



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

VERA LAGES SARMENTO ALBUQUERQUE MARQUES

**PERDURA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO: ANÁLISE
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FENÔMENO DE REFORMA DA
CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

MACEIÓ – AL

2023

VERA LAGES SARMENTO ALBUQUERQUE MARQUES

**PERDURA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO: ANÁLISE
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FENÔMENO DE REFORMA DA
CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para Defesa do Mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Ivo

MACEIÓ – AL

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

VERA LAGES SARMENTO ALBUQUERQUE MARQUES

**PERDURA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO: ANÁLISE
DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FENÔMENO DE REFORMA DA
CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para Defesa do Mestrado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Ivo
Universidade Federal de Alagoas

Examinador Interno: Prof. Dr. Basile Georges Campos Christopoulos
Universidade Federal de Alagoas

Examinador Interno: Prof. Dr. Manoel Cavalcante de Lima Neto
Universidade Federal de Alagoas

Examinador Externo: Bruno Emanuel Tavares de Moura
Universidade Tiradentes

À Luiz Eduardo, meu amor incondicional, e ao
amigo e Professor Gabriel Ivo.

AGRADECIMENTOS

Entre os anos que separam a seleção e a defesa a vida segue com seus altos e baixos, marcada por mudanças boas e outras nem tanto, o que nos exige fé e, acima de tudo, coragem.

A Luiz Eduardo os agradecimentos são muitos. É quem me dá propósito, me faz perseverar nas constantes adaptações de rotina, me permite a paz e leveza necessárias para seguir com meus projetos pessoais e profissionais, sempre confiando em minhas conquistas.

A meus pais, agradeço os ensinamentos e esforços até hoje empregados em minha formação e educação.

A Fabiana e Paulo, profissionais ímpares que me acolheram, agradeço a genuína preocupação com meu bem-estar.

Carla, Paula e Larissa, inicialmente colegas de jornada, hoje fazem parte de meu cotidiano. Em seus nomes agradeço a turma pelo compartilhamento das alegrias e dificuldades durante a escrita, me ensinando com sua dedicação e inspirando com suas histórias.

Aos amigos de vida agradeço a torcida, o ombro e a companhia. Não poderia deixar de destacar Wanessa e Fábio, amigos já mestres que, correlacionando suas trajetórias acadêmicas às minhas inclinações, sugeriram, torceram e contribuíram sobremaneira para o mestrado.

Aos colegas de trabalho, da SEFAZ e da PFE, agradeço os ensinamentos e a compreensão durante o tempo de estudo.

A FAPEAL, agradeço o apoio financeiro durante parte da pesquisa.

Também sou grata aos Professores do programa, cujas discussões e direcionamentos não só trouxeram novo enfoque ao tema, mas me proporcionaram acesso a conteúdos que não teria obtido na rotina da aplicação do direito.

Por fim, deixo aqui uma singela homenagem ao meu orientador. Gabriel Ivo foi responsável por meu encantamento com o Direito Financeiro desde a graduação, o que inevitavelmente conduziu à vontade de perseguir o mestrado a vista da certeza de que ainda há muito conhecimento a ser compartilhado, certeza esta que permanecerá comigo. Minha admiração por Gabriel Ivo transborda a academia, muito aprendo com seu modo de ver a vida; com seu apreço pela literatura, pelas artes, pela cultura popular e pela simplicidade; e, como não poderia deixar de ser, com sua discreta elegância, tão genuína que prescinde ser gritada dos telhados, facilmente acessível àqueles que tem a sorte de sua companhia. Sorte mesmo, tem Maria Clara.

O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim:
esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e
depois desinquieta. O que ela quer da gente é
coragem.

(Guimarães Rosa).

RESUMO

O processo de constitucionalização representou uma mudança em duas frentes no que toca ao protagonismo da Constituição enquanto centro do sistema jurídico. De um lado trouxe para o texto constitucional as fontes de cada matéria, de modo que a Constituição, não mais restrita a normas de organização do poder estatal, passa a contar com “subconstituições”, caso da Constituição Financeira. Doutra banda, a maior proteção conferida aos direitos fundamentais fez com que estes irradiassem para o Direito como um todo, passando a influenciar diretamente na aplicação do Direito mesmo que nas relações entre particulares. Ainda assim, sempre há uma necessidade inerente de atualização do texto, o que não conduz à diminuição do protagonismo constitucional, mas à sua permanência. No caso da Constituição de 1988, a alteração ocorre por meio de emendas constitucionais, em respeito a limites pré-definidos pelo próprio texto. Ocorre que nos últimos anos vem se observando uma reforma da Constituição Financeira por meio de emendas esparsas, uma constitucionalização em seu sentido de inclusão de normas, cuja constitucionalidade se analisa tendo por base a lente de interpretação dos direitos fundamentais, diante da premissa do Estado enquanto realizador das necessidades públicas.

Palavras-chave: Constitucionalização; Reforma Constitucional; Direito Financeiro; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The term constitutionalisation describes two different phenomena regarding the constitutions. First of all, it represents the increase of subjects within the Constitution, as opposed to the stance that used to consider the state organization as its prior concern. Therefore, subjects such as the Budget Law are now treated directly in the text, leading to the doctrine that there is now a Budget Constitution inside the Constitution itself. Furthermore, constitutionalisation can also be used to describe the observation of the constitutional norms by all instances of public power and private relations, whose procedures have to comply with the constitutional rights doctrine. The fact that the constitutions tend to allow amendments to its own texts does not diminish this protagonism, quite the opposite, changes may contribute to ensure its survival throughout different times. Resuming to the topic of the Brazilian Budget Constitution, several amendments have been approved over the years, leading to a constitutionalisation in its first meaning, as an increase of norms in the Constitution. Based on this premise, this study aims to analyse if those changes are also honoring the phenomenon that ensures the observation of the constitutional rights.

Key words: Constitutionalisation; Budget Law; Fundamental Rights; Constitutional Reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CONFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IVA	Imposto sobre Valor Agregado
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MDE	Manutenção e Desenvolvimento do Ensino
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
OMS	Organização Mundial da Saúde
PEC	Propostas de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
PLP	Projeto de Lei Complementar
PPA	Plano Plurianual
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
2.1	SISTEMA DE REFERÊNCIA.....	13
2.1.1	O que se entende por Constituição.....	13
2.1.2	O que se entende por constitucionalização.....	15
2.2	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	18
2.2.1	Constitucionalização x força normativa.....	18
2.2.2	A mudança de paradigma promovida pela CF/88.....	21
3	A CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA DENTRO DA CONSTITUIÇÃO TOTAL	23
3.1	A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO.....	23
3.1.1	Separação histórica entre direito financeiro e direito tributário.....	23
3.1.2	A relação entre direito financeiro, ciência das finanças e atividade financeira.....	25
3.1.3	A atividade financeira do Estado e o “círculo financeiro”.....	25
3.2	DELINEAMENTOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	29
3.3	A CONSTITUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA AO LADO DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	32
3.3.1	Delineamentos do orçamento público.....	32
3.3.2	Leis orçamentárias em espécie.....	34
3.3.3	O orçamento é mera peça política?.....	38
3.4	FREIOS, CONTRAPESOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS.....	40
4	O PROCESSO DE REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA	44
4.1	APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	44
4.1.1	Haveria conflito entre permanência e alteração da Constituição?.....	44
4.2	Mutação x reforma constitucional.....	47
4.3	LIMITES DA REFORMA POR EMENDA CONSTITUCIONAL.....	50
4.3.1	Emendas constitucionais x cláusulas pétreas.....	50

4.3.2	Emendas constitucionais x fraude à Constituição	56
4.4	TEM LUGAR A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	57
4.4.1	Reforma financeira x reforma tributária.....	57
4.4.2	A Emenda Constitucional n. 95/2016 (Teto de gastos).....	60
4.4.3	A Emenda Constitucional n. 106/2020 (Orçamento de Guerra)	62
4.4.4	A Emenda Constitucional n. 109/2021	63
4.4.5	As Emendas Constitucionais n. 113 e 114/2021 (Emendas dos Precatórios)	64
4.4.6	A Emenda Constitucional n. 119/2022	64
5	CENÁRIO ATUAL: SUBVERSÃO OU PROGRESSO?	66
5.1	RETORNO À DISCUSSÕES FUNDAMENTAIS	66
5.1.1	Regra fiscal só terá força se estiver na Constituição?	66
5.1.2	Os fins constitucionais da atividade financeira x o teto de gastos	67
5.1.3	As reformas financeiras frente à cláusula pétrea dos direitos fundamentais.....	73
5.1.4	A Constituição Dirigente x A Constituição Dirigente Invertida	79
5.2	ALGUMAS SOLUÇÕES NO PORVIR	85
5.2.1	Edição de novas emendas constitucionais/leis para correção	85
5.2.2	Maior atuação do STF na guarda da Constituição	87
5.3	À GUIA DE CONCLUSÃO: A ERA DA INCONSTITUCIONALIDADE CONVENIENTE.....	90
6	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

Desde o teto de gastos instituído pela Emenda n. 95/2016, tem-se observado um incremento de normas de cunho financeiro e orçamentário no texto constitucional por meio de sucessivas alterações. Vem se conferindo uma função instrumental peculiar à Constituição Financeira, impregnada de detalhadas previsões de gestão fiscal até então delegadas à Lei Complementar do art. 163 da Constituição Federal (CF) de 1988.

A partir do momento em que a alteração da Constituição Financeira exige ajustes nos orçamentos, fica para o gestor a tarefa de compatibilizar as necessidades individuais e as necessidades coletivas com o que prescreve a Constituição, o que pode vir a impactar na própria satisfação dos direitos fundamentais.

O presente estudo objetiva delimitar o fenômeno que se apresenta, contextualizando o maior prestígio conferido às Constituições Financeira e Orçamentária e o posterior cenário de alteração com vistas a estabelecer sua compatibilidade com o que foi disciplinado pelo constituinte originário, mesmo porque o tema da reforma constitucional é dinâmico e permanece em aberto, mas não ilimitado.

Uma vez delineado o sistema de referência, o primeiro capítulo parte de um estudo acerca da constitucionalização, processo que trouxe temas afeitos às mais diversas áreas para o núcleo constitucional, antes limitado à regulação da conduta das instâncias de poder e ao processo de criação de outras normas. Preocupada em garantir os direitos que disciplina, a Constituição passa a ser vista como uma chave hermenêutica para a aplicação do Direito.

O segundo capítulo objetiva analisar como esse processo teve impacto no direito financeiro diante da concepção de uma teoria da Constituição Financeira, preocupada em enxergar os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional financeiro, ou seja, a partir de seu custeio. Na medida em os direitos que se realizam na prática por meio do orçamento público, segue-se delineando a Constituição Orçamentária.

O terceiro capítulo cuida das razões que levam à alteração de uma Constituição diante de seu prestígio no ordenamento; das formas de alteração possíveis; e dos limites trazidos pelo texto. A pesquisa singulariza algumas das emendas constitucionais promulgadas entre 2016 e 2022 a título de corte metodológico, posto que não se pretende esgotar as alterações, mas exemplificar o cenário de contínua alteração.

O quarto capítulo propõe uma análise da pertinência dessas alterações com os direitos e garantias que a Constituição visou proteger de forma especial, mormente no que toca ao alcance da cláusula pétreia trazida pelo art. 60, § 4º, inciso IV. Pretende-se verificar se o direito

financeiro vem sendo utilizado para concretizar os ditames da ordem constitucional, em atenção ao custeio progressivo dos direitos fundamentais, ou se o fenômeno em alguma medida ofende os objetivos e fundamentos da Constituição, enfraquecendo o texto original e, por conseguinte, configurando um retrocesso face à anterior constitucionalização.

Em que pese alguns doutrinadores já tenham sinalizado a necessidade de se dar atenção às reformas financeiras, também sendo possível encontrar análises esparsas acerca das emendas constitucionais de ajuste fiscal, pouco se falou acerca da constitucionalidade do processo de alteração da Constituição Financeira em si, o que se pretende verificar tendo por base a lente de interpretação da CF/88 enquanto garantidora dos direitos fundamentais que disciplina.

O trabalho foi construído por meio do estudo teórico do tema conforme o tratamento dado aos institutos pela doutrina, utilizando-se o método lógico-indutivo. Teve por base livros de direito financeiro, constitucional e tributário, bem como artigos específicos e periódicos acerca do processo de constitucionalização, da constitucionalização do Direito Financeiro e das emendas constitucionais em específico.

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 SISTEMA DE REFERÊNCIA

2.1.1 O que se entende por Constituição

A definição de Constituição, assim como seu papel no ordenamento jurídico, não é unívoca, tendo percorrido um longo caminho na história desde que se passou a conceber a institucionalização do poder. Desse modo, antes que se adentre no tema, tem-se por oportuna uma breve digressão da definição pela ótica das matérias historicamente reguladas pelo diploma constitucional.

Em que pese as constituições tenham sido associadas à configuração do poder desde o a Antiguidade clássica, a ideia moderna de Constituição, com sentido, forma e conteúdo próprios, pode ser atribuída às revoluções liberais. A concepção de uma Constituição escrita nasceu como forma de limitar o poder e garantir direitos por meio de documentos concebidos para consolidar as liberdades fundamentais.¹

Considerando que a maior parte dos países europeus vivia sob a égide de monarquias constitucionais no século XIX, o núcleo essencial das Constituições disciplinava a repartição e os limites do poder estatal, inclusive limites relativos aos direitos individuais em face do Estado, preocupando-se precipuamente em organizar as instituições². Ocorre que a anterior liberdade política não solucionava as contradições sociais, deixava à margem os desapossados de bens, modelo que acabou entrando em crise³.

O Estado liberal, com ênfase na organização do Estado e na proteção de um conjunto limitado de direitos de liberdade, cede espaço ao Estado social, dando assento constitucional aos direitos ligados à promoção da igualdade material e ampliando as tarefas a serem desempenhadas pelo Estado tanto no plano econômico como no plano social⁴.

Direitos econômicos, sociais e culturais passam a fazer parte da Constituição, que adquire novos conteúdos ao se preocupar com a igualdade material da pessoa humana, voltando-se a garantia das liberdades públicas⁵. Tem lugar a busca do equilíbrio entre soberania popular e direitos fundamentais resguardados pelo texto constitucional⁶.

¹ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 66.

² BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 89.

³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 184.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 98.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 62ss.

Trata-se de um estado intervencionista, que requer a presença do poder político nas esferas sociais⁷. É o que explica Paulo Lôbo:

O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade)⁸.

A Constituição passa a disciplinar temas afeitos à esfera privada, para além do funcionamento das instituições, fazendo com que discussões a respeito da natureza jurídica pública ou privada dos ramos do direito positivo percam força. Também a clássica distinção entre interesse público e interesse privado perde força, na medida em que o interesse público deixa de se confundir com o interesse social, podendo estar interligado ao interesse privado em determinadas situações⁹.

Não se trata de uma substituição da concepção anterior, mas de fases de um mesmo constitucionalismo a partir da inclusão de novos conteúdos. A Constituição é enriquecida a medida em que se incorporam novos direitos fundamentais, tanto que para José Afonso da Silva já é possível verificar um constitucionalismo solidário aliado ao constitucionalismo social, fases de um mesmo fenômeno verificadas ao longo do tempo¹⁰.

Definição similar pode ser encontrada em Gilberto Bercovicci, para quem a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade num dado período histórico, estabelecendo os pressupostos do ordenamento jurídico e fixando os princípios e diretrizes e as tarefas do Estado, tanto no que toca à vida estatal como às bases da vida não-estatal¹¹.

Marcelo Neves, por sua vez, coloca como definição possível para a Constituição moderna a representação da diferenciação funcional entre direito e política, enquanto subsistemas apartados. O autor entende que a Constituição impediria o bloqueio do sistema

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 196.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Instituto Brasileiro de Direito da Família, Belo Horizonte, 23 mar. 2004. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>>. Acesso em: 15 ago 2023.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74

¹¹ BERCOVICCI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r142-06.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

jurídico “pelas mais diversas e incompatíveis expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu ambiente”¹², protegendo o ordenamento de variáveis políticas externas.

Em suma, a Constituição deixa de ser considerada um documento meramente descritivo das instituições e passa a ser um ato de vontade, de criação, que passa a influenciar não só sua ordenação¹³, como também a vida dos administrados. Também a aplicação das normas infraconstitucionais passa a ser influenciada, submetida aos fundamentos de validade estabelecidos constitucionalmente¹⁴.

2.1.2 O que se entende por constitucionalização

Em dado momento, temáticas de direito do trabalho, direito financeiro e até mesmo direito civil, antes tido como essencialmente privado, passam a integrar a Constituição¹⁵. Ao trazer para o texto constitucional aspectos concernentes aos principais ramos do direito, o processo de constitucionalização ascendeu a Constituição ao centro do sistema jurídico para além de uma ótica meramente formal.

Na medida em que novas questões foram positivadas, coube à ciência do direito encontrar novas formas de interpretação, de modo que a interpretação das normas infraconstitucionais ganha nova roupagem, passando a ser analisadas sob o enfoque constitucional¹⁶. Com base nesse enfoque, a constitucionalização ampliou o processo hermenêutico¹⁷.

José Afonso da Silva explica a hermenêutica como a sistematização das regras de interpretação, auxiliando na determinação do sentido e do alcance das expressões empregadas no direito.¹⁸ Em outras palavras, a constitucionalização deu lugar a uma releitura do

¹² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 72.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 90.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022. p. 3.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 722.

ordenamento jurídico de acordo com os paradigmas da Constituição, que passa a ser valorizada como fundamento de validade que é¹⁹.

Paulo Lôbo aponta que a Constituição era comumente interpretada segundo os ditames do Código Civil, sendo possível perceber a mudança de paradigma na medida em que a Constituição passa a ser o fundamento de validade para o Código, e não mais o contrário. O autor coloca que a constitucionalização também representou a elevação dos princípios fundamentais, antes setorializados, ao plano constitucional, vistos como fins a serem perseguidos na feitura e aplicação do direito²⁰.

O reconhecimento de dois sentidos para o fenômeno, como aqui se coloca, também é apontado por Daniel Sarmento, para quem a constitucionalização promoveu “não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais - a chamada filtragem constitucional do Direito”²¹. A Constituição, mais do que orientar o funcionamento do Estado, é entendida como uma chave hermenêutica, orientando a feitura e interpretação de outras normas com base nos objetivos e fundamentos.

Diferenciar os sentidos importa, conforme lição de Ricardo Lobo Torres²², na medida em que cada definição atribuída ao termo implica em uma sorte diferente de problemas. Do status constitucional conferido aos diversos ramos do Direito, regulados de forma direta pela própria Constituição, nasceria a discussão das “subconstituições”: a Constituição passa a conter a subconstituição política, a financeira, a administrativa, a social etc.

Paulo Lôbo explica que “a ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2022. p. 16.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

²¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022. p. 7.

²² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

direitos autorais, o direito do consumidor”²³. Não se trata propriamente de uma subtração de competências do legislador infraconstitucional, mas de diretrizes com vistas a orientar cada um dos ramos.

Consistem em microssistemas separados de forma mais didática do que literal, vez que integram a Constituição Total. Relacionam-se à ideia de lente interpretativa, irradiando os princípios e direitos fundamentais para as relações a fim de que se concretizem também entre particulares²⁴. Agora constitucionalizados, os princípios fundamentais devem ser observados não só na aplicação da legislação infraconstitucional, como também passam a orientar a atuação dos cidadãos e dos tribunais²⁵.

Já para Eduardo Bastos Furtado de Mendonça, em que pese o sentido mais óbvio do termo constitucionalização se refira ao tratamento de questões de forma direta pela Constituição, interessa mais tratar o termo sob o enfoque de releitura da ordem jurídica à luz da Constituição²⁶. Tal releitura seria uma decorrência natural do reconhecimento de força normativa e supremacia às normas constitucionais, consideradas como o vetor interpretativo dos demais atos jurídicos²⁷.

Dessa diferenciação extrai-se a importância de se promover o estudo do fenômeno de alteração da Constituição Financeira, verificando se essa maior constitucionalização seria um avanço ou recuo da proteção de direitos anteriormente estabelecida. Ao analisar a opção do constituinte reformador por regular as finanças públicas de forma pormenorizada dentro do texto constitucional, objetiva-se constatar em que medida essa atuação está em consonância com a constitucionalização em seu sentido outro, partindo da lente interpretativa do texto constitucional, ou se em alguma medida as reformas financeiras contrariam a Constituição.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Instituto Brasileiro de Direito da Família, Belo Horizonte, 23 mar. 2004. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>>. Acesso em: 15 ago 2023.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 260.

²⁵ *Ibidem*. p. 260ss.

²⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 123.

²⁷ *Ibidem*, p. 124.

2.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

2.2.1 Constitucionalização x força normativa

O reconhecimento da força normativa das Constituições pode ser tido como um fenômeno recente, atribuído à constitucionalização da ordem jurídica²⁸ em seu sentido de irradiação. Diante do maior prestígio conquistado pelo diploma constitucional, valorizado dentro do ordenamento numa perspectiva de centralidade, a necessidade de observância dos direitos fundamentais passou a ser aplicável às mais variadas discussões, assim como as noções de princípio e ponderação²⁹. Mas nem sempre foi assim.

Não sendo capazes de impor tarefas³⁰, as Constituições enunciavam direitos sem que houvesse qualquer garantia de sua implementação na prática. No caso português, mais especificamente da Constituição Portuguesa de 1976, sua promulgação impôs aos constitucionalistas o desafio de conferir conformação e legitimidade jurídica ao texto constitucional diante da reação de constitucionalistas tradicionais que viam um caráter dúplice em seu texto, sendo parte liberal e parte programática, de modo que estaria fadada ao descumprimento³¹.

Foi a partir disso que José Joaquim Gomes Canotilho enunciou sua teoria da Constituição Dirigente, buscando demonstrar a unidade da Constituição, seu valor normativo e o caráter vinculante do conjunto de suas proposições, assim como a necessidade de uma interpretação e aplicação integrada de seus preceitos. Para a teoria, a definição de Constituição só poderia ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica que a rodeia³².

É a partir da ótica do Estado buscando se legitimar como Estado Social que tem lugar a noção de Constituição Dirigente ou programática, enquanto Constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade baseando-se também na busca da transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico. Néviton Guedes coloca

²⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022. p. 3.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 410.

³⁰ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

³¹ GUEDES, Neviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. **ConJur**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

³² *Ibidem*.

que em certa medida foi o mesmo problema que a Constituição Brasileira de 1988 enfrentou inicialmente, vez que se entendia, sobretudo no que toca aos direitos sociais, que suas normas não teriam conteúdo vinculante³³.

Assim como no caso português, não se reclamavam mais direitos, mas garantias da implementação desses direitos, de modo que a doutrina de Canotilho era tida como aplicável à CF/88. Posteriormente, Canotilho abandonou sua tese, o que gerou indignação e deu lugar à sua participação num evento em Curitiba com o fito de discutir a teoria da Constituição Dirigente com constitucionalistas brasileiros³⁴.

Dentre eles estava Gilberto Bercovici, que passou a questionar a existência de uma Teoria da Constituição específica para cada realidade constitucional, de modo que o problema não deveria ser enfrentado por Canotilho, mas aqui, vez que concernente ao que se entende frente a realidade brasileira. Para o autor, não seria importante o abandono ou não da Teoria da Constituição, mas a volta da preocupação com o Estado³⁵.

Na visão de Lenio Streck, a maior conquista da Teoria da Constituição Dirigente foi a Constituição passar a valer como norma, de modo que o constitucionalismo dirigente e suas variantes, ainda que não tenha sido capaz de conferir a garantia esperada, teve importância para a construção de teses aplicáveis até hoje aos direitos fundamentais, como a proibição do retrocesso social³⁶.

O princípio da proibição do retrocesso relaciona-se ao reconhecimento de maior força à Constituição por impor uma proteção eficiente dos direitos fundamentais pelo poder de reforma, pelo legislador ordinário e pelos demais órgãos estatais, não sendo possível adotar decisões a implicar a supressão ou restrição da concretização desses direitos. Preserva-se o núcleo essencial da Constituição de medidas contrárias à máxima efetividade, do qual é corolário.³⁷

³³ GUEDES, Neviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. **ConJur**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 77.

³⁵ *Ibidem*, p. 77.

³⁶ STRECK, Lenio. Rumo a Norundi, a bordo da CDI – Constituição Dirigente Invertida. **ConJur**, 27 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

³⁷ BELLEGARDE, Marina Tanganelli. **O Direito Financeiro e a Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 77.

Não se trata de norma absoluta, a exigir a realização de direitos na mesma intensidade em qualquer circunstância, mas de um direcionamento para que os recursos escassos e as escolhas políticas observem as necessidades básicas daquela população. À título de exemplo, pode-se verificar a necessidade de um maior dispêndio com transporte público em determinado momento e, após, diminuir o gasto para priorizar a questão da moradia³⁸

Também buscando explicar a efetividade da Constituição, o jurista e juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão Konrad Hesse enunciava que, apesar da relação de coordenação da “Constituição real”, qual seja, a Constituição realizada na prática, com a “Constituição jurídica”, a subsistência da Constituição Jurídica não dependeria daquela, possuindo significado próprio ainda que suas ordens não se concretizassem³⁹.

Conforme a teoria do autor, apesar da Constituição não ser capaz de realizar tarefas per se, ganharia força ativa sempre que as ordens impostas forem realizadas; que existir a disposição de orientar as próprias condutas segundo a ordem constitucional; e até mesmo quando for possível identificar a mera vontade de concretizar a ordem⁴⁰. Mas a pretensão de ser eficaz, repise-se, seria elemento autônomo, dissociado da realidade do Estado⁴¹.

Sendo a Constituição jurídica autônoma, capaz de orientar a aplicação das demais normas, conseqüentemente abre-se espaço para uma maior atuação do Poder Judiciário através da judicialização de questões políticas e sociais com base no descumprimento das Constituições, colocando-o ao lado do Legislativo e do Executivo não só como instituição técnica, mas também política⁴².

Em outras palavras, a partir do momento em que as Constituições ampliam seu conteúdo material para além da organização do poder entre as instituições, submetendo-as a uma atuação positiva conforme os ditames constitucionais, e essas deixam de observar a competência que lhe foi atribuída, a sociedade poderá recorrer ao Judiciário a fim de ver realizada essa atuação⁴³.

José Afonso da Silva coloca que o fundamento de validade da constituição perpassa pela legitimidade, tanto quanto à origem da Constituição (legitimidade formal) como no que diz

³⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual**: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 310.

³⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 19.

⁴¹ *Ibidem*, p. 15.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 410.

⁴³ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 119.

respeito ao conteúdo (legitimidade material). Na legitimidade formal inclui-se a legitimidade do procedimento, derivada da soberania popular, enquanto o sentido material relaciona-se à concordância com o respectivo sistema de valores. A constituição seria um repositório de valores dominantes na comunidade a que se destina⁴⁴.

2.2.2 A mudança de paradigma promovida pela CF/88

A Constituição Federal de 1988 abarcou temas pertencentes aos vários ramos do Direito que antes não se encontravam alçados a um status constitucional, mas tratados pela legislação infraconstitucional. Ademais, tratou de diversos princípios como nenhuma outra até então, trazendo um título próprio dedicado aos direitos e garantias fundamentais e enfrentando a tradição de falta de efetividade dos direitos ao procurar instituir meios para sua concretização⁴⁵.

Passa-se a reconhecer até mesmo a inconstitucionalidade por omissão. Guardadas as diferenças, o conceito é correlato à proibição do retrocesso, na medida em que ambos implicam na concretização aquém de uma norma constitucional. Enquanto na omissão o legislador mantém postura inerte, ou age de modo insuficiente ao grau de concretização da norma constitucional (omissão parcial), no retrocesso volta atrás em sua ação.⁴⁶

Essa constitucionalização atribuída a CF/88, tomada aqui em seu sentido de constitucionalização das fontes de cada matéria, alçou-a a um patamar não só de supremacia formal, mas também material e axiológica. As normas infraconstitucionais passaram a ser vistas sob a ótica do direito constitucional, segunda faceta do processo de constitucionalização, enquanto promoção de uma filtragem constitucional do direito⁴⁷.

A Constituição passa a ser uma espécie de lente para que se olhe os demais ramos do Direito⁴⁸, trazendo uma pluralidade de subconstituições ou subsistemas⁴⁹. Dentro desse movimento também ganha força a constitucionalização do direito financeiro, a ponto de se

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 202.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 495.

⁴⁶ BELLEGARDE, Marina Tanganelli. **O Direito Financeiro e a Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 69.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022. p. 7.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 390.

⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 261.

passar a conceber a noção de “Constituição Financeira”, tida como a parcela material da Constituição destacada pelos delineamentos da atividade financeira com base num enfoque de concretização de direitos, atenta aos fins constitucionais e aberta para a realidade de interconstitucionalidade entre os demais subsistemas da Constituição⁵⁰.

Trata-se de um destaque doutrinário das normas afeitas às finanças públicas dentro do texto constitucional, voltadas à obtenção de receitas e à realização dos gastos em conjunto ao atendimento das necessidades públicas⁵¹. Em certa medida, tal movimento se desenvolveu em conjunto à noção de orçamento público, também abordado mais amplamente na Constituição de 1988⁵².

⁵⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 76.

⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 3.

⁵² PISCITELLI, Thatiane. **Direito Financeiro**. São Paulo: Método, 2018. p. 4.

3 A CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA DENTRO DA CONSTITUIÇÃO TOTAL

3.1 A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

3.1.1 Separação histórica entre direito financeiro e direito tributário

Por mais que a ciência separe o direito em diferentes áreas para melhor compreendê-lo, ao fim e ao cabo sempre haverá uma intertextualidade interna, tanto na relação entre determinado ramo frente à teoria geral como frente às demais áreas. A par dessas constatações, Celso de Barros Correia Neto pontua que a forma como se separam e organizam as disciplinas tem o condão de repercutir em seus objetos:

Na organização interna do conhecimento jurídico, a divisão entre “ramos” ou “disciplinas jurídicas”, como preferimos designar, desempenha papel fundamental. Ao traçar balizas e definir contornos dos diferentes segmentos do discurso jurídico e designar a posição adequada de cada objeto no interior de cada compartimento, operam também como princípio de interdição ou exclusão: repelem aquilo que não é pertinente ao segmento em questão ou ao próprio universo jurídico em geral. [...] A divisão traz consequências institucionais relevantes e é sentida no plano do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência⁵³.

Tratando especificamente da intertextualidade entre as disciplinas do direito tributário e do direito financeiro, o autor coloca que seria possível conceber maior amplitude ao direito financeiro na medida em que a atividade financeira do Estado compreende o gasto público, a gestão financeira e a obtenção de receitas, dentre estas o tributo, zona comum entre ambas as matérias⁵⁴.

Em um Estado majoritariamente custeado por tributos, como no caso brasileiro, os direitos e garantias fundamentais alcançam a sociedade por meio da receita proveniente da arrecadação⁵⁵. Manoel Cavalcante e Marcílio Barenco demonstram essa realidade por meio de uma análise do orçamento federal de 2020, denotando o perfil social do Estado brasileiro a vista da maior parte da arrecadação advir de contribuições, uma das espécies tributárias:

É certo que o Estado possui outras receitas, mas aqui está a tônica em sua mais expressiva forma de receita que é a de natureza tributária. Em relação ao exercício de 2020, a previsão de receitas tributárias no orçamento da União alcança a cifra de R\$ 570 bilhões de impostos, taxas, contribuição de melhoria e de R\$ 912 bilhões em contribuições, chegando a um total de R\$ 1.482 trilhões. Afora as estimativas de receitas tributárias de Estados e Municípios. Esses dados mostram que a sustentação primeira do Estado são os tributos e denota o perfil social do Estado democrático brasileiro, na medida em que a maior parcela da arrecadação tributária advém das

⁵³ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 41.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁵ IVO, Gabriel. Aportes acerca das relações entre o Direito Tributário e o Orçamento Público (Direito Financeiro). **Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**, 26 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/aportes-acerca-das-relacoes-entre-o-direito-tributario-e-o-orcamento-publico-direito-financeiro-por-gabriel-ivo/>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

contribuições, tributo típico de intervenção do Estado na área social e de intervenção no domínio econômico⁵⁶.

Ademais, a destinação dos recursos arrecadados, inserida no campo do direito financeiro, também é utilizada na definição das espécies tributárias. Tome-se o caso das contribuições, utilizada no exemplo dos autores. Estando vinculadas a uma destinação específica, é possível dizer que a destinação faz parte de seu regime jurídico, o que também quebra qualquer lógica de separação entre os ramos⁵⁷.

A celeuma também é apontada por Fernando Facury Scaff, para quem a compreensão da necessidade do direito tributário para a existência do Estado perpassa pela compreensão de todo o ciclo econômico dos recursos, objeto de estudo do direito financeiro⁵⁸. Este, por sua vez, seria tão antigo quanto o Estado; sempre houve atividade financeira, regulada pelo direito⁵⁹.

Na prática, contudo, verificar-se-ia uma distinção para além do objeto, concernente aos pontos de vista, preocupações, objetivos e limites. À atividade financeira do Estado teria sido negada uma abordagem jurídica nos moldes do direito tributário, implicando tanto na grade curricular dos cursos de direito como na maneira como os tribunais analisavam a matéria, vide a posição do Supremo Tribunal Federal em excluir as normas orçamentárias do controle abstrato de constitucionalidade⁶⁰, em que pese superada, passando-se a admitir o controle.

Ives Gandra da Silva Martins aponta que as matérias teriam sido separadas de forma definitiva quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 18/65 e da Lei n. 5.172/66, que instituiu o Código Tributário Nacional (CTN), tendo a Constituição de 1988 deixado a dicotomia ainda mais clara a vista da redação do Título VI, que trata do sistema tributário e das finanças públicas em dois momentos, como se apartados fossem⁶¹.

⁵⁶ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. A Importância dos Tributos e da Dívida Pública no Papel do Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 30, n. 11. p. 329-345, set./dez. 2021. p. 333.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 335.

⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual**: Ensaios sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020a. p. 53.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁰ CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 71.

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Financeiro e Direito Tributário. In: SCAFF, Fernando Facury; LANA, Gustavo; ROCHA, Sérgio Andre (Orgs.). **O Direito Financeiro & o Direito Tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 19-34. p. 20.

3.1.2 A relação entre direito financeiro, ciência das finanças e atividade financeira

Numa análise mais detida, pode-se conceber a ciência das finanças como uma atividade voltada à investigação: observam-se os efeitos da atividade financeira do Estado para, num segundo momento, orientar a sua realização. Estudam-se os “elementos que influenciam a obtenção de recursos financeiros, a sua gestão e o seu emprego dos meios materiais (bens, serviços e dinheiro)”⁶², como forma de direcionar as ações a serem tomadas conforme os pontos de atenção porventura identificados na investigação.

Feitas as indagações econômicas, políticas e sociais a respeito da atividade financeira, o resultado do estudo realizado pela ciência das finanças possibilita identificar os problemas e as possíveis ações estatais, delimitando de que maneira o ordenamento pode regular as finanças públicas para seu enfrentamento⁶³. Tiradas as conclusões pertinentes, a regulação não mais se insere no campo da ciência das finanças, mas do direito financeiro, sendo papel do legislador editar normas com base nas conclusões obtidas⁶⁴.

Enquanto conjunto de normas que se presta a regular a atividade financeira do Estado, o direito financeiro trata de todos os aspectos da receita pública, excluídos os aspectos dos tributos (a cargo do direito tributário), bem como da utilização dessas receitas na concretização das necessidades públicas. É a “faceta jurídica” da ciência das finanças, dando seguimento às obrigações decorrentes do estudo realizado, servindo a atividade financeira, assim, como instrumento para a efetivação dessas obrigações⁶⁵.

3.1.3 A atividade financeira do Estado e o “círculo financeiro”

Pode-se dizer que a atividade financeira envolve três aspectos: a gestão dos recursos públicos; sua administração; e, por fim, a aplicação destes nas necessidades públicas⁶⁶. Alguns autores incluem também a fase de controle dos recursos⁶⁷, disciplinando que a atividade

⁶² ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 23.

⁶³ CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-79. p. 43.

⁶⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 25.

⁶⁵ CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-79. p. 43.

⁶⁶ IVO, Gabriel. Direito Tributário e Orçamento Público. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 871-887. p. 884.

⁶⁷ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

financeira não seria uma atividade-fim, pois não se presta a realizar as necessidades diretamente. A atividade financeira seria um instrumento, um meio para atingir os objetivos a que se presta o Estado, compatibilizando as necessidades individuais e as necessidades coletivas⁶⁸ com o que prescreve a Constituição e o ordenamento jurídico como um todo.

Na lição de Gabriel Ivo, também nesse ponto, o direito financeiro encontra intersecção com o direito tributário, pois ambos podem ser tidos como instrumentos aptos a viabilizar a própria existência do Estado. Segundo o autor, “não há tributo sem uma finalidade, tecida politicamente e juridicizada pelo direito, a ser alcançada”. Da mesma forma, “sem as receitas geradas por meio da tributação, não há que se falar de orçamento”⁶⁹, sendo faces da mesma moeda.

Manoel Cavalcante e Marcílio Barenco também dispõem que o tributo seria a sustentação primeira do Estado, e quanto mais o Estado intervém para garantir direitos, mais precisará obter recursos para permitir a realização das despesas⁷⁰. Nesses termos, a atividade financeira deve ser analisada conforme o mesmo regramento constitucional aplicado ao direito tributário e à arrecadação⁷¹, pois ambos se encontram intimamente ligados à forma de governo e decorrem do Estado.

Se a obtenção de recursos se dá primariamente por tributos, de modo que deve ser tal para acompanhar a medida em que o Estado se encarrega de garantir demandas, vê-se que o custeio dessas demandas, ao fim e ao cabo, caberá à coletividade, formando uma espécie de círculo financeiro⁷². “Os tributos são exigidos da atividade privada por regra, da atividade econômica, do exercício das profissões, além dos detentores de patrimônio”⁷³. Pagos pela sociedade, a ela retornam por meio de serviços públicos, numa relação de circularidade.

⁶⁸ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 4.

⁶⁹ IVO, Gabriel. Direito Tributário e Orçamento Público. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 871-887. p. 872.

⁷⁰ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. A Importância dos Tributos e da Dívida Pública no Papel do Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 30, n. 11. p. 329-345, set./dez. 2021. p. 333.

⁷¹ CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-79. p. 44.

⁷² MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 120.

⁷³ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. A Importância dos Tributos e da Dívida Pública no Papel do Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 30, n. 11. p. 329-345, set./dez. 2021. p. 333.

Através das obrigações impostas à sociedade, esclarece José Matias-Pereira, o Estado retira parte da riqueza como forma de concretizar a atividade financeira⁷⁴, passando a gerir e aplicar esses recursos. Na última fase clássica, de aplicação dos recursos, para que certo governante realize determinada ação estatal com vistas a manter os serviços públicos essenciais deve garantir que seja incluída na lei orçamentária.

O orçamento, na lição de Harrison Ferreira Leite, é o “primeiro passo ou o primeiro obstáculo, [...] visto que toda despesa dos entes públicos deve estar devidamente prevista”⁷⁵. A própria Constituição, em seu art. 167, inciso I⁷⁶, é expressa nesse sentido, negando a possibilidade de qualquer programa ou projeto não incluído no orçamento.

Isso porque, conforme assinala Gabriel Ivo, “o Estado realiza as necessidades públicas por meio do orçamento. [...] O Estado governa, administra por intermédio de uma lei orçamentária”⁷⁷, sendo a inclusão no orçamento público pressuposto de validade para que se realize qualquer despesa pública. É através do orçamento que os direitos chegam aos administrados.

Ainda que determinado governante tenha em mente certo direcionamento, buscando fazer frente a esta ou àquela linha de atuação, não pode olvidar os programas, objetivos e valores da República estabelecidos no art. 3º da Constituição⁷⁸, a exemplo da garantia do desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza⁷⁹. De forma idêntica opina André Carvalho, para quem o direito financeiro, antes de sua faceta arrecadatória, deve observar as obrigações de cunho constitucional e legal⁸⁰.

⁷⁴ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

⁷⁵ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 2.

⁷⁶ Art. 167 São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

⁷⁷ IVO, Gabriel. O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A Rejeição do Projeto de Lei e o Princípio da Inexauribilidade da Lei Orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 34, 2001. p. 274.

⁷⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: Uma Questão Orçamentária. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1110. p. 1088.

⁸⁰ CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-79. p. 44.

Essa interseção com o direito constitucional, decorrente do processo hermenêutico promovido pela constitucionalização do direito, teria limitado a forte divisão entre direito financeiro e ciência das finanças, criando uma “zona secante” própria do chamado direito Constitucional financeiro:

a zona secante vem justamente delimitar o que deixa de ser matéria essencialmente constitucional (como, v.g., a constitucionalização do direito à saúde) ou financeira (normas infraconstitucionais de organização das leis orçamentárias ou de arrecadação de tributo vinculado à saúde) para trazer à tona assunto financeiro-constitucional ou constitucional-financeiro (a instituição de um gasto mínimo para saúde, estabelecido constitucionalmente, é um exemplo desse tipo de norma)⁸¹.

Nesses termos, ao analisar o direito constitucional, seria necessário perpassar pelo direito constitucional financeiro como forma de impedir uma abordagem dissociada da realidade, “como o excesso de arrecadação sem a correspondência aos direitos constitucionais, ou o excesso de disposições sobre direitos constitucionais sem a respectiva previsão de arrecadação e gasto”⁸². A amplitude da atividade financeira contribui para a lição de que deve ser enxergada como um sistema uno, correlacionado aos mesmos objetivos e fundamentos.

Por mais que a obtenção de recursos esteja a cargo do direito tributário, e a destinação a cargo do direito financeiro, mais uma vez percebe-se que há interação entre ambos, enquanto instrumentos de ação para concretização das finalidades do Estado. Mas alguns autores, a exemplo de Heleno Taveira Torres, trazem uma visão diferente da instrumentalidade.

Por mais que a atividade financeira, juntamente com outros meios e receitas disponibilizados pela Constituição para atingir suas finalidades, preste função instrumental, “não se pode deixar de ver em todos uma evidente função do Estado, primária e não instrumental”. Isso porque, numa ótica de concretização de direitos, possui fins constitucionais próprios⁸³:

pelo relevo da função, a Constituição Financeira já não pode reconhecer nessas etapas (receita-orçamento-despesa) um mero caráter instrumental. Estas envolvem direitos e deveres fundamentais, entre quem suporta o ônus e os beneficiários, segundo os valores e princípios proclamados pela Constituição, afora servir ao próprio equilíbrio da economia na sua integralidade, logo, como um fim a ser perseguido, de modo

⁸¹ CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

⁸² *Ibidem*. p. 52.

⁸³ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

contínuo. [...] Não se pode deixar de reconhecer que a Teoria da Constituição Financeira abrange fins constitucionais próprios⁸⁴.

Para além das clássicas funções, há quem vislumbre, ainda, uma função extrafiscal ou regulatória da atividade financeira, que tal como na função-fim de busca dos objetivos constitucionais deixa de ser vista como meramente instrumental. Visa “obter resultados econômicos, sociais e políticos, como controlar a inflação, fomentar a economia e a indústria nacional, redistribuir riquezas e reduzir a marginalidade e os desequilíbrios regionais”⁸⁵, a exemplo do que ocorre por meio de certos tributos, orientados ao atingimento de objetivos quando se revele uma necessidade de intervenção.

Conforme a lição de José Matias-Pereira, parte-se da premissa de que o desenvolvimento não decorre puramente das leis do mercado, mas de uma atuação conjunta entre mercado e Estado. Uma vez que o Estado se compromete a interferir na economia, na política e na sociedade através de suas políticas, a forma de organização e as estruturas sociais devem ser específicas para esse fim. À atividade financeira também caberia estudar os efeitos do uso desses instrumentos extrafiscais, funcionando como um segmento da teoria econômica⁸⁶.

Deixa-se de lado a função de financiar os gastos públicos para assumir uma função-fim, uma finalidade direta, quer seja intervencionista, quer seja regulatória. Tem papel na política econômica e social a fim de reorientar as finanças públicas para o alcance dos propósitos do Estado⁸⁷. Em suma, deixa-se de lado a neutralidade das finanças públicas, vistas como possuidoras de um papel funcional⁸⁸.

3.2 DELINEAMENTOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

A Constituição Financeira, nas palavras de Heleno Taveira Torres, “consiste na parcela material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta pelos princípios fundamentais, as competências e os valores que regem a atividade financeira do Estado, na

⁸⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

⁸⁵ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 21.

⁸⁶ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 119.

⁸⁷ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 21

⁸⁸ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 133.

unidade entre obtenção de receitas, orçamento, realização de despesas, gestão do patrimônio estatal e controles internos e externos⁸⁹”. Trata-se do subsistema constitucional ocupado da concretização dos direitos que a Constituição visou proteger, sob a ótica de seu custeio, para que se verifiquem na prática.

Costuma-se dar maior enfoque às despesas com direitos sociais, mas há todo um aparato estatal que permite ao cidadão ter sua vida e propriedade tutelados pelo Estado. É o que explicam Stephen Holmes e Cass Sustein, para quem os direitos de propriedade também se sustentam a vista do aparato estatal. O sistema jurídico garante a propriedade ao permitir a utilização de coerção pelas autoridades públicas na exclusão dos não proprietários, bem como coloca a disposição um sistema de registros oficiais e tribunais organizados, que impede o uso por terceiros, permite a venda, a hipoteca etc.⁹⁰

Tal como ocorre no custeio dos direitos sociais, o Estado também necessita tributar e organizar a utilização do dinheiro coletado para garantir os direitos de liberdade⁹¹. E na tarefa de selecionar quais prioridades devem ser atendidas pela atividade financeira, a própria sociedade estabelecerá as metas num primeiro momento, por meio de seu ordenamento jurídico⁹². Em outras palavras, a maior garantia a ser custeada é o próprio ordenamento jurídico.

Como a obtenção de receitas, à cargo do direito tributário, integra a atividade financeira, a Constituição Financeira englobaria também a Constituição Tributária, “onde se aloca o poder de tributar que justifica a criação de tributos; a declaração de direitos do contribuinte ou limitações ao poder de tributar; os princípios gerais sobre tributos e a partilha de impostos”⁹³, não importando que tenham sido tratadas em seções distintas.

Helena Torres aponta três pressupostos para a aplicação da Teoria da Constituição Financeira, sendo o primeiro deles a prevalência do Estado Democrático de Direito como seu sistema total, com sua maior efetividade de direitos e equilíbrio entre os três poderes, não

⁸⁹ TORRES, Helena Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

⁹⁰ HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 45ss.

⁹¹ *Ibidem*. p. 59.

⁹² SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Verba Juris**, ano 4, n. 4, p. 79-104, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 18 mai. 2022. p. 6.

⁹³ *Ibidem*. p. 6.

atuando a atividade financeira apenas para financiar os órgãos estatais⁹⁴. Retoma-se a chave hermenêutica da constitucionalização. As normas constitucionais financeiras não se destinam a garantir o funcionamento da máquina pública, mas também os direitos e garantias do Estado de Direito.

O segundo pressuposto diz respeito aos fins constitucionais como definidores dos objetivos da Constituição Financeira, pautando-se toda ação constitucional para atingir esses valores quando da concretização do conteúdo material, seguindo a ótica da constitucionalização. Já o terceiro compreende a abertura sistêmica da Constituição Financeira para a relação interna de interconstitucionalidade entre a Constituição Financeira e a Constituição total⁹⁵.

Conforme a lição de Heleno Torres, tem-se a Constituição Financeira como “novo modelo hermenêutico para compreender a relação entre Estado, Constituição, atividade financeira e sociedade”, devendo a atuação estatal pautar-se pela revisão dos conceitos, princípios e institutos vigentes, como forma de promover a necessária concretização integradora⁹⁶.

Contribuindo para a lição, Ricardo Lobo Torres concebe que a importância de observar as prescrições orçamentárias como forma de garantir uma gestão responsável das finanças está tão enraizada que seria possível conceber uma verdadeira Constituição Orçamentária como subsistema trazido pela Constituição Federal, ao lado das chamadas Constituição Tributária e Constituição Financeira⁹⁷,

são de natureza meramente constitucional o prever o equilíbrio financeiro, o distribuir a competência para autorizar a cobrança de impostos e a realização de gastos, o exigir a periodicidade do controle legislativo e o estabelecer as diretrizes para a redistribuição de rendas. Do ponto de vista formal, a Constituição Orçamentária brasileira não se esgota na Seção II do Cap. II do Título VI, denominada “Dos Orçamentos” (arts. 165 a 169), pois abrange também as normas sobre o controle da execução orçamentária (arts. 70 a 75), o orçamento do Poder Judiciário (art. 99) e a fiscalização orçamentária dos Municípios (art. 31)⁹⁸.

⁹⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 76.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 76.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 2.

A Constituição Orçamentária, aliada à garantia de custeio dos direitos por meio da Constituição Financeira, passa, ainda, a delimitar matérias a serem minimamente observadas quando da feitura das leis orçamentárias. Por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha conferido normatividade e aplicabilidade imediata aos direitos sociais⁹⁹, o fato de serem muito custosos implica na sua concretização por etapas, sendo obtidos de forma progressiva ou à prestação¹⁰⁰.

É buscando fazer jus a essa instituição mínima e progressiva que a Constituição vincula parte dos recursos a serem alocados no orçamento para seu custeio, retirando-os do arbítrio do gestor na feitura e execução do orçamento, a fim de que não se convertam em premissas sem qualquer aplicação prática, o que Fernando Scaff intitula de “orçamento mínimo social”¹⁰¹, cláusula pétrea orçamentária.

3.3 A CONSTITUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA AO LADO DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

3.3.1 Delineamentos do orçamento público

O orçamento público, conforme a exegese do art. 165, § 8º, da Constituição Federal, é a lei que compreende a “previsão da receita e a fixação da despesa”¹⁰². É com base em tal constatação que parte da doutrina o coloca como “Lei de Meios” para atingir as finalidades estatais, um verdadeiro instrumento político para atingir os programas e metas da administração pública, um instrumento de ação do Estado¹⁰³, em que pese também aqui a instrumentalidade comporte fins constitucionais próprios.

É o instrumento de que se vale a atividade financeira para gerir e aplicar os recursos públicos, compatibilizando receitas e despesas. Por receita, entendam-se as entradas definitivas estimadas para aquele exercício por meio da exploração dos bens e da renda do Estado,

⁹⁹ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

¹⁰⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020a. p. 307.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 374.

¹⁰² Art. 165, § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

¹⁰³ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 401.

auferindo lucros; ou a arrecadação de tributos e outras fontes junto à população, para garantir que se efetivem as necessidades públicas¹⁰⁴. Já a despesa engloba os dispêndios necessários para o funcionamento do aparato do Estado, a fim de que este atinja sua finalidade de concretizador das necessidades públicas¹⁰⁵.

Com base na estimativa de ingresso de recursos, passa-se a fixar o correspondente gasto público, devendo haver equilíbrio entre receita e despesa. É possível alçar o equilíbrio a pressuposto de existência do próprio orçamento, considerado como verdadeiro princípio de legitimação¹⁰⁶. O equilíbrio decorre do próprio sistema constitucional, segundo o qual o orçamento não pode iniciar deficitário, prevendo mais despesas que receitas.

Embora não esteja expresso, Ricardo Lobo destaca algumas passagens aptas a revelar sua adoção pela Constituição, como a proibição de empréstimos ao Tesouro pelo Banco Central (v. art. 164, § 2º); a unificação dos orçamentos fiscais, da seguridade social e das estatais (art. 165, § 5º); e a transparência na concessão de incentivos e renúncia de receitas (art. 165, § 6º)¹⁰⁷.

Pensamento contrário encontra-se em Cesar Augusto Seijas de Andrade, para quem é possível falar em orçamento deficitário desde que o equilíbrio orçamentário foi suprimido do texto constitucional (na vigência da Constituição de 1967) pela EC 01/69, sem que a Constituição de 1988 tenha reproduzido expressamente a disposição. Dessa forma, o autor defende que seria possível falar em endividamento no sentido de garantir o equilíbrio a longo prazo, mas não anualmente¹⁰⁸.

A Constituição de 1988 trouxe, ainda, a ideia de um orçamento centralizado, alocando os recursos por meio de uma conexão sistêmica e estrutural¹⁰⁹ entre três instrumentos legais: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

¹⁰⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 150.

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 182.

¹⁰⁸ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. Orçamento Deficitário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1159-1177. p. 1161.

¹⁰⁹ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 270.

3.3.2 Leis orçamentárias em espécie

Conforme a exegese do art. 165, § 1º da Constituição¹¹⁰, o Plano Plurianual é a faceta do orçamento que se presta a estabelecer as diretrizes para as despesas de capital, outras delas decorrentes e para os programas de duração continuada. Harrison Ferreira Leite esclarece que as políticas públicas, para que se concretizem, precisam ser definidas através de um programa, sendo este um

instrumento de organização estatal que articula um conjunto de ações para a concretização de um objetivo previamente estabelecido, visando à solução de determinado problema ou ao atendimento de determinada necessidade ou demanda da sociedade¹¹¹.

Através do Plano Plurianual juridiciza-se o plano de governo, mas ainda sem estimar as receitas e despesas destacadas para tanto. Tem o condão de abarcar os planejamentos de médio prazo, permitindo um controle de despesas quando se verifique a necessidade de estabelecer determinado gasto por mais tempo, prestando-se a planejar e controlar, faces de uma mesma moeda¹¹². Sempre que as metas governamentais ultrapassarem o período de um exercício financeiro, devem estar previstas no PPA conforme expressamente preconiza o art. 167, § 1º da CF/88¹¹³.

Dispostos os programas, posteriormente o PPA se apresentará como critério de validade quando da execução daquela despesa, para que se fiscalizem e acompanhem as metas, posto que vincula o comportamento dos agentes públicos e condiciona a atividade financeira dos entes¹¹⁴. Uma vez concebido o programa para a saúde, por exemplo, trazendo as diretrizes para aquele período, as despesas realizadas devem guardar relação com o que se dispôs no Plano Plurianual.

É o caso de um contrato para a compra de medicamentos. Para Harrison Leite, “eventual compra de remédio que não pertença ao programa configura ação desviante da finalidade do

¹¹⁰ Art. 165, § 1º 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.

¹¹¹ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹² CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequentialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 125.

¹¹³ Art. 167, § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

¹¹⁴ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequentialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 127.

programa existente”¹¹⁵, contrariando a lei do Plano Plurianual e, por conseguinte, a exigência do art. 167, § 1º da Constituição, sujeitando o agente público ao controle.

Em sendo lei temporária, com duração de quatro anos, o PPA conta com a seguinte distribuição temporal: inicia-se no segundo ano de mandato do governante eleito, e perde sua vigência no primeiro ano do mandato subsequente, como forma de prestigiar a continuidade através de uma ação entrelaçada¹¹⁶, evitando uma acentuada ruptura a depender da posição política defendida pelo novo governante. Busca-se evitar a mudança brusca entre um mandato e outro.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, é usualmente definida como a lei encarregada de compatibilizar os objetivos do PPA com a Lei Orçamentária Anual, destacando quais metas e programas do PPA terão prioridade de execução no exercício subsequente. Mas a Constituição trouxe outras finalidades, cabendo também à LDO orientar as metas que devem ser observadas na criação da Lei Orçamentária Anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política das agências de fomento, vide art. 165, § 2º, da Constituição¹¹⁷.

Basile Christopoulos aduz que a LDO, assim como as demais leis orçamentárias, também se presta a planejar e controlar as contas públicas. Ademais, coloca que o destaque de diretrizes aumenta o debate das questões orçamentárias, o que contribui para democratizar as finanças públicas:

Quando mais discutidas as questões orçamentárias, maiores as chances de efetivar a democratização das finanças públicas. Não só passam pelo crivo do Legislativo as disposições da LDO, como deveriam passar sempre pelo crivo do público em geral, ampliando o debate sobre limites e autorizações das leis orçamentárias no Brasil¹¹⁸.

Conforme destaca Régis Fernandes, a LDO “deve prever critérios para aferição de resultados de programas financiados com recursos orçamentários. Não há sentido em financiar um programa qualquer, por exemplo, esportivo, e, depois, não ter qualquer controle sobre ele”¹¹⁹. O reconhecimento de maior importância a LDO partiu da Lei de Responsabilidades

¹¹⁵ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 245.

¹¹⁷ Art. 165, § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

¹¹⁸ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 129.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 249.

Fiscais (LRF), que acresceu diversas exigências ao comando constitucional¹²⁰, passando a LDO a contar com dois anexos: o anexo de metas fiscais, discriminando as metas para o próximo exercício e para os dois seguintes¹²¹; e o anexo de riscos fiscais¹²², que prevê eventuais riscos e seus respectivos mecanismos de regularidade.

Mas com a LDO ainda não há autorização para que se realize qualquer despesa, somente com a Lei Orçamentária Anual¹²³. Com vigência anual, a LOA é o instrumento que se ocupa, discriminadamente, da estimativa de arrecadação para autorizar os gastos dos governantes, prevendo receitas e fixando despesas para cada exercício financeiro. Sem olvidar a importância dos demais diplomas, o termo orçamento é utilizado frequentemente utilizado como sinônimo de Lei Orçamentária Anual¹²⁴.

Matias-Pereira define a LOA

como um acordo especial entre o Estado e o contribuinte, sob a mediação do Parlamento, visto tratar-se de um ato que materializa a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, paralelamente à natureza e montante dos dispêndios a serem efetuados, [...] que permitem a obtenção de objetivos e o atendimento de metas¹²⁵.

Harrison Ferreira Leite vai além, destacando três propriedades na LOA: “a) lei que visa provocar uma conduta especial nos agentes políticos, gerando sanção pelo seu não cumprimento; b) lei que fixa a despesa e prevê a receita; e c) lei concreta de implantação de políticas públicas”¹²⁶. Implica dizer que a LOA, num primeiro momento, impõe deveres à Administração Pública, sob pena de responsabilização diante do descumprimento; fixa e prevê os recursos de acordo com a realidade financeira; e, por fim, presta-se a garantir direitos por meio das políticas públicas¹²⁷.

¹²⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 428.

¹²¹ Art. 4º, § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

¹²² Art. 4º, § 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

¹²³ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 129.

¹²⁴ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 19.

¹²⁵ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 271.

¹²⁶ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 19.

¹²⁷ *Ibidem*.

Basile Christopoulos acrescenta que a Lei Orçamentária, para além de tratar das receitas e despesas, abarca o conteúdo dos créditos suplementares e da contratação de crédito ou dívida pública¹²⁸. Os créditos suplementares objetivam o reforço das dotações previstas na LOA, quando insuficientes para a despesa que se pretende realizar. Autorizados por lei e abertos por decreto, é possível que sejam autorizados na própria LOA desde que haja indicação da fonte de recursos.

Isso porque as receitas, estimadas a título de previsão, dependem de sua real concretização no futuro, ao tempo que as despesas, apesar de já fixadas, são moldadas por fatores externos quando da execução orçamentária. Diante de alterações muitas vezes imprevisíveis, exige-se nova atitude por parte dos aplicadores¹²⁹, de modo que a Lei Orçamentária conta com instrumentos de alteração não comuns aos demais diplomas legais:

Para isto existem instrumentos como os créditos adicionais, por meio dos quais são aprovadas alterações na lei orçamentária, o contingenciamento, com o qual o Poder Executivo, gestor das finanças públicas e comandante do processo de execução orçamentária, adequa e compatibiliza a entrada e a saída de recursos, os remanejamentos e tantos outros¹³⁰.

Retomando o conteúdo da Lei Orçamentária, a preocupação com a especificidade das matérias a serem tratadas decorre do procedimento especial, mais especificamente no que toca à anualidade. Em se tratando de leis temporárias, votadas dentro de prazos específicos, legisladores poderiam valer-se da sistemática para incluir temas de interesse pessoal ou eleitoreiro, “leis de acompanhamento” que escapam da matéria orçamentária, apelidadas de “caudas orçamentárias”¹³¹.

Em suma, ao estimar a receita e prever a despesa, as leis orçamentárias não se prestam a criar receitas ou tributos, nem realizam diretamente as necessidades públicas, mas se ocupam da estimativa e do planejamento para que estas se concretizem ao destacar recursos para seu custeio. A LOA tem como objetivo final financiar serviços públicos para que os direitos se concretizem na prática, instrumentalizando direitos e garantias¹³².

¹²⁸ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134.

¹²⁹ CONTI, José Maurício. Orçamento Impositivo é Avanço para a Administração. **ConJur**, 7 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/contas-vista-orcamento-impositivo-avanco-administracao>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134.

¹³² *Ibidem*. p. 134.

3.3.3 O orçamento é mera peça política?

A doutrina vislumbra quatro aspectos no orçamento: político, tendo em vista que reflete as escolhas políticas do governante e revela “desígnios sociais e regionais, na destinação das verbas”; econômico, pois, a depender do modelo de Estado que se adota, varia o volume de recursos, manifestando a economia atual; contábil ou técnico, porquanto a estimativa de receitas e despesas obedece a uma metodologia de cálculo específica; e jurídico, já que obedece aos comandos constitucional e infraconstitucional¹³³.

Não obstante, é comum a noção de orçamento como peça meramente política ou contábil.¹³⁴ É o caso de Matias-Pereira, que o coloca como “apuração de conta”¹³⁵. Na visão de Harrison Ferreira Leite, “pouco se escreve sobre o orçamento, incluindo aí a sua elaboração, a sua alteração, o seu controle e o seu conteúdo. Tanto é que, diferentemente de outras áreas do direito financeiro e tributário, ainda não se construiu uma regra-matriz orçamentária”¹³⁶. Os aspectos político, técnico e econômico do orçamento costumam, ao menos num primeiro momento, relativizar o viés jurídico.

Para o autor, tal fato decorre da hipótese de que faltaria ao orçamento abstração, generalidade e impessoalidade¹³⁷, mesmo raciocínio que levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a negar, durante anos, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, hoje admitido¹³⁸. Embora reconheça a ausência de generalidade e abstração, o autor não nega ao orçamento a característica de lei em sentido material¹³⁹, na medida em que a própria Constituição delimitou a matéria.

Outra é a lição de Régis Fernandes, para quem a generalidade e abstração estariam de fato presentes no orçamento. Isso porque, segundo o autor, a generalidade também existe em relação a determinada classe de pessoas: “a lei que dispõe sobre os servidores públicos a eles alcança, somente. Já a legislação processual alcança todo o país”, de modo que ambas têm

¹³³ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 401.

¹³⁴ MACHADO, Clara Cardoso. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade em Abstrato da Lei Orçamentária: Análise da ADI 4.048/DF. **Revista de Direito da FAT**, v. 4, n. 4, 2010. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controlde_lei_orcamentaria_clara_cardoso.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022. p. 6.

¹³⁵ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 282.

¹³⁶ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁸ ADI 4.048 e ADI 4.049.

¹³⁹ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

generalidade¹⁴⁰. A abstração, por sua vez, decorreria dos elementos da incidência de um tributo, gerando obrigações tributárias sem exaurimento do conteúdo¹⁴¹.

Também para Ricardo Lobo Torres a lei orçamentária é considerada como “materialmente constitucional, visto que essencial ao Estado de Direito, que se constitui na via tributária e na dos gastos públicos”¹⁴², não havendo mais espaço de discussão para o raciocínio de que se trata de mera lei formal, limitando-se toda a matéria orçamentária apenas a esse aspecto¹⁴³.

Harrison Ferreira acirra o debate ao colocar as classificações doutrinárias como categorias inclinadas a facilitar a compreensão de determinado assunto, porém, sem o condão de retirar o caráter normativo de uma lei. Para o autor, as classificações, “segundo critérios preestabelecidos, visam facilitar a compreensão do assunto a ser examinado, mas não têm força desestabilizadora do sistema legalmente estabelecido. São apenas instrumentos de trabalho intelectual”¹⁴⁴, de modo que não se poderia negar a juridicidade do orçamento por se submeter a esta ou àquela categoria.

O aspecto jurídico também se colhe da lição de Alfredo Augusto Becker, para quem o orçamento revela a sua nuance jurídica ao conceber a realidade do Estado como a “conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas. Esta conjugação dá-se pela lei que aprova o orçamento público”¹⁴⁵. Contudo, esse seria o “único e genuíno efeito jurídico decorrente da incidência da regra jurídica orçamentária”, entendendo que os demais efeitos seriam apenas reflexo da incidência das normas tributárias ou administrativas, mas não efeitos diretos do orçamento¹⁴⁶.

Até mesmo os princípios orçamentários, para Alfredo Becker, têm sua força jurídica decorrente de regras de natureza administrativa ou tributária e não retiram sua eficácia jurídica diretamente da lei orçamentária, o que leva o autor a defender a necessidade de se promover uma reforma em toda a estrutura do orçamento. No entanto, Becker esclarece que eventual

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 406.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 407.

¹⁴² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

¹⁴³ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 75.

¹⁴⁵ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 267.

¹⁴⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 267, p. 269.

reforma “não pode jamais consistir na renúncia ao jurídico, mas sim na construção de novo instrumental jurídico que substitua o ‘clássico’”¹⁴⁷. O viés jurídico não só existe como deve permanecer, devendo ser considerado quando da promoção de reformas.

3.4 FREIOS, CONTRAPESOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Conforme dispõe o art. 2º da Constituição¹⁴⁸, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si, consagrando o princípio da separação dos poderes disseminado por Montesquieu em seu “O Espírito das Leis” no século XVII. Não se trata de separação absoluta; o Poder, em verdade, é único e indivisível. Mas há uma separação de seu exercício por meio da divisão de competências, importando no equilíbrio entre estes, cabendo a cada um impedir e limitar os demais¹⁴⁹.

Em que pese as bases da teoria remontem aos ensinamentos de Aristóteles ainda na Grécia antiga¹⁵⁰, foi a partir de Montesquieu que o pensamento ganhou forma e se disseminou para outros países, inclusive nos Estados Unidos, de onde adveio o sistema de freios e contrapesos (*checks e balances system*) hoje adotado. Trata-se da teoria ocupada da previsão de mecanismos de controle e intervenção com o fito de garantir o equilíbrio entre os poderes, evitando que a atividade de um se sobressaia em demasia em relação aos demais.

Tomando por base a análise das Constituições Financeira e Orçamentária, é possível argumentar que essas subconstituições exemplificam pormenorizadamente o funcionamento do sistema constitucional de freios e contrapesos, mormente quando se considera que o orçamento, em que pese não se tratar de peça meramente política, possui estreita relação com esta.

É através das leis orçamentárias que o plano de governo do representante eleito se realiza na prática, cabendo ao Chefe do Executivo consolidar as despesas necessárias à concretização de promessas de campanha no orçamento a fim de que as políticas públicas alcancem os administrados. Trata-se de importante papel democrático do orçamento, permitindo que se

¹⁴⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 267, p. 270.

¹⁴⁸ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁴⁹ PELICLIOLI, Angela Cristina. A Atualidade da Reflexão Sobre a Separação dos Poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

fiscalize desde logo se, e em que medida, o governante eleito empregará recursos em prol do fomento de determinada área.

Quando da votação e aprovação das leis orçamentárias, por sua vez, cabe ao legislativo influir na elaboração do orçamento, exercendo controle político a fim de legitimar e tornar eficazes os atos do executivo¹⁵¹. A Constituição também confere aos parlamentares a possibilidade de emenda ao projeto encaminhado, desde que respeitados os requisitos do art. 166, § 3º, mormente no que toca à pertinência temática.

A pertinência temática remonta ao princípio orçamentário da exclusividade, matéria constitucionalizada no art. 165, § 8º do texto constitucional, segundo o qual a lei orçamentária deve tratar exclusivamente da previsão da receita e da fixação da despesa, afastando a inclusão de matérias estranhas ao orçamento¹⁵². Não há autonomia para livre alteração do PLOA, também devendo guardar compatibilidade com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, como já verificado.

Conforme leciona James Giacomoni, a previsão se presta a regular a atuação do legislativo¹⁵³, consubstanciando-se numa regra técnica a fim de evitar que parlamentares se utilizem do rito especial da LOA para levar a frente interesses alheios à matéria orçamentária. É dizer, em sua atuação de “freio” ao executivo, também o legislativo é limitado.

Cabe ao legislativo, ainda, limitar previsões constantes do PLOA enviado pelo executivo, deixando de aprovar determinado ponto ou mesmo rejeitando-o totalmente¹⁵⁴. Mas em que pese dotado de peculiaridades, o processo legislativo orçamentário não escapa dos mecanismos de controle habituais, a exemplo do veto pelo chefe do executivo, veto este que pode vir a ser revertido pelo legislativo, novamente demonstrando a aplicação do sistema constitucional de *checks and balances*.

A participação do judiciário, por sua vez, se dá no controle do procedimento quando provocado, tendo o art. 5º, XXXV, elucidado que nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará de sua apreciação, consagrando como mecanismos de freio a inafastabilidade da prestação judicial e o acesso à justiça. Caberá ao judiciário o controle das leis promulgadas, a fim de

¹⁵¹ IVO, Gabriel. O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A Rejeição do Projeto de Lei e o Princípio da Inexauribilidade da Lei Orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 34, 2001. p. 179.

¹⁵² Art. 165, § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

¹⁵³ GIACOMINI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 83.

¹⁵⁴ IVO, Gabriel. O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A Rejeição do Projeto de Lei e o Princípio da Inexauribilidade da Lei Orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 34, 2001. p. 171.

garantir que a elaboração se deu em respeito ao procedimento previsto e que suas disposições não contrariam a lei ou a Constituição.

Acaso se constate a desobediência desses preceitos, o próprio direito possui instrumentos a fim de resolver antinomias, corrigindo divergências entre normas e violações ao processo legislativo, caso do controle de constitucionalidade¹⁵⁵. Tem-se tanto o controle de constitucionalidade difuso, a cargo dos juízes quando da análise dos casos concretos; como o controle concentrado, a cargo do Supremo Tribunal Federal para verificação da (in)constitucionalidade das disposições em abstrato nos termos do art. 102 da CF/88.

Já se mencionou que o STF rechaçava a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de leis orçamentárias, tomando-as como leis de efeito concreto e, portanto, passíveis apenas de controle difuso. Sob a ótica da separação dos poderes, a posição do Supremo Tribunal Federal, indiretamente, ocasionou o levantamento de um dos mecanismos do sistema de freios e contrapesos das leis orçamentárias.

A impossibilidade de controle de constitucionalidade abstrato das leis orçamentárias acabou por conduzir à falta de controle da atuação legislativa, desequilibrando as instâncias de poder ao conferir demasiada autonomia aos parlamentares na elaboração do orçamento. Viu-se que o conteúdo das leis orçamentárias se encontra limitado às receitas, despesas, créditos suplementares e dívida pública, a fim de evitar caudas orçamentárias¹⁵⁶, mas num cenário em que já se constatava menor atenção ao direito financeiro na atuação fiscal do Estado, teve lugar um sem-número de emendas parlamentares aos orçamentos em desacordo com os preceitos constitucionais, sem pertinência temática com as receitas e despesas públicas fixadas.

Muitas dessas emendas, quando não claramente contrárias à Constituição, deixavam de observar seus fins, afastadas do mote de satisfação das necessidades públicas, sem que se pudesse socorrer ao STF para solução¹⁵⁷. O Supremo enfim reviu sua posição, passando a admitir o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias a partir da ADI 5.449¹⁵⁸, onde

¹⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 61.

¹⁵⁶ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134.

¹⁵⁷ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.449 MC-REF/RR, Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10743671>>. Acesso em 24 ago. 2023.

se discutia norma estadual que submetia as despesas com pessoal do Ministério Público de Contas aos limites orçamentários do Poder Executivo, impactando no funcionamento do Órgão.

Mas até a revisão do entendimento diversas leis orçamentárias vigoraram em desacordo com a Constituição, tendo exaurido seus desígnios nos respectivos exercícios. A mudança de entendimento abriu espaço para a solução de divergências no porvir, mas em nada alterou o prévio desvirtuamento do instituto no período de omissão do STF, restando o consentimento à permanência de LOAs inconstitucionais no ordenamento jurídico. Restou, também, a advertência à doutrina, mormente no que toca ao controle das reformas à Constituição Financeira.

4 O PROCESSO DE REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

4.1 APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1.1 Haveria conflito entre permanência e alteração da Constituição?

Apesar da respeitabilidade conquistada pela Constituição, não há uma duração pré-definida para a ordem constitucional estabelecida¹⁵⁹. Por outro lado, as Constituições precisam se adequar às mudanças históricas que lhes são contemporâneas, permitindo que se promovam mudanças de acordo com os anseios da realidade e as demandas sociais de cada período. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, uma Constituição imutável perderia a sintonia com seu tempo, podendo vir a se tornar meramente nominal, isto é, válida e legítima, porém carecendo de realidade existencial¹⁶⁰.

Nesse mote, é a própria pretensão de permanência das Constituições que conduz a uma necessidade de alteração. O movimento de mudança é inerente à existência das Constituições a fim de superar certos conflitos da realidade, não havendo como submeter a geração posterior aos desígnios de geração diversa que a precede¹⁶¹, de modo que o desafio que se apresenta é a promoção de mudanças sem que o ordenamento jurídico seja prejudicado no processo¹⁶².

Mas a pretensão de permanência também implica que toda e qualquer alteração deve ser relegada a hipóteses excepcionais, perpassando por complexo mecanismo de proteção e defesa. Tal se dá porque o constitucionalismo moderno se baseia, também, em Constituições rígidas, as quais demandam um procedimento específico para alteração e sujeitam o poder de reforma a um juízo de inconstitucionalidade¹⁶³.

Em outras palavras, as constituições rígidas permitem alteração, mas por meio de um processo legislativo mais dificultado do que aquele apontado para a elaboração da legislação ordinária, sendo a competência revisora, igualmente, atribuída a um poder legislativo distinto

¹⁵⁹ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 5.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 153.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 138.

¹⁶² CONTI, José Maurício. RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. O Direito Financeiro e a Constituição de 1988: Passado, Presente e Futuro. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 10, p. 253-282, 2019. p. 254.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 162.

do legislativo ordinário, o poder reformador¹⁶⁴. Por mais que a Constituição possa ser alterada, tal alteração não é (nem pode ser) ilimitada.

Luís Roberto Barroso mais uma vez aponta a Constituição norte-americana de 1787 como responsável por inaugurar a era das constituições rígidas, na medida em que seu texto trouxe expressamente a expressão “poder de emenda” (*amendment power*), além de prever um procedimento próprio para alteração, modelo que desde então prevalece em muitas das Constituições atuais, a exemplo da CF/88¹⁶⁵.

Doutrinariamente apontam-se três outras espécies em oposição às Constituições rígidas: constituições imutáveis, pretendendo-se eternas e não admitindo reforma de qualquer tipo; constituições fixas, as quais não admitem a existência de órgão competente para revisão, alteradas através de novo poder constituinte originário, logo, incapazes de atender às mudanças históricas que lhe acompanham sem que se estabeleça uma nova ordem constitucional; e flexíveis, alteradas nos mesmos moldes da legislação ordinária¹⁶⁶.

Em que pese suas especificidades possam conduzir à ideia de incompatibilidade com um constitucionalismo baseado na efetividade do texto constitucional, Nelson de Souza Sampaio esclarece que em relação às constituições flexíveis tal distinção encontra-se muito mais no campo jurídico. No campo sociológico, pode ser possível verificar uma constituição flexível sendo alterada de forma mais lenta do que uma constituição tida como rígida, ao tempo em que a rigidez não seria necessariamente mais efetiva numa sociedade regida pelos costumes a vista da dificuldade de identificação do órgão responsável pelo processo de reforma¹⁶⁷.

Por outro lado, o autor aponta que constituições que preveem o mesmo processo de alteração podem ser emendadas em frequência distinta, ao tempo em que outros modelos trazem a rigidez ou a flexibilidade de forma transitória, denotando que o tema da alteração vai muito além de questões legais, sendo também uma escolha política. Não haveria como apontar um único modelo de Constituição sem que se considerem as particularidades de cada caso, mesmo porque seria possível verificar perigos tanto na maleabilidade como na extrema rigidez¹⁶⁸.

¹⁶⁴ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994. p. 39.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 154.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994. p. 62.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 62.

Raul Machado Horta explica que, desde que respeitados esses limites, eventual alteração não afetaria a permanência, mas representaria uma evolução, na medida em que introduz correções ou aperfeiçoamentos no texto constitucional; no entanto, ainda assim não deixa de representar que estaria havendo, em algum grau, uma insatisfação com a matéria a ser alterada¹⁶⁹.

Também para Gustavo Just da Costa e Silva a tensão entre estabilidade e dinâmica resolve-se através de uma reforma vinculada a procedimentos e limites:

A constituição do Estado de direito não pode pretender condenar a história, nem anular-se vulnerando a sua normatividade e abandonando a sua função limitadora do poder. Para permanecer no tempo e apesar dele a constituição precisa internalizar – e com isso em alguma medida controlar – os elementos da tensão entre estabilidade e dinâmica. Por isso a continuidade da constituição, enquanto constituição, “só é possível quando passado e futuro estiverem nela combinados”. É a reforma constitucional que promove, em primeira linha, essa combinação, por permitir que a conexão da constituição ao curso histórico se processe dentro da continuidade jurídico-formal do ordenamento. Nesse sentido a reforma tem, especialmente quando materialmente limitada, uma ação ao mesmo tempo condutora do desenvolvimento e estabilizadora. Por um lado, evita a imobilidade que provoca o rompimento constitucional e a revolução; por outro, mantém o desenvolvimento vinculado a um determinado procedimento e a determinados limites¹⁷⁰.

A reforma teria as funções conduzir o desenvolvimento e estabilizar as Constituições, especialmente quando determina os limites. Quanto ao estabelecimento de limites pelo diploma constitucional, Marcelo Neves aduz que a ausência de um mecanismo de reciclagem regulado de forma estritamente jurídica poderia vir a implicar na intervenção de outros sistemas sociais no direito, sendo preferível que a própria Constituição determine como será alterada a fim de manter sua autonomia operacional:

a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional. A falta de uma regulação estritamente jurídica da capacidade de aprendizado ou reciclagem do sistema jurídico conduz – em uma sociedade hipercomplexa, com consequências muito problemáticas – a intervenções diretas (não-mediatizadas pelos próprios mecanismos jurídico-sistêmicos) de outros sistemas sociais, sobretudo no político, no direito¹⁷¹.

Admite-se, em suma, que constituições rígidas podem ser modificadas, alteração que ocorre tanto por meio informal, através de mutação constitucional; como por meio formal através de reforma, mediante os mecanismos da emenda e da revisão constitucional, os quais,

¹⁶⁹ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 12.

¹⁷⁰ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 75.

¹⁷¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 72.

a depender da Constituição, podem ou não ter sido eleitos, mas cujos requisitos encontram-se no texto e são sempre mais complexos do que o rito da legislação ordinária¹⁷².

4.2 Mutações x reforma constitucional

Há casos em que a alteração da realidade pode vir a alterar tão só o conteúdo da norma, a qual passa a ser interpretada de maneira diversa¹⁷³. Para Raul Machado Horta, tal se dá na medida em que “a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional”¹⁷⁴. Com base nesses ditames, a mutação constitucional pressupõe uma alteração no sentido ou alcance de norma já existente, sem implicar em modificação do texto constitucional.

Segundo explica Konrad Hesse, assim o é porque na maioria das mutações não é o conteúdo da norma que muda, mas a situação constitucional, sendo impossível para o Direito resolver a influência da realidade sobre o conteúdo das normas, convertendo a realidade numa magnitude extra-jurídica¹⁷⁵.

A doutrina demonstra que também seria possível apontar a existência de mutação através de legislação integradora editada pelo legislador; através do costume; na mudança de percepção do direito¹⁷⁶, mediante práticas que não vulnerem a Constituição ou a contradigam; ou mesmo por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional¹⁷⁷, em que pese não se pretenda esgotá-las por acatamento ao objeto de pesquisa.

A vista disso, Luís Roberto Barroso traz a lição de que, para além do poder constituinte originário e do poder constituinte reformador, haveria um terceiro poder constituinte admitido por algumas Constituições, chamado de poder constituinte difuso, cuja titularidade também seria do povo, mas por meio dos órgãos do poder constituído conforme a necessidade de afirmação de direitos fundamentais ou de demandas/sentimentos sociais¹⁷⁸.

Questão semelhante pode ser encontrada na obra de Konrad Hesse, para quem “*La necesidad política desempeña un papel relevante como motor de las mutaciones*

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 139.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 141.

¹⁷⁴ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 13.

¹⁷⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 90.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 146.

¹⁷⁷ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 13.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 142.

constitucionales”¹⁷⁹. No entanto, o autor defende a necessidade de se definirem parâmetros claros, vez que na falta desses, quando o tribunal constitucional tiver que decidir sobre a constitucionalidade de determinado ato, sempre será possível afirmar que houve mutação sem que se possa provar ou refutar tal afirmação¹⁸⁰.

Tanto é que já se levantou a inexistência de um critério dogmático na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. É o que afirma Thiago Coelho Sacchetto em estudo sobre o tema, apontando que o STF emprega o termo mutação constitucional de formas diametralmente opostas, identificando ao menos três conotações. O instituto da mutação já teria sido utilizado até mesmo para se referir à alteração formal, introduzida pela via da emenda constitucional¹⁸¹.

No que toca à alteração formal, por meio de reforma, os parâmetros se mostram mais bem definidos na medida em que é regra o próprio texto constitucional dispor acerca do cabimento de revisão ou emenda, definindo suas hipóteses e limites. A instituição expressa de reforma pelo texto constitucional, trazendo pressupostos para sua modificação, sintetiza a abertura da Constituição aos desenvolvimentos¹⁸².

Mas eventual ausência de previsão expressa de reforma não pode ser interpretada desde logo como sinônimo de constituição imutável, mas de constituição flexível, no sentido de que não haveria distinção em relação à legislação ordinária. Gustavo Just da Costa e Silva entende que, a vista tanto da ausência de abertura ao desenvolvimento como da ausência de limitação ao poder estatal, propriamente tal documento não poderia ser considerado Constituição¹⁸³.

Nelson de Sousa Sampaio vai além, equiparando à reforma, também, a interpretação direta de dispositivos constitucionais feita pelo legislativo, vez que algumas constituições como a suíça trazem de forma expressa que a interpretação deve obedecer à forma prescrita para a modificação das leis que se pretende interpretar, submetendo-se a interpretação à tramitação tal como as demais alterações do texto constitucional¹⁸⁴.

¹⁷⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 89.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 84.

¹⁸¹ SACCHETTO, Thiago Coelho. As Mutações Constitucionais no Contexto Brasileiro de Crise da Representação Democrática. **E-PÚBLICA**, v. 2, n. 1, p. 123-140, mar. 2015. Disponível em: <<https://e-publica.pt/article/34546-as-mutacoes-constitucionais-no-contexto-brasileiro-de-crise-da-representacao-democratica>>. Acesso em: 03 abr. 2023. p. 126.

¹⁸² SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 74.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 75.

¹⁸⁴ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994. p. 82.

Marcelo Neves pontua que não seria possível apontar uma hierarquia entre as formas de alteração da Constituição, na medida em que haveria no direito o que chama de “circularidade” quando de sua criação e aplicação, que podem vir a determinar o sentido e condicionar a validade das normas constitucionais:

é de observar que o sistema constitucional também é capaz de reciclar-se em relação ao que ele mesmo prescreve. Esse caráter cognitivo do sistema constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que em uma abordagem técnico-jurídica constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais. A circularidade é mantida, pelo menos na “relação de mistura” entre criação e aplicação do direito¹⁸⁵.

Não obstante, a diferenciação se mostra relevante a fim de que se possa manter o acatamento às definições e, por conseguinte, contextualizar o que se pretende ao tratar das reformas financeiras, alterações ao texto da Constituição promovidas por meio de emendas constitucionais, abordadas no presente estudo.

No caso da Constituição Federal de 1988, o texto abarcou os institutos da revisão e da emenda. Ainda que o texto constitucional não tenha trazido o termo “reforma” de maneira expressa, o art. 60¹⁸⁶ elegeu as emendas como a via permanente de alteração, enquanto o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁸⁷ previu a revisão como processo excepcional, em que pese já esgotado¹⁸⁸.

Para Raul Machado Horta, a Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento complexo ao estabelecer as fases da emenda, adotando processo comandado por “cauteloso formalismo”, o que teria sido deixado de lado no caso da revisão, estabelecida para 05 (cinco)

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 72.

¹⁸⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹⁸⁷ Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

¹⁸⁸ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 74.

anos da promulgação constitucional prevista pelo art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de forma normativamente escassa e lacônica¹⁸⁹.

Antes mesmo do esgotamento do período previsto para revisão a Constituição de 1988 foi reformada através de emendas, tendo a primeira delas sido promulgada em 1992¹⁹⁰. Até o final de 2022, decorridos 30 (trinta) anos da primeira emenda, chegou-se à Emenda Constitucional n. 128/2022, em que pese o instituto tenha um processo legislativo dificultado em comparação àquele previsto para a lei ordinária.

4.3 LIMITES DA REFORMA POR EMENDA CONSTITUCIONAL

4.3.1 Emendas constitucionais x cláusulas pétreas

Na medida em que as emendas constitucionais se prestam a alterar a Constituição vigente, suprimindo ou atualizando seu conteúdo, é possível discutir sua inconstitucionalidade frente às matérias tratadas de forma originária? Ou o conteúdo se torna constitucional pela mera inserção no texto, podendo inclusive vir a balizar eventual discussão acerca da constitucionalidade de normas infraconstitucionais que o contrariem?

Em que pese o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma constitucional possa causar estranheza à primeira vista, o controle de constitucionalidade de emendas é matéria há muito pacífica. Já em 1951, Otto Bachof discorria acerca da possibilidade de se considerar a inconstitucionalidade de “leis de alteração da Constituição”:

Assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, n. 3, eliminasse a articulação da Federação em Estados federados ou o princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. 1 e 20. Não é necessário mostrar mais pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, <<inconstitucional>>¹⁹¹.

O autor aduz que uma norma de alteração pode ser inconstitucional da mesma maneira em que as demais espécies normativas o são quando contrárias à Constituição, seja pela não observância da forma prescrita, seja por não acatar declaração de não modificação contida no

¹⁸⁹ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 24.

¹⁹⁰ SCAFF, Fernando Facury. As Eternas Reformas Constitucionais no Brasil e as Pecs 186, 187 e 188 do Governo Bolsonaro. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TORRES, Heleno Taveira. **Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras**: por que, para que, para quem e como? São Paulo: Casa do Direito, 2020. p. 137-169. p. 143.

¹⁹¹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Almedina: Coimbra, 2014. p. 52.

próprio texto¹⁹². A emenda pode até ser considerada constitucional do ponto de vista formal, mas será inconstitucional pela inobservância dos limites.

Primeira Constituição a dispor sobre a possibilidade de emenda de forma expressa¹⁹³, a Constituição americana disciplinou em seu art. 5º¹⁹⁴ as limitações a serem consideradas para reforma do texto, caso da iniciativa de 2/3 das duas casas do Congresso ou das assembleias legislativas de 2/3 dos estados, a ser posteriormente ratificada conforme quórum igualmente qualificado em relação ao procedimento exigido para alteração da legislação infraconstitucional, dentre outras limitações temporais e materiais para a modificação de cláusulas específicas.

A sofisticação em relação ao processo legislativo ordinário decorre da ideia de permanência. Conforme discutido anteriormente, ao mesmo tempo em que a Constituição necessita permitir que se realizem mudanças em seu texto a fim de permanecer aplicável às novas circunstâncias, não pode ser dotada de grande volubilidade, fragilizada por toda e qualquer necessidade de contingência e pelas ocasionais maiorias, de modo que o poder constituinte originário estabelece limites materiais, circunstanciais e formais para a elaboração de reformas¹⁹⁵.

Luís Roberto Barroso já discorreu que o modelo americano de emenda influenciou muitas das Constituições atuais¹⁹⁶, máxima igualmente aplicável à Constituição Federal de 1988. Ao delinear o procedimento e os limites a serem observados na propositura de emendas constitucionais, o poder constituinte buscou inspiração nas disposições da Constituição americana, estabelecendo um processo legislativo com exigências semelhantes.

No caso da Constituição de 1988, a proteção formal é trazida pelo art. 60, representada pela limitação de iniciativa, atribuída a poucos legitimados, caso do Presidente da República, de 1/3 dos membros das casas do Congresso e de mais da metade das Assembleias Legislativas

¹⁹² BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Almedina: Coimbra, 2014. p. 52.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2020. p. 156.

¹⁹⁴The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that *no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article*; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2020. p. 154.

¹⁹⁶ *Ibidem.* p. 154.

das unidades da federação; pelo quórum qualificado para aprovação do projeto, carecendo do apoio de 3/5 (três quintos) dos membros de cada Casa do Congresso Nacional; e pelo procedimento mais dificultado, exigindo discussão e votação em cada Casa em dois turnos.

A razão de ser do quórum qualificado se justifica por duas óticas: a um, a Constituição é obra do povo; a dois, há uma transcendência dos bens jurídicos por ela tutelados. Implica dizer que a permanência da Constituição torna o texto discutido por uma maioria há muito reunida aplicável às gerações futuras, sendo o quórum dificultado uma solução para filtrar a inclusão de matérias nesse rol:

inserir determinada matéria no texto constitucional significa retirá-la do âmbito de atuação das maiorias futuras, a menos que estejam estas qualificadas por quórum expressivo (geralmente 2/3 e, em alguns casos, de 3/5). O que autorizaria uma maioria reunida no passado – no caso americano, por exemplo, há mais de dois séculos – a impor restrições às maiorias futuras, integrantes de gerações que têm outras circunstâncias e outros problemas a equacionar e resolver? (...) Do ponto de vista *subjetivo*, uma Constituição é obra do povo (...). Do ponto de vista *objetivo*, a superioridade da Constituição se deve à transcendência dos bens jurídicos que ela tutela¹⁹⁷.

Essa transcendência dos bens jurídicos citada pelo autor também justifica a exclusão de determinados dispositivos do poder de reforma, conduzindo a limites materiais de natureza implícita ou explícita de observância obrigatória para alteração do texto. Coube ao art. 60 da Constituição, em seu § 4º ¹⁹⁸, dispor do rol de matérias expressamente inseridas no núcleo imodificável pela via da emenda constitucional, as quais sequer podem ser objeto de deliberação e proposta.

Não se admite emenda constitucional que objetive abolir a forma federativa de estado; os atributos do voto; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais, as chamadas cláusulas pétreas, rompendo a tradição presente nas Constituições republicanas anteriores de preservar tão só a República e a Federação¹⁹⁹. Resultam da proteção especial conferida aos princípios federativo e democrático, e aos direitos individuais.²⁰⁰

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 156.

¹⁹⁸ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁹⁹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273.

Gustavo Just da Costa e Silva aponta a dificuldade hermenêutica do modelo anterior à vista da vagueza decorrente da acepção moderna de “república”, compreendendo todo Estado que não seja uma monarquia, ou seja, todo Estado que escolha seus governantes por critério diverso da sucessão hereditária. Porém, apesar da Constituição de 1988 ter estendido o rol das cláusulas pétreas para além das duas hipóteses anteriores, destaca que não houve uma indicação precisa dos preceitos que não estariam sujeitos à reforma.

Não tendo o constituinte originário guardado modelo mais analítico, o cerne inalterável restou amplo em comparação às constituições predecessoras. No entanto, foi enunciado de forma sintética, restando a dificuldade de se prever até onde uma reforma poderia avançar sem atingir as limitações. Partindo da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, o autor exemplifica como a enunciação sintética pode dar lugar a vastas interpretações:

A cláusula da forma federativa de Estado estaria atingida por uma emenda constitucional que reduzisse a competência legislativa dos Estados em favor da União? Ou por uma outra que autorizasse a tributação, pelo Estado, do patrimônio da União e dos Municípios? Ou a reforma que se proíbe é apenas a que conduzisse ao desmembramento de uma unidade da Federação, permitindo a “livre saída de alguma parte do território, de algum Estado-membro ou território”, como entendia Pontes de Miranda na vigência da Constituição de 1967?²⁰¹

Em que pese partindo da mesma premissa do autor no que toca à generalidade dos incisos, José Afonso da Silva, tem como claro que o texto não visou rechaçar apenas a discussão de emendas que declarem a abolição da federação de forma expressa, mas que modifiquem os elementos conceituais da federação como forma de conduzir ao seu enfraquecimento, tendendo para a abolição. Aplica o mesmo raciocínio aos direitos e garantias individuais protegidos pelo inciso IV do § 4º do art. 60, enunciando que qualquer emenda que tenda para o enfraquecimento de direitos do art. 5º já seria vedada pela CF/88²⁰².

A doutrina também levanta dúvidas quanto à aplicabilidade ou não a todas as cláusulas do art. 5º da Constituição, que se ocupa dos direitos e deveres individuais e coletivos, apontando ainda como obstáculos a ausência de investigação de critérios para se distinguir os direitos individuais dos que não o são e a possibilidade de se considerar os direitos sociais trazidos nos arts. 6º e 7º também como cláusulas pétreas. Gustavo Just vai além: poderia uma emenda

²⁰¹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

²⁰² SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209.

constitucional ser editada, ainda que transitoriamente, para modificar o próprio art. 60 com vistas a simplificar ou suprimir os limites do processo de reforma?²⁰³

Diante de tantas questões, argumenta pela necessidade de uma dogmática específica para cada uma das hipóteses de proteção, aliada a uma teoria dos direitos fundamentais²⁰⁴. Do mesmo modo, Ivo Dantas coloca ao lado das cláusulas pétreas os princípios fundamentais, os quais também funcionariam como limites materiais às emendas²⁰⁵, apontando ainda, a existência de limites temporais no art. 60, §1º, que limita a edição de emendas constitucionais quando da vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, os chamados períodos de legalidade especial²⁰⁶.

Opinião diversa se verifica na lição de José Afonso da Silva²⁰⁷, para quem as limitações do §1º do art. 60 da CF/88 não seriam temporais, mas circunstanciais, disciplinando circunstâncias específicas que impedem alterações. Consigna que o único limite verdadeiramente temporal no direito brasileiro remonta à Constituição Política do Império, que somente admitia reforma passados 04 (quatro) anos de sua promulgação, disposição não reproduzida nas demais.²⁰⁸

J. J. Gomes Canotilho complementa que haveria limites tácitos igualmente vinculativos, entendendo que “há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta²⁰⁹”.

Sejam implícitos no próprio texto, sejam decorrentes da ordem de valores, a submissão da reforma à limites inerentes ao ordenamento é pacificamente admitida, o que não se pode dizer dos valores decorrentes da ordem internacional, temática ainda controversa. Retomando a tese de Otto Bachof, a inconstitucionalidade também poderia ser aferida com base no direito

²⁰³ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 1.

²⁰⁵ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 171.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 175.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209.

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 273.

²⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1135.

supralegal ainda que não positivado, fundamento de validade rechaçado por José Afonso da Silva face à indefinição.²¹⁰

Mas apesar de não compactuar do entendimento, José Afonso elucida que a doutrina de Bachof levou a discussões a respeito da inconstitucionalidade frente ao direito comunitário (caso da Constituição Europeia em relação aos países-membros) e ao direito fundamental da pessoa humana, em que peses tais hipóteses não tenham sido comportadas pelo ordenamento brasileiro.²¹¹

Quando ao direito comunitário, o Brasil não integra comunidade que produza uma Constituição similar ao que pretende a União Europeia, vez que o MERCOSUL não tem a mesma natureza daquela. E em que pese a CF/88 tenha prestigiado a prevalência dos direitos humanos como princípio, não se reconhece sua superioridade face às demais normas constitucionais, de modo que a discussão atual se atém à conformidade com a Constituição.²¹²

Parte da doutrina faz ainda um destaque didático do que se concebeu chamar de cláusulas pétreas orçamentárias, matérias sobre as quais a Constituição veda a discussão parlamentar no Projeto de Lei Orçamentária. São as dotações para pagamento de pessoal e seus encargos; o pagamento do serviço da dívida; as imunidades tributárias; as vinculações orçamentárias para custeio de direitos fundamentais; e, por fim, o sistema de precatórios²¹³.

Aqui não haveria impedimento de que sejam eliminadas do ordenamento pelo constituinte reformador, a não ser quando sejam também cláusulas pétreas constitucionais. É o caso das vinculações orçamentárias para custear direitos e garantias, vez que a falta de destinação de recursos na Lei Orçamentária Anual impedirá que o direito se concretize na prática. Essa interseção entre a cláusula pétrea orçamentária que impede a discussão parlamentar das vinculações constitucionais no processo legislativo da LOA e a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV remonta ao modelo hermenêutico inaugurado pela Constituição Financeira.

Como verificado, um dos pressupostos da Teoria da Constituição Financeira consiste em pautar as ações do estado para atingir os fins constitucionais, concretizando o conteúdo material

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209.

²¹¹ *Ibidem*. p. 209.

²¹² *Ibidem*. p. 214.

²¹³ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020a. p. 271.

da Constituição, de modo que se retira espaço para discussões que visem diminuir o orçamento mínimo social.

4.3.2 Emendas constitucionais x fraude à Constituição

Para além de situações de flagrante inconstitucionalidade, mais facilmente identificáveis por representarem uma violação direta às cláusulas pétreas, Marcos Bernardes de Mello aponta a possibilidade do que chama de fraude à Constituição, ou infração indireta dos preceitos constitucionais.

A Constituição seria infringida de forma indireta “quando, dispendo de maneira aparentemente com ela compatível, a lei, o ato normativo ou o ato administrativo alcança resultado por ela proibido ou evita o fim por ela imposto (transplantando a terminologia usual no direito privado, temos fraude à constituição)”²¹⁴.

O autor aponta que a fraude à Constituição também pode ser constatada em emendas com verdadeiros conteúdos de reformas, a par da previsão de única revisão constitucional pelo ADCT; e emendas aprovadas em desrespeito ao processo legislativo, caso da Emenda n. 19, que ao tratar da reforma administrativa sofreu alterações substanciais em ambas as casas do Congresso nos moldes do que a Constituição permite quando da apreciação de projetos de leis em seu art. 65, mas não quando da apreciação de emendas constitucionais²¹⁵.

Defende que, assim como há sanção no caso de inconstitucionalidade, o mesmo raciocínio deve ser aplicado nos casos de fraude à Constituição. Desse modo, constatada a violação indireta, deve imputar-se a mesma sanção cominada para a infração direta, qual seja, a decretação de inconstitucionalidade²¹⁶.

A discussão também é encontrada em Ivo Dantas, para quem

não é necessário que a proposta de emenda traga, em si, diretamente, uma ameaça de alcançar os princípios citados. Suficiente será apenas que esteja marcada por uma tendência à abolição de qualquer um dos incisos que compõem o art. 60, parágrafo 4, para que não possa, nem ao menos, ser proposta. Tal significa dizer-se, que só uma visão sistêmica do texto constitucional [...] informará quais os pontos “isentos” ou “sacralizados”²¹⁷.

²¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Da Fraude à Constituição no Sistema Jurídico Nacional. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 52, p. 137-154, 2010.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 183.

Para o autor, essa admissão da possibilidade de existência de normas inconstitucionais dentro da própria Constituição é decorrente do reconhecimento de uma hierarquização das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, devendo se conduzir uma análise sistêmica das normas constitucionais com os princípios constitucionais que lhes são correlatos²¹⁸.

O termo fraude à Constituição também foi utilizado por Walber de Moura Agra para se referir aos “modos de burlar o Poder Reformador”, quando modificações ofendem as cláusulas pétreas implícitas ou explícitas por desobedecerem ao procedimento previsto ou deixarem de observar as limitações constitucionais²¹⁹.

O autor aponta que não haveria debate social sobre estas pela aparência de legalidade, mas também padeceriam de inconstitucionalidade, pois a infração indireta tem o condão de macular direitos históricos ou até mesmo de aumentar a centralização de poder no Governo Federal, em detrimento das cláusulas pétreas prestigiadas pelo poder constituinte originário como inalteráveis²²⁰.

4.4 TEM LUGAR A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA

4.4.1 Reforma financeira x reforma tributária

A expressão “reforma tributária” é utilizada precipuamente em alusão às Propostas de Emenda à Constituição (PECs) n. 45/2019, 110/2019 e 46/2022, as quais, apesar de divergentes em alguns pontos, tem como escopo principal “simplificar” o sistema de arrecadação. A maior discussão cinge-se a criação do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), com o intuito de unificar a tributação da cadeia de produção e distribuição de bens e serviços.

Em que pese a discussão tenha ganhado espaço na mídia ao ser apontada como pauta política prioritária defendida tanto pelo Presidente Lula como pelo Presidente do Senado e do Congresso Rodrigo Pacheco²²¹, não se trata de tema novo. Ainda em 1995, quando do mandato

²¹⁸ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.183.

²¹⁹ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 190.

²²⁰ *Ibidem*, p. 189.

²²¹ AGÊNCIA SENADO. Congresso e Planalto vão tentar mais uma vez aprovar a reforma tributária. **Senado Notícias**, 3 fev. 2023. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/02/03/congresso-e-planalto-va-otentar-mais-uma-vez-aprovar-a-reforma-tributaria>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

do Presidente Fernando Henrique Cardoso, já era pauta a votação de uma reforma tributária com igual apoio do Presidente do Senado à época, o ex-Presidente José Sarney²²².

A verificação de que o tema está presente há algumas décadas, sem que a reforma de fato se concretize, denota uma insatisfação permanente com o sistema tributário brasileiro. Há quem problematize a alta carga tributária; a predominância de impostos sobre o consumo, o que acaba por vulnerar os menos favorecidos; a ausência de criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto pelo art. 153, VII da CF; a dificuldade de fiscalização em razão da competência pulverizada; e mesmo a disparidade de desenvolvimento das regiões diante da configuração econômica de certos municípios, que os torna impossibilitados de exercer sua competência para tributar serviços e a propriedade de imóveis²²³.

Mas certo é que a reforma tributária não tem encontrado espaço para maiores avanços até a aprovação, enquanto a reforma financeira vem sendo concretizada através de emendas esparsas²²⁴. Como se apartada do Direito Tributário fosse, não se concebeu um projeto capaz de promover alterações pensadas de forma global, a exemplo do que se pretende por meio das PECs 45/2019, 110/2019 e 46/2022; tampouco em conjunto ao sistema de arrecadação e incentivos.

Voltando a atenção às emendas constitucionais, verifica-se que até o primeiro semestre de 2023 foram editadas 128 emendas. Considerando os 35 (trinta e cinco) anos de promulgação da Constituição, à primeira vista o montante soa compatível com a necessária atualização estudada, vez que conduz a uma média de menos de 04 (quatro) emendas por ano de vigência do texto constitucional.

Sucedese que, somente em 2022, foram editadas 14 (quatorze) emendas constitucionais, mais do que o triplo do que seria a quantidade média, muitas delas com o fito de veicular ajustes fiscais. Fernando Facury Scaff ainda aponta que, somando os ajustes fiscais

²²² AGÊNCIA SENADO. Reforma tributária será a próxima emenda em votação. **Senado Notícias**, 4 ago. 1995. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1995/08/04/reforma-tributaria-sera-a-proxima-emenda-em-votacao>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

²²³ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Crise no federalismo fiscal brasileiro: do novo regime fiscal ao programa federativo de enfrentamento ao coronavírus. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 77.

²²⁴ SCAFF, Fernando Facury. As Eternas Reformas Constitucionais no Brasil e as Pecs 186, 187 e 188 do Governo Bolsonaro. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TORRES, Heleno Taveira. **Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras**: por que, para que, para quem e como? São Paulo: Casa do Direito, 2020. p. 137-169. p. 143.

promovidos por meio de legislação infraconstitucional, as muitas alterações financeiras, por vezes, sequer são noticiadas, acessíveis a poucos abnegados estudiosos da matéria²²⁵.

A par da discussão política que norteia as razões de edição dessas emendas, exsurtem questões de cunho jurídico a exigir maior análise, a exemplo da obediência ao processo legislativo instituído pelo constituinte originário. Por outro lado, viu-se como a Constituição de 1988, ao abarcar a política fiscal por meio das subconstituições Financeira, Tributária e Orçamentária, promoveu uma mudança de paradigma na interpretação e aplicação dessas matérias.

A leitura das ementas do Quadro de Emendas Constitucionais²²⁶ do Planalto pressupõe a prevalência de matéria financeira e orçamentária nas emendas promulgadas entre 2016 e 2022, quando em confronto às demais matérias alteradas. Tal como observado no processo anterior, a maior constitucionalização (em seu sentido primeiro, inclusão de normas) confere maior força normativa ao direito financeiro, por estar delineado de forma ainda mais ampla na Constituição?

É possível levantar muitos outros questionamentos: A reforma financeira observa os limites formais e materiais em relação às cláusulas pétreas? Como se dará o controle pelo judiciário? Há que se falar em desconstitucionalização? Provável que não se consiga sequer dimensionar todas as problemáticas subjacentes à questão, quiçá esmiuçá-las ou apontar soluções para tantos escopos diferentes.

O presente estudo se dedica a analisar se as reformas financeiras reforçam o ideal da Constituição Financeira, enquanto garantidora dos direitos fundamentais. À medida em que a constitucionalização do direito financeiro atentou para a garantia de custeio progressivo de direitos por meio da atividade financeira, as atuais reformas observam os ditames da constitucionalização promovida pela Constituição de 1988? Ou seria possível dizer que estaria em andamento um outro movimento de constitucionalização, afastado desses ditames?

Considerando que a reforma financeira vem sendo introduzida paulatinamente no texto constitucional, passar-se-á a discorrer sobre as Emendas Constitucionais 95/2016, 106/2020, 109/2021, 113/2022, 114/2022 e 119/2022, a fim de que se chegue ao cerne da problemática levantada.

²²⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Reformas constitucionais tributárias e financeiras em tempos de Covid-19**. São Paulo: Conjur Editorial, 2021. p. 61.

²²⁶Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 25 ago. 2023.

4.4.2 A Emenda Constitucional n. 95/2016 (Teto de gastos)

Ainda que o título constitucional dedicado às finanças públicas já tenha sido emendado anteriormente, a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016 pode ser apontada como o marco inicial do fenômeno de maior constitucionalização financeira que se apresenta, tendo sido responsável pela instituição do denominado “Novo Regime Fiscal” a fim de conter o crescimento das despesas primárias à nível federal.

Por despesas primárias entendam-se os gastos necessários ao custeio administrativo para funcionamento da máquina pública, a fim de que se coloquem serviços públicos à disposição da sociedade, englobando despesas com pessoal, encargos sociais, transferências para Estados e Municípios e investimentos²²⁷. Implica dizer que as despesas primárias possibilitam o funcionamento dos Poderes e Órgãos, de modo que seu contingenciamento pode vir a afetar até mesmo a separação dos Poderes, conforme o exemplo do Ministério Público de Contas apontado na ADI 5.449.

Em que pese à primeira vista se possa associar uma maior despesa primária à maior presença do Estado, própria de estados mais sociais, James Giacomoni coloca o crescimento da despesa pública como característica global da economia do século XX na medida em que o aumento se deu não apenas nos países em que o Estado se coloca como o maior agente econômico, mas também nas nações defensoras da livre iniciativa e da economia de mercado²²⁸. Conforme já se verificou, os direitos de liberdade também demandam um aparelhamento estatal capaz de garanti-los.

José Matias-Pereira traz dados que ilustram como se deu o crescimento das despesas primárias no Brasil ao longo dos anos:

A despesa primária pública cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%, no período de 2008 a 2015 [...]. O gasto primário teve um aumento de 5,6% ao ano, no período de 1997 a 2015, ou seja, triplicou em termos reais. Nesse intervalo de tempo, as despesas primárias do governo central (excluídas as transferências para Estados e Municípios) cresceram 178% em termos reais (descontada a inflação), o que representou um crescimento real de 5,85% ao ano. Por sua vez, o PIB do mesmo período (1997-2015) aumentou apenas 58%²²⁹.

²²⁷ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 11 ago 2023.

²²⁸ GIACOMINI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 7.

²²⁹ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 229.

Apesar do aumento de 5,85% ao ano, o autor destaca a ausência de preocupação com qualquer contingenciamento na medida em que a receita também cresceu ao longo da primeira década de 2000, inclusive acima do PIB, até o agravamento da crise econômica a partir de 2011, quando se começaram a verificar elevados déficits e o aumento da dívida pública, atingindo um déficit de 111 bilhões em 2015²³⁰.

Prestando-se a solucionar essa realidade, a Emenda 95/2016 trouxe limites individualizados para as despesas primárias pelo prazo de vinte exercícios financeiros no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, aplicável aos três poderes, de modo que durante o apontado interstício gastos em áreas como saúde e educação não seriam aumentados para além do limite da inflação, em consideração ao gasto do ano anterior.

Modelo de limitação similar já havia sido empregado em outros países. Matias-Pereira traz o caso da União Europeia, cujos membros estão obrigados a limitar tanto a dívida como o déficit com base no PIB, observando os percentuais de 60% e 3% respectivamente²³¹. Já Correia Neto cita um estudo do Fundo Monetário Internacional segundo o qual, entre 1985 e 2015, ao menos 96 países adotaram restrições à política fiscal por meio do estabelecimento de limites ou metas²³².

Mas o teto de gastos instituído pela Emenda 95/2016 não se prestou propriamente a cortar despesas públicas, mas a limitar seu crescimento no porvir, conforme explica Celso de Barros Correia Neto:

A Emenda n. 95, a rigor, não impõe propriamente um corte de despesa pública, senão um obstáculo ao seu crescimento a longo prazo, preservando-se seu valor real. Propõe, dessa forma, um ajuste fiscal pela via do controle da despesa pública, em lugar do incremento de arrecadação, como tem sido usual no Brasil. Trata-se, em suma, de restringir pelos próximos vinte anos o crescimento dos gastos da União à taxa de inflação, fixando um marco temporário para conter a ampliação do gasto público federal, apontado como uma das causas da crise fiscal pela qual passa o Brasil²³³.

Premente à necessidade de se pensar soluções para conter o déficit, optou-se pelo controle da despesa pública a longo prazo, pela via da emenda constitucional. Tal como conclui o autor, ainda que o crescimento da despesa tenha se dado em paralelo à diminuição da

²³⁰ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 230.

²³¹ *Ibidem*. p. 233.

²³² CORREIA NETO, Celso de Barros. Novo Regime Fiscal: histórico e controvérsias constitucionais. *Economic Analysis of Law Review*, v. 10, n. 1, p. 4-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10218>>. Acesso em: 10 set. 2023.

²³³ *Ibidem*.

arrecadação, já se verificou que reformas tributárias não costumam ser adotadas, em que pese objeto de constante discussão.

4.4.3 A Emenda Constitucional n. 106/2020 (Orçamento de Guerra)

Em 2020, o mundo se viu assolado pela COVID-19, cuja rápida disseminação levou à decretação de estado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS); ao fechamento de fronteiras internacionais; e, à nível estadual e municipal, a diversos decretos de limitação do comércio com o fito de conter o número de pessoas expostas a vista da ausência de vacinas ou medicamentos eficazes no combate da doença.

Para além dos efeitos sanitários, superlotando sistemas de saúde, esgotando fisicamente trabalhadores da área e gerando escassez de remédios e itens e equipamentos de proteção pessoal, os efeitos extrasanitários foram diversos principalmente no que concerne à economia. A expectativa de arrecadação não se concretizou, de modo que restou prejudicada a execução orçamentária.

Diversos Estados recorreram ao Supremo Tribunal Federal com o fito de suspender o pagamento da dívida com a União a fim de recompor o orçamento, obtendo êxito, o que contribuiu para que a maioria dos Estados conseguisse compensar as perdas²³⁴. Tal compensação, no entanto, representou uma perda para o orçamento federal, já limitado pelo teto de gastos, de modo que se entendeu pela necessidade de realizar novos ajustes fiscais com o fito de contornar a situação excepcional.

A via eleita para o “regime fiscal de exceção” foi a mesma do Novo Regime Fiscal que vigorava desde 2016: a reforma por meio de emenda constitucional. Num primeiro momento, adveio a emenda nº106/20, instituindo o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia, simplificando contratações de pessoal; compra e venda de títulos e ativos; dispensa de limites legais para criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação que acarrete aumento de despesa; dispensa de limites para incentivos ou benefícios de natureza tributária que acarretem renúncia de receita; dentre outras disposições²³⁵.

²³⁴ PELLEGRINI, Josué. Análise da Situação Fiscal dos Estados. Brasília: Instituição Fiscal Independente, 2020. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/580041/EE14.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2023.

²³⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

O texto da Emenda n. 106 foi expresso quanto à limitação temporal de suas disposições, sendo “automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional”²³⁶. O reconhecimento do estado de calamidade, por sua vez, deu-se através do Decreto Legislativo n. 06/2020, “com efeitos até 31 de dezembro de 2020”²³⁷. Quando do termo, tanto o Decreto n. 06/2020 como a Emenda n. 106 foram revogados de forma automática, mas a situação de pandemia, ao contrário da emenda, não tinha prazo certo, exigindo novos ajustes orçamentários.

4.4.4 A Emenda Constitucional n. 109/2021

Ainda dentro do contexto de crise sanitária, em março de 2021 foi publicada a Emenda Constitucional nº 109, trazendo extensas alterações à primeira vista:

Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167- A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19²³⁸.

Em que pese a redação da emenda, dissociada da análise do texto constitucional, dificulte o entendimento a respeito do que se pretendeu normatizar²³⁹, promoveram-se alterações com irradiações para os mais variados campos com o fito de prever soluções de ajuste

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm>. Acesso em: 31 mar. 2023.

²³⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021**. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167- A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

²³⁹ PINTO, Élida Graziane. Regras Superpostas Ocultam e Acatam Voluntarismo Fiscal. **ConJur**, 20 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/contas-vista-regras-superpostas-ocultam-acatam-voluntarismo-fiscal>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

fiscal para o pagamento de um auxílio emergencial à vista do cenário pandêmico²⁴⁰, impondo um limite de 44 bilhões acima do teto, valor nominal que passou a constar no ADCT.

4.4.5 As Emendas Constitucionais n. 113 e 114/2021 (Emendas dos Precatórios)

Permanecendo a pandemia, bem como a necessidade de ajustes fiscais nos orçamentos, chegou-se às Emendas Constitucionais n. 113 e 114/2021, editadas tal qual a Emenda 109/2021 como forma de liberar espaço para o pagamento do auxílio emergencial, pois o valor anteriormente previsto no ADCT não se mostrou suficiente para tanto.

Foram apelidadas de “Emendas dos Precatórios”, compartilhando a mesma ementa:

Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências²⁴¹.

Isso porque decorreram da mesma PEC, cindida com o fito de tornar mais célere sua aprovação, de modo que se promulgou a parte não controversa pela EC 113 em 08 de dezembro de 2021 e, após reanálise da matéria alterada, publicou-se a EC 114 em 16 de dezembro de 2021.

4.4.6 A Emenda Constitucional n. 119/2022

Ao contrário das demais, a Emenda Constitucional n. 119/2022 não se prestou a viabilizar a adoção de medidas de ajuste fiscal diante do recrudescimento das finanças em razão do teto de gastos. Teve como fito liberar gestores da responsabilidade fiscal pelo descumprimento do orçamento mínimo da educação nos anos de 2020 e 2021, em que pese igualmente apoiada no argumento da diminuição de recursos a vista da pandemia.

O art. 212 da CF/88 disciplina o orçamento mínimo social em educação, segundo o qual a União deve aplicar 18% da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, e os Estados, Distrito Federal e Municípios 25%, no mínimo. Vincula-se parte do orçamento para a concretização mínima de direitos, como visto, a fim de evitar que as escolhas políticas

²⁴⁰ SICCA, Gerson. Os Riscos da Constitucionalização Excessiva do Direito Financeiro. **ConJur**, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/sicca-constitucionalizacao-excessiva-direito-financeiro>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

²⁴¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021**. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc114.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

do gestor deixem de prestigiar os objetivos da CF/88, reforçando o papel da atividade financeira no atendimento das necessidades públicas.

5 CENÁRIO ATUAL: SUBVERSÃO OU PROGRESSO?

5.1 RETORNO À DISCUSSÕES FUNDAMENTAIS

5.1.1 Regra fiscal só terá força se estiver na Constituição?

Viu-se anteriormente que fatores externos podem fazer com que a execução do orçamento nem sempre ocorra como prevista, razão pela qual o direito financeiro conta com instrumentos como a limitação de empenho e os créditos adicionais para permitir certa flexibilização com vistas a evitar que se verifiquem déficits. Porém, estes nem sempre serão suficientes, vindo a situação a exigir uma postura por meio de regras fiscais.

Conforme elucidada Basile Christopoulos, questões políticas e econômicas acabam por refletir diretamente no direito e, de forma especial, no direito financeiro, quando se percebe os diversos diplomas normativos positivados²⁴². A partir do momento em que as finanças públicas passaram a exigir ajustes diante de sucessivos déficits, optou-se por solucionar a celeuma mediante emendas constitucionais de ajuste fiscal.

Mas havendo a necessidade de alteração do ordenamento para fazer jus a situações excepcionais, a vista do rito mais facilitado do que o procedimento para a aprovação de Emenda Constitucional, também se poderia se argumentar por uma reforma por meio da Lei Complementar prevista no art. 163. Em seu art. 163, a Constituição Federal disciplina que Lei Complementar disporá sobre finanças públicas, havendo quem aponte essa lei geral de finanças públicas como a Lei de Responsabilidade Fiscal²⁴³.

Ainda assim, o Novo Regime Fiscal foi estabelecido por meio da Emenda Constitucional nº 95, a fim de conter o déficit resultante do aumento da despesa pública e da diminuição da arrecadação no período. A limitação se tratava de regra fiscal com resultados positivos em outros países, de modo que autores como José Matias-Pereira viam no teto de gastos uma alternativa adequada para conter a crise fiscal²⁴⁴.

Celso de Barros Correia Neto explica que as restrições duradouras à política fiscal de um determinado país por meio de “regras fiscais” costumam contar com duas características:

²⁴² CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Crise no federalismo fiscal brasileiro: do novo regime fiscal ao programa federativo de enfrentamento ao coronavírus. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 73.

²⁴³ SICCA, Gerson. Os Riscos da Constitucionalização Excessiva do Direito Financeiro. **ConJur**, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/sicca-constitucionalizacao-excessiva-direito-financeiro>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

²⁴⁴ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas**: A Política Orçamentária no Brasil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 233.

rigidez e duração determinada. A rigidez decorreria da veiculação por lei ou outro instrumento jurídico superior, enquanto a duração decorre da permanência, vez que não se espera sua frequente revisão, mas sua adstrição ao ciclo orçamentário ou mesmo à duração do mandato eletivo²⁴⁵.

Tanto que o mais comum é que esse tipo de medida de fato se encontre no plano infraconstitucional:

As regras fiscais previstas no nível da própria Constituição são menos frequentes, embora não propriamente raras. A Constituição da Hungria, no art. 36, proíbe que o Legislativo autorize orçamento público no qual a dívida pública exceda metade do Produto Interno Bruto. A regra, no entanto, comporta exceção, diante de “significativa e duradoura recessão econômica nacional”. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha também restringe o endividamento público. A regra incluída no texto constitucional em 2009, nos arts. 109 e 115, prevê possibilidade muito limitada de déficit, restrita ao percentual de 0,35% em relação ao Produto Interno Bruto. Emendada em 2011, a Constituição da Espanha, no art. 135, além de estabelecer o princípio do equilíbrio orçamentário, determina que a lei fixará o déficit estrutural máximo permitido, firmado em relação ao PIB. Também trazem regras de equilíbrio orçamentário e limitação do endividamento público as Constituições da Dinamarca, Letônia e Lituânia, entre outras²⁴⁶.

O autor aponta alguns países que optaram por promover restrições por meio da Constituição, mas apenas como forma de dispor de forma geral sobre equilíbrio e limites de déficit, denominando como “peculiar” a introdução de regras fiscais pela via da emenda constitucional no caso brasileiro, mormente no que toca ao teto de gastos, alçado ao mais alto patamar do ordenamento para promover uma restrição com duração de 20 anos²⁴⁷.

5.1.2 Os fins constitucionais da atividade financeira x o teto de gastos

Quando da análise da atividade financeira do Estado, apresentou-se a posição de Heleno Taveira Torres no que toca à negação de seu caráter meramente instrumental, na medida em que possui fins constitucionais próprios à vista da relação com os direitos e deveres fundamentais, ocupada desde a distribuição do ônus para garantia dos direitos até os beneficiários dos serviços que serão revertidos para a sociedade, com base nos desígnios da Constituição Financeira²⁴⁸.

²⁴⁵ CORREIA NETO, Celso de Barros. Novo Regime Fiscal: histórico e controvérsias constitucionais. *Economic Analysis of Law Review*, v. 10, n. 1, p. 4-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10218>>. Acesso em: 10 set. 2023.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 61.

Também se discorreu sobre o reconhecimento de funções fiscais e extrafiscais à atividade financeira, de modo que ao orçamento público se reconhece papel relevante também na economia. Tanto que Fernando Scaff aponta três funções econômicas para o orçamento, quais sejam: alocativa, ao definir qual parte dos recursos compete ao setor público e ao setor privado; distributiva, organizando a distribuição de renda e riqueza; e de estabilização, buscando manter empregos, preços e a taxa de crescimento²⁴⁹.

Tais funções se correlacionam à necessidade de enxergar a Constituição enquanto sistema. Nas palavras de Fernando Scaff, não se interpreta a Constituição em fatias, mas como um sistema em que todas as normas se correlacionam, devendo ser considerada em sua inteireza. Logo no art. 1º, os incisos republicanos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa devem ser conjugados com as demais normas do ordenamento²⁵⁰.

Lido em conjunto, o texto constitucional indicaria um objetivo único de desenvolvimento socioeconômico equilibrado, a ser realizado de forma incluyente das pessoas e regiões do país que estejam em níveis menos avançados de desenvolvimento, sem discriminação²⁵¹. E, sendo através do orçamento que as previsões da Constituição tomam forma, de nada adianta a Constituição tratar da redução das desigualdades, da saúde, da educação e da assistência aos desamparados, se as leis orçamentárias deixarem de fixar o gasto necessário para sua realização na prática.

Ademais, já se verificou que o modelo orçamentário envolve a participação do Legislativo e do Executivo no planejamento econômico, cujas ações devem se orientar em prol do modelo constitucional:

A formação do orçamento é ato conjunto do Executivo e do Parlamento, cabendo ao último a preponderância na sua formação. Todavia, não se trata de um ato de vontade anual, sujeito aos humores do Parlamento a cada exercício, trata-se de uma norma que integra um sistema articulado, desenvolvido ao longo dos anos, de modo a direcionar a atividade econômica decorrente da atuação dos órgãos públicos e sugerir a iniciativa privada, para a realização de determinados objetivos elencados pela Constituição.²⁵²

²⁴⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual**: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 271.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² ROCHA, Francisco Sérgio Silva. O Orçamento como Norma Jurídica: uma discussão necessária sobre a natureza do orçamento público. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 151.

Há uma obrigatoriedade de planejamento a médio prazo por meio do PPA; uma fixação de metas e prioridades, tanto para a atuação da administração como para a formulação de políticas de arrecadação e alocação de recursos por meio da LDO; e a fixação da arrecadação e do gasto anual nos termos da LOA²⁵³, sistema que escapa da discricionariedade do Executivo e do Legislativo no que toca à sua observância, havendo, inclusive, prazos para aprovação.

Com o teto de gastos, por um lado, Celso de Barros Correia Neto coloca que a falta de atenção na feitura do orçamento passa a dar lugar a necessidade de uma estimativa realista de receitas, impondo maior responsabilidade na tomada de decisões para alocação dos gastos²⁵⁴, premente quando se considera a limitação de recursos disponíveis diante da vinculação à inflação.

Por outro lado, quando se considera que é pelo orçamento que as escolhas políticas se realizam, sendo o instrumento responsável por levar aos administrados o modelo de gestão defendido pelo governante democraticamente eleito, verifica-se que a regra engessa as escolhas políticas por duas décadas, impedindo que se adotem outros modelos de gestão ainda que constitucionalmente válidos, o que reduz o debate democrático na feitura do orçamento²⁵⁵.

A limitação também deixa de considerar questões práticas que podem vir a exigir novas posturas na feitura ou execução do orçamento, como o aumento da população no período contemplado pela medida, capaz de gerar um aumento dos gastos com educação, saúde e previdência para além da inflação.

É possível vislumbrar outras circunstâncias incompatíveis com o congelamento de despesas a curto prazo, como necessidade de inclusão de novos medicamentos e procedimentos médicos no Sistema Único de Saúde (SUS), implicando num remanejamento de despesas e, conseqüentemente, no enfraquecimento de serviços já abarcados. Tem-se ainda o exemplo prático da pandemia, cenário que conduziu a uma maior demanda de despesas na área da saúde para além do teto.

²⁵³ ROCHA, Francisco Sérgio Silva. O Orçamento como Norma Jurídica: uma discussão necessária sobre a natureza do orçamento público. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 147.

²⁵⁴ CORREIA NETO, Celso de Barros. Novo Regime Fiscal: histórico e controvérsias constitucionais. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 1, p. 4-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10218>>. Acesso em: 10 set. 2023.

²⁵⁵ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Crise no federalismo fiscal brasileiro: do novo regime fiscal ao programa federativo de enfrentamento ao coronavírus. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 78.

E em que pese a regra diga respeito ao âmbito federal, o desafio de compatibilizar as necessidades públicas com o que prescreve a Constituição também é intensificado para os demais entes a vista do impacto no repasse a Estados e Municípios, gerando discussões a respeito da mácula à cláusula pétrea do federalismo (art. 60, § 4, I) e intensificando o debate acerca da centralização de poder na União.

A partir do momento em que o inciso I do art. 60, § 4º, da CF/88 alçou a forma federativa de estado ao núcleo de matérias imodificáveis, inevitavelmente advém o debate da inconstitucionalidade. Mas a discussão que aqui se pretende gira em torno da inconstitucionalidade da Emenda 95/2016 em confronto ao inciso IV do mesmo art. 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Considerando que a emenda versa sobre matéria financeira e orçamentária, searas responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais pela ótica de seu custeio, eventual impacto na satisfação das necessidades públicas, por si só, pode ser tido como inconstitucional na medida em que a Constituição veda deliberação e proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais? A análise conduzida demonstrou que a resposta é afirmativa.

Para Fernando Scaff, a inconstitucionalidade do teto de gastos frente à cláusula pétrea dos direitos fundamentais é flagrante. Se a Constituição estabeleceu um gasto mínimo, seria possível admitir uma intenção governamental no sentido de gastar além do percentual, mas nunca aquém, o que se observa na Emenda 95/2016 na medida em que se promoveu um rebaixamento do nível de gastos nos termos da inflação²⁵⁶.

Também Basile Christopoulos defende que seria possível reconhecer a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 95/2016 em razão das consequências nefastas que esta pode vir a causar, verificando que seus efeitos contrariam o texto constitucional no que toca à vedação da abolição de direitos e garantias fundamentais. Limitado o gasto à correção da inflação, quanto maior for a receita em determinado exercício, maior será o prejuízo para a educação e a saúde a vista da impossibilidade de elevar os gastos na mesma proporção, de modo

²⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 378.

que a EC 95/2016 desobriga maiores investimentos nessas áreas paralelamente as vinculações e a vedação constitucional da abolição de direitos²⁵⁷.

Tal se dá porque com as vinculações os percentuais mínimos devem ser observados tanto diante de crescimento econômico, quando serão proporcionalmente maiores, como em períodos de crise, o que implica igual redução proporcional do que será destinado à essas despesas. Mas o teto de gastos altera a sistemática, de modo que o valor mínimo passa a ser o gasto do ano anterior corrigido pela inflação, ignorando que o percentual destacado implica em igual elevação de recursos nos anos de maior arrecadação²⁵⁸.

Contrariamente à essa tendência, diferentes reformas constitucionais aumentaram a quantidade de vinculações orçamentárias, conferindo menos espaço de conformação para o Executivo na feitura do orçamento público e reforçando que parte da receita deve ser necessariamente utilizada para fazer frente a certos gastos tidos como essenciais e por isso mesmo retirados da liberdade do legislador orçamentário, como saúde e educação. Entre elas, é possível citar as emendas constitucionais 29/2000, 31/2000, 42/2003 e 86/2015.

A EC 29/2000 alterou o art. 198 da Constituição Federal para determinar o emprego de uma parcela mínima em ações e serviços de saúde para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios²⁵⁹, sem estabelecer um percentual exato. A EC 31/00, por sua vez, acrescentou os arts. 79 a 83 ao ADCT, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para a instituição do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza até 2010 na esfera de Estados e Municípios²⁶⁰.

Posteriormente, o referido Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza foi prorrogado indeterminadamente pela EC 67. Já a emenda 42/2003 destacou 0,5% da receita tributária líquida dos Estados para programas de apoio à inclusão social; e mais 0,5% a fim de criar o fundo estadual de fomento à cultura, para financiamento de programas e projetos culturais²⁶¹.

Em 17 de março de 2015 teve lugar a Emenda Constitucional 86/2015, apelidada de “emenda do orçamento impositivo” por impactar sobremaneira a elaboração orçamentária ao

²⁵⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 79.

²⁵⁸ CORREIA NETO, Celso de Barros. Novo Regime Fiscal: histórico e controvérsias constitucionais. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 1, p. 4-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10218>>. Acesso em: 10 set. 2023.

²⁵⁹ CATAPANI, Márcio Ferro. A Discricionariedade do Poder Executivo na Elaboração do Projeto de Lei Orçamentária Anual. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 245-266. p. 253.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 255.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 256.

determinar o destaque de 15% dos recursos da União para os programas e ações de saúde, consubstanciando-se numa cláusula pétrea orçamentária que impede a deliberação de um destaque menor de recursos para a área.

Tal como o gasto mínimo em educação disciplinado no art. 212 da Constituição, segundo o qual a União deve aplicar 18% da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, exige-se a concretização mínima de direitos como forma de evitar que as escolhas políticas do gestor deixem de prestigiar os objetivos da CF/88, reforçando o papel da atividade financeira no atendimento das necessidades públicas.

Considerando que os direitos sociais tendem a ser mais custosos, necessitam de um período de maturação para serem efetivados de forma progressiva. A velocidade dessa progressividade decorre tanto da reserva do possível como das escolhas públicas, pois a depender do dinheiro que seja possível reservar serão implementados conforme as inclinações políticas do gestor. Não significa dizer que carecem de eficácia plena. A Constituição declara sua aquisição desde logo, mas a efetivação dar-se-á pouco a pouco, a fim de que não se tornem letra morta²⁶².

É essa sistemática que leva ao estabelecimento de um gasto mínimo pela Constituição, visando garantir a manutenção da concretização prática desses direitos independentemente da escolha política que se adote. À progressividade soma-se o princípio da proibição do retrocesso social, limite implícito de atuação do poder público com o fito de mitigar tanto a insuficiência de recursos destacados como a liberação insuficiente de recursos no âmbito da execução orçamentária²⁶³.

Fernando Scaff coloca que também a partir da proibição do retrocesso verifica-se a impropriedade de congelar políticas públicas a exemplo do teto de gatos, que além de não permitir ajustes conforme a necessidade, impacta nos recursos públicos destinados ao custeio dos direitos fundamentais. A Emenda 95/2016 foi objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal²⁶⁴, mas na pendência de julgamento o

²⁶² SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 308.

²⁶³ *Ibidem*. p. 313.

²⁶⁴ FUNCIA, Francisco; SANTOS, Lenir. Emenda Constitucional 95 Fere o Núcleo Essencial do Direito à Saúde. **ConJur**, 21 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/opiniao-ec-95-fere-nucleo-essencial-direito-saude>>. Acesso em: 13 set. 2023.

“Novo Regime Fiscal” vigorou por mais de 6 (seis) anos até ser substituído em parte por suas sucessoras.

É possível vislumbrar as consequências da medida mesmo diante dos ajustes que a sucederam. No Relatório de Acompanhamento Fiscal divulgado em dezembro de 2022, o Instituto Fiscal Independente demonstrou que, ainda que as recentes mudanças tenham ampliado o espaço fiscal para novas despesas, haveria uma necessidade de despesas superior ao teto em vários bilhões.²⁶⁵

5.1.3 As reformas financeiras frente à cláusula pétrea dos direitos fundamentais

Considerando que o crescimento de despesas se encontrava-se limitado pelo teto de gastos, diante da maior necessidade de realizar despesas na área da saúde a vista da pandemia, optou-se por solucionar a questão por uma nova regra fiscal introduzida no ordenamento também pela via da emenda constitucional, dando lugar à promulgação da Emenda n. 106, desta feita com duração limitada ao exercício financeiro em que editada.

Por permitir a simplificação ou desconsideração de preceitos constitucionais, foi apelidada de “Emenda do Orçamento de Guerra”, vez que a Constituição já tratou de prever exceções às suas próprias disposições quando de guerra declarada, à exemplo da pena de morte. A intenção atribuída à emenda foi no sentido de que se promoveu um afastamento extraordinário da responsabilidade fiscal, possibilitando o endividamento²⁶⁶.

Concebeu-se uma espécie de moldura a ser preenchida livremente pelo Executivo, liberado da obrigação de manter o equilíbrio fiscal previsto pela Constituição e pela LRF, espaço nunca concedido a qualquer outro governo²⁶⁷. A postura crítica diante da emenda pode ser verificada em vários doutrinadores, mesmo porque, ao invés de programar uma resposta duradoura para enfrentamento da crise gerada pela Covid-19, suas disposições tinham por base

²⁶⁵ INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE. **Relatório de Acompanhamento Fiscal – Dezembro de 2022**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/603416/RAF71_DEZ2022_Conjuntura_fiscal.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

²⁶⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Crise no federalismo fiscal brasileiro: do novo regime fiscal ao programa federativo de enfrentamento ao coronavírus. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p 106.

²⁶⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Reformas constitucionais tributárias e financeiras em tempos de Covid-19**. São Paulo: Conjur Editorial, 2021. p. 94.

a tese de que a pandemia teria fim em 31 de dezembro de 2020, comportamento sintomático da maneira como a reforma constitucional financeira vem sendo conduzida²⁶⁸.

Perdurando a calamidade pública, a Emenda 106/2020 não foi capaz de corrigir as limitações impostas pela Emenda 95/2016, de modo que as Emendas 109/2021, 113/2022 e 114/2022 foram editadas com vistas a abrir espaço no orçamento para pagamento de um auxílio financeiro de forma emergencial, novamente contornando as limitações do teto de gastos.

Ademais, a doutrina levanta debates acerca da violação da coisa julgada, da violação a direito líquido e certo, e do novo dribble ao teto de gastos²⁶⁹. Isso porque o problema central do auxílio emergencial não residiria na falta de recursos, mas na falta de espaço no teto para sua implementação, de modo que, novamente, a Constituição Federal é alterada a fim de permitir que se fure o teto sem a decorrente responsabilidade fiscal.

Já a Emenda nº 119 “perdoou” gestores que deixaram de aplicar o mínimo constitucional em educação no período. Já se discorreu que a Constituição, ao vincular um percentual da receita de impostos à educação e à manutenção e desenvolvimento do ensino, o fez com base na proporcionalidade entre o que foi arrecadado e o que será gasto²⁷⁰. Uma menor arrecadação diante da crise econômica e sanitária já conduz a um menor destaque de recursos, de modo que a medida não se justifica pela mera diminuição de recursos no período.

Retomando a discussão do segundo capítulo, é através da execução que o orçamento se realiza na prática. Ao mesmo tempo em que a LOA apenas estima a receita que será arrecadada no período, as despesas se consubstanciam em meras previsões, pois dependerão da arrecadação do que foi estimado para que efetivamente se concretizem. Independentemente de terem ou não sido consignadas no orçamento, são moldadas por fatores externos, podendo a vir a ser executadas em menor medida do que exigiu a Constituição, que na prática já conduz a um enfraquecimento daquele direito²⁷¹.

²⁶⁸ PINTO, Élica Graziane. Regras Superpostas Ocultam e Acatam Voluntarismo Fiscal. **ConJur**, 20 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/contas-vista-regras-superpostas-ocultam-acatam-voluntarismo-fiscal>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaios sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 376.

²⁷¹ CONTI, José Maurício. **Orçamento Impositivo é Avanço para a Administração**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/contas-vista-orcamento-impositivo-avanco-administracao>>. Acesso em: 11 de abril de 2022.

De nada adianta a Constituição garantir um destaque de recursos para a concretização de direitos fundamentais de forma vinculada se essa despesa deixa de constar do orçamento aprovado para o exercício. Do mesmo modo, de nada adianta a LOA veicular a previsão da despesa no percentual exigido pela Constituição, se esta deixa de ser realizada tendo por base a proporcionalidade econômica da receita obtida.

Ao revestir de constitucionalidade escolhas políticas antes contrárias à Constituição, inclusive passíveis de sanção, a Emenda em questão representou verdadeiro permissivo de descumprimento retroativo da Constituição, abrindo margem para medidas semelhantes no porvir. Mesmo que a EC 119/2022 não tenha abolido o direito à educação por completo, permitiu sua execução em menor monta do que o exigido pela Constituição, tal como ocorreu com suas antecessoras.

Tendo por base que o direito alcança os administrados por meio do orçamento²⁷², se o orçamento destacado para aquele direito não é executado ou é executado a menor, logo tem-se que o direito não chegou aos administrados. Mas não se pode deixar de notar que se trata de uma interpretação possível, e não a única possível. Repise-se, nesse ponto, a lição de Gustavo Just no sentido de que os limites materiais não foram indicados de forma analítica²⁷³, como é o da abolição de direitos fundamentais.

À rigor, a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, disciplina a vedação de emenda tendente a “abolir” direitos e garantias fundamentais. Tomando a definição literal do termo, as emendas analisadas não fizeram cessar, não tornaram extintos, não revogaram etc. direito fundamentais, de modo que a primeira vista seria possível argumentar que a inconstitucionalidade decorreria de interpretação extensiva do termo “abolir”.

Considerando que a garantia de custeio concretiza o direito na prática, tem-se que as reformas admitiram de forma temporária a diminuição da concretização de direitos, mitigando a fonte de custeio, o que já se verificou como abarcado pela Constituição a vista dos valores protegidos. Mesmo porque, em que pese as regras constitucionais tenham a função de mediar significativamente o que é constitucional, já se verificou que não estão reduzidas ao texto da

²⁷² IVO, Gabriel. O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A Rejeição do Projeto de Lei e o Princípio da Inexauribilidade da Lei Orçamentária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, 2001. p. 274.

²⁷³ SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01.

Constituição. A hermenêutica constitucional amplia a interpretação com base nos objetivos e fundamentos da Constituição²⁷⁴.

Na lição de José Afonso da Silva, o esforço mental na valoração da Constituição não deve focar nas formas verbais, no formalismo, na medida em que a valoração constitucional também se encontra na conformidade com o sistema de valores²⁷⁵. A partir do momento em que a Constituição Financeira ganhou força material e axiológica, servindo de lente interpretativa, tem-se a afirmação de direitos pelo Estado aliada a uma obrigação de que sejam concretizados no âmbito do gasto público.

Conforme verificado anteriormente, a velocidade de concretização pode variar a vista de escolhas políticas, mas a insuficiência de recursos não é tolerada²⁷⁶, levando a uma contradição interna. Ademais, a restrição do custeio de direitos pode levar à inconstitucionalidade também a vista do princípio da proibição do retrocesso social. Viu-se que não há uma proibição de retrocesso absoluta, mormente em períodos de crise econômica, mas o argumento de instabilidade financeira não anula transitoriamente a cláusula pétrea que impede a supressão ou redução da efetividade de direitos, de modo que a constitucionalidade das Emendas editadas para supostamente combater a pandemia não se sustenta²⁷⁷.

A Constituição Orçamentária confere certa discricionariedade ao poder público no orçamento, em parte vinculado ao atendimento de determinadas despesas, em parte livre para alocar recursos conforme o direcionamento político que se adote. Para além da Constituição, há necessidade de observar o regramento do PPA e da LDO na feitura da LOA. Prestigiadas as vinculações, não cabe discutir as medidas de flexibilização adotadas na execução orçamentária dentro do que cabe ao gestor, tampouco há como submeter as prioridades eleitas ao princípio do retrocesso se houve atendimento das determinações constitucionais e legais.

Há espaço para escolha das necessidades públicas que serão priorizadas sem que se impugne todo e qualquer corte de recursos. Mas a liberdade não pode conduzir à violação de

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 37.

²⁷⁵ *Ibidem*. p. 202.

²⁷⁶ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 313.

²⁷⁷ BELLEGARDE, Marina Tanganelli. **O Direito Financeiro e a Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 86

direitos por meio da edição de medidas retrocessivas²⁷⁸. Por mais que o orçamento tenha um viés político, tem viés jurídico, sendo a lei orçamentária considerada como “materialmente constitucional, visto que essencial ao Estado de Direito²⁷⁹”. Não há mais espaço de discussão para o raciocínio de que se trata de mera lei formal, limitando-se toda a matéria orçamentária apenas a esse aspecto²⁸⁰, podendo sofrer ajustes contrariamente ao que dispõe a CF/88.

Não se discute a necessidade de revisão ou contingenciamento da LOA a vista das circunstâncias fáticas, mesmo porque próprias à sistemática do orçamento, mas é possível valer-se da cláusula pétrea dos direitos fundamentais quando se verificar abusos e violações. Tal como se observa nas reformas financeiras singularizadas no presente estudo, rigorosamente, direitos sociais como saúde e educação permanecem inalterados, vez que continuam garantidos no art. 6º do texto constitucional. A previsão de garantia de seu custeio, grosso modo, também segue presente na Constituição, mas tanto a proporcionalidade econômica como a progressividade foram afetadas.

Ainda que se discorde da inconstitucionalidade flagrante das reformas financeiras, não se pode deixar de perceber ao menos uma fraude à Constituição, contornando os limites formais e materiais do art. 60 da CF/88. A partir do momento em que se deixa de observar as vinculações constitucionais, fazendo cessar o financiamento de direitos fundamentais, deixa-se de buscar uma sociedade mais igual conforme os objetivos fundamentais da Constituição²⁸¹.

Em suma, as emendas constitucionais analisadas não representaram uma abolição de direitos em seu sentido literal, não se verificou uma abolição como expressamente faz crer o limite material do art. 60, § 4º, IV da CF/88, mas uma flexibilização da garantia de custeio mínimo, que a doutrina reconhece abarcada nessa cláusula pétrea. Tem-se um impacto (ainda que temporário, em alguns casos) na concretização prática de direitos e garantias que a Constituição visou proteger de forma especial.

²⁷⁸ BELLEGARDE, Marina Tanganelli. **O Direito Financeiro e a Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 86ss.

²⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. 5. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

²⁸⁰ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

²⁸¹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 377.

Para além da inconstitucionalidade material, do ponto de vista formal o processo legislativo trazido pelo art. 60 da CF/88, mais complexo em decorrência da necessidade de proteger a permanência da Constituição, também foi contornado em algumas das reformas. Tome-se o exemplo da Emenda Constitucional 109/2021, cuja tramitação da respectiva proposta na Câmara foi concluída em apenas 03 dias, entre 09/03/2021 e 12/03/2021²⁸².

Grosso modo, o art. 60, § 2º estabelece a aprovação em dois turnos, o que foi observado. Mas quando se consideram as razões anteriormente apresentadas para a especialidade do quórum, igualmente percebe-se uma tentativa de fraudar a Constituição. Conforme se verificou em momento anterior, a opção por um quórum especial em relação às leis ordinárias decorre da proteção da Constituição contra medidas voláteis pela transcendência dos bens tutelados, bem como da constatação de que aquela matéria será retirada do âmbito de discussão das maiorias futuras a ela subordinadas, de modo que indiretamente seria possível apontar a inconstitucionalidade da votação quase que ininterrupta.

O desrespeito ao processo legislativo também pode ser verificado na repartição da proposta de emenda constitucional que deu lugar às Emendas Constitucionais n. 113 e 114/2021, ambas decorrentes da PEC 23/2021. O § 2º do art. 60 considera a emenda aprovada se obtiver 3/5 dos votos, enquanto o § 5º impede nova preposta de emenda rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa. Ainda assim, a PEC foi cindida de modo que a EC n. 113/2021 foi promulgada para veicular as disposições aprovadas e, promulgou-se a EC n. 114/2021 com as demais definições, novamente burlando o procedimento, tanto que já se intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra as emendas em questão²⁸³.

As alterações trazidas pela Emenda 95/2016 e suas sucessoras não invalidam as regras constitucionais originárias, segundo as quais peças orçamentárias devem obediência aos fundamentos e objetivos constitucionais. Mas tem-se uma contradição dentro da própria Constituição, na medida em que as emendas passam a fazer parte do texto constitucional para

²⁸² BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 186, de 2019**. Altera o texto permanente da Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo sobre medidas permanentes e emergenciais de controle do crescimento das despesas obrigatórias e de reequilíbrio fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-186-2019>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

²⁸³ MAIA, Fávia. OAB e associações de servidores ingressam com ação contra a emenda dos Precatórios. **Jota**, Brasília, 13 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/oab-e-associacoes-de-servidores-ingressam-com-acao-contra-a-emenda-dos-precatorios-13012022>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

limitar direitos simultaneamente à regulação das finanças públicas com base na ótica da garantia de direitos, tem-se uma contradição dentro da própria Constituição.

Retomando a lição de José Afonso da Silva, o autor rechaça uma dogmática baseada na premissa de que só é constitucional aquilo que os fundadores da Constituição incluíram, a despeito do tempo, do contexto, da cultura em dado momento histórico. Se assim o fosse, a postura do legislador constituinte seria um ato de verdade, não comportando juízos éticos.²⁸⁴ Mas o constituinte deve primar pelo respeito aos direitos humanos fundamentais e a garantia de sua vigência²⁸⁵. A partir do momento em que a Constituição é alterada contrariamente a esses ditames, não há como conceber a constitucionalidade de políticas fiscais isoladas do contexto demandado pela constitucionalização do direito financeiro²⁸⁶.

5.1.4 A Constituição Dirigente x A Constituição Dirigente Invertida

Viu-se que o processo de constitucionalização do direito financeiro deu lugar a uma nova ordem constitucional, passando a Teoria da Constituição Financeira a se ocupar não só do financiamento do aparelho estatal, mas também do custeio de direitos e garantias. E sendo necessário cada vez mais recursos para fazer frente às necessidades coletivas²⁸⁷, aumenta a busca do equilíbrio entre a capacidade distributiva e o desenvolvimento econômico²⁸⁸.

Relembrando a lição acerca do reconhecimento de uma função extrafiscal para a atividade financeira, pode-se valer das finanças públicas para obter resultados sociais, políticos ou econômicos²⁸⁹. Na medida em que o atendimento das necessidades públicas decorre de escolhas políticas, intensifica-se a necessidade de convivência harmônica entre as políticas fiscais e o direito constitucional financeiro, guardando reverência aos valores da Constituição. É o que explica Fabrício Dantas:

O contexto político legítimo para a formulação e para a execução da política fiscal é aquele que considera as finalidades sociais constitucionais, como elemento integrante

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45.

²⁸⁵ *Ibidem*. p. 45.

²⁸⁶ DANTAS, Fabrício. **Direito Financeiro Estratégico**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 131.

²⁸⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: Uma Questão Orçamentária. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1110. p. 1088.

²⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 174.

²⁸⁹ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 21.

e indissociável das medidas fiscais. O objetivo imediato da política fiscal não pode perder de vista a finalidade mediata constitucional.²⁹⁰

A discussão sobre política fiscal passa a ser primordial nos debates políticos mormente no que toca à busca da sustentabilidade financeira. Há uma necessidade de realizar investimentos ao mesmo tempo em que se deve perseguir as finalidades constitucionais, vez que há muito se estabeleceu a insuficiência da norma constitucional programática, não bastante em si, não havendo que se falar em uma Constituição meramente dirigente.

Por mais que a Teoria da Constituição Dirigente tenha sido deixada de lado (inclusive pelo próprio Canotilho, como visto), de certa forma inaugurou a busca por maior força normativa ao direito constitucional brasileiro, tendo o direito financeiro sido uma das áreas mais impactadas a vista do reconhecimento da relevância do gasto público²⁹¹. Mas partindo desses ditames, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto verificam que a prática tem revelado uma espécie de Constituição Dirigente Invertida, decorrente da desarticulação das ordens financeira e econômica na Constituição²⁹².

Ao invés da necessária interconstitucionalidade, Massonetto e Bercovici apontam uma contradição entre o padrão de acumulação e o paradigma da Constituição Dirigente, na medida em que o direito financeiro teria se afastado das conexões com o direito econômico e o direito constitucional, afastando-se do paradigma de sustentação do Estado Social: “o que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente”²⁹³, afastando-se da premissa de maior efetividade dos direitos.

Os autores apontam que a ordem social da Constituição de 1988 fica sujeita às sobras orçamentárias do Estado, priorizando-se políticas neoliberais de ajuste fiscal em detrimento dos direitos sociais:

a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”; a constituição dirigente invertida, isto é, a

²⁹⁰ DANTAS, Fabrício. **Direito Financeiro Estratégico**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022. p. 166.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 63.

²⁹² BERCOVICCI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 28 de julho de 2022. p. 58.

²⁹³ *Ibidem*, p. 59.

constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada²⁹⁴.

Na medida em que os direitos sociais são tidos como principais causadores das crises, os autores comentam a atribuição de uma pecha negativa a políticas fiscais voltadas ao financiamento destes, havendo uma tendência de priorizar medidas voltadas a tutelar a renda e a acumulação de riqueza. Não se pode negar que uma das principais razões do aumento do gasto público deve-se à assunção de uma parte considerável do gasto social pelo Estado, quando não a totalidade, mas repise-se a lição de que o ordenamento jurídico representa a maior garantia do Estado, permitindo a acumulação de riqueza.

Repisando a lição de Stephen Holmes e Cass Sustein, não há como distinguir Estado e mercado como entidades diversas, apenas optar por diferentes modelos de regulação estatal, pois o custo dos direitos de liberdade também impacta o orçamento público. O mercado depende da proteção da lei, da assistência judicial, da formação de políticas públicas para definir e proteger os direitos de propriedade e contratuais, gasto de difícil mensuração que sempre estaria presente²⁹⁵.

Ademais, deve-se considerar o impacto decorrente de fatores como o aumento populacional, o envelhecimento da população etc. O impacto da dívida pública também merece ser sopesado na equação de ajustes fiscais. Gaspar Ortiz aduz que a soma do serviço da dívida, dos gastos com pessoal e das transferências chega a cerca de 75% do gasto vinculado dos Estados modernos, de modo que a margem para uma atuação numa política de investimentos acaba ficando estreita²⁹⁶, mas não em razão do custeio de direitos.

Ademais, paralelamente à tendência de diminuir o custeio de direitos fundamentais sob a justificativa de contingenciamento, muitas das vezes os recursos liberados acabam

²⁹⁴ BERCOVICCI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 28 de julho de 2022. p. 73.

²⁹⁵ HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 59.

²⁹⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de estado, Gestión pública, regulación económica**. Bogotá: Universidad. Externado de Colombia, 2003. p. 302.

direcionados para o pagamento do serviço da dívida, de nada servindo para combater a crise que supostamente justificou sua realocação dentro do orçamento:

que se reduzam gastos públicos com direitos fundamentais de nada vai adiantar, mesmo que isso represente um retrocesso social. A economia com as despesas públicas não seria passada para investimentos do Estado, posto que tão somente lançada ao “mar” do serviço da dívida e seus juros, cada vez mais crescentes e impagáveis, em patamar estimado de R\$ 4,75 trilhões em 2020, cujos serviços desta dívida comprometeram 38,9% do orçamento anual da União em 2019 e comprometerão 45% em 2020, percentuais flagrantemente desproporcionais em detrimento de políticas públicas indispensáveis²⁹⁷.

Essa desproporcionalidade entre o que se gasta com a dívida pública e com políticas públicas apontada por Manoel Cavalcante e Marcílio Barenco segue atual, conforme se verifica do estudo conduzido pela Auditoria Cidadã a respeito da execução do orçamento federal em 2022:

Figura 1 – Orçamento Federal Executado (pago) em 2022



Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida.

Só o serviço da dívida representou 46,30% da despesa pública, percentual maior do que qualquer gasto com direitos sociais, inclusive maior do que a soma destes. Paralelamente a isso,

²⁹⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**: modelo de estado, Gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad. Externado de Colombia, 2003. p. 341.

se observa que o Índice de Desenvolvimento Econômico (IDH) brasileiro em 2021 colocou o Brasil em 87º lugar no ranking mundial²⁹⁸, demonstrando que as políticas fiscais não têm sido suficientes para atingir os desígnios constitucionais.

Saldanha Sanches coloca que entre as condições hoje consideradas necessárias para o crescimento econômico pode-se encontrar não só uma boa regulação dos mercados financeiros, mas programas eficientes para reduzir a pobreza, criação de redes de segurança social eficazes ou normas estruturais que combatam com sucesso a corrupção, com base na ideia de crescimento qualitativo apoiado nos objetivos do ordenamento jurídico²⁹⁹.

A CF/88 coloca o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da república em seu art. 3º, inciso II. Conforme explanado por Filipe Lôbo, o desenvolvimento nacional foi eleito pelo legislador constituinte como um dos objetivos da república não como mero crescimento em números, mas prestigiando o cunho qualitativo, devendo ser tratado num panorama de maximização do bem-estar por meio da redistribuição da riqueza³⁰⁰.

Fernando Scaff também coloca que o desenvolvimento do inciso II não é explanado no sentido de progresso, mas de desenvolvimento com liberdade igual, com isonomia para todos, a partir do que o desenvolvimento nacional depende do desenvolvimento humano, sem o que não se teria desenvolvimento, mas mero acúmulo de riquezas³⁰¹. A par de discursos contrários, fomentar a parte econômica de forma isolada não conduz ao desenvolvimento almejado pela Constituição, mesmo porque os objetivos devem ser enxergados de forma conjunta.

Mas o protagonismo do gasto público não anula o histórico de uso desvirtuado da política fiscal. Os governos parecem viver eleitoralmente apoiados no gasto público, transformando os serviços sociais em instrumento de captação eleitoral, além de ser fato notório a constatação de insatisfação por parte usuários³⁰². Ao se tomar o custeio dos direitos sociais

²⁹⁸<https://auditoriacidada.org.br/brasil-tem-nova-queda-em-ranking-de-desenvolvimento-da-onu/#:~:text=O%20IDH%20leva%20em%20conta,caiu%20de%200%2C758%20para%200%2C754.>

²⁹⁹ SANCHES, Jose Luis Saldanha. **Justiça Fiscal**. Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2020. Posição 268.

³⁰⁰ GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da Maximização do Bem-estar ao Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico. In CARVALHO, Fábio Lins; PACHECO, José Ernani de Carvalho (org.). **Direito Administrativo Transformador**. Juruá, 2017. p. 246.

³⁰¹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 220.

³⁰² ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de estado, Gestión pública, regulación económica**. Bogotá: Universidad. Externado de Colombia, 2003. p. 327.

como causador das crises, não há poder em incluí-los nos ajustes fiscais, enquanto a dívida pública segue sendo adimplida, escapando de qualquer contingenciamento:

Com efeito, em atenção ao direito constitucional orçamentário, a participação popular representativa (parlamentar) resta defesa em emendar temas afetos a encargos do serviço da dívida federal, o que cria uma atmosfera de intangibilidade financeira nem mesmo deferida pragmaticamente aos direitos fundamentais, a se questionar em sede de escolhas de políticas públicas³⁰³.

O debate acerca da “Constituição Dirigente Invertida”, afastada da máxima de custeio de direitos, também já foi trazido por Lenio Streck, para quem medidas como o teto de gastos seriam uma espécie de constituição dirigente invertida planejada para 20 anos, trazendo reflexos para o Direito à saúde, à educação e às relações de trabalho, representando muito mais um ato desconstituente do que uma emenda, visão que também se amolda às medidas que o sucederam. O autor defende que a vinculação do legislador e do executivo às mínimas diretrizes constitucionais já permitiria afastar escolhas políticas contrárias à Constituição³⁰⁴.

Em suma, há uma consciência generalizada da crise do público³⁰⁵, mas o ponto chave não perpassa pelo questionamento da maior presença do Estado, tampouco pela priorização de políticas neoliberais, mas por repensar o que financiar, o que produzir e o que regular³⁰⁶, o que poderia ser melhor atingido conjugando o direito econômico com a ciência das finanças e a atividade financeira.

A par de já se verificar uma desarticulação entre as subconstituições social e econômica antes mesmo do teto de gastos, as recentes reformas financeiras seguiram a tendência de limitar direitos, alterando a Constituição Financeira para tanto, o que conduziu a um excesso de constitucionalização de regras fiscais inconstitucionais a vista da cláusula pétrea dos direitos fundamentais e, indiretamente, a vista dos valores protegidos pela CF/88.

Diante do cenário, é o caso de se pensar em desconstitucionalizar, retirando o tratamento de regras fiscais da Constituição como já ocorre em outros países? Até onde se faz possível

³⁰³ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. A Importância dos Tributos e da Dívida Pública no Papel do Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 30, n. 11. p. 329-345, set./dez. 2021. p. 335.

³⁰⁴ STRECK, Lenio. Rumo a Norundi, a bordo da CDI – Constituição Dirigente Invertida. **ConJur**, 27 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

³⁰⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de estado, Gestión pública, regulación económica**. Universidad. Externado de Colombia, 2003. p. 305.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 307.

definir quais matérias devem ou não ser constitucionalizadas? Há maior força normativa na edição de normas pela via da emenda constitucional? Quais os impactos das emendas já promulgadas? Diversas outras questões podem ser extraídas, demandando esforços de pesquisa próprios. Não obstante, passa-se a mencionar algumas soluções contempladas no ordenamento.

5.2 ALGUMAS SOLUÇÕES NO PORVIR

5.2.1 Edição de novas emendas constitucionais/leis para correção

A Constituição vê-se impregnada de disposições transitórias, que passam a ser substituídas por outra emenda tão logo se verifique a necessidade de reorganizar as finanças públicas. Como exemplo, a Emenda 109/2021 liberou despesas até R\$ 44 bilhões do teto de gastos para pagamento do Auxílio Brasil, valor que se revelou insuficiente a curto prazo, logo culminando na promulgação da Emenda 113/2022.

Esse desvirtuamento do instituto da emenda também pode ser verificado na Desvinculação de Receitas da União – DRU, mecanismo de desvinculação de parte do orçamento criado por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 01 em 1994. Concebida de forma transitória, a DRU perdurou com modificações para desvincular receitas destinadas para educação e saúde e desviar a referibilidade das contribuições, espécie tributária com destinação específica, tendo sido prorrogada pelas Emendas 17/1997, 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016³⁰⁷.

Desde o teto de gastos em 2016, até o final do ano de 2022, foram editadas 33 (trinta e três) emendas à Constituição. Concebido para ser mais complexo, com vistas a abrir espaço para reformas essenciais à permanência do texto constitucional, o processo legislativo de reforma tornou-se banalizado a ponto de levar à votação de dois turnos em apenas três dias, na prática tão ou mais célere do que o procedimento estabelecido para as leis ordinárias.

Até que ponto seria positivo corrigir o excesso de constitucionalização por meio da edição de novas emendas constitucionais? Na prática, é o que se pretende por meio da Proposta de Emenda Constitucional 32/2022, denominada de PEC da Transição, cuja ementa “Altera o

³⁰⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 377.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para permitir a implementação do Programa Bolsa Família e definir regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023, e dá outras providências”³⁰⁸.

A medida foi editada com vistas a retirar parte da limitação do teto de gastos, mais uma vez liberando espaço no orçamento para viabilizar despesas a exemplo da manutenção do auxílio financeiro na vigência do novo governo, razão pela qual recebeu a alcunha de “PEC do Estouro”. Do ponto de vista político, a PEC presta-se a retomar a permissão de novos investimentos, permitindo escolhas políticas diversas do modelo de gestão congelado pela Emenda 95 e, por conseguinte, corrigindo alguns de seus efeitos deletérios.

Apesar do vislumbrado efeito positivo, o Instituto Fiscal Independente (IFI) trouxe algumas digressões sobre a referida PEC no Relatório de Acompanhamento Fiscal de dezembro de 2022, no sentido de que esta pouco se presta a alterar o cenário fiscal:

A PEC da Transição aprovada pelo Senado é melhor que a anterior, principalmente porque mantém a maior parte das despesas primárias sob o teto, mas pouco altera o cenário fiscal da IFI. Isso porque: (i) o espaço para ampliação de gastos continua elevado, R\$ 169,1 bilhões; (ii) a maior parte dele deve ser destinada a gastos que não se limitarão a 2023, como o aumento do Auxílio Brasil e a recomposição de programas orçamentários; e (iii) a medida viabiliza a implementação de compromissos de campanha, mas não mostra como isso se relaciona com a sustentabilidade das contas no médio prazo.

Apesar das previsões do Instituto, ainda não há como realizar maiores digressões, razão pela qual se menciona a alteração, aqui, apenas a título informativo. Entretanto, novamente não se verifica uma preocupação com soluções definitivas, ou mesmo com a sustentabilidade das finanças públicas, parecendo prestigiar soluções momentâneas por meio da ampliação das despesas não submetidas ao teto na mesma sorte de suas antecessoras.

Também a título informativo menciona-se o projeto de lei complementar (PLP) n. 93/2023, por meio do qual se pretende a promulgação do Novo Arcabouço Fiscal:

Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e a Lei nº 10.633, de 27 de dezembro de 2002.³⁰⁹

³⁰⁸ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2022**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para permitir a implementação do Programa Bolsa Família e definir regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155248>>. Acesso em: 12 set. 2023.

³⁰⁹ BRASIL. **Proposta de Lei Complementar nº 93, de 2023**. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com

Trata-se de proposta que pretende instituir um regime fiscal sustentável a vista do esgotamento do teto de gastos, que já não abarcaria a aplicação de recursos necessários para a realização de políticas públicas essenciais e não acompanha despesas que crescem acima da inflação. Nesse cenário, pretende-se o estabelecimento de metas anuais para os orçamentos fiscal e da seguridade social, a partir das quais se fixará quanto se pode gastar no exercício seguinte³¹⁰, também não sendo possível mensurar suas consequências.

5.2.2 Maior atuação do STF na guarda da Constituição

Considerando que a ofensa direta ou indireta aos preceitos constitucionais (ou fraude à Constituição) pode ser vislumbrada nos textos das emendas financeiras analisadas, desalinhasdas do anterior movimento de constitucionalização que deu assento aos direitos fundamentais, ficam sujeitas à sanção de inconstitucionalidade, atraindo o controle de constitucionalidade abstrato a cargo do STF.

O art. 102 da Constituição Federal de 1988 atribui ao STF a competência de guarda da Constituição, sendo possível suscitar dúvidas acerca da constitucionalidade formal e material dos diplomas normativos promulgados. Já se discorreu acerca da possibilidade de emenda constitucional inconstitucional frente às cláusulas pétreas do art. 60, bem como em relação aos limites implícitos a vista dos valores da Constituição, de modo que também estas se sujeitam ao controle.

Fernando Scaff já se manifestou sobre a falácia da ausência de relação entre o corte da fonte de custeios e a extinção de direitos, pois se não há uma fonte mínima de custeio, o direito é extirpado daqueles que não tem condições de pagar por si só, o que contraria a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais³¹¹. O constituinte originário não visou rechaçar apenas a discussão de proposta de emenda constitucional por meio da qual “fica abolido determinado

fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e a Lei nº 10.633, de 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157826>>. Acesso em: 10 set. 2023.

³¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Novo arcabouço fiscal**. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/novo-arcabouco-fiscal/index.html>>. Acesso em: 10 set. 2023.

³¹¹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 376.

direito”, mas também de proposta que tenda a sua abolição, de alguma forma enfraquecendo qualquer dos direitos e garantias do art. 5º³¹².

Antes da Constituição de 1988, o Supremo se manifestou em apenas duas ocasiões sobre os limites de alteração constitucional, discutindo limites materiais em apenas uma delas. Em 1926, a pauta foi o limite temporal de reforma aprovada durante a vigência de Estado de Sítio (HC nº 18.178), enquanto em 1980 a discussão versou sobre a compatibilidade ou não de propostas de emenda constitucional com o princípio republicano (MS nº 20.257)³¹³.

Gustavo Just aponta uma intensificação da atividade do STF no controle da reforma constitucional a partir de 1992³¹⁴. Mas convém observar que, de todas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) versando sobre emenda à Constituição Federal impetradas, a pesquisa de jurisprudência do STF demonstra o julgamento definitivo de poucos processos³¹⁵, dentre eles a ADI 466 MC.

Julgada em 1991, a ADI 466 tinha como objeto o controle de Proposta de Emenda à Constituição editada com vistas a instituição da pena de morte, após plebiscito junto à população. Visava o controle de constitucionalidade de PEC, e não de emenda constitucional, de modo que deixou de ser conhecida pela ausência de ato normativo promulgado. Na ocasião, o STF firmou entendimento no sentido de que inexistia controle preventivo abstrato de PEC no direito brasileiro, que exige espécies normativas perfeitas e acabadas, à exceção de omissão juridicamente relevante³¹⁶.

Ainda que não conhecida, diversas teses relativas ao controle sucessivo e repressivo de emendas constitucionais foram levantadas por meio da referida ADI. Partindo da premissa de que a emenda não se trata de norma constitucional originária, o ministro relator Celso de Mello asseverou que a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, concernente à proteção dos direitos e garantias fundamentais, impede a deliberação de qualquer das categorias temáticas por ela

³¹² SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209.

³¹³ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 05.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Disponível

em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22a%C3%A7%C3%A3o%20direta%22%20%22emenda%20%C3%A0%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%22%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 10 set. 2023.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 466 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur257945/false>>. Acesso em 10 ago. 2023.

alcançadas, sendo a proibição intensa a ponto de atrair a fiscalização da constitucionalidade de PEC em sede de controle incidental, em que pese incabível o controle abstrato.

Ao comentar da possibilidade de modulação de efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade, mencionou a problemática das “situações constitucionais imperfeitas” em decorrência da lei ainda constitucional, sujeita a uma progressiva inconstitucionalização e, portanto, imune às consequências da nulidade enquanto transitoriamente tolerada.

Em certa medida a definição das situações constitucionais imperfeitas parece se amoldar às reformas financeiras em discussão. Editadas em prejuízo dos direitos e garantias fundamentais, verifica-se uma situação de inconstitucionalidade decorrente de sua tolerância. Na ocasião da ADI 466, Celso de Mello apontou como solução a limitação dos efeitos retroativos, em contraponto a posições que consideram a lei declarada inconstitucional anulável e retroativa a todas as situações.

A afirmativa se preste a discutir situações em que a extensão da declaração de inconstitucionalidade gera prejuízos, de modo que a modulação de efeitos teria o condão de minimizar o cenário. Mas partindo do exemplo da Emenda 106/2020, cujos efeitos já se exauriram, tem-se que a solução a partir da modulação de efeitos em nada aproveitaria ao caso, gerando uma tolerância transitória de contradição interna na Constituição.

Não se pretende adentrar nas razões que conduzem à demora no andamento desses processos. Não se desconhecem as dificuldades da máquina pública, a exemplo da carência de pessoal; do financiamento por vezes insuficiente; e do grande número de processos pendentes de julgamento. Mas as justificativas de qualquer ordem, por mais plausíveis que sejam, não afastam a constatação de que o controle de constitucionalidade de emendas não tem alcançado maiores resultados na prática.

A atuação do STF até então não pode ser tida como um mecanismo de freio ao constituinte reformador, constatando-se um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos na medida em que, até que haja eventual declaração de inconstitucionalidade e posterior exclusão da norma constitucional maculada do ordenamento jurídico, esta segue vigente³¹⁷ e muitas vezes já esgotou seus efeitos.

³¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 62.

Também o controle difuso permite aos juízes se manifestarem sobre a inconstitucionalidade em casos concretos. Mas a amplitude da regra fiscal introduzida via emenda constitucional em certos casos conduz até mesmo a uma atuação do poder constituinte derivado na repetição do texto nas constituições estaduais, o que torna ideal o controle de forma abstrata a fim de impedir a produção de efeitos *erga omnes*, em que pese a problemática do exaurimento das medidas permaneça a reclamar uma atuação mais célere no controle repressivo.

Quando da falta de controle de leis orçamentárias, criou-se uma rotina de emendas parlamentares estranhas à matéria orçamentária, desvirtuando o instituto em prol de interesses muitas vezes contrários à Constituição. Tal como as caudas orçamentárias, a falta de controle das reformas financeiras vem conduzindo a um cenário de desvirtuamento da emenda constitucional.

Pugnar por uma atuação célere do Supremo Tribunal Federal não elimina a realidade da grande quantidade de processos, tampouco a escassez de recursos para tanto, mas o controle de constitucionalidade repressivo é a atual solução do sistema diante da inconstitucionalidade, de modo que a inércia possibilita que se continuem editando emendas constitucionais em prejuízo da Constituição Financeira.

5.3 À GUIA DE CONCLUSÃO: A ERA DA INCONSTITUCIONALIDADE CONVENIENTE

À medida em que a constitucionalização do direito financeiro atentou para a garantia de custeio progressivo de direitos por meio da atividade financeira, as atuais reformas observam os ditames da constitucionalização promovida pela Constituição de 1988? Ou seria possível dizer que estaria em andamento um outro movimento de constitucionalização, afastado desses ditames?

Retomando o sistema de referência, em seu segundo sentido constitucionalização é a releitura da ordem jurídica à luz da Constituição³¹⁸, representando a irradiação dos direitos

³¹⁸ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p. 123.

fundamentais para as relações³¹⁹, a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais. Trata-se de uma das facetas do processo de constitucionalização, a partir do qual a Constituição, a despeito de encontrar-se no centro do ordenamento já há algum tempo, passa a ser vista como tal também numa visão material e axiológica, enquanto fundamento de validade.

Daí se propor o confronto das reformas financeiras com os ditames da constitucionalização em seu sentido de lente interpretativa, verificando se o constituinte reformador se encontra atento ao mote de satisfação das necessidades públicas quando da elaboração de emendas constitucionais financeiras.

Enquanto constituição rígida, a Constituição de 1988 trouxe limites expressos para alteração, admitindo certa flexibilidade desde que observado o procedimento previsto. Relembrando a lição de Luís Roberto Barroso, a imposição de limites ao poder reformador por uma maioria reunida no passado se justifica pela transcendência dos bens jurídicos tutelados, com o fito de impedir alterações que possam comprometer o núcleo da Constituição, impedindo que os valores constitucionais sejam colocados à cargo da volatilidade política³²⁰.

Também se apontou a posição de Nelson de Souza Sampaio segundo a qual a distinção entre constituições rígidas ou flexíveis é muito mais jurídica do que sociológica, sendo possível que uma constituição flexível seja alterada de forma mais lenta do que uma constituição tida como rígida, mesmo porque a alteração da Constituição é também uma escolha política³²¹. Ademais, a doutrina³²² já havia alertado para a grande abertura de sentidos quando da interpretação das cláusulas pétreas, ao tempo em que os limites vão muito além do que o texto constitucional regulou de forma expressa.

Tendo por base esses ditames, percebe-se que as reformas financeiras subverteram a noção do Estado enquanto garantidor dos direitos fundamentais, bem como impedem uma atuação voltada à concretização desses direitos por governos posteriores, cuja atuação resta obstruída pelo contingenciamento passado³²³. Em aparente paradoxo, a doutrina aponta que a inconstitucionalidade, ao invés de combatida, parece priorizada nas iniciativas de alteração da

³¹⁹TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 261.

³²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 157.

³²¹*Ibidem*, p. 62.

³²²SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01.

³²³BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 157.

Constituição Financeira nos últimos tempos, seja para abrir espaço no orçamento para determinadas pautas de interesse pessoal ou eleitoreiro, seja para corrigir ou perpetuar medidas fiscais em desprestígio ao protagonismo constitucional anteriormente alcançado.

A vista da contrariedade apontada, por que razão levar à frente discussões que muito provavelmente serão (ou deveriam ser) revistas pelo Supremo Tribunal Federal em sua guarda da Constituição? Parece possível apontar a conveniência de assim o fazer. Já se discorreu sobre a morosidade da atuação do STF, havendo poucos julgamentos definitivos sobre a constitucionalidade de emendas.

É possível apontar um aproveitamento dessa morosidade, mormente no que toca a promulgação de emendas transitórias, vez que o posterior reconhecimento da inconstitucionalidade em nada mudará os efeitos práticos para os quais a medida foi editada. Até que se adotem medidas concretas para a remoção das emendas constitucionais contrárias à Constituição, estas são consideradas constitucionais e podem vir a atingir o fim para o qual editadas, dando lugar a “situações constitucionais imperfeitas”.

Quando as Constituições se cingiam a regular os poderes e tarefas do Estado, não se mostravam suficientes a conferir a força normativa necessária aos direitos e garantias. A Constituição de 1988 trouxe prestígio aos direitos fundamentais, aos princípios, às fontes de cada matéria a exemplo da Constituição Financeira, e agora se verifica um excesso de constitucionalização prejudicial a esses desígnios.

O fenômeno coincide com o que elucidava Walber Moura Agra antes mesmo das discussões sobre o teto de gastos, para quem a “alteração frequente da Constituição, ao talante das forças dominantes à época, gera um casuísmo constitucional e contribui para o seu ocaso³²⁴”. Frente à tantas medidas discutíveis, tem-se um enfraquecimento da Constituição, que deixa de desempenhar o papel contramajoritário³²⁵ de outrora no sentido de impedir que prevaleça a vontade popular dominante em dado momento.

O STF já rechaçou a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade em abstrato de propostas de emenda à Constituição, mecanismo adotado em diversos países a exemplo da França, Itália, Costa Rica e Chile para propor o veto ou a reabertura do processo

³²⁴ AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p 90.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 155.

legislativo de forma vinculante³²⁶, o que talvez trouxesse resultados positivos para impedir a promulgação de emendas com objetivos claramente inconstitucionais a vista da celeridade em que tem sido promulgadas.

E em que pese se admita o controle de constitucionalidade abstrato repressivo, verifica-se sua insuficiência a vista da demora no julgamento dos processos, de modo que perdura o cenário de sucessivas alterações inconstitucionais. A celeuma da falta de controle das leis orçamentárias já havia ressaltado o papel da ciência do direito na purificação de seu objeto antes mesmo da atuação do Judiciário por meio do controle de constitucionalidade³²⁷, atentando para possíveis desequilíbrios nos freios e contrapesos do processo legislativo.

Retomando a lição de Raul Machado Horta, as reformas não tem o condão de afetar a permanência da Constituição, mas podem levar à sua erosão, desvalorização e caducidade³²⁸. É preciso atenção para que tanto a Constituição como as finanças públicas não se tornem abstratas, vez que tais constatações rememoram a discussão acerca do anterior cenário de desrespeito às normas constitucionais e ao direito financeiro, em contraponto ao protagonismo que se atribui à constitucionalização.

Relembrando o alerta de Eduardo Bastos de Mendonça, há necessidade de manutenção do equilíbrio entre a força da Constituição e o processo político majoritário; segundo o autor, necessita-se de cautela para evitar que decisões políticas ordinárias sejam convertidas em matéria constitucional³²⁹, mas a recíproca também se aplica: igualmente necessita-se de cautela para evitar que matérias eminentemente constitucionais sejam colocadas ao arbítrio de decisões políticas.

Em suma, viu-se como o processo de constitucionalização impôs a observância dos fundamentos estabelecidos no próprio texto constitucional em decorrência da força normativa e supremacia da Constituição enquanto vetor das ações do Estado³³⁰, bem como que a divisão do direito em ramos em nada afasta o filtro de observância dos fundamentos constitucionais

³²⁶ ADI 466.

³²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 2019. Nota 29b. p. 63.

³²⁸ HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. p. 12.

³²⁹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 124.

³³⁰ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil**: devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.p. 124.

pelas substituições. Mas a prática demonstra que a Constituição Financeira, mais do que servir como lente interpretativa, tem servido como instrumento para que certas políticas sejam implementadas conforme se julgue mais conveniente. Tem lugar a era da inconstitucionalidade conveniente.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa se prestou a verificar a constitucionalidade do fenômeno de constante reforma da Constituição Financeira frente à lente interpretativa do movimento de constitucionalização atribuído à Constituição Federal de 1988, a fim de verificar se o direito financeiro vem sendo utilizado para concretizar os direitos fundamentais com base nos objetivos e fundamentos constitucionais, ou se estaria em andamento um novo movimento afastado desses ditames.

Analisou-se que a constitucionalização trouxe para o âmbito constitucional o regramento de diversas searas, dando lugar à subconstituições a exemplo da Constituição Financeira, paradigma a partir do qual não há como discutir direitos fundamentais sem considerar a questão orçamentária, perpassando pela vinculação de recursos para que sejam progressivamente garantidos.

Tal se dá porque, em seu segundo sentido, a constitucionalização conferiu centralidade à Constituição também na interpretação do ordenamento. O diploma constitucional transcende a mera supremacia formal, passa a “valer” verdadeiramente como norma, de forma que toda relação jurídica estatal ou não-estatal deve observar os fins constitucionais. Suas normas passam a balizar tanto a criação como a aplicação do direito positivo.

Já a atividade financeira do Estado engloba a obtenção e gestão dos recursos, de modo que a doutrina concebe a intertextualidade da Constituição Financeira com as Constituições Orçamentária e Tributária, permitindo a identificação do que se arrecada e com o que se gasta a fim de fornecer diretivas para o legislador na edição de políticas fiscais tanto no campo da receita como no campo da despesa, mesmo porque a divisão é meramente didática.

Considerando a pretensão de permanência da Constituição, seguiu-se analisando as razões que levam à sua alteração, a qual não pode ser livre ou pouco controlada, colocando-a no mesmo patamar das leis ordinárias ou ao bel prazer das maiorias do momento; tampouco pode ser proibida, vez que a necessidade de ajustes faria com que a Constituição virasse letra morta diante da mudança das circunstâncias fáticas ou da necessidade de atualização do texto.

Apesar da complexidade do modelo de reforma, a prática demonstrou que mesmo a alteração limitada, balizada por limites explícitos e implícitos, não escapa de embaraços. Enquanto a reforma tributária enfrenta obstáculos para aprovação, objeto de permanente discussão, a reforma financeira encontra espaço para aprovação esparsa mediante sucessivas

emendas constitucionais, não sendo incomum a utilização do direito financeiro como moeda de troca, fazendo parte de jogos de interesse entre os Poderes ainda que em prejuízo da concretização de direitos.

Estabeleceu-se como marco inicial a Emenda 95/2016, Novo Regime Fiscal que promoveu o congelamento de gastos pelo prazo de vinte anos, limitando o aumento de despesas com saúde e educação pela correção da inflação. Ao tempo em que se presta a impedir uma atuação focada na concretização desses direitos, também pelos próximos governantes, deu lugar a sucessivas emendas constitucionais para liberar espaço no orçamento.

Dentre elas, emendas que se prestaram tão só a regular situações transitórias a exemplo das Emendas n. 106 e 109/2021, já tendo a doutrina apontado a possibilidade de regulação de regras fiscais por meio de lei infraconstitucional. Constatado o excesso de emendas de ajuste fiscal, bem como verificada a tendência de limitação de direitos, passou-se a investigar a constitucionalidade do fenômeno de contínua alteração por meio da análise das disposições das Emendas Constitucionais 95/2016, 106/2020, 109/2021, 113/2022, 114/2022 e 119/2023.

Concluiu-se pela inconstitucionalidade direta, diante da cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, a vista da contrariedade em relação aos objetivos e fundamentos da Constituição Total. Ao mesmo tempo em que o processo de constitucionalização trouxe para a Constituição aspectos concernentes aos principais ramos do Direito, promovendo um novo olhar com base nos preceitos constitucionais, a maneira como esse processo vem sendo conduzido revelou um contexto controverso no que concerne aos rumos da constitucionalização do direito financeiro.

A Constituição, mais do que servir como norte para a concretização de políticas públicas por meio do orçamento, que na perspectiva atual de constitucionalização deve estar atenta a seus objetivos e valores, é alterada para comportar uma diminuição prática de direitos fundamentais, enfraquecendo o constitucionalismo. Considerando a inércia no controle, a posterior declaração de inconstitucionalidade não impede que essas medidas gerem efeitos, de modo que se verifica um aproveitamento na promulgação de novas emendas.

Estar-se ia diante de um movimento de inconstitucionalidade conveniente. A sensação causada é de que permanece atual a abordagem de Fernando Scaff ainda nos idos de 2016, quando da análise das inovações legislativas levadas à cabo aquele ano, coroadas pelas

problemáticas decorrentes do Novo regime Fiscal introduzido pela Emenda n. 96: é “‘farinha pouca, meu pirão primeiro’ e a overdose de direito financeiro”³³¹.

³³¹ SCAFF, Fernando Facury. “*Farinha pouca, meu pirão primeiro*” e a overdose de Direito Financeiro. **ConJur**, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-27/retrospectiva-2016-farinha-meu-pirao-primeiro-overdose-direito-financeiro>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

AGÊNCIA SENADO. Reforma tributária será a próxima emenda em votação. **Senado Notícias**, 4 ago. 1995. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1995/08/04/reforma-tributaria-sera-a-proxima-emenda-em-votacao>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

AGÊNCIA SENADO. Congresso e Planalto vão tentar mais uma vez aprovar a reforma tributária. **Senado Notícias**, 3 fev. 2023. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/02/03/congresso-e-planalto-vao-tentar-mais-uma-vez-aprovar-a-reforma-tributaria>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. Orçamento Deficitário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1159-1177.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Almedina: Coimbra, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em:

<<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. O Debate a Respeito da DRU: A Fraude à Constituição e o Desequilíbrio Federativo. In: SCAFF, Fernando; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Coord.). **Federalismo s(em) Juízo**. São Paulo: Noeses, 2019.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BELLEGARDE, Marina Tanganelli. **O Direito Financeiro e a Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

BERCOVICCI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r142-06.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BERCOVICCI, Gilberto. MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 28 jul. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 11 ago 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 466 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur257945/false>>. Acesso em 10 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.238/DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753826907>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.449 MC-REF/RR, Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10743671>>. Acesso em 24 ago. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 186, de 2019**. Altera o texto permanente da Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispendo sobre medidas permanentes e emergenciais de controle do crescimento das despesas obrigatórias e de reequilíbrio fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-186-2019>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº

93, de 18 de março de 2020. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc114.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL tem nova queda em ranking de desenvolvimento da ONU. Auditoria Cidadã, 27 set. 2022. Disponível em: <<https://auditoriacidada.org.br/brasil-tem-nova-queda-em-ranking-de-desenvolvimento-da-onu/#:~:text=O%20IDH%20leva%20em%20conta,caiu%20de%200%2C758%20para%200%2C754>>. Acesso em 18 mai. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 32, de 2022. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para permitir a implementação do Programa Bolsa Família e definir regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023, e dá outras providências. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155248>>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Proposta de Lei Complementar nº 93, de 2023. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e a Lei nº 10.633, de 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157826>>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Novo arcabouço fiscal. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/novo-arcabouco-fiscal/index.html>>. Acesso em: 10 set. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, André Costa. Uma Teoria do Direito Constitucional Financeiro e Direito Orçamentário Substantivo no Brasil. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39-79.

CATAPANI, Márcio Ferro. A Discricionariedade do Poder Executivo na Elaboração do Projeto de Lei Orçamentária Anual. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 245-266.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Crise no federalismo fiscal brasileiro: do novo regime fiscal ao programa federativo de enfrentamento ao coronavírus. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CONTI, José Maurício. Orçamento Impositivo é Avanço para a Administração. **ConJur**, 7 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/contas-vista-orcamento-impositivo-avanco-administracao>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CONTI, José Maurício. RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. O Direito Financeiro e a Constituição de 1988: Passado, Presente e Futuro. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 10, p. 253-282, 2019.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Novo Regime Fiscal: histórico e controvérsias constitucionais. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 1, p. 4-24, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10218>>. Acesso em: 10 set. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DANTAS, Fabrício. **Direito Financeiro Estratégico**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

FUNCIA, Francisco; SANTOS, Lenir. Emenda Constitucional 95 Fere o Núcleo Essencial do Direito à Saúde. **ConJur**, 21 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/opiniao-ec-95-fere-nucleo-essencial-direito-saude>>. Acesso em: 13 set. 2023.

FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GIACOMINI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da Maximização do Bem-estar ao Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins; PACHECO, José Ernani de Carvalho (Org.). **Direito Administrativo Transformador**. Curitiba: Juruá, 2017.

GUEDES, Neviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. **ConJur**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992.

INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE. **Relatório de Acompanhamento Fiscal – Dezembro de 2022**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/603416/RAF71_DEZ2022_Conjuntura_fiscal.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

IVO, Gabriel. O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A Rejeição do Projeto de Lei e o Princípio da Inexauribilidade da Lei Orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 34, 2001.

IVO, Gabriel. Direito Tributário e Orçamento Público. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 871-887.

IVO, Gabriel. Aportes acerca das relações entre o Direito Tributário e o Orçamento Público (Direito Financeiro). **Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**, 26 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/aportes-acerca-das-relacoes-entre-o-direito-tributario-e-o-orcamento-publico-direito-financeiro-por-gabriel-ivo/>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. A Importância dos Tributos e da Dívida Pública no Papel do Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 30, n. 11. p. 329-345, set./dez. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Instituto Brasileiro de Direito da Família**, Belo Horizonte, 23 mar. 2004. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>>. Acesso em: 15 ago 2023.

MAIA, Fátia. OAB e associações de servidores ingressam com ação contra a emenda dos Precatórios. **Jota**, Brasília, 13 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/dosupremo/oab-e-associacoes-de-servidores-ingressam-com-acao-contra-a-emenda-dos-precatorios-13012022>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

MACHADO, Clara Cardoso. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade em Abstrato da Lei Orçamentária: Análise da ADI 4.048/DF. **Revista de Direito da FAT**, v. 4, n. 4, 2010. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controlde_lei_orcamentaria_clara_cardoso.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Financeiro e Direito Tributário. In: SCAFF, Fernando Facury; LANNA, Gustavo; ROCHA, Sérgio Andre (Orgs.). **O Direito Financeiro & o Direito Tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 19-34.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da Fraude à Constituição no Sistema Jurídico Nacional. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 52, p. 137-154, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de estado, Gestión pública, regulación económica**. Bogotá: Universidad. Externado de Colombia, 2003.

PELLEGRINI, Josué. Análise da Situação Fiscal dos Estados. Brasília: Instituição Fiscal Independente, 2020. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/580041/EE14.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2023.

PELICIOLO, Angela Cristina. A Atualidade da Reflexão Sobre a Separação dos Poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PINTO, Élide Graziane. Regras Superpostas Ocultam e Acatam Voluntarismo Fiscal. **ConJur**, 20 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/contas-vista-regras-superpostas-ocultam-acatam-voluntarismo-fiscal>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PISCITELLI, Thatiane. **Direito Financeiro**. São Paulo: Método, 2018.

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

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: Uma Questão Orçamentária. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1110.

ROCHA, Francisco Sérgio Silva. O Orçamento como Norma Jurídica: uma discussão necessária sobre a natureza do orçamento público. In: HARBER, Michel; ATHIAS, Daniel (Org.). **Estudos de Direito Financeiro e Tributário**: homenagem ao Professor Fernando Facury Scaff. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As Mutações Constitucionais no Contexto Brasileiro de Crise da Representação Democrática. **E-PÚBLICA**, v. 2, n. 1, p. 123-140, mar. 2015. Disponível em: <<https://e-publica.pt/article/34546-as-mutacoes-constitucionais-no-contexto-brasileiro-de-cri-se-da-representacao-democratica>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

SANCHES, José Luis Saldanha. **Justiça Fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmiento.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Entre Pedaladas e Bola de Neve: a irresponsabilidade fiscal nos precatórios. **USP – Faculdade de Direito**, São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <<https://direito.usp.br/noticia/510dd057a6fe-entre-pedaladas-e-bola-de-neve-a-irresponsabilidade-fiscal-nos-precatorios>>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Verba Juris**, ano 4, n. 4, p. 79-104, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. “Farinha pouca, meu pirão primeiro” e a overdose de Direito Financeiro. **ConJur**, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-27/retrospectiva-2016-farinha-meu-pirao-primeiro-overdose-direito-financeiro>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual**: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCAFF, Fernando Facury. As Eternas Reformas Constitucionais no Brasil e as Pecs 186, 187 e 188 do Governo Bolsonaro. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TORRES, Heleno Taveira. **Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras**: por que, para que, para quem e como? São Paulo: Casa do Direito, 2020. p. 137-169.

SCAFF, Fernando Facury. A Relação de Tensão entre o Direito Financeiro e o Tributário dentro do espaço público e privado. In: SCAFF, Fernando Facury; LANNA, Gustavo; ROCHA, Sérgio Andre (Orgs.). **O Direito Financeiro & o Direito Tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 53-85.

SCAFF, Fernando Facury. **Reformas constitucionais tributárias e financeiras em tempos de Covid-19**. São Paulo: Conjur Editorial, 2021.

SICCA, Gerson. Os Riscos da Constitucionalização Excessiva do Direito Financeiro. **ConJur**, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/sicca-constitucionalizacao-excessiva-direito-financeiro>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os Limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

STRECK, Lenio. Rumo a Norundi, a bordo da CDI – Constituição Dirigente Invertida. **ConJur**, 27 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-27/senso-incumom-rumo-norundi-bordo-cdi-constituicao-dirigente-invertida>>. Acesso em: 17 mai. 2022.

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

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.