gastos mínimos em saúde, qual seja, a via da argüição de descumprimento de preceito fundamental (regida pela Lei n.º 9.882/1999). A adoção da ADPF foi adequada, nesse caso, não só para que fosse vedado o retrocesso inconstitucional perpetrado pelo Executivo federal, como também para que fosse fixada a interpretação constitucionalmente adequada do preceito fundamental sob discussão, qual seja, a regra diferenciada de financiamento do direito fundamental à saúde.

Ainda na área da saúde, interessante é notar que as ações e omissões inconstitucionais do Poder Executivo federal – a título de promover o ajuste fiscal – não se resumem apenas a esse exemplo. O espantoso é que omissão eqüivalente à ocorrida na LDO de 2004 sucedeu-se novamente na LDO de 2005.

Na Nota Conjunta n.º 13/2004 (que traz considerações acerca dos vetos ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2005 – Lei n.º 10.934, de 11

de agosto de 2004), as Comissões de Orçamentos, Fiscalização e Controle (do Senado Federal) e de Orçamento e Fiscalização Financeira (da Câmara de Deputados) apontaram – uma vez mais – a pretensão reducionista[326] da União ao discutir a fórmula de cálculo do percentual mínimo de gastos que tal ente deveria promover nas ações e serviços públicos de saúde.

Senão veja-se que o dispositivo vetado no PLDO (de 2005) dessa vez foi o seguinte §3º do art. 59 da proposição que mais tarde transformar-se-ia na Lei n.º 10.934/2004: "*§ 3º - Na execução orçamentária de 2005, a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde será equivalente ao maior valor entre o efetivamente empenhado e o mínimo previsto para aplicação em 2004 nessas ações e serviços, corrigido pela variação nominal do PIB de 2004 em relação ao de 2003.*"

Por seu turno, as razões do veto presidencial calcaram-se nos seguintes argumentos:

> Estabelece o dispositivo, para o exercício de 2005, a adoção da maior de uma das duas bases de cálculo na identificação dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde: valor empenhado ou o valor mínimo apurado para aplicação no exercício de 2004.
>
> Veda o art. 167, inciso IV, da Constituição, a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, excetuando, entre outros, as ações

[326] As Consultorias – COFC/SF e COFF/CD – consideraram, em sua Nota Técnica Conjunta n.º 13/2004, que: "O que o dispositivo inserido pelo Congresso Nacional pretendeu foi garantir a implementação da posição já defendida pelo próprio Governo, no sentido de se adotar a interpretação do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 143, de 2002 – Plenário) na aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, e, assim, acolher a chamada *'base móvel'* como método de cálculo do piso da saúde. Segundo a citada metodologia, a base de cálculo seria o '*valor efetivamente empenhado no ano anterior em ações e serviços públicos de saúde'*, tendo como fator de correção a variação nominal do PIB do ano anterior ao da execução do orçamento.
Além de deixar expressa no texto da lei a utilização da '*base móvel'*, não dando margem a interpretações outras que pudessem ser deduzidas para respaldar a aplicação de um valor inferior ao que decorre daquela Decisão, o dispositivo visa também evitar manobras orçamentárias tendentes a reduzir o valor dos empenhos em 2004 a um nível inferior ao definido com base na interpretação do TCU, de forma a reduzir também a base para 2005.
Percebe-se, portanto, que o dispositivo vetado em nada inova o entendimento do TCU, explicitando tão-somente a base a ser considerada na apuração do piso de 2005 – o maior valor entre o mínimo calculado e o efetivamente empenhado em 2004. Está evidente que não houve alteração da hipótese prevista no art. 77 do ADCT.
O veto oposto ao §3º do art. 59 torna patente o conflito entre a conduta do Governo e o compromisso por ele assumido na Mensagem Presidencial que encaminhou o Projeto de Lei Orçamentária 2004, no tópico referente aos 'Gastos Mínimos com Saúde' (págs 28 e 29): ' *...para a obtenção do valor mínimo contido na PLOA 2004, foi utilizada como base da projeção a estimativa do montante a ser empenhado e liquidado em 2003, equivalente a R$ 27,2 bilhões,* ***conforme o critério definido pelo Tribunal de Contas da União****. Sobre esse valor foi aplicado o fator correspondente à previsão da taxa de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) Nominal do exercício de 2003 em relação a 2002'.*
Ao que parece, o Governo recua da posição inicial de adotar o conceito de base móvel no cálculo do piso da saúde. Isso significaria a volta da interpretação da base fixa, utilizada na gestão anterior. Caso se confirme a expectativa, o orçamento da saúde poderá sofrer redução substancial, com reflexos prováveis já em 2004 [Se a execução do orçamento da saúde de 2004 se limitar ao piso calculado sob a ótica da base fixa, haverá a redução dos recursos do setor em relação ao autorizado para 2004, em cerca de 3,5 bilhões de reais]." (grifo nosso).

> e serviços públicos de saúde como determinado pelo art. 198, § 2º, da Constituição. Por sua vez, determina este dispositivo constitucional que os recursos mínimos aplicados à saúde serão fixados na forma estabelecida em lei complementar, sendo que, até a edição da mesma, deve ser observada a regra de transição estabelecida no inciso I do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.
>
> Ora, o que estabelece o dispositivo inserido no Congresso Nacional é alterar a hipótese fixada no art. 77, inciso I, do ADCT, ao tornar obrigatória a adoção do valor empenhado no exercício de 2004 como base de cálculo para a definição dos recursos mínimos aplicados às ações e serviços públicos de saúde em 2005. Tal medida, assim, apresenta-se como inconstitucional por ampliar a vinculação de receitas de impostos para além do que foi excepcionado pela própria Constituição.

Ora, não é razoável – em face do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais – que o Poder Executivo da União argumente ser inconstitucional regra de cálculo móvel do percentual mínimo de gastos com saúde, sendo que a interpretação desse dispositivo pode significar a diferença de cerca de R$ 3.500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões de reais) a mais ou a menos para as ações e serviços públicos em saúde. Já existe vinculação de gastos com a saúde e se é possível adotar interpretação que expanda a capacidade de financiamento de tal direito social fundamental, impõe-se que assim seja. Essa, aliás, é a posição do Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 143, de 2002 (Pleno).

A entender-se de forma diferente, admitir-se-ia que o Executivo pode manejar – obscura e desproporcionalmente – suas atividades financeiro-orçamentárias para restringir a noção do que seja a "reserva do possível" a um espaço discursivamente manipulado de forma a atender a interesses secundários, os quais, como já se disse, não passam de interesses privados da Administração Pública. Por essas razões, é que também aqui caberia questionamento em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Entrando, por outro lado, na seara da política pública de educação, os exemplos também são, por assim, dizer desafiadores[327] de uma hermenêutica

[327]Segundo o IPEA (2004, p. 60-61), "reconhece-se que um dos requisitos para que não haja solução de continuidade no processo de universalização da educação básica com qualidade, refere-se ao equacionamento da questão do financiamento. Indo de encontro ao que está sendo veiculado acerca da Reforma Tributária, setores organizados da área defendem, por intermédio da Carta da Educação, derrubada dos vetos presidenciais ao Plano Nacional de Educação (PNE); ampliação dos recursos públicos para o setor, para 7% do PIB; cumprimento do valor mínimo por aluno, estabelecido pelo Fundef; definição do custo aluno/ qualidade; atendimento da educação infantil e progressiva obrigatoriedade do ensino médio; bem como aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) em estabelecimentos públicos de ensino. [...]
A instituição de um Fundo de Educação Básica (Fundeb) vai ao encontro de outra reivindicação de atores sociais ligados à área de educação, principalmente dos segmentos vinculados à educação infantil e ao

concretizadora dos direitos fundamentais e da própria Constituição. O já citado Boletim de Análise e Acompanhamento de Políticas Sociais do IPEA, a esse respeito, explicitou que:

> **a União vem contribuindo cada vez menos na composição dos recursos do Fundef. Se, em 1998, a complementação da União correspondia a 3,2% do montante de recursos desse Fundo, em 2002, esse índice havia sido reduzido a 2,3%. Tal declínio na participação da União tem sido atribuído ao baixo ajustamento do gasto mínimo *per capita* que, desde a sua implantação, não só deixou de cumprir o que estabelecia a legislação de regulamentação do Fundo, como também não acompanhou o crescimento da arrecadação de estados e municípios. A redução relativa, da participação da União na composição do Fundef, configurou, para esses atores sociais, uma forma de desobrigar o Ministério de suas responsabilidades para com o ensino fundamental.**
>
> Para fazer frente a essa [necessidade de] maior participação da União, será necessário corrigir, de forma expressiva, o valor mínimo atual, o que irá requerer aumento significativo de recursos por parte do MEC. Como esse aporte adicional não está previsto no orçamento, resta saber se a ampliação do valor *per capita* será financiada mediante remanejamento interno de fontes de recursos, com implicações para o cumprimento de determinadas funções, ou se o orçamento da educação será efetivamente ampliado. (IPEA,2004, p. 60-61, grifo nosso)

A partir da análise do IPEA, dois problemas apresentam-se como estruturais no financiamento das ações e serviços públicos em educação. O primeiro deles diz respeito à referência do gasto mínimo por aluno (nacionalmente unificado) que se encontra defasada como forma de minimizar o impacto financeiro da obrigação inscrita no art. 60, §3º do ADCT. Ora, o gasto mínimo nacional é subestimado pelo Ministério da Educação em decorrência, de certa forma, do fato de que a União deve complementar os recursos dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização

---

ensino médio. No entanto, um dos principais óbices à concretização dessa intenção refere-se à disponibilidade de recursos financeiros para a sua implementação. Simulações realizadas por Castro indicam que o aporte de recursos para esse Fundo dependerá do valor que se adote como mínimo para o gasto anual por aluno. Caso fossem mantidas as estruturas atuais de gasto do Fundef, o Fundeb disporia, em 2003, de cerca de 3,5% do PIB, além da complementação da União de cerca de 0,1% do PIB. Sob um cenário mais otimista, os recursos do Fundo deveriam atingir 5,1% do PIB, enquanto que a complementação da União chegaria a 1,7% do PIB, o que corresponde a um volume de recursos maior que o orçamento atual do MEC.

Os resultados dessas estimativas levam a crer que, assim como ocorreu com o Fundef, a instituição do Fundeb pode implicar uma mini-reforma tributária, no âmbito de cada estado, o que deve gerar impasses e forçar negociações entre os governos estaduais mais atingidos e o MEC, visando à compensação de eventuais perdas de recursos dos primeiros, uma vez que em todas as regiões deverá ocorrer aumento de repasses de recursos de estados para municípios."

do Magistério (FUNDEF) mantidos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, quando os mínimos estaduais, embora tenha sido cumprido o art. 212 da CR/1988, não alcançarem o aludido patamar nacional mínimo de gasto por aluno. O segundo problema passa pela própria distribuição de deveres e de receitas entre os entes da federação na proposta de ampliação da proteção do ensino fundamental para todo o ensino básico (FUNDEB), pois será preciso reequilibrar com a União os custos da medida (meritória) que, inicialmente, serão suportados pelos Estados e Municípios.

A bem da verdade, tais problemas, segundo aponta o citado estudo do IPEA, decorrem de diversas instabilidades na execução orçamentária da União quanto ao financiamento da educação. Senão veja-se que:

> Os montantes de recursos orçamentários, inicialmente alocados ao MEC, em 2003, atingiram cerca de R$ 18 bilhões [...], representando crescimento de aproximadamente 3,5% (R$ 600 milhões) em comparação com a dotação inicial de 2002. No entanto, observa-se uma 'dança de fontes' com esse crescimento sendo sustentado pelo aumento dos recursos provenientes de impostos (ordinários e para Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - MDE) que serviram como anteparo à forte queda de recursos provenientes das contribuições sociais. Com isso, diminuiu sobremaneira sua importância no financiamento da educação (de R$ 3,9 bilhões, em 2002, para apenas R$ 2,2 bilhões, em 2003). Tal situação demonstra que o processo de decisão sobre o orçamento público segue tendência errática, ficando à mercê de circunstâncias econômicas e políticas conjunturais, principalmente quando as fontes de financiamento não se encontram subordinadas a vinculações específicas. [...]
>
> Outro aspecto a ser salientado refere-se ao fato de que, até 2003, mantiveram-se os recursos de fontes complementares de financiamento, tais como as operações de crédito, os recursos diretamente arrecadados e, principalmente, do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza que, somados, corresponderam a 20% do total. No entanto, para 2004, a previsão de participação dessas fontes reduziu-se à metade.
>
> A fonte de recursos mais importante, em 2003, continua sendo a MDE, a qual somou cerca de R$ 7,7 bilhões, ou 43% do volume total de recursos disponíveis. No que se refere às contribuições sociais, a fonte mais importante continua sendo o Salário-educação (7,2%), uma vez que é fonte exclusiva da educação e sobre a qual o Ministério administra a arrecadação e a parcela de sua distribuição, o que lhe confere grande poder de comando sobre tais recursos. As outras contribuições sociais são destinadas especificamente às despesas com assistência ao estudante e estão sujeitas a negociações políticas internas ao governo federal, tornando-se, pois, fontes irregulares de recursos.
>
> Verifica-se que, em 2003, houve pequeno aumento da dotação autorizada (R$ 18,7 bilhões) em relação à inicial (R$ 18 bilhões), com variações em

> quase todas as fontes. Em relação ao que foi efetivamente liquidado (R$ 12,7 bilhões), até o mês de novembro esse montante correspondia a apenas 67,7% do crédito autorizado. (IPEA, 2004, p. 64-65).

Sem fonte de custeio vinculada e ainda com a desvinculação de 20% do patamar mínimo de gasto previsto no art. 212 da Constituição, a política pública de educação, no âmbito do governo federal, fica à mercê da liberação errática de recursos conforme bem mencionou o IPEA (2004).

Nesse sentido, não é demasiado lembrar que a oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público – como o seria a fixação nacional de gasto mínimo *per capita* notoriamente defasado – importa responsabilidade da autoridade competente, na forma do art. 208, §2º da Constituição. Nem se diga que a responsabilidade pelo ensino fundamental (que é, por excelência, obrigatório, segundo o disposto no art. 208, I) compete apenas a Estados e Municípios, pois a CR/1988, em seu art. 211, determinou a organização em regime de colaboração dos sistemas de ensino dos três níveis da federação, razão pela qual a União é chamada a complementar recursos do FUNDEF para assegurar o atingimento do patamar nacional de gasto mínimo por aluno.

De todo modo, certo é que, assim como o cálculo do percentual mínimo de gastos federais em saúde (a que se refere o art. 198, §3º, IV da CR/1988), a referência normativa do gasto mínimo – nacionalmente unificado – por aluno do ensino fundamental deve ser aferível pelos órgãos de controle da Administração Pública. Defende-se aqui a necessidade de motivação consistente para esse e aqueloutro indicador, sob pena de, em havendo desarrazoada restrição ao financiamento das políticas públicas de saúde e educação (que asseguram a prestação desses direitos fundamentais), configurar-se omissão inconstitucional do Executivo federal.

Com isso, impor-se-ia o controle do crime de responsabilidade (art. 85, III e VI c/c art. 208, §2º da CR/1988), da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º da CR/1988), do descumprimento de preceitos fundamentais (arts. 198, §2º e 212 da Constituição), da ilegitimidade das contas (art. 70 da CR/1988), sem prejuízo da hipótese de obrigar positivamente o Poder Público federal a compensar o déficit de recursos que deixaram de ser aplicados regularmente nas ações de saúde e educação. A esse esforço amplo de controle não devem se furtar as instâncias internas do Executivo (na forma do art. 74), o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

Com essa conclusão parcial, encerra-se a breve discussão das políticas públicas que detêm vinculação orçamentária por meio de patamar mínimo de despesa, para passar-se a tratar da tensão do ajuste fiscal promovido pela União – no período considerado por este estudo (1994-2005) – com as políticas

públicas que detêm receitas vinculadas (como o são as contribuições sociais para a seguridade social). Nesse diapasão, emerge, novamente, a temática da desvinculação de receitas como principal limitação orçamentária das ações em previdência, assistência e saúde, que formam, no Brasil, o tripé da seguridade social.

Embora, segundo Goulart (2002), a União busque com a figura da desvinculação de receitas a "flexibilização" do orçamento, "de jeito que se possa atender às necessidades públicas de um modo mais particularizado e concreto, na ordem em que elas aparecem, sem uma prévia e abstrata previsão de gastos, que, segundo alguns, torna ingovernável a nação", urge lembrar, com Alexy (1998), que a consideração dos direitos fundamentais como verdadeiros princípios constitucionais permite a sua "flexibilidade" diante dos avanços e tensões da realidade social, **sem que haja o seu "esvaziamento" normativo**. Em linhas mais diretas e em respeito à teoria dos princípios, não se pode constitucionalmente admitir que flexibilidade orçamentária implique esvaziamento de direitos sociais fundamentais.

É o IPEA (2004) que, mais uma vez, apresenta – estatisticamente – a dimensão proporcional desse conflito orçamentário distributivo:

> Outro ponto notório a se destacar nesse Orçamento é a Desvinculação de Receitas da União (DRU), emenda constitucional que desvincula 20% de todos os tributos da União de seus respectivos destinos. A emenda é de caráter provisório, mas há pouco foi prorrogada até o ano de 2011. Se tais recursos não fossem desvinculados, **o Orçamento da Seguridade Social seria superavitário tanto no ano executado de 2002 quanto no orçamento previsto de 2004**. (IPEA, 2004, p. 19-20, grifo nosso)

Mais aprofundadamente, o aludido Instituto discute que

> O Orçamento da Seguridade Social, somado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, corresponde a aproximadamente 11,5% do PIB e aparentemente esgotou sua capacidade de financiamento das políticas sociais de seguridade. Seja em 2002 (orçamento executado), seja em 2004 (orçamento previsto), o montante de gastos excede às fontes constitucionais de financiamento sempre que se retiram os 20% de desvinculações da DRU. Desconsideradas essas [des]vinculações de cerca de R$ 10 bilhões correntes, sobra algum excedente em tais orçamentos.
>
> Observa-se, por outro lado, que há pressões sociais legítimas por ampliação de gastos sociais básicos, denominados dos tipos "a" e "b" (na nossa tipologia[328]), que se regulamentados deverão **desnudar o**

[328]Segundo o IPEA (2004, p. 17), a categoria "a" de gastos na área da Seguridade Social "refere-se a direitos sociais que atualmente são garantidos aos cidadãos, com destaque para os trabalhadores e ex-trabalha-

> **conflito distributivo que é evidente entre a Emenda Constitucional da DRU e outros Projetos em circulação no campo da Seguridade Social**, destacadamente a PEC Paralela (Regime Especial Previdenciário) e a antecipação da idade mínima para os benefícios da Loas (65 anos).
>
> Outros gastos de Seguridade Social, como os da Bolsa Família (já incluídos), da Segurança Alimentar e da Reforma Agrária (não incluídos nesses orçamentos), somente teriam condições de se inserir em tal estrutura orçamentária com o crescimento geral da economia e com a ampliação das bases fiscais da arrecadação.
>
> Mas se prevalecer o nível de crescimento econômico de 2003 em 2004 e não houver retorno dos recursos retirados pela DRU, a política de direitos sociais básicos não se ampliará como ora se cogita nas tratativas políticas e nos acordos congressuais. (IPEA, 2004, p. 21, grifo nosso)

A informação de que, se não houvesse desvinculação de receitas, o orçamento da seguridade (art. 165, §5º, III da CR/1988) seria superavitário é deveras esclarecedora, ainda mais se retomar a sistemática tributária das contribuições sociais (arts. 149 e 195) que fazem frente ao seu custeio. A recorrente alegação de insuficiência de recursos para o financiamento da seguridade social (especialmente do regime geral de previdência social mantido nos termos do art. 201 da Constituição) é – tributária e contabilmente – falsa. Escondido por trás de tal alegação está o supracitado mecanismo orçamentário de desvio de finalidade das receitas vinculadas à seguridade.

Como exaustivamente já se discutiu no capítulo anterior, a desvinculação das contribuições sociais da finalidade a que se encontram afetadas, por meio de emenda constitucional, altera-lhes a natureza tributária, transformando-as em impostos. Esses, por seu turno, somente podem ser tidos como consonantes com o Sistema Tributário Nacional inscrito na Constituição de 1988 se obedecerem as regras de exercício da competência residual pela União e de repartição com os Estados, na forma do que dispõe o art. 157, II da Carta Magna.

De fato, solução ao conflito tributário instaurado pela desvinculação das contribuições sociais reside na imposição à União de que maneje – dentro

---

dores do setor formal da economia, previstos na Constituição e exercitados por iniciativa dos próprios cidadãos. Sua característica básica é ser uma ação permanente do Estado, garantida por recursos da Seguridade Social, insuscetíveis aos cortes dos ajustes macroeconômicos, conforme dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por sua vez, os gastos classificados como "b" referem-se a programas federais vinculados à Seguridade Social e a direitos específicos dos cidadãos. Tais programas dependem de iniciativa do governo, são constitucionalmente previstos, possuem o perfil redistributivo potencial, mas não estão protegidos pela cláusula imune a cortes. Os gastos do tipo "a" e "b" são o núcleo do Sistema de Seguridade Social, pois é a partir deles que podemos verificar o funcionamento efetivo de um sistema de redistribuição de renda na política social, voltado à garantia de direitos sociais básicos, uma vez que são o núcleo estrutural da política social. Pelos dados disponíveis também pode-se averiguar que constituem efetivamente os maiores gastos no âmbito da Seguridade, correspondente a 78% do gasto total do Orçamento executado em 2002 e a 80% do Orçamento Previsto para 2004."

das respectivas finalidades – as competências constitucionais que obteve para tributar. Ou seja, deve a União, em querendo tributos desvinculados, majorar os impostos já instituídos ou valer-se da sua competência residual para instituir novos impostos, conforme o disposto no art. 154, I. Como bem alerta Machado Segundo (2005: 181), "o que não se admite é a criação exagerada de contribuições que se caracterizam por sua vinculação a uma finalidade, seguida de uma 'desvinculação' das receitas com elas obtidas."

Ademais disso, a DRU descumpre o princípio de vedação de retrocesso social e afronta o art. 60, §4º, IV da Constituição, quando mitiga a garantia de financiamento de direitos sociais fundamentais – percebidos individualmente –, no que se refere às receitas vinculadas de que tratam os arts. 149 e 195 e também no que afeta os percentuais mínimos de gastos previstos nos arts. 198, §2º e 212.

As severas restrições fiscais a direitos sociais fundamentais que já tinham constitucionalmente assegurada garantia material de seu financiamento não guarda proporcionalidade com a ilimitada geração de despesas da política monetária. O presente conflito distributivo – tal como definira o IPEA (2004) – é um retrocesso social vedado constitucionalmente e decorre das obscuras regras de desvinculação de receitas que foram inseridas nas disposições transitórias da CR/1988 a título de conferir discricionariedade alocativa na execução orçamentária da União. Ora, como diria Spagnol (2002), não pode tanto o Poder Constituinte derivado.

Em face de todos os aspectos supracitados e especialmente em face do princípio da proporcionalidade – no que se refere à adequação normativa dos meios aos fins (segundo a qual são vedados meios que ensejem o arbítrio do Poder Público), à necessidade (em que se deve buscar adotar a opção menos nociva aos interesses dos cidadãos) e à proporcionalidade estrita (da equação entre os fundamentos que legitimam a ação estatal e os resultados dela) – é que se afirma serem inconstitucionais os arts. 71, 72 e 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Somente assim assegurar-se-á a máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais fundamentais, propugnada no art. 5º, §1º da Constituição da República de 1988.

No caso brasileiro ora estudado de administração da dívida pública e da atividade financeira da União no período de 1994 a 2005, o risco efetivamente é de que a "inconstitucionabilidade" – a que se referiu Bonavides (2003) – e a "economicização" do programa constitucional de governo (noção defendida por Canotilho, 1994) marquem a submissão do orçamento público à política monetária, tornando todas as demais políticas públicas – como bem definira Nunes (2005) – "políticas de segunda classe".

Decerto, na Constituição de 1988, não há qualquer fundamento normativo para essa hierarquização orçamentária, pelo contrário, existe a demanda para que o legislador infraconstitucional aponte limites ao avanço da dívida pública (arts. 48, XIV e 52, VI) e para que o Poder Público não se descuide de agir sempre conforme o devido processo legal, noção essa que não se restringe à garantia formal de contraditório e ampla defesa, mas que impõe materialmente o respeito aos direitos fundamentais.

Mais do que nunca a comunidade aberta (por isso, plural e democrática) de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997) precisa submeter a administração da dívida pública brasileira – sob responsabilidade da União – ao crivo da sua conformidade com o texto constitucional vigente. Como bem acentuara Canotilho (1994), ali não serão encontrados apenas limites, mas fundamentos normativos que imprimem sentido à ação estatal.

E esse controle é esforço sisífico de admitir que os Poderes representativos da sociabilidade democrática intervenham na realidade apenas e enquanto atuarem segundo os limites e fundamentos do ordenamento constitucional brasileiro. Fora desse espaço legítimo de deliberação do interesse público, a democracia pela via discursiva fenece, o aparelho administrativo do Estado apropria-se privadamente da noção de interesse público e os poderes representativos emancipam-se ilegitimamente dos fluxos comunicativos da esfera pública (HABERMAS, 1997).

# Conclusão

Desde o início orientaram este estudo os esforços de apontar limites, buscar a apresentação de motivos, somente admitir como pública a decisão construída discursivamente de modo a assegurar, formal e substantivamente, o devido processo e, assim, permitir a abertura ao controle da discricionária gestão da dívida pública brasileira empreendida no período de 1994 a 2005.

A opção por estudar o caso do avanço da dívida pública no período considerado é marcada pela consciência de que o problema é deveras complexo e envolve a intricada relação entre políticas monetária e fiscal. Juridicizar um debate como esse – por excelência macroeconômico – do ponto de vista do controle sobre o ciclo orçamentário da União efetivamente é tarefa para gerações de publicistas. Inadmissível, contudo, é a falta de sua tematização se se considerar os efeitos de tal processo para a rarefação da capacidade estatal de promover políticas públicas, bem como se forem retomadas as circunstâncias, por vezes, inconstitucionais em que se desenrolou, desde 1994, o programa brasileiro de estabilização econômica.

Uma vez aceito o desafio de buscar conformidade constitucional para a ação discricionária do Poder Executivo federal na administração recente da dívida pública brasileira, cumpre retomar que o financiamento das atividades estatais é processo discursivo que apenas admite como públicas as decisões de gasto e de obtenção de receita se forem obedecidas as balizas legais, respeitadas as salvaguardas constitucionais e realizado o processo de sua definição razoável e proporcional em meio aos interessados, com a elucidação dos motivos de fato e de direito atinentes ao caso concreto.

Assim, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, o orçamento público e o ciclo de sua elaboração, execução e controle nada mais seriam que meios pelos quais são sintetizadas – procedimentalmente – as bases discursivas do financiamento estatal, notadamente no que se refere à definição dos programas de ação governamental nas mais diversas políticas públicas.

Enquanto o Executivo planeja sistematicamente os projetos e atividades que lhe permitirão desincumbir-se de seus deveres constitucionais nas diversas funções sob encargo do Estado (razão pela qual denomina-se a classificação orçamentária de "funcional-programática"), o Legislativo debate tal planejamento – revisitando o rol de prioridades alocativas estatais – tanto para lhe imprimir novas configurações, quanto para densificar sua conformação

democrática. Uma vez aprovadas as peças orçamentárias (PPA-LDO-LOA), a execução é dinâmica e admite rearranjos no fluxo das receitas e no saldo das despesas, conforme haja necessidade de atendimento a situações não previstas inicialmente, assim como conforme seja motivada tal necessidade diante das demais políticas públicas que serão afetadas e haja comprovação da conformidade constitucional das alterações.

Essa discricionariedade na execução orçamentária cumpre o papel de suprir o distanciamento entre o planejado e as possibilidades práticas de realização dos programas governamentais. Contudo, há limites procedimentais e substantivos a tal margem de liberdade de que goza o gestor, até porque, por exemplo, (a) devem ser fixadas e cumpridas metas fiscais de resultado primário, de resultado nominal e montante da dívida; (b) há receitas vinculadas para a seguridade social e patamares constitucionais de gasto mínimo com saúde e educação que não podem ser mitigados, sob pena de lesão ao art. 60, §4º, IV da CR/1988; (c) o endividamento não é, nem pode ser tido como um processo ilimitado; (d) as despesas só podem ser contingenciadas se for configurada a hipótese de frustração de receitas de que trata o art. 9º da LRF e (e) as competências tributárias somente podem ser manejadas conforme as funções constitucionais de cada tributo e conforme a premissa geral de equilíbrio de receitas no pacto federativo.

Pois bem, para que se discuta a existência de limites normativos à discricionariedade na esfera orçamentária é preciso situar em bases democrático-republicanas a perspectiva de que orçar as diversas ações do Poder Público significa distribuir recursos escassos entre demandas variadas e, por isso, concorrentes entre si. Por si só, essa seleção forçada de prioridades alocativas não está calcada em qualquer critério procedimental automático ou regra substantiva que – deduzidos racional e aprioristicamente – garantiriam o grau de justeza da decisão no seio da esfera pública.

As diversas ações governamentais são mais ou menos priorizadas não por meio de uma sistemática de seleção racional e tecnicamente neutra, mas fundamentalmente por meio de uma dinâmica tensão entre, por um lado, procedimentos representativo-participativos de definição do que seja interesse público e, de outro, salvaguardas fundamentais que impeçam o retrocesso social e a afronta ao núcleo intangível do Texto Constitucional vigente.

No que se refere à realidade brasileira – particularmente no período de estabilização econômica compreendido entre os anos de 1994 a 2005 –, a discricionariedade orçamentária erigiu-se como variável central para a absorção dos diversos conflitos distributivos na consecução do gasto público pelo Governo federal.

Pragmaticamente, a política monetária trouxe para a política fiscal tanto

a contenção das receitas inflacionárias, quanto o avanço de despesas com o serviço da dívida. E esse quadro pragmático de desarranjo orçamentário, por seu turno, levou o gestor a adotar medidas que se, de um lado, efetivamente constrangeram a hipótese de crescimento explosivo da dívida pública; de outro lado, contudo, representaram severos gargalos na capacidade de financiamento de políticas públicas prestacionais.

Ao longo da análise de variáveis como o manejo da desvinculação de receitas da União, como a fixação de metas fiscais, como a expansão da carga tributária, como o contingenciamento de despesas e o endividamento, buscou-se analisar se as alternativas encontradas pelo Poder Executivo federal a título de ajuste fiscal significaram intervenções razoáveis e proporcionais em relação aos direitos fundamentais afetados. Ademais disso, buscou-se entender como a ausência de limites normativos para as dívidas públicas consolidada e mobiliária associada à falta de meta de resultado nominal falsamente franquearam aos gestores da política monetária a liberdade de repercussão ilimitada de custos sobre o orçamento público federal, sem comprovação de respectiva fonte de custeio.

O que se pôde depreender do presente estudo de caso é que não só cabe controle para assegurar a conformidade constitucional da administração do endividamento público no Brasil, como há diversas hipóteses de controle. Importa ressaltar que essas hipóteses são difusas e, precisamente por isso, devem ser operadas pelas diversas instâncias competentes e interessadas.

A começar pelo próprio cidadão, ele pode:

- representar, junto ao Tribunal de Contas da União, a ocorrência da infração administrativa prevista no art. 5º, II da Lei n.º 10.028/2000 para buscar sanar a falta de previsão de meta de resultado nominal e de montante total da dívida pública;
- ajuizar ação no sistema de controle difuso para questionar a constitucionalidade da tredestinação (perpetrada pelo Poder Constituinte Derivado) de receitas vinculadas da seguridade social, o que torna a instituição das contribuições sociais constitucionalmente ilegítima;
- ajuizar ações populares para invalidar os atos (decretos) de contingenciamento preventivo de despesas que não estejam calcados nos motivos de fato e de direito admitidos em lei, a partir do que será possível questionar a consecução de superávits primários com base na inexecução arbitrária da lei de orçamento;
- buscar junto aos legitimados ativos (previstos no art. 103 da CR/1988 c/c art. 2º da Lei n.º 9.882/1999) o ajuizamento de argüições de descumprimento de preceito fundamental para fixar a interpretação constitucionalmente adequada dos dispositivos que asseguram

aplicação mínima de recursos nas políticas de saúde e educação;

- representar a ocorrência de crime de responsabilidade na forma do disposto no art. 85, VI da CR/1988 para que o Congresso Nacional promova a devida responsabilização política do presidente e dos ministros da República que descumprirem a lei orçamentária, notadamente, ao longo de ações que carecem de motivação e aprovação do Legislativo;
- buscar junto aos legitimados ativos do art. 103 da CR/1988 o ajuizamento de ações de inconstitucionalidade por omissão na edição dos atos normativos a que se referem os arts. 48, XIV e 52, VI da Constituição;
- buscar, mais uma vez, junto aos legitimados ativos do art. 103 da Carta de 1988 o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade das emendas constitucionais que instituíram a desvinculação de receitas vinculadas à seguridade social e de recursos mínimos destinados às políticas de saúde e educação;
- requerer – no curso dos processos administrativos federais de execução orçamentária, na forma do que dispõem os arts. 2º, VII e 50, I da Lei n.º 9.784/1999 – a elucidação dos motivos de contingenciamento de despesas, já que haveria afetação de interesses inscritos na LOA e a apresentação do resultado da avaliação dos programas de ação governamental, tal como o exigem o art. 74, I da CR/1988 e o art. 75, III da Lei n.º 4.320/1964; e, enfim,
- defender individualmente seus direitos fundamentais (em especial, vale citar os direitos prestacionais) quando se configurar no caso concreto lesão (ou ameaça de lesão) seja por ação ou omissão, diante dos rearranjos orçamentários (defendidos em nome do sempre necessário ajuste fiscal do Governo federal) que impliquem retrocesso social e afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do cidadão, todas as demais instâncias devem ser mobilizadas e o serão em movimento que não pode pretender resolver todos os problemas de uma única vez e de uma vez por todas. Vale lembrar que o controle é esforço sisífico que insiste em mostrar aos governantes que a delegação de poder é sempre instrumento para a consecução de finalidades definidas como públicas. Tais finalidades assim são consideradas não porque o ditado dogmático da lei as enuncia como públicas, mas porque o público é sempre o resultado da tensão dialógica entre os procedimentos democráticos de inclusão dos interessados na decisão e o respeito às salvaguardas constitucionais.

É, pois, na pluralidade significativa de instâncias e de hipóteses de controle que se abre o esforço de juridicizar – sob o signo da conformidade constitucional – o tema ora estudado. O resultado não poderia ser mais democratizante e "republicanizador", na medida em que a definição do que

seja prioridade alocativa estatal e de como o Estado se desincumbe de suas competências constitucionais não podem ser temas aferíveis apenas pelos gestores das políticas monetária e fiscal e pelos definidores do indicador de "risco país".

A discursividade democrática precisa reinstaurar em novos patamares o debate sobre a dívida pública e a execução orçamentária em todos os níveis da federação; mas, especialmente, no âmbito federal, é preciso cuidar de controlar as diversas formas de emancipação ilegítima do poder administrativo, para que o manejo da atividade financeiro-orçamentária da União não seja feito deliberadamente no intuito de restringir o grau materialmente possível de execução de políticas públicas (especialmente as prestacionais).

Afastar algumas pretensas obviedades (ditas como domínio da "discricionariedade técnica") na absorção ilimitada dos custos da política monetária no orçamento da União e na administração da dívida líquida do setor público brasileiro significa exigir motivação; implica questionar o quão razoável e proporcional é a intervenção em relação aos direitos fundamentais; exige, sobretudo, que o Direito não se descuide do controle estendido no tempo sobre cada ato estatal para que não sejam esvaziadas as relações entre Legislativo e Executivo, para que o Judiciário siga avançando sobre os arbítrios (administrativos e legislativos) que causam lesão a direitos e para que os fluxos comunicativos da esfera pública possam continuar tendo ressonância na definição democrática dos rumos da Administração Pública.

É esse, como já dito, um verdadeiro esforço sisífico, tão inafastável, quanto reiterado e complexo, quiçá tão penoso que somente pode ser exercido difusa e pluralmente...

Financiamento_completo.indd 392 8/6/2010 00:53:24

# Referências


A QUEM interessa a proposta do déficit nominal zero?. *Agenda CIESP*, São Paulo, n. 3, jul. 2005.

ABRUCIO, Fernando. Em busca de um novo paradigma para a reforma do Estado no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 48, n. 1, p. 149-155, jan./abr. 1997.

AFONSO, José Roberto. Finanças, planejamento municipal e lei de responsabilidade fiscal. In: ENCONTRO REGIONAL GESTÃO PÚBLICA E POLÍTICAS SOCIAIS ITV, 3., 2005, Porto Alegre. *Trabalhos apresentados*... Porto Alegre: [s.n.], 2005.

AFONSO, José Roberto. *LRF*: *por que parou?*. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.joserobertoafonso.ecn.br>. Acesso em: 15 de maio de 2005.

ALENCAR, José. Prefácio: apontando alternativas. In: SICSÚ, João *et al*. (Org.). *Novo desenvolvimentismo*: um projeto nacional de crescimento com eqüidade social. Barueri: Manole; Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. xxi-xxv.

ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NA FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1998. Rio de Janeiro. *Conferências*... Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 346 p.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: EDUC, 1997. 216 p.

ARATO, Andrew. Construção Constitucional. *Lua Nova Cultura e Política*. São Paulo, n.42, p. 5-52, set./nov. 1997.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 206 p.

ARELLANO GAULT, David *et al*. *Nueva gerencia pública en acción*: procesos de modernización presupuestal: una comparación inicial en términos organizativos: Nueva Zelanda, Reino Unido, Australia y México. Ciudad del México: Programa Institucional de Presupuesto del CIDE, 2000. Mimeografado.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. 648 p.

AVRITZER, Leonardo. Racionalidade, mercado e normatividade: uma crítica dos pressupostos da teoria da escolha racional. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 44, p. 165-178, mar. 1996.

BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na ciência política e na sociologia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 63-74, out. 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed . Rio de Janeiro: Forense, 1998. 548 p.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Finanças públicas*: sumário dos planos brasileiros de estabilização e glossário de instrumentos e normas relacionadas à política econômico-financeira. 3. ed. Brasília: BCB-DEPEC, 2002.

BARBOSA, Lucídio. *O novo superávit primário*. Brasília: INESC, fev. 2003. (Nota Técnica; n. 74).

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 01-25, out./dez. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 363 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/barroso2.html>. Acesso em: 13 dez. 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varriale *et al*. 5. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Impressa Oficial do Estado, 2000. 2 v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. *Reforma Orçamentária*. Brasília: CMO, 2005. Mimeografado.

BRASIL. Congresso Nacional. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – SF; Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CD. *Nota Técnica Conjunta n.º 13, de 2004*: considerações acerca dos vetos ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2005 (Lei n.º 10.934, de 11 de agosto de 2004). Brasília: COFC/SF: COFF/CD, 2004. Mimeografado.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Gasto social do governo central*: 2001 e 2002. Brasília: Secretaria de Política Econômica (SPE/MF), 2003. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/spe>. Acesso em: 05 out. 2004.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Vinculações de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do Governo Federal*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal – SOF, 2003. v. 1, n. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/DF. Ementa: "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)". Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, p. 00012, 04 maio 2004. Julgamento em 29.04.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.556/ DF. Ementa: "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna. - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à argüição de inconstitucionalidade do artigo 14, 'caput', quanto à expressão 'produzindo efeitos', e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, 'ex tunc' e até final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do 'caput' do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001". Relator: Ministro Moreira Alves. *DJU*, p. 00087, de 08 ago. 2003. Julgamento em 09.10.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.158/ AM. Ementa: "Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos - vantagem pecuniaria irrazoavel e destituida de causa - Liminar deferida. - A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terco (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do 'substantive due process of law', como insuperavel limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio etico-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniaria cuja razão de ser se revela absolutamente destituida de causa". Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, p. 00051, 26 maio 1995. Julgamento em 19.2.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 189.415-6/ SP. Ementa: "Constitucional. Tributário. ICMS/ São Paulo. Majoração da alíquota com destinação específica: construção de casas populares: inconstitucionalidade. I. - Inconstitucionalidade dos artigos 3º a 9º da Lei 6.556, de 30.XI.89, do Estado de São Paulo, que aumentaram de 17% para 18% a alíquota do ICMS, com destinação específica da majoração. Inconstitucionalidade frente ao art. 167, IV, da C.F. II. - Precedente do STF: RE 183.906-SP, Min. M. Aurélio, Plenário, 18.9.97. III. - Voto vencido do Ministro Carlos Velloso: a norma inscrita no art. 167, IV, da C.F., que veda a vinculação de receita de impostos, com as ressalvas ali inscritas, é norma de direito financeiro e não de direito tributário, com caráter institucional, não gerando para o contribuinte, se descumprida, direito ao não pagamento do tributo. Se lhe fosse possível argüir a inconstitucionalidade da destinação, a declaração não o exoneraria do pagamento do tributo. É que cairia a destinação do imposto e não este. Ressalva quanto às contribuições e ao empréstimo compulsório. Nestes, a destinação do tributo diz com a legitimidade deste. C.F., artigos 148 e 149. IV. - R.E. conhecido e provido". Relator: Ministro Carlos Velloso. *DJU*, 20 fev. 1998. Julgamento em 01.12.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n.º 1.320/ DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, p. 00023, 14 abr. 1999. Julgamento em 06.04.1999.

BRUNSSON, Nils; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. Constructing organizations: the example of public sector reform. *Organization Studies*, New York, v. 21, n. 4, p. 721-746, jul./ago. 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. 344 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 119-134, jul./set. 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

BURKHEAD, Jesse. *Orçamento público*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971. 627 p.

BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 49, n. 1, p. 141-163, jan./mar. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A globalização cria governos privados. *Jornal do Advogado*, Belo Horizonte, v. 24, n. 209, p. 12-13, jun. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 539 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. 134 p.

CARNEIRO, Ricardo. *Desenvolvimento em crise*: a economia brasileira no último quarto do século XX. Campinas: UNICAMP, Instituto de Economia; São Paulo: UNESP, 2002. 423 p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 887 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1008 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: um pequeno exercício de teoria da Constituição. Belo Horizonte, 2001. Mimeografado.

CARVALHO, Carlos Eduardo. Dívida pública: um debate necessário. In: SICSÚ, João; PAULA, Luiz Fernando; MICHEL, Renaut. *Novo desenvolvimentismo*: um projeto nacional de crescimento com eqüidade social. Barueri, SP: Manole; Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 379-400.

CARVALHO, Carlos Eduardo. O golpe em marcha não é contra o governo Lula: é apoiado por ele e quer perpetrar sua política econômica. *Revista Espaço Acadêmico*, São Paulo, jul. 2005. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2005.

CARVALHO, José Carlos Jacob de e*t. al. Finanças públicas brasileiras*: algumas questões e desafios no curto e no médio prazos. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. 69 p. (Texto para Discussão, n. 977).

CARVALHO, Maria do Socorro Vieira de. Desenvolvimento gerencial no setor público: velhas questões e novos desafios. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 27-37, out./dez. 1995.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto ammistrativo*. Torino: Einaudi, 1991. 513 p.

CASTRO, Jorge Abrahão *Análise da evolução e dinâmica do gasto social federal*: 1995-2001. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. 55 p. (Texto para Discussão, n. 988).

CHAUÍ, Marilena. A Universidade Operacional: a atual reforma do Estado ameaça esvaziar a instituição universitária com sua lógica de mercado. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 09 maio 1999. Caderno Mais , p. 3.

CLAD. Consejo Científico. *La Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana*. Buenos Aires: CLAD; BID; EUDEBA, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves. A agenda constituinte e a difícil governabilidade. *Lua Nova – Revista de Cultura e Politica*, São Paulo: CEDEC, n. 39, p. 33-52, 1997.

CROCCO, Marco Aurelio; JAYME JR., Frederico Gonzaga. Independência e autonomia do Banco Central: mais sobre o debate. In: PAULA, João Antonio de (Org.). *A economia politica da mudança*: os desafios e equívocos do inicio do governo Lula. Belo Horizonte: Autêntica, 2003. p. 123-138.

CUNILL GRAU, Nuria. Nudos críticos de la accountability societal: extrayendo lecciones de su institucionalización en América Latina. In: SEMINÁRIO SOBRE "LAS POLÍTICAS DE ACCOUNTABILITY EN LAS NUEVAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS. *Textos apresentados*… Buenos Aires, 2000. [s.n.t.]. Mimeografado.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 263 p.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio. In: SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. ix-xiii.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 252-253.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1996. 135 p.

DIAS, Eduardo Rocha. Aspectos fundamentais do regime constitucional das contribuições. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 206-233.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. 227 p.

DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público*, Brasília, Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 120, n. 2, p. 05-21, maio/ago. 1996.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma administrativa: a emenda N.º 19/98. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.21, n. 3, p. 133-139, jul./set. 1998.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge; Massachusetts: Harvard University, 1985. 425 p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously, law's empire*. Cambrige; Massachusetts: Harvard University, 1985. 371 p.

ESFORÇO fiscal não reduz divida pública. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 dez. 2005. Caderno Dinheiro, p. B3.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do *Welfare State* na Nova Ordem Mundial. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 35, p. 73-111, jan 1995.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. 194 p.

FARIA, José Eduardo. A eficácia do direito na consolidação democrática. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 30, p. 35-72, ago. 1993.

**FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves.** O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição federal. *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm**>. Acesso em: 20 dez. 2005.**

FISHKIN, James S. *Tirany and legitimacy*: a critique of political theories. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1979 *apud* SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987. p. 33-63.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. 168 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GENRO, Tarso. O ensino do direito em tempo de mudança. *O Sino de Samuel*, Belo Horizonte, v.10, n. 78, p. 16, out./nov. 2004.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 314 p.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*: teoria e prática no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 475 p.

GORDILLO, Agustín A. *Después de la reforma del Estado*. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. I.

GOULART, Romoaldo Reis. *Da inconstitucionalidade da emenda constitucional n.º 27/2000*. Recife, 2002. Disponível em: <http://www.oab-pe.com.br/asp/lerartigo.asp?id=122>. Acesso em: 26 dez. 2005.

GOVERNO faz o maior aperto fiscal desde 99. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 18 dez. 2005. Caderno Dinheiro, p. B1.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições*: uma figura "*sui generis*". São Paulo: Dialética, 2000.

GREGGIANIN, Eugenio. *Gestão fiscal e orçamentária e o papel do Congresso Nacional*: alterações nas variáveis fiscais: subsídios para a reforma orçamentária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/conteudo/agenda/MNP85g0iMFiERqmd919kwtAP01cDVK3x/gesto%20oramentria%20-%20altera%20es%20no%20CN%20-%20versao%2016-05.doc>. Acesso em: 12 set. 2005.

GURVITCH, Georges. *Elementos de sociologia jurídica*. Tradução de José M. Cajica Jr. México: Editorial José M. Cajica Jr., 1948 a*pud* VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 16.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987a.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, v. 3, p. 105-122, jan./jun. 1995.

HABERMAS, Jürgen. Um perfil filosófico-político. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, p. 77-102, set. de 1987b. Entrevista.

HERMANN, Jennifer. A macroeconomia da dívida pública: notas sobre o debate teórico e a experiência brasileira recente (1999-2002). *Cadernos Adenauer – Dilemas da Dívida*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 41-70, nov. 2002.

HERMANN, Jennifer. O "*trade off*" do crescimento no Brasil nos anos 1990-2000. *Econômica – Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 261-289, dez. 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indicadores IBGE*: contas nacionais trimestrais: indicadores de volume e valores correntes. 3. trim. 2005. Rio de Janeiro: Fundação IBGE, jul./set. 2005.

JURUÁ, Ceci Vieira. *Orçamento federal 2005*: vícios e virtudes. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.outrobrasil.net>. Acesso em: 16 maio 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Fontes Martins, 1994.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 49, n. 2, p. 5-31, abr./jun. 1998.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Unicamp; Instituto de Economia; Ed.UNESP, 2002.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. Tradução livre por Menelick de Carvalho Netto, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética: 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. As contribuições no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; ICET, 2003. p. 269-307.

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Apresentação. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 07-25.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 50, n. 1, p. 05-36, jan./mar. 1999.

MALDONADO FILHO, Eduardo. Autonomia do Banco Central, desenvolvimento e democracia. In: PAULA, João Antonio de (Org.). *A economia política da mudança*: os desafios e equívocos do inicio do governo Lula. Belo Horizonte: Autêntica, 2003. p. 109-122.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 14, n. 27, p. 79-87, mar. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O grande perigo do governo FHC. *Caros Amigos*, São Paulo, n.31, p. 17-20, out. 1999b. Entrevista.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. I, p. 51. §17, n. 6 *apud* MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética: 2005.

MOISÉS, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v.5, n.16, p. 47-86, mar. 1989.

MONTORO FILHO, André Franco; TROSTER, Roberto Luis. Introdução à teoria monetária. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (Org.). *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 341-364.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo*: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NÓBREGA, Maílson *et. al*. Idéias para salvar o orçamento. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 29 fev 2002.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Reforma administrativa ou reforma do Estado. *Perspectivas – Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 12-13, p. 1-18, jun. 1989-1990.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil*: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

NUNES, Selene Peres (Org.). *Programa nacional de treinamento*: manual básico de treinamento para municípios. 2. ed. Brasília: MPOG; BNDES; CEF, 2002.

NUNES, Selene Peres. *Reforma orçamentária*: riscos e oportunidades. Brasília: INESC, abr. 2005. (Nota Técnica; n. 96).

NUNES, Selene Peres. *Relacionamento entre Tesouro Nacional e Banco Central*: aspectos da coordenação entre as políticas fiscal e monetária no Brasil. 1999. 159 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. *Journal of Democracy*, v. 9, n. 3, p. 112-126, 1998a.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998b.

OLIVEIRA, Francisco Maria Cavalcanti de. Democratização e republicanização do Estado. *Revista Teoria e Debate*, São Paulo, v. 16, n. 54. jun./ago. 2003. Disponível em: <http://www.fpa.org.br/td/td54/td54_ensaio1.htm>. Acesso em: 03 dez. 2003.

OREIRO, José Luis da Costa *et al*. *Uma análise da proposta de déficit nominal zero*. Estudo realizado para a Presidência da Federação das Indústrias do Estado do Paraná pelo Grupo de Estudos de Macrodinâmica do Desenvolvimento do Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.economia.ufpr.br/pos/grupos>. Acesso em: 26 dez. 2005.

PAULSEN, Leandro. Contribuições no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 366-390.

PÊGO FILHO, Bolívar; PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *Os passivos contingentes e a dívida pública no Brasil*: evolução recente (1996-2003) e perspectivas (2004-2006). Brasília: IPEA, 2004. (Texto para discussão, 1007).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Cadernos Mare da Reforma do Estado*, Brasília, n. 1, 1997.

PINTO, Élida Graziane. Organizações sociais e reforma do Estado no Brasil: riscos e desafios nesta forma de institucionalizar a parceria Estado-sociedade organizada. In: CONCURSO DE ENSAYOS Y MONOGRAFÍAS SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 14., 2000. *Documentos debate*: Estado, adminstración pública y sociedad. Caracas: CLAD, abr. 2001. p. 47-82. (Ensayos Ganadores, n. 6).

PIRES, Maria Coeli Simões. *A revisão paradigmática do Estado e do direito*: *um exercício em prol da democratização do sistema administrativo*. Belo Horizonte, 2002. Mimeografado.

PLANO diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995.

PLATÃO. *A república*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

POCHMANN, Marcio. *Déficit público nominal zero e custos sociais*. Campinas, 2005a. Mimeografado.

POCHMANN, Marcio. *Evidências recentes na relação entre gasto social e desigualdade de renda no Brasil*. Campinas, 2005b. Mimeografado.

POCHMANN, Marcio. Gastos sociais, distribuição de renda e cidadania: uma equação política. *Econômica – Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 109-113, jun. 2003.

POLÍTICAS SOCIAIS: acompanhamento e análise, Rio de Janeiro, n. 8, fev. 2004. Suplemento.

PRADO, Ney. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988*: subsídios à revisão constitucional. São Paulo: IL/Inconfidentes, 1994.

PROCÓPIO, Daniela Maria. *Reflexões sobre a aplicação do princípio da solidariedade à figura das contribuições sociais no contexto evolutivo do modelo de Estado democrático de direito*. 2004. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. *Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa*. Disponível em: <http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/EfetivD.Sociais.doc>. Acesso em: 26 dez. 2005.

REIS, Fábio Wanderley. Constituição, pacto e poder: ou de uma Constituição a outra melhor com engenho e sorte. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.1, n. 1, p. 22-29, jun. 1986.

SADECK, Francisco; GERIN, Álvaro; VALLE, Bruno. *Contingenciamento*: necessidade tributária ou instrumento da política econômica?. Brasília: INESC, maio 2005. (Nota Técnica; 98).

SAMPAIO, Junia Roberta Gouveia. *O abuso do poder de legislar na desvinculação das contribuições para seguridade social*. 2004. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário ) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. In: SEMINÁRIO SOBRE SOCIEDADE E REFORMA DO ESTADO, promovido pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) em São Paulo, de 26 a 28 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/Boaventura.PDF>. Acesso em: 20 set. 1998.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987. p. 33-63.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Gênese e apocalipse: elementos para uma teoria da crise institucional Latino-Americana. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 20, p. 110-118, mar. 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 dez. 2005.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. 2 v.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SICSU, João. Rumos e definições da política econômica brasileira: do plano A de FHC para o plano A+ de Lula. In: PAULA, João Antonio de (Org.) *A economia política da mudança*: os desafios e os equívocos do início do governo Lula. Belo Horizonte: Autêntica, 2003. p. 87-108.

SICSÚ, João; PAULA, Luiz Fernando; MICHEL, Renaut. *Novo-desenvolvimentismo*: um projeto nacional de crescimento com eqüidade social. Barueri, SP: Manole; Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005. 425 p.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. Controle difuso de constitucionalidade como salvaguarda do Estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 50, n. 1, p. 37-74, jan./mar. 2004.

SOARES, Laura Tavares; SETÚBAL, Mariana. O debate sobre o gasto social do governo federal ou "os economistas da Fazenda atacam outra vez". *Econômica – Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 91-100, jun. 2003.

SOUZA, Amaury de; LAMOUNIER, Bolívar. A feitura da nova Constituição: um reexame da cultura política brasileira. *Planejamento e Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 17-38, dez. 1989.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Contribuições sociais. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética: ICET, 2003. p. 251-268.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 277 p.

STARK, David; BRUSZT, Laszlo. *Enabling constraints*: fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 36, fev. 1998.

SUPERAVIT primário recua para 5,5% do PIB. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 dez.2005. Caderno Dinheiro, p. B3.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos*: escolha racional no campo da política comparada. São Paulo: EDUSP, 1998.

VAZ, Flávio Tonelli. *Juros incompatíveis com o desenvolvimento*. Brasília, 2004. Mimeografado.

VIANA, Arizio de. *Orçamento brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Financeiras, 1950.

VIANNA, Luiz Werneck . *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-45, 149-156.

VIEIRA, Oscar de Vilhena. A Constituição como reserva de Justiça. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, p. 53-98, set./out. 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

WACQUANT, Löic. J. D.; CALHOUN, Craig Jackson. Interesse, racionalidade e cultura. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 76-100, fev. 1991.

Esta obra foi composta pela Mosaico Produções Gráficas para a Escola Superior Dom Helder Câmara em fonte Palatino Linotype corpo 11 / Myriad Pro 13, impressa em papel Offset 90g (miolo) e Supremo 250g (capa) pela Gráfica e Editora O Lutador. Belo Horizonte/MG, junho de 2010.

Financiamento_completo.indd 404 8/6/2010 00:53:25