

EDIÇÃO DE 2018



30 anos
CONSTITUIÇÃO
da CIDADANIA



30 Anos

da Constituição

Evolução, desafios e perspectivas para o futuro

Volume III

SENADO FEDERAL



30 Anos da Constituição

Evolução, desafio e perspectivas para o futuro

Volume III

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017–2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antônio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zezé Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos

30 Anos da Constituição

Evolução, desafio e perspectivas para o futuro

Volume III

Organização: Rafael Silveira e Silva

Brasília – 2018

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário-Geral da Mesa

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral Legislativo

CONSULTORIA DE ORÇAMENTO, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Ana Cláudia Castro Silva Borges – Consultora-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS DA CONSULTORIA LEGISLATIVA

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

30 anos da Constituição : evolução, desafios e perspectivas para o futuro / organização: Rafael Silveira e Silva. -- Brasília: Senado Federal, 2018.

4 v.

ISBN 978-85-7018-955-4 (obra completa)

ISBN 978-85-7018-958-5

1. Constituição, Brasil, coletânea. 2. Direito constitucional, Brasil, coletânea. 3. Interpretação da constituição, Brasil. 4. Brasil. Constituição (1988), análise. I. Silva, Rafael Silveira, org.

CDDir 341.2481



Sumário

10	Apresentação
12	Prefácio
468	Sobre os autores
472	Sobre o organizador

- 16 Judicialização das eleições, soberania popular e legitimidade democrática
Geraldo Leite
- 51 Empurrando a história: mas para onde? Uma análise das regras partidárias criadas pelo STF
Ana Luiza Backes
Roberto Carlos Martins Pontes
- 91 A inerte legislatoris como fundamento da interpretação constitucional (ou a utilização do discurso parlamentar nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal)
Luiz Fernando Bandeira de Mello
- 117 Criminalidade cibernética: a necessidade da leitura constitucional da investigação criminal e de suas medidas de intervenção à luz dos direitos fundamentais
Daniel Chamorro Petersen
- 136 O (Des)Pacto Federativo Brasileiro
C. Alexandre A. Rocha
- 166 Reforma Tributária: Dois Caminhos Possíveis
Renato Friedmann
- 190 A Constituição Federal e os Subsídios Cruzados nas Tarifas de Energia Elétrica
Rutelly Marques da Silva
- 235 A Segunda Reforma Trabalhista: desenhos alternativos para o FGTS cinquenta anos depois
Pedro Fernando Nery

- 272 Estado Social de Direito, Novo Regime Fiscal e os Desafios da 4ª
Revolução Industrial
Luís Otávio Barroso da Graça
- 308 Orçamento Impositivo das Emendas Individuais e os Instrumentos de
Governança Orçamentária
Luiz Fernando de Mello Perezino
- 365 PPA, Orçamento e Planejamento, segundo ato – lições aprendidas e
proposta de uma rota adiante
Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt
- 404 A Regulamentação do Artigo 192 e a Autonomia do Banco Central na
Redução da Incerteza Econômica
Cesar Rodrigues van der Laan
- 428 Entre passado e futuro: um breve panorama dos marcos e desafios
legislativos na defesa do consumidor
Beatriz Simas Silva
José Carlos Silveira Barbosa Júnior
- 447 Medidas Provisórias: os próximos 30 Anos
João Trindade Cavalcante Filho

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal. É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Apresentação

Passados trinta anos dos trabalhos que consubstanciaram nossa Carta Magna, observamos o quanto foi árdua a tarefa de reorganizar nossa nação em bases normativas mais sólidas e que finalmente configurariam nosso Estado Democrático de Direito.

Até então, herdávamos uma Constituição que não refletia a realidade social e a pluralidade de opiniões e crenças. A Constituição da época era pouco mais que uma referência, embora a retomada democrática incentivasse esforços dos juristas para lidar com aquele texto. Mas isso era muito pouco. Tornava-se imprescindível estabelecer novas bases que fossem democráticas e que não se referenciassem tão somente nos fatores de relação de poder.

Observamos então um movimento jamais visto no país, no qual foram resgatados valores republicanos e de participação cívica, demonstrando as grandes possibilidades de integração entre o Poder Legislativo e o povo. Dessa comunhão de esforços nasceu uma Constituição que não dirigiria verticalmente a sociedade, mas que abriria espaço para interagir com ela por meio de uma relação recíproca de influências. A norma constitucional de 1988 não foi apenas reflexo da realidade à época, mas assumiu também sua carga de normatividade, tão necessária para a regulação de novas perspectivas que trouxessem justiça social e bem-estar ao Brasil.

Muitas conquistas foram alcançadas. Houve o resgate da liberdade política e de expressão, e um repertório de direitos fundamentais e sociais aos cidadãos; as pessoas analfabetas finalmente puderam exercer o direito ao voto, bem como foi concedida a possibilidade de jovens votarem a partir dos dezesseis anos; as estruturas do Estado foram organizadas, conferindo a todos os Poderes da República funções e possibilidades para atuarem com independência e harmonia; enfim, consolidou-se na atual Constituição um conjunto significativo de princípios e temas relevantes para a atuação do Estado.

Não obstante, um texto dessa envergadura ainda enfrenta desafios, ao mesmo tempo que passa por revisões e releituras que fazem parte do desenvolvimento social e do olhar da modernidade. Para analisar as conquistas do passado e as perspectivas e desafios futuros ligados à Constituição, foram convidados especialistas e servidores do Poder Legislativo. Nesse esforço, que ressalta o valor do aspecto bicameral do nosso Congresso, conseguimos obter valiosas visões sobre a Constituição de 1988, as quais refletem não apenas um olhar jurídico, mas também de diversas outras

tendências e campos do conhecimento, algo por sinal plenamente bem-vindo em se tratando da nossa Carta Magna, ampla, analítica e desafiadora.

A reunião de trabalhos resultou nesta coleção intitulada 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro, organizada em quatro volumes. Convido à leitura todos os brasileiros, num desejo sincero de que ela possa trazer importantes reflexões da mais importante norma brasileira.

EUNÍCIO OLIVEIRA
Presidente do Senado Federal

Prefácio

As constituições estão situadas no ponto mais alto dos ordenamentos jurídicos, superando a percepção de que sejam apenas documentos essencialmente políticos, condicionados exclusivamente ao livre arbítrio ou à discricionariedade dos atores políticos. Além disso, boa parte das constituições oferecem lugar de destaque ao Judiciário na defesa e na realização dos preceitos e dispositivos contidos em seus textos.

Este movimento de valorização normativa das constituições também se relaciona ao destaque de posições temáticas historicamente e socialmente relevantes, desde assuntos de natureza tradicional e essencialmente constitucional, como também aspectos da realidade social.

Nossa Constituição, que completa 30 anos, possui um conteúdo amplo e complexo, que passa desde a defesa de princípios fundamentais – como a garantia de liberdades e de direitos individuais e coletivos – até dispositivos de caráter programático, como o amplo rol de direitos sociais. A partir de um texto com essas características, naturalmente se esperaria encontrar, ao longo desses anos, diversas iniciativas de reforma ou de alteração de seu texto. Isto, por si só, não tira os méritos da Constituição, porém levanta reflexões sobre os desafios e perspectivas subjacentes ao seu conteúdo.

Essa foi a motivação que nos levou a organizar, no âmbito do projeto de comemoração dos 30 anos da Constituição coordenado pelas duas Casas do Legislativo, uma coletânea de artigos de vários especialistas das Consultorias Legislativas e de Orçamento do Congresso Nacional, contando com a parceria de alguns pesquisadores externos. Esses órgãos de assessoramento reúnem dezenas de profissionais com as mais variadas formações, dedicados a diferentes campos de conhecimento e com ampla experiência no setor público e privado. Um corpo funcional com essas características com certeza nos serviria com relevantes contribuições e análises sobre o texto constitucional, algo que pudesse inclusive extrapolar as tradicionais análises estritamente vinculadas ao campo do Direito.

O processo de elaboração desse trabalho merece algumas observações. Os convites aos autores foram feitos sem determinação específica de temas ou abordagens, mas apenas e tão somente a própria comemoração do aniversário da Carta Magna. Essa metodologia “livre” de organizar a publicação nos proporcionou ao final um interessante resultado.

Foi nítida nossa percepção de que esse conjunto de contribuições poderia ser adequadamente classificada em duas grandes perspecti-

vas: (i) as conquistas e a evolução do texto constitucional e (ii) as perspectivas e os desafios futuros. Daí o título da coleção: 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Destacamos que houve um autêntico equilíbrio bicameral no número de artigos produzidos pelos profissionais de cada Casa, revelando igual importância em opinar tecnicamente sobre a Constituição e em contribuir para os debates que giram em torno desta importante comemoração.

Mesmo sem esgotar todo o conteúdo do texto constitucional, recebemos textos que abarcaram mais de vinte e dois temas, reunindo um acervo de exatos sessenta artigos, organizados em quatro volumes: dois dedicados à evolução da Constituição e da sociedade a partir de seu texto, e dois dedicados às perspectivas e desafios a serem enfrentados a partir dos dispositivos constitucionais.

Este terceiro volume da coleção, o primeiro que trata sobre as perspectivas e desafios a serem enfrentados pelo próprio texto constitucional e pela sociedade brasileira, trabalha com temas relativos ao processo legislativo e tomada de decisões entre os poderes da República, sistema eleitoral e sistema partidário a partir da visão do Judiciário, visão interpretativa constitucional com base na visão do legislador, o novo tema dos crimes cibernéticos à luz da Constituição, temas federativos como a criação de municípios e o pacto federativo e a defesa do consumidor.

O volume ainda dedica um conjunto de análises com referências econômicas, entre as quais estão os possíveis caminhos para uma reforma tributária, os subsídios cruzados da tarifa de energia elétrica, uma abordagem sobre desenhos alternativos para o FGTS e transformação constitucional, o polêmico tema do Novo Regime Fiscal, a perspectiva do “orçamento impositivo” e uma nova governança de planejamento e orçamento e o recorrente tema da autonomia do Banco Central e a redução das incertezas econômicas.

Julgamos que a variedade de assuntos tratados no terceiro volume representam o retrato acerca das possibilidades que nosso texto constitucional pode proporcionar. Esperamos que que as análises tragam boas discussões que incentivem a construção de alternativas interessantes para o futuro do próprio texto e, obviamente, para que traga impactos positivos sobre a sociedade brasileira.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Organizador

Judicialização das eleições, soberania popular e legitimidade democrática

Geraldo Leite

1. Introdução

A Constituição democrática e cidadã de 1988, dando prosseguimento à tradição inaugurada em 1932, adotou um modelo judicializado de governança eleitoral para a escolha dos chefes do Poder Executivo e membros das Casas Legislativas, atribuindo a um órgão especializado do Poder Judiciário a competência para dirigir, organizar, executar, controlar e julgar, com exclusividade, o certame político-eleitoral.

Nesses 30 anos de nova ordem constitucional, a Justiça Eleitoral se agigantou. Desempenhando-se de atribuições administrativas, normativas consultivas e jurisdicionais, é o órgão que praticamente tem a primeira e a palavra final sobre as eleições. Dos seus pronunciamentos é que se extraem o calendário eleitoral, a capacidade eleitoral ativa e passiva, a comprovação das condições de elegibilidade, os exatos procedimentos da disputa, a autenticidade da representação política, a legitimidade do processo eleitoral, a verdade ou a inverdade do voto dado pelo eleitor e se os eleitos e consagrados pelas urnas serão de fato diplomados e exercerão os seus mandatos.

Trata-se, com efeito, de um modelo peculiar, que é único ou com escassos exemplares no mundo. Na maioria dos países,

a organização das eleições é feita por órgãos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo ou, ainda, por órgãos autônomos, com a participação de representantes da sociedade, do governo e do parlamento, ao passo que o contencioso eleitoral é incumbido aos tribunais ordinários ou constitucionais.

A proeminência do Poder Judiciário no processo político-eleitoral pode ser explicada por diversos fatores. Em termos gerais, ela se insere no quadro da expansão do poder dos juízes e das cortes judiciais, fenômeno a que se convencionou chamar de “judicialização da política”. Ademais, pode ser explicada pelo ativismo judicial e o exercício de intensa atividade normativa (1); pela instabilidade legislativa aliada a um amplo conjunto de ilegibilidades cominadas na legislação (2); e pela institucionalização de verdadeiro terceiro turno das eleições por força das ações eleitorais, cabendo à Justiça Eleitoral, no exercício da atividade judicante, a palavra final sobre os eleitos (3).

Em curtas e desmedidas palavras, talvez, além de atuar como o poder legislativo, executivo e judicial do processo eleitoral, pois que se incumbe de normatizá-lo, dirigi-lo, organizá-lo, executá-lo, controlá-lo e julgá-lo, a nossa Especializada também realiza densa, senão decisiva, mediação entre o povo soberano e os candidatos aos cargos eletivos, com atuação que eleva ao extremo a judicialização da política e o ativismo judicial.

Ainda que se instituem variados instrumentos de participação direta, numa democracia semidireta e fundamentalmente caracterizada pela representação, tal como é o modelo adotado pela Constituição de 1988, o processo político-eleitoral não pode ser reduzido a uma formalidade, uma data para a troca de mandatários, um ato a mais no rito que, ao fim e ao cabo, seja protagonizado pelo Poder Judiciário.

É bem verdade que a legitimação do poder político, exclusivamente pelos certames eleitorais, sempre foi questionável. Por outro lado, o crescimento dos votos nulos e brancos e das absenções revelam sintomas de crise da representação política. Não obstante, as eleições ainda possuem importância central para a

formação da vontade pública e a condução do Estado, devendo ser livres, justas e efetivamente democráticas.

Diante das questões enunciadas, o presente ensaio examina a judicialização do processo político-eleitoral com o objetivo de identificar os seus impactos sobre a legitimidade, segundo a configuração de legitimidade que se extrai do paradigma democrático e da Constituição de 1988. Igualmente, busca responder se as atribuições de que se incumbem a Justiça Eleitoral são adequadas constitucionalmente. Por fim, faz apontamentos de medidas necessárias para o equilíbrio entre os poderes e a preservação da soberania popular.

2. Legitimidade do Poder Político nos Paradigmas do Moderno Estado de Direito

2.1 Estado Liberal e Estado Social

Limitação do poder político e legitimidade são conceitos distintos que se entrelaçam indissociavelmente no Estado constitucional moderno. Na formação da sua matriz conceitual, tanto concorreram teorias de justificação ou legitimidade do poder político quanto teorias de limitação ou controle. Disso resultou um modelo que se distinguiu de todas as formas de exercício do poder conhecidas até então.

A compreensão da legitimidade caminha a passo igual com a história das sociedades e, por isso, tem múltiplos significados, quantos forem os povos ou os períodos históricos considerados: personificação divina, derivação do poder divino, tradição, convenção, título, qualidades pessoais. Nas sociedades ocidentais, a legitimidade liga-se intrinsecamente à justificação do poder político e da ordem jurídica que ele impõe, bem como à aceitação e validação racionais, pelos destinatários, dos direitos e deveres que deles decorrem¹.

¹ Segundo Habermas (2003:67-68), “A carência por legitimação dos ordenamentos que se caracterizam pela autoridade da organização estatal (e que, por seu turno, distinguem-se de estruturas de domínio em sociedades tribais), já se explica a partir do conceito do poder político. Porque esse meio de poder estatal se constitui em formas de Direito, ordenamentos políticos nutrem-se do pleito de legitimidade jurídica. É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também plei-

O controle, por sua vez, liga-se à ideia de limitação do poder e, via de consequência, ao estabelecimento de mecanismos internos e externos de vigilância, fiscalização ou inquirição capazes de assegurar a coibição do abuso e a verificação de que o seu exercício se dá em conformidade com as regras ou finalidades que lhe são próprias. A propósito, para Norberto Bobbio (1997, p.11), o problema do Estado constitucional moderno é justamente o problema dos limites ao exercício do poder estatal.

Com esses pilares fundamentais – legitimidade e controle –, o moderno Estado de direito tornou-se a *experimentação* de um pensamento político singularmente fecundo, pois se ocupou tanto do problema da justificação do poder e da ordem jurídica que ele institui, quanto das questões relacionadas aos limites do seu exercício.

O fundamento racional do Estado moderno, que é o contrato social, remete à associação voluntária de homens livres e iguais para a formação de uma ordem, diante da qual se conservam titulares da soberania e coautores e destinatários das normas jurídicas. Assim, a constituição da ordem jurídico-política que o caracteriza é estruturalmente fundada na liberdade e igualdade reciprocamente reconhecidas entre pessoas voluntariamente associadas, que permanecem titulares do poder que constituem e coautoras das normas instituídas para a convivência comum e o exercício do próprio poder.

Tal justificação não se apoia mais, é bem de ver, em qualquer garantia externa ou metassocial, senão na racionalidade, ainda que simbólica, de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais, que são a origem e a finalidade da própria ordem constituída.

Ao lado desse fundamento, o Estado de direito também foi idealizado a partir de teorias de limitação do poder, que remetem à subordinação do poder à lei; a uma divisão de atribuições funcionalmente especializada e sua distribuição a órgãos diferentes e independentes entre si; ao reconhecimento e positivação de direitos fundamentais e, outra vez, à soberania como pertença da comunidade de homens iguais, livremente associados.

teia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido.”

O modo de implementação desse ideário sofreu variações no tempo, nas sociedades e nos diversos paradigmas de estado.

Na concretização do pensamento político herdado, o Estado liberal deu contornos próprios à legitimidade. Negando, na prática, o princípio da comunidade soberana de Rousseau, a legitimidade associou-se exclusivamente à lei. Tornou-se, pois, sinônimo de legalidade estrita, porque se reportava unicamente à lei e ao procedimento formal de aprovação, ambos dominados ou influenciados por uma reduzida minoria.

Sendo assim, a nota distintiva da ordem jurídica no Estado liberal é o seu caráter formal. De um lado, torna-se monopólio do Estado, que se consolida como única fonte de produção jurídica, fazendo-o mediante procedimentos legislativos formais. De outro lado, não anuncia nem antecipa conteúdos de estruturação social ou econômica, pois cabe aos indivíduos perseguirem os seus fins pessoais em virtude dos talentos e possibilidades que dispõem. Por essa razão, como expressão da vontade geral, a lei deve ser abstrata e genérica e parâmetro de conduta, justiça e bem comum.

O Estado social também deu conformações próprias à justificação. Para ser legítimo, não lhe bastava vincular-se à lei geral e abstrata, produzida mediante procedimentos legislativos formais, e às eleições periódicas para escolha dos representantes. Pois que se lhe exigiam ser o garantidor do desenvolvimento e do bem-estar social e, portanto, mentor e executor de tarefas de materialização de condições ideais de vida para todos. Assim, acrescentou-se à justificação pela *legalidade* a justificação pelo *resultado*, associada ao papel assumido pelo Estado de provedor geral.

O problema era a difícil compatibilização entre o princípio da comunidade soberana e os controles formais da separação dos poderes, a intensa atividade prestadora, a modelação social, a condução econômica. Mesmo as defesas intransigentes do Estado social não podem desconhecer sua face autoritária e monopolista e as dificuldades de controle da burocracia cristalizada no Poder Executivo.

A hipertrofia e crise do Estado social e a emergência de regimes totalitários de direita e esquerda ensejaram debates e arranjos institucionais novos, profundas modificações do conteúdo das constituições ocidentais e inovações na teoria do constitucionalismo. Tudo isso com o objetivo de demarcar maiores limitações ao exercício do poder e superar a legitimidade baseada

apenas na especialização funcional dos poderes e no resultado, que se revelaram restritivas da soberania popular.

2.2 Legitimidade no Constitucionalismo Democrático: A Essencialidade de Eleições Livres e Periódicas

Há quem considere o Estado democrático de direito como a síntese dos momentos anteriores, em que se acrescenta ao conteúdo do Estado de providência a participação popular². Nessa compreensão, o novo paradigma se caracterizaria pelo resgate do princípio da soberania do povo numa combinação de instituições representativas com instrumentos de democracia direta, sendo mantidas as obrigações anteriores do poder público quanto ao desenvolvimento econômico, proteção social, distribuição de renda.

Não é possível conceber o novo paradigma apenas nesses termos. As transformações operadas na sociedade, na economia e no próprio Estado impactaram tão profundamente as estruturas do Estado de providência, que se tornou inviável tal concepção. Sendo possível apontar um núcleo comum nas diversas leituras do pensamento ocidental sobre o paradigma do Estado democrático de direito, tal núcleo diz respeito à titularidade do poder político como patrimônio inarredável do povo soberano, que o exerce diretamente ou por meio dos seus representantes; ao nex

² Para muitos autores, o advento do Estado democrático de direito não significaria ruptura absoluta com o Estado social. Segundo Di Pietro, (2001, p.40) “Acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social de Direito um elemento novo, que é a participação popular no processo, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública”. Em Cari Ari Sunfeld (200, p.56-57), “Assim sendo, para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de Estado Social e Democrático de Direito, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados a imposição, ao Estado do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigi-lo. Os elementos do conceito de Estado Social e Democrático de Direito serão, portanto: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais e harmônicos, que controlam uns e outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-lo ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. Em termos sintéticos, o Estado Social e Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”.

entre direitos fundamentais e democracia e à imprescindibilidade do controle das atividades do Estado.

Luis Roberto Barroso (2012, p.25) afirma com razão que o século XX presenciou a vitória do constitucionalismo democrático, que se impôs sobre diversos projetos autoritários que com ele concorreram. Conhecido por expressões, como Estado constitucional ou Estado democrático de direito, sendo esta a terminologia adotada pela Constituição de 1988, é produto de duas ideias que se conjugaram para produzir o ideal contemporâneo.

Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos e garantias fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.

Sobre o processo democrático, Habermas (1997, vol. 1, p.116-139, 2003, p.71-72) entende que ele não se reduz à legitimação do poder político ou ao compromisso de interesses. Assim, a ordem jurídico-política será legítima se assegurar as autonomias privada e pública e se emergir da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. O nexo entre democracia e direitos fundamentais institui as condições para a formação da opinião e da vontade de maneira política e racional, processo em que a soberania do povo assume natureza jurídica.

Paulo Bonavides (2004, p.17-20) afirma ser a democracia o exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo, direta ou indiretamente, decide todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo. E conclui assegurando que:

Sem democracia, todas as formas de status quo que alojam, conservam e perpetuam situações de privilégio, desigualdade e discriminação tendem à imutabilidade, eternizando as mais graves injustiças sociais ou fazendo do homem, para sempre, um ente rebaixado à ignomínia da menoridade política, da ausência e do silêncio, sem voz para o protesto e sem arma para o combate; objeto e não sujeito da vontade que governa; súdito e não cidadão.

Em abordagem política do constitucionalismo democrático latino-americano, Leonardo Avritzer (2017, p.28) afirma que ele se distingue das experiências anteriores por três características principais: forte ampliação do catálogo de direitos; ampliação das formas de participação social ao lado da deliberação pelo Executivo e pelo Legislativo, alterando o escopo de exercício da cidadania, e um novo papel do Poder Judiciário, que modifica o equilíbrio tradicional de poderes existente.

Após formular a pergunta “por que a democracia?”, Robert A. Dahl (2016, p.58-74) enumera diversas razões e finaliza afirmando que, apesar das falhas, ela é mais desejável que qualquer alternativa viável, pois impede o governo de autocratas, garante aos cidadãos direitos fundamentais, assegura liberdade individual, proporciona oportunidade de autodeterminação, protege os interesses fundamentais das pessoas, proporciona oportunidade de exercício da responsabilidade moral, promove o desenvolvimento humano mais que qualquer outra alternativa e um grau relativamente elevado de igualdade política.

Em seguida, Robert. A. Dahl (2016, p.97-112) aborda as instituições políticas ou garantias que a democracia requer, cuidando de enumerar e examinar, entre outras, eleições livres, justas e frequentes; representação por mandatários eleitos; liberdade de expressão; existência de fontes alternativas e independentes de informação; associações independentes e cidadania inclusiva.

Há dificuldades para a formulação de uma concepção exaustiva de legitimidade democrática. Foi dito, a legitimidade caminha em passo igual com as sociedades e terá conteúdos e formas múltiplas de exteriorização, conforme a história e os valores de cada uma. Não obstante, ao lado dos mecanismos de participação direta, a realização de eleições livres, justas e frequentes para a escolha dos representantes pode ser apontada como um traço comum de um conjunto significativo de países de orientação democrática.

A propósito, o filme *As Sufragistas* conta exatamente a história de um grupo de mulheres britânicas que lutou pelo direito ao voto no início do século passado, quando apenas os homens podiam votar. Após anos e anos de manifestações pacíficas e infrutíferas e compreendendo a importância do voto para alguém ser considerado cidadão e ser ouvido, o grupo decidiu coordenar atos de desobediência civil para chamar a atenção dos políticos para a causa.

Conquanto não esgote o conteúdo da legitimidade democrática, a realização de eleições livres, justas e frequentes, com amplo direito de participação, é um aspecto crucial do constitucionalismo contemporâneo. Mesmo com crises e limitações e sem prejuízo de outros afluentes importantes, é no processo eleitoral que se formam os vínculos entre eleitores e eleitos, selam-se os compromissos da agenda de governo, aprovam-se ou refutam-se práticas político-administrativas e consolida-se o pertencimento a uma comunidade jurídica, não como súditos, mas como cidadãos livres, iguais e coautores das suas decisões.

Para Edilene Lôbo (2010, p.5), a importância do processo de escolha dos representantes do povo na democracia representativa é essencial:

[...] para a existência da própria sociedade política, de seus princípios, fundamentos, direitos e garantias; assim como a participação ativa dos cidadãos é imprescindível para alimentar o modelo democrático, em uma espécie de carga e retrocarga. É dela que nasce o vínculo entre os eleitos e os eleitores, conferindo legitimação aos atos dos primeiros no exercício do mandato outorgado pelos segundos, em cumprimento ao dispositivo constitucional, paradigma do Estado Democrático de Direito, segundo o qual “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição).

Marcelo Neves (2007, p.79-80) também acredita que sem eleições democráticas:

[...] ou um equivalente funcional, parece impossível, na sociedade complexa de hoje, que os sistemas político e jurídico não se identifiquem exclusivamente com concepções ideológicas abrangentes ou interesses de grupos privilegiados. A falta de eleições democráticas conduz, nas condições atuais, à identificação do “Estado” com determinados grupos e, com isso, à desdiferenciação do sistema jurídico, inadequada à complexidade da conexão de comunicações, expectativas e interesses constitutivos da sociedade.

Importa destacar no texto acima que as eleições interessam ao conjunto da sociedade e, sobretudo, às parcelas fragilizadas economicamente mais do que aos grupos privilegiados e já estabelecidos. A propósito, há fartos exemplos na política brasileira que revelam a captura do poder político pelo poder econômico em governos de

diferentes colorações ideológicas, o que tende a ser mais gravoso e aprofundado em regimes estáticos ou antidemocráticos, sem a real possibilidade de alternância.

Sendo assim, o conjunto das instituições político-eleitorais, quais sejam partidos políticos fortes, sufrágio universal e voto direto, secreto e com valor igual para todos, eleições livres, justas e periódicas, Justiça Eleitoral e Direito Eleitoral, forma o elo tangível entre a democracia e a representação política, constitui fundamental mecanismo de concretização, ainda que parcial, da soberania popular e sintetiza, em termos jurídico-políticos, uma parcela importante dos direitos fundamentais.

3. O Modelo Brasileiro de Governança Eleitoral

24 25

3.1 História e Peculiaridades da Justiça Eleitoral Brasileira

A criação da Justiça Eleitoral brasileira ocorre num contexto de ruptura político-institucional e integra um vasto conjunto de transformações que se operam no Brasil a partir da Revolução de 1930, movimento armado sob a liderança dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, que depôs o presidente Washington Luis, impediu a posse de Júlio Prestes, eleito com o rompimento da política do café com leite, e pôs fim à chamada República Velha. A propósito, um dos objetivos do movimento revoltoso era justamente a moralização do sistema eleitoral.

A Primeira República, que em termos cronológicos se estende de 1889 à promulgação da Constituição de 1934, teve como principal sustentação a denominada “política dos governadores”, firmada pelo presidente Campos Salles (1889-1902). Trata-se de um pacto entre o governo federal e os governadores dos Estados, em que aquele receberia apoio irrestrito desses, por meio de deputados e senadores. Em contrapartida, o governo federal garantiria o poderio de algumas famílias nesses estados, impedindo a vitória oposicionista. “Esta política beneficia principalmente os Estados de São Paulo e Minas Gerais, que monopolizam o cargo de Presidente da República, inaugurando a denominada ‘política do café-com-leite’” (SILVA NETO, 2003, p.318-319).

Diante de um Congresso dividido, a solução encontrada pelo governo de Campos Sales para assegurar a formação de uma

maioria foi a reforma do Regimento, mudando a regra de reconhecimento dos deputados:

Essa reforma envolvia dois pontos: a) uma mudança no critério de escolha do Presidente das Sessões Preparatórias (aquelas nas quais se processava o reconhecimento dos eleitos): este cargo decisivo deveria ser preenchido pelo deputado que fora Presidente no final da legislatura anterior, e não mais pelo mais idoso entre os candidatos; b) uma alteração no critério de reconhecimento dos diplomas – passam a ser reconhecidos apenas os candidatos com as assinaturas das mesas oficiais de recolhimento de votos, isto é, aquelas compostas por indicação dos governadores. Estes dois pontos assentaram os fundamentos da Política dos Governadores: o controle sobre o reconhecimento dos diplomas permanece na mão da maioria que controlava a Câmara na legislatura anterior, mas esta se compromete a respeitar o poder dos governadores na indicação dos eleitos. (BACKES, 2006, p.169-170)

Adotou-se, desse modo, um mecanismo de controle da representação política, que ficou conhecida como “degola” dos candidatos indesejados:

Dentre os diversos meios fraudulentos desenvolvidos destaca-se a “Comissão Verificadora de Poderes”, constituída por parlamentares, dentro de cada Casa legislativa, com a incumbência de analisar as campanhas e o processo eleitoral dos candidatos. A “Comissão de Cinco Membros”, nomeada para examinar os diplomas oferecidos e organizar as listas dos deputados legalmente diplomados e daqueles cujos diplomas não se revestiram das formalidades legais, através de parecer, reconhece ou não o deputado diplomado. As listas organizadas pela Comissão são colocadas em votação no plenário. Aos candidatos que não foram eleitos dá-se oportunidade para apresentarem suas contestações. Analisadas por uma das “Comissões de Inquérito”, emite-se um parecer. Constatado qualquer indício de fraude, o candidato não é diplomado e perde o direito ao exercício do cargo, sofrendo a chamada “degola”. Evidentemente, a maioria dos candidatos da oposição eram “degolados”. Os candidatos legalmente diplomados prestam o compromisso regimental. (SILVA NETO, 2003, p.319).

Com o objetivo de promover a democracia, combater a corrupção eleitoral, possibilitar o enfrentamento do poder das oligarquias e assegurar o exercício do voto livre e secreto, o primeiro

Código Eleitoral³ brasileiro, editado em 24 de fevereiro de 1932, jurisdicionizou o processo político-eleitoral. Assim, a um órgão especializado do Poder Judiciário foram entregues as atividades de preparação, realização e apuração das eleições. Com a Constituição de 1934, a Justiça Eleitoral ganhou estatura constitucional, condição que se repetiu nas Cartas Políticas subsequentes, à exceção da Constituição de 1937.

A Justiça Eleitoral brasileira possui uma estrutura peculiar e absolutamente distinta dos demais órgãos do Poder Judiciário, notadamente por não possuir uma magistratura própria. Conquanto possa soar como inadequado ou estranho, a verdade é que os seus quadros são tomados de “empréstimo” de outros órgãos do Poder Judiciário.

O Tribunal Superior Eleitoral é composto por três juízes dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, dois juízes dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois juízes, nomeados pelo presidente da República, dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; e dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo e, por nomeação, pelo presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

³ “A Justiça Eleitoral foi criada pelo Código Eleitoral de 1932, com base no famoso Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, que teve a inspirá-lo o gênio jurídico de *Hans Kelsen*. A Constituição de 1934 constitucionalizou a Justiça Eleitoral. A Carta Política de 1937, compreensivelmente, ignorou-a. Compreensivelmente, porque a Carta de 1937 simplesmente dava forma jurídica à ditadura do Estado Novo. Ora, onde não há liberdade, onde não há democracia, não pode haver Justiça Eleitoral. O raiar da democracia, em 1945, trouxe-nos, com a Lei Constitucional nº 9, de 28.2.45, novamente, a Justiça Eleitoral. Seguiu-se-lhe o Decreto-Lei nº 7.586, de 28.5.45, que recriou o Tribunal Superior Eleitoral e um Tribunal Regional em cada estado e no Distrito Federal. O TSE instalou-se no dia 1ª de junho de 1945. Corajosamente, foi o TSE que, respondendo a uma consulta que lhe foi formulada pelo Partido Social Democrático e pela Ordem dos Advogados do Brasil, estabeleceu que ‘o Parlamento Nacional, que será eleito a 2 de dezembro de 1945, terá poderes constituintes, isto é, apenas sujeito aos limites que ele mesmo prescrever’. É dizer, a Assembleia que votou a Constituição de 1946 investiu-se de poderes constituintes originários, por força de decisão do Tribunal Superior Eleitoral”. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL).

Como regra, os juízes dos tribunais eleitorais servem por dois anos, no mínimo, salvo motivo justificado, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Por fim, os juízes eleitorais são nomeados pelos Tribunais Regionais Eleitorais dentre juízes de direito pertencentes aos quadros da magistratura estadual, que atuam mediante acumulação das duas funções durante todo o período em que estiverem nomeados para a jurisdição eleitoral. A menor estrutura judicial eleitoral é, portanto, a zona eleitoral, incumbida à responsabilidade deste juiz estadual especialmente nomeado.

A inexistência de quadro judicante próprio e de caráter permanente imprime a rotatividade como característica intrínseca da Justiça Eleitoral brasileira. Esta situação peculiar se soma à judicialização da política e ao ativismo judicial para conduzir à instabilidade jurisprudencial e à permanente revisão das próprias resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral. Este quadro é agravado, por fim, pela instabilidade legislativa, decorrente das modificações da legislação eleitoral para cada pleito.

Nesse terreno escorregadio, de “leis que mudam muito e juízes que ficam pouco” (VILLELA e GONÇALVES, 2016, p.117), a insegurança jurídica é tamanha “que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico, retirando do Direito a sua função de orientação” (PAIM, 2016, p.23)

Curiosamente, esse quadro de desarranjo que caracteriza a Justiça Eleitoral no plano judicante não se repete no desempenho das atividades administrativas, sobretudo daquelas relacionados às eleições. Com efeito, a Justiça Eleitoral é reconhecida por sua excelência e expertise no que se refere ao cadastramento de eleitores e colheita eletrônica do voto. As dimensões continentais do Brasil, os estágios díspares de desenvolvimento e o grande número de candidatos, cargos e partidos políticos não impedem que a nossa especializada dê a conhecer, em poucas horas, o resultado da votação realizada por mais de 140 milhões de eleitores.

Eis o paradoxo que chama a atenção dos estudiosos, tanto da Justiça Eleitoral brasileira como do nosso modelo de governança das eleições:

Um órgão do Poder Judiciário é responsável por todo o espectro de controle, mas se destaca por sua atuação administrativa. Nesse ponto, sua reputação é invejável. Um corpo técnico altamente especializado e um investimento maciço em desenvolvimento tecnológico garantem o reconhecimento do sistema de organização das eleições.

O mesmo não se repete em relação aos elementos que caracterizam seu atuar jurisdicional. A falta de coerência das decisões, sua baixa consistência, a fraca densidade argumentativa, as decisões criativas, o aspecto fortemente moralista (com desprezo aos princípios mais elementares do Estado de Direito) têm marcado a atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral brasileira.

Marcada por um senso perfeccionista que não encontra fundamentos jurídicos e pela construção das regras do jogo a partir de derivações nem sempre demonstradas dos princípios constitucionais, ao arrepio da lei, a jurisdição eleitoral tem servido como um filtro à democracia. Um filtro não democrático. (SALGADO, 2014, p.129-130)

Essas constatações não retiram da Justiça Eleitoral os seus méritos e suas contribuições para a construção da democracia brasileira. Ela responde, em importante medida, pelo aprimoramento das nossas instituições e pelo enfrentamento da tentação autoritária, esse eterno inimigo da legitimidade democrática. Todavia, os seus dilemas e contradições precisam ser examinados, a bem do interesse maior que é a própria democracia, da qual a Justiça Eleitoral deve estar permanentemente a serviço.

3.2 Proeminência da Justiça Eleitoral: Omissão Legislativa, Previsão Legislativa ou Autoatribuição?

No tópico introdutório atribuiu-se o protagonismo da Justiça Eleitoral brasileira no processo político-eleitoral a fatores diversos. Ele se insere, primeiramente, no panorama geral da expansão do poder dos juízes e das cortes judiciais, fenômeno a que se convencionou chamar de “judicialização da política”. Demais disso, pode ser atribuído ao exercício de intensa atividade normativa para além do tracejado constitucional de distribuição de funções e competências, bem como à instabilidade legislativa e ao amplo conjunto de inelegibilidades cominadas na legislação. Por fim, deve-se à institucionalização de verdadeiro terceiro turno das eleições por força das ações eleitorais.

Muito se tem falado sobre a judicialização da política. Os limites do presente ensaio não permitem maiores considerações, sendo suficiente dizer que a expressão nomeia o fenômeno em que o Poder Judiciário, da tradicional condição de voz ou boca da lei, a reverberar o que já se encontrava previamente disposto em comandos legais abstratos e gerais, se transforma em espaço institucional onde são decididas questões políticas relevantes. Assim sendo, desloca-se para o Poder Judiciário significativa parcela de poder, antes concentrada ou distribuída entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Para compreender-se adequadamente a posição assumida pela Justiça Eleitoral em relação às eleições brasileiras, não basta, contudo, inseri-la apenas no contexto da judicialização da política e da redistribuição de forças e atribuições entre os Poderes que dela decorre. Com efeito, muito do que se produziu em termos normativos e decisórios pelo Tribunal Superior Eleitoral deu-se em decorrência de outro fenômeno, o ativismo judicial.

Amandino Nunes Júnior (2016, p.37) distingue com clareza e precisão a judicialização da política do ativismo judicial, que, a despeito da proximidade, de modo algum se confundem:

A judicialização da política, conceito mais amplo e estrutural, cuida de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, o que resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais e dos magistrados pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, escolha ou comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, *prima facie*, de competência de outros poderes, para além das balizas constitucionais.

O importante é que em ambos os fenômenos o protagonismo do Judiciário como ator político se faz presente, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Com isso, dá-se o reconhecimento de uma vinculação entre direito e política.

Situados nesses termos a judicialização da política e o ativismo judicial, destaque-se que a competência normativa da Justiça Eleitoral não é regulada diretamente na Constituição federal de 1988, que se limita a estabelecer que lei complementar disponha “sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais” (art.121, caput).

Com efeito, a referida competência é extraída da legislação infraconstitucional. Dispõe o inciso IX do art. 23 do Código Eleitoral que compete ao Tribunal Superior expedir as instruções que julgar convenientes à sua execução. Por sua vez, dispõe o art. 105 da Lei nº 9.504, de 1997, que “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”.

A despeito das demarcações provenientes da legislação infraconstitucional e de todas as balizas constitucionais provenientes da atribuição de competências aos Poderes em virtude de uma função especializada e predominante, podem ser identificadas nas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral três espécies de extrapolações às competências que lhe são ou deveriam ser próprias:

“[...] quando o TSE baixa resolução cujo conteúdo não foi previamente previsto no Código Eleitoral, nem nas Leis ns. 9.504/97 e 9.096/95; quando a resolução versa sobre matéria que já foi objeto de lei trazendo, porém, novas previsões; e quando o TSE baixa resolução de conteúdo claramente incompatível com o texto da lei.

Nessas três situações é possível afirmar-se que o TSE editou resoluções que transcenderam o permissivo constitucional/legal, de modo que essas normas representariam o resultado de uma atuação do Judiciário Eleitoral no campo legislativo, posto que trariam inovações originais ao Ordenamento jurídico nacional. (PORTO LIMA e CARVALHO NETO, 2014, p.4)

Algumas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral tornaram-se recorrentes na literatura especializada como exemplos de extrapolação dos limites reservados à regulamentação da lei, as quais são apontadas a seguir a título de exemplificação, sem o exame detalhado⁴:

a) Consulta nº 715 – Classe 5ª – Distrito Federal – seguida da Resolução nº 21.002, que dispôs: “Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de

⁴ Algumas dessas decisões são examinadas em outro ensaio desta publicação, de autoria de Ana Luíza Backes, Davi Ribeiro e Roberto Carlos Pontes.

governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial”;

b) Resolução/TSE nº 21.702, de 2 de abril de 2004, contendo “Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município”. Nesta resolução, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu que, para as eleições de 2004, a fixação do número de vereadores a eleger observasse os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme tabelas que integram a decisão normativa;

c) Resolução TSE nº 22.506, de 6 de fevereiro de 2007, que deliberou sobre os critérios de distribuição das quotas do Fundo Especial de Assistência Financeira (Fundo Partidário), tomando como referência decisões proferidas pelo STF na ADI nº 1.351 e na ADI nº 1.354;

d) Resolução/TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, por intermédio da qual o Tribunal Superior Eleitoral, “no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604” resolveu disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária;

e) Resolução/TSE nº 22.715, de 28 de fevereiro de 2008, que “Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos por candidatos e comitês financeiros e prestação de contas nas eleições municipais de 2008”, oportunidade em que o TSE estabeleceu sanção para a rejeição da prestação de contas, mesmo sem previsão legislativa para tanto;

f) Consulta nº 1147-09.2010.6.00.0000 sobre a Lei Complementar nº 135, de 2010 (Lei da Ficha Limpa), oportunidade em que o TSE decidiu pela sua aplicação às eleições de 2010, inclusive aos processos em tramitação iniciados, ou já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação referida na lei;

g) Consulta nº 1.274 – Classe 5ª – Distrito Federal sobre a possibilidade de veiculação de propaganda eleitoral mediante afixação de placas em bens de domínio privado, oportunidade em que o TSE decidiu não caracterizar outdoor a placa cujo tamanho não excedesse a 4m².

Examinando a conduta da Justiça Eleitoral em alguns dos casos acima, Eduardo Meira Zauli (2011, p.257) afirma que o Poder Judiciário se sobrepôs “ao Poder Legislativo na tomada de decisões voltadas para a regulamentação dos processos eleitorais, exibindo uma postura proativa característica do ativismo judicial”.

De fato, naqueles e em tantos outros casos, o exercício da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral se consubstanciou em verdadeiro procedimento de inovação da ordem jurídica, extrapolando em larga medida o espaço reservado à simples regulamentação das leis. Mais do que a aplicação da norma ao caso concreto ou da regulamentação necessária à execução do texto lei, a Justiça Eleitoral operou a criação do próprio direito, exorbitando das competências que lhe são reservadas.

De outra parte, importa assinalar que o ímpeto criativo da Justiça Eleitoral ou sua posição proeminente no processo político-eleitoral também é alimentado pela própria atuação do Congresso Nacional. Apressadas modificações da legislação político-eleitoral, quase sempre de modo pontual e sem o necessário apreço por uma visão de conjunto, ensejam-lhe novos espaços de atuação normativa e judicante.

Desde a sua publicação em 30 de setembro de 1997, a Lei nº 9.504, que “Estabelece normas para as eleições”, foi alterada por nove diplomas legais diferentes⁵. Do mesmo modo, a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que “Dispõe sobre os partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal”, foi alterada por uma dezena de outras normas⁶. O problema não é, por certo, a alteração da legislação, mas o *modus operandi* de entregas de reformas fracionadas e, quase sempre, sem o enfrentamento das questões centrais do sistema político e eleitoral.

Tome-se, ainda, a alteração do § 9º do art. 14 da Constituição Federal pela Emenda de Revisão nº 4, de 1994, que ampliou o feixe das inelegibilidades para alcançar a probidade administrativa e a moralidade. Cite-se, também, a aprovação da Lei Complementar nº 135, de 2010, a Lei da Ficha Limpa, que cominou novas

⁵ Lei nº 9.840, de 1999; Lei nº 10.408, de 2002; Lei nº 10.740, de 2003; Lei nº 11.300, de 2006; Lei nº 12.034, de 2009; Lei nº 11.350, de 2010; Lei nº 12.891, de 2013; Lei nº 13.165, de 2015, e Lei nº 13.488, de 2017.

⁶ Lei nº 9.259, de 1996; Lei nº 9.504, de 1997; Lei nº 9.693, de 1998; Lei nº 11.459, de 2007; Lei nº 11.694, de 2008; Lei nº 12.034, de 2009; Lei nº 12.891, de 2013; Lei nº 13.107, de 2015; Lei nº 13.165, de 2015; Lei nº 13.488, de 2017; Lei nº 13.165, de 2015 e Lei nº 13.488, de 2017.

hipóteses de inelegibilidade ao lado do extenso rol de inelegibilidades já previstas na Lei Complementar nº 64, de 1990.

À conta dessas alterações, possibilitou-se maior intervenção judicial nas eleições e a exclusão de elevado número de possíveis candidatos, minguando o universo de escolhas pelos eleitores.

Não se ignora que a proteção da moralidade e da probidade administrativas seja relevante e determinada constitucionalmente.

Todavia, é preciso ter cuidado com a cominação de inelegibilidades e com o endurecimento dos mecanismos de participação nas eleições, sob pena de que o protagonismo dos pleitos, que deveria ser dos cidadãos, aí abrangidos os eleitores e candidatos, seja transferido ao Poder Legislativo e, em última instância, ao Poder Judiciário, responsável por decidir sobre eventual inelegibilidade em sede de registro de candidatura.

[...]

De outra banda, há aspecto em certo ponto menosprezado nas discussões e que se refere à perspectiva da responsabilidade do próprio eleitor ou eleitora. Quanto mais necessário for que o Legislativo atue no desenho de leis, como a da Ficha Limpa, que prescrevem ou agravem hipóteses de inelegibilidade; quanto mais também o Judiciário tiver que condenar ou sancionar tais condutas e, em razão disto, indeferir registros de candidaturas, mais, de certa forma, a nosso ver, se estará a retirar do eleitor sua responsabilidade pelas escolhas que faz ao decidir sobre os rumos da sociedade. (DIAS e SOARES, 2016, p.102-103)

Também conhecidas são as objeções do ministro Eros Grau à Lei Complementar nº 135, de 2010, notadamente pela restrição ao exercício de direitos políticos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Afirmando que a moralidade pública deve ser balizada segundo os padrões e limites do Estado de direito, tendo como um de seus pressupostos a presunção de não culpabilidade, aponta os riscos da Lei para a democracia:

Temo, seriamente, de verdade. O pericimento das democracias começa assim. Estamos correndo sérios riscos. A escalada contra ela castra primeiro os direitos políticos, em seguida as garantias de liberdade. Pode estar começando, entre nós, com essa lei. A seguir, por conta dessa ou daquela moralidade, virá a censura das canções, do teatro. Depois de amanhã, se o Judiciário não der um basta a essa insensatez, os livros estarão sendo queimados [...].

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba (2016, p.117-119) também apontam os problemas da referida Lei, afirmando que ela implicou o aprisionamento do sistema eleitoral pela “obsessão quanto à probidade, à moralidade”, limitando e restringindo direitos políticos em nome de uma pretensa “pureza” das candidaturas. Em seguida, advertem:

A LC 135, de 04.06.2010, ampliou tremendamente o rol das inelegibilidades, aumentou o prazo das inelegibilidades, bem como trouxe à baila a noção de um candidato “ficha-limpa”, como se a democracia se tratasse de um concurso aristocrático de virtudes e não simplesmente um regime sob o domínio do povo.

Foram acrescentadas novas formas de inelegibilidade, como a condenação por “decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição” (art. 1º, I, j).

[...]

Mais do que isso. A Lei da Ficha Limpa repassou a terceiros como os Tribunais de Contas e os órgãos de classe, a decisão sobre o universo dos candidatos, sendo certo que ninguém sabe quais são todas as condutas que levam à negação do jus honorum.

O maior mal da Lei da Ficha Limpa, ao retirar milhares de pessoas do pleito eleitoral, mitigando a soberania popular, com certeza, foi a possibilidade que deu ao Poder Judiciário Eleitoral de imiscuir-se no cerne da escolha do povo para negá-la, com fundamento em uma apreciação moral do processo eleitoral. Em nome dessa moralidade, todas as formas de restrição aos direitos fundamentais são admitidas e o sofrimento último é do próprio regime democrático com menos candidatos, menos recursos para as campanhas, limitados recursos de propaganda, reduzido tempo de campanha.

Ainda quanto à Lei da Ficha Limpa, não bastassem os seus próprios excessos, a interpretação dada pelo Poder Judiciário a tornou mais draconiana. Isso porque o Supremo Tribunal Federal⁷ decidiu, em 1.3.2018, manter sua aplicação a políticos

⁷ Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral sobre a aplicação do prazo de inelegibilidade anterior à aprovação da Lei da Ficha Limpa: “A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, ex vi do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva,

condenados antes da data em que a Lei entrou em vigor, além de inadmitir a modulação de efeitos.

De fato, as sucessivas alterações da legislação eleitoral e partidária, longe de tratarem as eleições, a participação cidadã, os partidos políticos e o Congresso Nacional como instituições centrais da legitimidade democrática, cuidaram de reforçar ainda mais a proeminência do Poder Judiciário. Ademais, em decorrência de normas como a Lei da Ficha Limpa, a legitimidade obtida pela ampla participação democrática vai sendo demolida pela criminalização do exercício da política e da cidadania.

Por fim, para se entender o protagonismo da Justiça Eleitoral, é preciso considerar que o Brasil institucionalizou verdadeiros mecanismos de terceiro turno eleitoral. Em outras palavras, foram criados procedimentos para a discussão judicial da verdade das urnas, com eficácia suficiente para desfazer o pleito, impedir a posse dos eleitos e desconstituir o voto do eleitor.

Na prática, a impugnação e a desconstituição de mandatos são inauguradas com a Constituição de 1988, cujo art. 14, § 10, estabelece: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Antes disso, praticamente não se podia questionar na Justiça Eleitoral os mandatos eletivos. Conquanto previsto no art. 262 no Código Eleitoral, o Recurso Contra a Expedição do Diploma se inviabilizava diante da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que exigia prova pré-constituída.

A partir da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo instituído no art. 14, § 10, da Constituição de 1988, seguiram-se outros instrumentos para a impugnação do pedido de registro ou sua cassação, bem como para a decretação da perda do mandato.

Com Lei Complementar nº 64, de 1990, que trata das inelegibilidades, foi instituída a Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Nos termos do art. 22, qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso

é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “d”, na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite”.

indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

Em 1999 foi acrescentado o art. 41-A à Lei nº 9.504, de 1997, com o objetivo de punir com a cassação do mandato aqueles que tenham doado, oferecido, prometido ou entregue ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição.

Com a Lei nº 11.300, de 2006, a Lei nº 9.504, de 1997, passou a vigorar acrescida do art. 30-A, que prevê a propositura de procedimento de investigação judicial eleitoral para apurar condutas em desacordo com a legislação, relativas à arrecadação e gastos de recursos. Eventual comprovação de captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, ensejará a negação do diploma ao candidato, ou sua cassação, se já houver sido outorgado.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 12.034, de 2009, o art. 75 da Lei nº 9.504, de 1997, passou a vigorar acrescido de parágrafo único, estabelecendo que a contratação de shows artísticos nos três meses que antecedem as eleições, na realização de inaugurações, sujeita o candidato beneficiado, agente público ou não, à cassação do registro ou do diploma. Ademais, alterou o parágrafo único do art. 77 para cominar a cassação do registro ou diploma ao candidato que comparecer, nos três meses que precedem o pleito, a inauguração de obras públicas.

De fato, ano após ano, o próprio Congresso Nacional foi acrescentando à legislação novas possibilidades de impugnação do registro de candidatura ou do mandato, com as quais aprofundou o nível de judicialização dos processos eleitorais, se não instigou ainda mais o ativismo da Justiça Eleitoral. Daí dizer-se que a Especializada detém a palavra final sobre as eleições e que se institucionalizaram procedimentos de terceiro turno eleitoral com os quais se pode desconstituir a verdade das urnas e dos eleitores.

Decididas em procedimentos sumaríssimos e muitas vezes distantes das garantias do devido processo legal e exigências do princípio democrático, as ações eleitorais são marcadas por alucinante celeridade, escasso acervo probatório e sentenças quase sempre dotadas de eficácia imediata. Assim, as cassações de registros ou de diplomas e mandatos eletivos converteram-se em verdadeiros instrumentos de subversão do resultado das urnas e da vontade dos eleitores, seja nas mãos de adversários derrotados

nas campanhas eleitorais, seja nas mãos do Ministério Público Eleitoral, que também possui legitimidade ativa.

Diante desse estado de coisas, Adriano Soares da Costa adverte que definitivamente estaremos distantes de uma verdadeira democracia – ele se vale da expressão democracia “sadia” –, enquanto consideramos normal um sistema em que o derrotado vença as eleições e a Justiça Eleitoral dê a última palavra sobre quem assume.

4. Judicialização do Processo Político-Eleitoral e Legitimidade Democrática

4.1 Legitimidade Democrática na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o remate jurídico superior de um processo que tem em seus componentes históricos mais diretos movimentos de diversas configurações, tais como o enfrentamento ao regime instaurado em 1964; a atividade militante de organizações que lutavam pelos direitos humanos, sindicais, políticos e de associação; a reivindicação das liberdades de expressão, de reunião, de imprensa, que foram anteriormente suprimidas ou restringidas pela censura e pela repressão; as exigências de organização livre dos partidos políticos e a realização de eleições diretas.

A longa e escura noite de mais de 20 de anos de supressão da democracia e das liberdades engendrou movimentações e resistências de toda ordem, as quais têm como pontos culminantes as lutas pelas eleições diretas e a realização do Congresso Constituinte.

Frustradas as eleições diretas com a derrota da Emenda Dante de Oliveira, as atenções voltaram-se para a discussão da nova ordem constitucional, sendo certo que o documento final expressou, em larga medida, as pressões dos movimentos sociais pela consagração de mecanismos de participação popular e controle social. Com isso, as lutas pela redemocratização não se limitaram às exigências de restabelecimento pleno das instituições

democráticas de cunho representativo, senão incorporaram, desde o início, a participação direta como dimensão da democracia⁸.

Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2012, p.149-247) reconstrói a emergência do projeto constitucional democrático da Constituinte de 1987-1988 e sua longa gestação, apontando a participação decisiva de um variado conjunto de atores sociais, seculares, religiosos, econômicos, classistas e institucionais, que contribuíram para proporcionar uma oportunidade valiosa de articulação entre Congresso e sociedade civil, a despeito da forma de convocação do processo constituinte.

Esse momento extraordinário da história nacional produziu um texto audacioso, amplo e denso, cujo direcionamento se extrai, de plano, do seu preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

O art. 1º, igualmente emblemático, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático e de direito, em que todo o poder emana do povo, tendo como fundamentos: “a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. Após a enumeração dos Poderes da União, que devem ser harmônicos e independentes entre si (art. 2º), são definidos os objetivos fundamentais da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º).

⁸ Para Boaventura Santos e Leonardo Avritzer (2002, p. 54-55), a presença dos movimentos no centro do processo de redemocratização do Brasil colocou na agenda da discussão sobre a democracia três questões fundamentais: a relação entre procedimento e participação social; a redefinição sobre a adequação da solução não participativa e burocrática; e a relação entre representação e diversidade cultural e social.

Com esse feito de Estado e com a dignidade da pessoa humana erigida à condição de valor fundamental, foi positivado um dos maiores catálogos de direitos fundamentais da história do constitucionalismo moderno. Além de incorporar o catálogo da primeira geração de direitos fundamentais, relativos às liberdades civis e políticas, e de positivar os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda geração, a Constituição consagrou direitos de solidariedade, a terceira geração dos direitos fundamentais, como o direito à paz, à comunicação, ao desenvolvimento, meio ambiente e propriedade sobre patrimônio comum da humanidade. Por fim, assegurou também direitos fundamentais da chamada quarta geração, como o direito à participação democrática, ao pluralismo em todas as suas formas e à informação.

Para Daniel Sarmiento (2006, p.179-180), o novo texto “não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível”. Conquanto também o faça, a Constituição de 1988 “não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental”, caracterizando-se por ser dirigente, substantiva, plural e compromissória e por inaugurar a incorporação das reivindicações de direitos dos movimentos sociais.

Pode-se dizer que a Constituição, precisamente no que se refere à formação da vontade pública e à condução do Estado, expressa a aspiração da sua reinvenção solidária, plural e democrática, tendo assegurado o catálogo necessário de direitos e arranjos participativos: sufrágio universal e voto direto e secreto, com valor igual para todos; realização de plebiscito, referendo e iniciativa popular; criação de associações e partidos políticos; organização de audiências públicas e conferências setoriais; instituição de conselhos de políticas públicas; propositura de ação popular; formulação de denúncia de irregularidades ou ilegalidades por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato perante os Tribunais de Contas; recebimento de informações dos órgãos públicos, de interesse particular, coletivo ou geral, etc.

Com essa conformação, a Constituição de 1988 estabeleceu um patamar de legitimidade amplo e exigente, que, pelos postulados da máxima efetividade e da força normativa da constituição, não pode ser considerada retórica ou simplesmente ideal ou simbólica.

Em suma, concebeu a soberania como pertença popular e estabeleceu a condição exata daqueles que agem em seu nome, os

quais são representantes, nunca titulares do poder. Organizou o Estado e as suas estruturas de funcionamento e assegurou amplos mecanismos de participação popular. Enumerou extenso catálogo de direitos fundamentais conexos à democracia para a formação da opinião e da vontade de maneira política e racional. Confiou à Justiça Eleitoral a realização dos processos político-eleitorais, mas conservou no patrimônio jurídico-político do cidadão as decisões centrais concernentes à própria representação e no rol de atribuições do Congresso Nacional as decisões políticas fundamentais.

4.2 Impactos da Judicialização das Eleições sobre a Legitimidade Democrática

Listas oficiais encaminhadas à Justiça Eleitoral em 2016 pelo Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas de Minas Gerais, São Paulo e Rio Janeiro, que são os estados mais populosos, dão conta de que mais de doze mil gestores tiveram contas julgadas irregulares ou receberam parecer prévio pela rejeição. A listagem do Tribunal de Contas da União contém 7.131 gestores, com 11.175 ocorrências; a do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais contém 1.317 responsáveis; a do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro contém 1.154; e a do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo mais de 2.500. O encaminhamento dessas listas atende ao disposto no art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504, de 1997.

O repositório de dados da Justiça Eleitoral relativos às eleições de 2016 evidencia que 20.834 candidatos tiveram os seus pedidos de registros de candidaturas indeferidos. Não foi possível a comparação com as eleições municipais de 2012, porquanto a Justiça Eleitoral, em relação a esse ano, não disponibilizou dados sistematizados.

Em 2007, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral publicou dossiê de políticos cassados, contendo levantamento realizado após as eleições de 2000, quando começou a vigorar a Lei nº 9.840/2000. Segundo o levantamento feito, a Justiça Eleitoral promoveu a cassação de 623 mandatos, por intermédio de representações, investigações judiciais eleitorais, recursos contra a diplomação e ações de impugnação de mandato eletivo.

Em 24 de fevereiro de 2016, o portal de notícias *G1* divulgou que, desde as eleições municipais realizadas em 2012, 136 prefeitos

teriam sidocassados e retirados do cargo pela Justiça Eleitoral – uma média de um a cada oito dias –, conforme base de dados dos Tribunais Regionais Eleitorais dos 26 estados e do Tribunal Superior Eleitoral.

Ainda não há dados sistematizados sobre as eleições municipais de 2016 relativos à cassação do diploma ou do mandato. Com informações parciais, o jornal *Estado de Minas* informou em 9 de julho de 2017 que, até esta data, teriam sido realizadas 41 eleições suplementares no país, em decorrência de indeferimento do registro das candidaturas motivado pela rejeição de contas ou condenação de candidatos eleitos que, em mandatos anteriores, foram processados por atos de improbidade administrativa.

Destaca-se, por fim, que, nas eleições de 2016, segundo informações do portal Congresso em Foco, 8.440 candidatos aos cargos de prefeito, vice-prefeito e vereador concorreram com registros indeferidos, mas com recursos pendentes de julgamento final pela Justiça Eleitoral. Confirmados os indeferimentos, todos os votos atribuídos a esses candidatos são declarados nulos e não são computados para nenhum efeito, ressalvada a hipótese de re-realização de novo pleito, caso a nulidade alcance mais da metade dos votos⁹.

Grande parte do eleitorado, alheia às disputas judiciais e distante da compreensão das normas que conduzem à invalidação do seu voto, à determinação de que se realizem novas eleições ou que assuma o segundo colocado, não compreende, definitivamente, porque se realizam eleições com candidatos impedidos ou sem as condições jurídicas para se considerarem vencedores e exercerem os seus mandatos.

Trata-se, com efeito, de uma grave distorção, seja pela exclusão de um número significativo de candidatos das campanhas e disputas eleitorais, seja pela substituição da vontade do eleitor pela vontade dos juízes que compõem a Especializada Eleitoral. Numa e noutra situação, o prejuízo é da legitimidade democrática, suscitando nos eleitores uma desconfiança cada vez maior em relação às eleições e à própria representação.

Apontam Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba (2016, p.117-119) que a lógica do processo político-eleitoral desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 4, de

⁹ Código Eleitoral: art. 224: “Se a nulidade atingir mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 a 40 dias”.

1994, e do triunfo da Lei da Ficha “é atribuir a pureza e candidez ao universo dos candidatos a mandatos eletivos”, papel que tem sido “desempenhado com louvor pelo Poder Judiciário Eleitoral que tem se tornado um filtro, sem qualquer controle democrático, daqueles que podem se candidatar e dos que podem exercer o mandato”.

Examinando o rigor perfeccionista da legislação eleitoral brasileira, o ajuizamento de ações após a realização dos pleitos e a demora da Justiça Eleitoral para julgar as referidas ações e os pedidos de registros de candidatura, Margarete de Castro Coelho indaga:

Contudo, há que se ponderar os riscos de, com uma legislação tão perfeccionista, a democracia brasileira acabar por sofrer efeitos reversos: se o objetivo é servir ao contínuo processo de construção democrática, uma intervenção tão acentuada e tão ativista não acabaria por comprometer a vontade livre e própria do eleitor, a qual se quer tutelar? É preciso ter em conta sempre que, a rigor, no processo eleitoral, quem deve decidir por último é o próprio cidadão eleitor e a interferência do Judiciário nesta escolha deve ser a exceção e não regra. (2015, p.49-50)

42 43

Afirmando que a vontade popular se constitui de um somatório processual e quantitativo de vontades concorrentes, quais sejam, a vontade do candidato, a vontade de seu partido político e a vontade dos eleitores que apostaram em ambos, Ruy Samuel Espíndola (2014, p.227) assinala:

Destarte, somente por uma ficção, um grande equívoco e um sério olvido dos direitos-liberdades de votar e de receber votos, é que podemos pensar que a Justiça Eleitoral, ao cassar registro, diploma ou mandato eletivo, através dos processos judiciais que lhe são próprios, estará apenas cassando a vontade individual, privada e solitária de um cidadão candidato. E mais, que com isso, estará tutelando a vontade dos eleitores, a vontade das urnas, a soberania popular que, em verdade, foi a mais afetada, a realmente ‘cassada’ com a decisão judicial ceifadora de registro, diploma ou mandato, notadamente quando se trata de candidato eleito.

Ao se impedir a realização da vontade das urnas, por cassação de registros, diplomas ou mandatos, se está, em verdade, cassando a vontade de todos os eleitores e do partido político ou coligação partidária que escolheram, juntos (partidos e eleitores, determinados candidatos). Escolha iniciada no processo que se deu com a admissão na grei partidária, passando pela escolha em

convenção, pedido de registro, propaganda política e aprovação final nas urnas.

Vale apontar, igualmente, que imprimir extremo rigor ao processo político-eleitoral, que deve ser fundamentalmente orientado para o debate, para as escolhas e para a representação política, não tem conduzido o cidadão brasileiro a nenhum entusiasmo participativo. Ao contrário, conforme divulgou a *Agência Brasil* sobre as eleições de 2016:

Nas três principais capitais em que houve disputa em segundo turno [...], a soma das abstenções e dos votos brancos e nulos superou o total de votos recebidos pelos prefeitos eleitos. Assim como havia ocorrido no primeiro turno em São Paulo, quando o prefeito eleito, João Dória (PSDB), teve menos votos (3.085.187) do que a soma dos brancos, nulos e abstenções (3.096.304), agora, no segundo turno, isso se repetiu no Rio de Janeiro, em Belo Horizonte e em Porto Alegre.

Não se pode atribuir à Justiça Eleitoral, certamente, a responsabilidade pelos votos nulos e brancos e pela abstenção, tampouco pretender que ela não observe as normais legais que disciplinam o funcionamento dos partidos políticos, as condições de elegibilidade e as eleições. Todavia, quanto mais se transferem para o Poder Judiciário as decisões que devem ser tomadas pelo cidadão, tanto mais o cidadão se sentirá desobrigado de participar e decidir. Isso se torna mais gravoso quando o cidadão é desprestigiado ou desautorizado quanto à decisão anteriormente tomada ou quando um enorme contingente de pessoas vai sendo excluído da vida pública.

Os cidadãos precisam se identificar com as instituições que o representam, reconhecendo que elas possuem legitimidade para tomar, em seu nome, decisões impositivas. À medida que os processos eleitorais se distanciam do homem comum, as regras se tornem mais rigorosas e excludentes e o Poder Judiciário amplie o seu espaço de intervenção e decisão sobre as eleições, tanto mais a representação se distorce e se distancia da fonte primária de poder.

Sobre o ímpeto ativista da Justiça Eleitoral e o exercício normativo que ultrapassa o âmbito reservado à regulamentação das leis, também há impactos sobre a legitimidade democrática.

De um lado, afeta profundamente a distribuição de funções a órgãos distintos, especializados e independentes entre si. Demais

disso, viola o princípio da conformidade funcional, segundo o qual o Poder Judiciário não pode modificar a repartição de competências fixada pela Constituição, tampouco chegar a um resultado que seja contrário ao esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

De outra parte, o ímpeto ativista impacta o funcionamento das Casas do Congresso Nacional. Nesses 30 anos de nova ordem constitucional, em diversas oportunidades a atividade do Poder Legislativo se limitou a atualizar a legislação eleitoral para adaptá-la à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ou do Supremo Tribunal Federal. Em outros momentos, atuou no sentido de reverter as regras impostas pela Justiça Eleitoral, mediante aprovação de leis ou de Emendas Constitucionais (PORTO LIMA e CARVALHO NETO, 2014). Numa situação e na outra, além de sofrer os efeitos da subversão do esquema organizatório-funcional, o Congresso Nacional deixou de atuar de modo proativo, como protagonista, por excelência, do debate e das decisões políticas.

A democracia é um projeto frágil; inspira vigilância e cuidados, sobretudo numa sociedade formada por considerável camada de cidadãos vulneráveis e por uma história política marcada por longos períodos autoritários entremeados de curtos espaços de liberdades. A opção constitucional pelo paradigma democrático não instaura por si mesma o Estado democrático de direito ou os valores e garantias que lhe são próprios. O respeito e o exercício dos direitos fundamentais, a ampliação das formas de participação direta, o funcionamento equilibrado das instituições, tudo isso constitui o processo de construção permanente da ordem democrática.

Com efeito, a democracia existe numa condição *in fieri* e sem garantias absolutas. Somente prevalecerá se os seus componentes centrais, incluídas as eleições justas e livres, não forem considerados instrumentos ou concessões do Estado à disposição dos cidadãos, que, como tais, podem ser retirados, mas escolhas do cidadão para a conformação da vontade pública, o controle e a condução do Estado.

5. Conclusão

No presente ensaio, examinou-se o protagonismo do Poder Judiciário brasileiro no processo político-eleitoral, a partir de fatores como a judicialização da política e o ativismo judicial e sua relação com a intensa atividade normativa para além do tracejado constitucional e da distribuição de funções e competências aos Poderes. Ademais, a proeminência da Justiça Eleitoral foi atribuída à instabilidade legislativa, ao amplo conjunto de inelegibilidades cominadas na legislação e, por fim, à institucionalização de verdadeiro terceiro turno das eleições por força das ações eleitorais.

Conquanto não esgote o conteúdo da legitimidade democrática, a realização de eleições livres, justas e frequentes, com amplo direito de participação, é um aspecto crucial do constitucionalismo democrático. Quanto mais esse instrumento for esvaziado de sentido, seja para converter-se em formalidade procedimental, seja para orientar-se por juízos preponderantemente morais, tanto mais a democracia perderá em legitimidade e substância.

Não interessa à legitimidade democrática que apenas se realizem eleições. Os regimes autoritários também o fazem; precisam de eleições periódicas para se legitimarem e manterem o controle sobre o jogo para o qual produzem e manipulam as regras. Mesmo disputando com outros dois candidatos, Bashar-al-Assad venceu as eleições presidenciais da Síria, em 2014, com 88,7% dos votos, não obstante uma guerra civil sangrenta e intensos protestos contra o seu governo.

O Brasil está longe desse quadro. Apesar dos problemas que se podem apontar, nossas eleições não são simuladas nem se prestam ao papel de camada de verniz sobre a pele desgastada de governantes ilegítimos. Todavia, tamanha judicialização da política e tamanha proeminência do Poder Judiciário no processo político-eleitoral devem suscitar reflexões, estudos e debates, incluída a repercussão sobre a legitimidade democrática.

Essa linha de compreensão recomenda cuidado extremo com a cominação de inelegibilidades, com quaisquer formas de endurcimento ou impedimento da participação nas eleições e com institutos ou procedimentos que, ao fim e ao cabo, transfiram para a Justiça Eleitoral as decisões e escolhas que cabem aos cidadãos, eleitores e candidatos e às instituições que promovem a representação política.

De outra parte, é preciso compreender a participação cidadã, os partidos políticos e o Congresso Nacional como instituições centrais da legitimidade democrática. A propósito, o Poder Legislativo deve se referenciar novamente com a arena privilegiada do debate e das decisões políticas, cuidando de entregar leis de qualidade, que sejam capazes de enfrentar as mazelas e distorções da representação política. Por fim, precisa se conter diante das pressões permanentes de endurecimento do procedimento eleitoral e das normas atinentes às condições de elegibilidade.

6. Referências

46 47

AGÊNCIA BRASIL. Abstenção, brancos e nulos superam votos de eleitos no Rio, em BH e Porto Alegre. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-10/abstencao-brancos-e-nulos-superam-votos-de-eleitos-no-rio-em-bh-e-porto>. Acesso em: 13/3/2008.

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In O constitucionalismo latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos / organizadores Leonardo Avritzer... [et al.]. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BACKES, Ana Luiza. Fundamentos da ordem republicana: repensando o Pacto de Campos Sales. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O novo constitucionalismo brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução: Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. Temas políticos e constitucionalidade da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Margarete de Castro. A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONGRESSO EM FOCO, Portal. Liberação de candidatos barrados deve alterar resultado de eleição. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/resultados-da-eleicao-estao-sujeitos-a-mudancas-diz-tse/>. Acesso em: 13/3/2018.

COSTA, Adriano Soares da. Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno. Disponível em: <http://adrianosoaresdacosta.blogspot>.

com.br/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html. Acesso em: 13/3/2018.

DAHL, Roberto A. Sobre a democracia / Robert A. Dahl; tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2016 (2ª reimpressão).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Joelson Dias e SOARES, Michel Bertoni. Inelegibilidade pela rejeição de contas públicas: o dilema entre moralidade e probidade administrativas e a judicialização da política. In: Direito eleitoral aspectos materiais e processuais. São Paulo: Migalhas, 2016.

EM PORTAL DE NOTÍCIAS. Cidades brasileiras têm um prefeito cassado a cada quatro dias. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/07/09/interna_politica,882347/cidades-brasileiras-tem-um-prefeito-cassado-a-cada-quatro-dias.shtml. Acesso em: 13/3/2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça eleitoral contramajoritária e direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. In: Direito Eleitoral: debates Ibero-americanos – Memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Compilação Ana Cláudia Santano, Eneida Desiree Salgado. Curitiba: Ithala, 2014.

G1 PORTAL DE NOTÍCIAS. Brasil tem 1 prefeito retirado do cargo a cada 8 dias pela Justiça Eleitoral. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/02/brasil-tem-1-prefeito-retirado-do-cargo-cada-8-dias-pela-justica-eleitoral.html>. Acesso em: 13/3/2018.

GRAU, Eros Roberto. Entrevista. Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-ago-03/ficha-limpa-atentado-estado-direito-eros-grau>. Acesso em: 13/3/2018.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. 1 e Vol. 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutura da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Khote. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTIÇA ELEITORAL. A criação da justiça eleitoral e a verdade eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/glossario/termos/justica-eleitoral>. Acesso em: 13/3/2018.

LÔBO, Edilene. A inclusão do cidadão no processo eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. Dossiê: políticos cassados por corrupção eleitoral. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/institucional/prpa/campanhas/politicoscassadosdos-sie.pdf>. Acesso em: 13/3/2018.

MEZZAROBA, Orides e PEREGRINO PEREIRA, Marcelo Ramos. A lei da ficha limpa: o cavalo de troia do protagonismo do poder judiciário. In. Revista dos Tribunais Online.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária / Amandino Teixeira Nunes Junior. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo; n. 30)

SALGADO, Eneida Desiree. Um novo modelo de administração das eleições e de justiça eleitoral para o Brasil. IN Direito Eleitoral: debates Ibero-americanos – Memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Compilação Ana Cláudia Santano, Eneida Desiree Salgado. Curitiba: Ithala, 2014.

SILVA NETO, Casimiro Pedro da. A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembleias nacionais constituintes e do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003. 751 p. – (Série temas de interesse do Legislativo; n. 5).

PAIM, Gustavo Bohrer. Direito eleitoral e segurança jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

PORTO LIMA, Sídia Maria e CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. Reação do poder legislativo ao ativismo do judiciário eleitoral. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/03/reacao-poder-legislativo-ao-ativismo-judiciario-eleitoral.pdf>. Acesso em: 13/3/2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Editoria Lumen Juris, 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relação de responsáveis com contas julgadas irregulares nos 8 anos anteriores a 2016: Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/contasirregulares/Responsaveis Contas Julgadas Irregulares Eleicoes 2016_UF.pdf](http://www.tcu.gov.br/contasirregulares/Responsaveis%20Contas%20Julgadas%20Irregulares%20Eleicoes%202016_UF.pdf). Acesso em: 13/3/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Lista TRE 2016 elaborada em cumprimento à Lei Federal 9.504/97. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/Lista-TRE-2016-Elaborada-em-cumprimento-a-Lei-Federal-9504-97-.html/Noticia/1111621954>. Acesso em: 13/3/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Responsáveis com contas julgadas irregulares. Disponível em [file:///C:/Users/P_8075/Downloads/Conta%20Irregular%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/P_8075/Downloads/Conta%20Irregular%20(3).pdf). Acesso em: 13/3/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relação de responsáveis por contas irregulares. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/relacao-de-responsaveis-por-contas-julgadas-irregulares>. Acesso em: 13/3/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Glossário eleitoral: justiça eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/glossario/termos/justica-eleitoral>. Acesso em: 13.3.2018.

SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. rev. aumentada e atual. (6ª tiragem). São Paulo: Malheiros, 2005.

VILELLA, Angelo Goulart e GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Leis que mudam muito e juízes que ficam pouco: reflexões sobre Direito Intertemporal e segurança jurídica no Direito Eleitoral. In: Direito eleitoral aspectos materiais e processuais. São Paulo: Migalhas, 2016.

ZAULI, Eduardo Meira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 102 | jan./jun. 2011.

Ana Luiza Backes e
Roberto Carlos Martins Pontes

“Supremas cortes desempenham três grandes papéis em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista. (...) O papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história”. (ministro Luiz Roberto Barroso)¹⁰

1. Introdução

Não é possível discutir as regras eleitorais e partidárias escritas na Constituição sem incorporar as interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que, em ação inovadora, vem ampliando sentidos e desdobrando princípios em novas normas legais.

Este processo evidentemente está inserido numa dinâmica mais ampla de fortalecimento do Poder Judiciário no Brasil, com diversos aspectos que têm sido teorizados em termos de judicialização, ativismo judicial, neoconstitucionalismo, juristocracia, entre outros. Nosso enfoque neste artigo será restrito, dirigido para

¹⁰ Barroso, Luis. Folha de São Paulo, dia 23/2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>

compreender especificamente os aspectos relacionados à seara político-eleitoral.

Queremos mostrar que:

- I. No exercício da jurisdição constitucional, o STF tem ampliado seu poder estruturador das normas partidárias e eleitorais – várias balizas importantes do sistema político foram definidas diretamente pelo STF (e TSE), desconsiderando amarras essenciais (como, p. ex., a doutrina e o texto das normas);
- II. Que as decisões nos casos mais importantes não se revelaram positivas, gerando insegurança jurídica, bem como consequências diversas e até opostas das desejadas.
- III. Inicialmente, vale destacar que essa seara tem características próprias, já que regula o próprio estabelecimento das regras do jogo democrático.

Um certo avanço de Poder do Judiciário sobre a definição das normas políticas eleitorais não parece ponto exclusivo do Brasil. Hirschl, por exemplo, conceitua um tipo de judicialização, a que se dá sobre a Mega-Política (ou Política “Pura”), consistente na transferência decisória de assuntos cuja natureza é claramente política, com vários exemplos internacionais¹¹. Essa classe se subdivide em outras subcategorias: a judicialização do processo eleitoral (financiamento de partidos políticos, de campanhas eleitorais, propaganda de partidos e candidatos); o exame das decisões do Poder Executivo no campo macroeconômico; segurança nacional; e demais questões ligadas à formação da identidade nacional.

Muitos analistas têm apontado para o risco presente neste processo. Vale recorrer à lição de Waldron¹²: “há sempre um prejuízo para a democracia quando uma visão sobre as condições da democracia é imposta por uma instituição não democrática, ainda que tal visão esteja correta e sua imposição venha a melhorar a democracia”¹³.

O caso brasileiro, contudo, se reveste de características especiais, que tornam o ativismo nesta área ainda mais preocupante.

¹¹ HIRSCHL, Ran. What is the Judicialization of Politics? In: The Oxford Handbook of Law and Politics. p.121.

¹² WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford University Press. 1999. p. 302.

¹³ “There is always a loss to democracy when a view about the conditions of democracy is imposed by a non-democratic institution, even when the view is correct and its imposition improves the democracy”.

2. O Modelo Brasileiro de Jurisdição Constitucional

Apresentaremos a seguir, de forma muito resumida, algumas características que, em nosso entender, fortalecem excepcionalmente o STF brasileiro. São aspectos necessários para compreender como se dá sua atuação com relação à Megapolítica.

2.1 Assimetria acentuada entre os poderes maior do que em outros países

Atendo-se à nossa realidade política, não há como deixar de reconhecer a existência de assimetrias entre os Poderes, tanto entre o Legislativo e o Judiciário quanto entre o Executivo e Legislativo¹⁴.

Consideramos essas assimetrias como desequilíbrios graves entre as atribuições constitucionais dos Poderes. Mais do que simples falhas da separação de funções, tais assimetrias podem comprometer a essência do mecanismo de equilíbrio – a contenção do poder pelo poder.

Em relação ao Judiciário, o desenho constitucional não oferece soluções contra excessos desse Poder. Não se está a questionar, nesse ponto, a opção do legislador constituinte por um modelo de *strong judicial review*, o qual prevê expressamente uma ampla lista de ações de inconstitucionalidade e de um igualmente amplo rol de legitimados para propô-las, assim como seus efeitos jurídicos. Ao contrário dos Estados Unidos, por exemplo, cuja Constituição não traz uma palavra sobre o *judicial review*, a Carta brasileira foi pródiga nesse tópico.

Por outro lado, é possível controverter um modelo de supremacia judicial autoatribuída, e que pode ser singelamente explicado com base na célebre frase do *Chief Justice* Charles Hughes: “a Constituição é o que o Supremo diz que ela é”¹⁵ e no trecho de *Marbury v. Madison* (1803): “é, sem dúvida, competência e dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei”¹⁶.

¹⁴ Em relação aos desequilíbrios existentes entre o Legislativo e o Executivo, embora não pertença ao escopo do presente trabalho, é evidente também a existência de graves assimetrias entre esses dois Poderes.

¹⁵ “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, (...)”

¹⁶ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.”

Uma visão moderna do *judicial review*, resumida por Kramer¹⁷ em brilhante releitura de Marshall em *Marbury v. Marbury*, afirma que: “não se disse que é um trabalho ‘apenas’ das Cortes dizer o sentido da Constituição; nem que é um trabalho ‘mais das Cortes do que de outros’ dizer o sentido da Constituição; mas foi dito que ‘as Cortes, também, podem dizer o sentido da Constituição.”¹⁸. Ou seja, para Kramer, é possível (e a Constituição americana deixaria espaço para tanto), ter o *judicial review* sem supremacia judicial. No contexto brasileiro, essa visão parece um tanto otimista.

Com o foco na relação entre o Legislativo e o Judiciário brasileiros, há assimetrias que podem caracterizar o nosso modelo como uma supremacia judicial. É exemplo de tal assimetria a possibilidade de suspensão indefinida da eficácia de leis, e até de emendas à Constituição, por meio de medidas cautelares deferidas monocraticamente.

A rigor, a suspensão da eficácia de leis e de emendas à Constituição por decisões cautelares monocráticas não decorre diretamente do desenho constitucional, mas de interpretações judiciais pouco ortodoxas que não estão sujeitas a qualquer tipo de reação institucionalizada. Afinal, o que se pode fazer em relação a uma emenda à Constituição suspensa indefinidamente por um ministro do Supremo?

Observe-se que não se insurge contra a possibilidade de o STF decidir cautelarmente, valendo-se do poder geral de cautela que é insito à atividade jurisdicional, mas contra a naturalidade com que, individualmente, se adotam tais medidas, e sem que haja prazo certo para que a Corte, colegiadamente, decida a questão (ainda que provisoriamente).

Um exemplo concreto é o caso da Emenda à Constituição nº 73, de 2013¹⁹, aprovada em dois turnos pelo Congresso Nacional e suspensa por decisão cautelar e monocrática que pende de manifestação colegiada há cerca de cinco anos. Tal cenário seria impensável nas Cortes Supremas de democracias maduras.

¹⁷ KRAMER, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, 2004. p.125.

¹⁸ “It did not say ‘it is the job of courts, alone, to say what Constitution means’. Nor did it say ‘it is the job of courts ‘more than others’ to say what the Constitution means’. What it Said was ‘courts, too, can say what the Constitution means’”

¹⁹ EC nº 73, de 6 de junho de 2013, cuja eficácia foi suspensa por decisão cautelar monocrática do Ministro Joaquim Barbosa em 17 de julho de 2013, no mesmo dia em que protocolada a Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sem uma manifestação do Plenário da Corte após cinco anos, aproximadamente.

Outra grave situação que também caracteriza desequilíbrio entre os Poderes é a possibilidade de um juiz da Suprema Corte (em decisão monocrática) suspender a tramitação de um projeto de lei no Congresso Nacional, sob o argumento de inconstitucionalidade (sem que haja na Constituição qualquer traço de controle jurisdicional prévio de projetos de lei). Decisões desse tipo interferem indevidamente no *timing* político da deliberação parlamentar. Concretamente, um ministro do STF suspendeu a tramitação de uma proposição²⁰ que veiculava matéria eleitoral e, portanto, sujeita ao princípio da anualidade. Embora a Corte, colegiadamente, tenha posteriormente revogado a medida cautelar, a suspensão (por breve período) teve como consequência o descumprimento do prazo mínimo da anterioridade. Esse cenário de desequilíbrio e de um quase ilimitado poder individual dos juízes de um órgão supremo também seria impensável em uma democracia madura.

Impende insistir que a assimetria apontada não decorre do exercício do poder geral de cautela de que dispõem os juízes, mas do fato de serem tomadas medidas monocráticas, em claro desacordo com o texto da lei²¹, e sem que a matéria seja deliberada pelo Plenário da Corte em prazo razoável.

Além da suspensão da eficácia de leis e emendas à Constituição por decisão cautelar monocrática, outros desequilíbrios podem ser mencionados: o pedido de vista com prazo indefinido (equiparado a um poder de veto à deliberação da Corte)²²; a edição de súmulas vinculantes em desapego ao procedimento estabelecido na Constituição e a edição de atos normativos infralegais que inovam o ordenamento jurídico, excedendo a competência regulamentar.

²⁰ O PLC nº 14/2013 teve sua tramitação suspensa no Senado Federal, por liminar deferida monocraticamente em Mandado de Segurança impetrado por senador da República.

²¹ Lei nº 9.868/1999 – Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

²² Para Conrado Hübner Mendes, “a síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, onze não decidem; quando um quer, decide sozinho por liminar e sujeita o Tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso e obstrução ativa no segundo”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>.

2.2 TSE e STF atuam conjugados, ampliando seu poder sobre as normas eleitorais e partidárias

A simbiose entre o STF e o TSE, destacada na excelente tese de doutorado de Vitor Marchetti²³, é, em parte, explicada pela particular composição dos dois órgãos. Por determinação constitucional, a composição do TSE contempla como ministros titulares três membros do STF (dois deles ocupando a presidência e a vice-presidência do órgão) e outros três como ministros substitutos. É a chamada “regra de interseção”, adotada pela Constituição.

O modelo de governança eleitoral brasileiro que atribui ao Judiciário tanto a solução judicial das lides eleitorais quanto a administração das eleições é deveras atípico, sem muitos paralelos numa perspectiva comparada. Esse peculiar modelo tem origem em 1932²⁴, no contexto do final da Revolução de 1930, vindo acompanhado de várias promessas, entre elas, o combate às fraudes eleitorais.

Além das funções jurisdicional e administrativa, a Justiça Eleitoral também exerce funções consultivas e normativas.

Importa ressaltar que o poder normativo ou regulamentar da Justiça Eleitoral não decorre da Constituição, mas das leis ordinárias eleitorais²⁵, que outorgam ao TSE a competência para editar atos normativos com vista à regulamentação das leis. Em tese, tais atos normativos têm caráter infralegal, devendo ser expedidas segundo a lei (*secundum legem*) ou para colmatar alguma lacuna, mas jamais para inovar o ordenamento jurídico ou ir de encontro ao texto legal (*contra legem*). Justamente pela presunção de não inovação da matéria eleitoral é que a lei autoriza o TSE a

²³ MARCHETTI, V. *Poder Judiciário e Competição Política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. Tese de doutorado em Ciências Sociais: Política. PUC-SP, São Paulo, 2008.

²⁴ A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, pelo Decreto nº 21.076, de fevereiro de 1932 – o primeiro Código Eleitoral do país.

²⁵ A Lei nº 9.504, de 1997, em seu art. 105, estabelece que “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”.

⁰ Código Eleitoral, logo em seu art. 1º, parágrafo primeiro, também autoriza a expedição de instruções: “Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”.

expedir resoluções até 5 de março do ano da eleição, sem que haja manifesta contradição com o princípio da anterioridade eleitoral (CF/88 art. 16).

Cumprido ressaltar que, ante os vários casos de excessos desse poder normativo da Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional, em 2009, decidiu tornar mais claros os limites e contornos das resoluções acrescentando ao art. 105 da Lei das Eleições que tal atividade normativa deverá sempre “atender ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei”.

Diante desse cenário, emergem as seguintes questões: o que fazer quando o Judiciário exerce o papel de legislador positivo, inova o ordenamento em matéria eleitoral e faz escolhas políticas? Quais os mecanismos de controle sobre eventuais excessos legiferantes do TSE?

Em tese, as resoluções do TSE dotadas de generalidade, abstratividade e impessoalidade, e com força de lei em sentido material, estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade objetivo exercido pelo STF. É aí que o modelo de governança eleitoral revela uma de suas principais características – a regra de interseção. Ou seja, três dos integrantes do STF terão participado da elaboração das normas reguladoras do processo político-eleitoral para, em seguida, sentados nas poltronas do Supremo, decidirem sobre a constitucionalidade dos atos que ajudaram a elaborar. Em princípio, quem fala por último não deveria falar antes.

Frente a este quadro, resta avaliar se as decisões têm contribuído para o aperfeiçoamento institucional, justificando assim na qualidade a concentração de poder apontada.

3. Análise de Decisões Concretas do STF sobre Temas Político-Partidários²⁶

Inicialmente, é interessante registrar que as decisões do STF sobre matéria eleitoral e partidária têm especificidades em relação ao que ocorre com as demais leis federais: as leis eleitorais têm sido suspensas ou invalidadas mais vezes que as leis federais,

²⁶ A análise dos casos concretos valeu-se fortemente da dissertação de mestrado de Roberto Carlos Pontes: “Diálogos institucionais: uma avaliação do equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário e da viabilidade político-jurídica de sua aplicação no Brasil”. IDP, Brasília, 2014.

como constatou Raphael Carvalho da Silva em sua análise das 62 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) impetradas sobre o tema entre 1988 e 2016:

Mais especificamente, o percentual de ADIs eleitorais julgadas procedentes pelo STF (24,9%) é 2,6 vezes superior ao observado no universo das ADIs federais (9,24%).²⁷

Os baixos números de decisões contramajoritárias (decisões contrariando o votado pela maioria do Congresso) têm sido usados por autores como Pogrebinski²⁸ como indicação de que não haveria ativismo judicial no Brasil.

Discordamos da tese, pois não parece que uma análise quantitativa apreenda a importância do papel que vem sendo desempenhado pelo STF, ainda mais no caso das leis partidárias e eleitorais. Não apenas por serem os indicadores neste caso bem mais altos, indicando maior tendência a contrariar as decisões do Congresso, mas principalmente porque o impacto das interferências do STF/TSE revela-se contundente na análise qualitativa. Várias decisões operaram mudanças cruciais na organização do sistema político. Escolhemos três casos nos quais o perfil ativista é muito claro e as decisões geraram efeitos negativos sobre o sistema partidário.

3.1 Verticalização de Coligações

Em 2002, a menos de sete meses da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral passou a exigir a observância obrigatória das coligações partidárias, partindo do maior nível de circunscrição para o menor. Valendo-se, com fins didáticos, de elementos da teoria dos conjuntos, a situação definida pelo TSE obrigava que as coligações partidárias estaduais estivessem contidas nas coligações nacionais.

A regulamentação das coligações vinha recebendo tratamentos diferentes a cada lei. Vejamos os textos sucessivos.

A Lei nº 8.713 /93 estipulara que:

²⁷ Silva, Raphael Carvalho da. "O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade de leis eleitorais. (1988-2016). Tese de Mestrado em Ciência Política. UnB. IPOL. 2017, p. 117.

²⁸ POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Art. 6º É facultado aos partidos políticos celebrar coligações para eleição majoritária, eleição proporcional ou ambas, desde que elas não sejam diferentes dentro da mesma circunscrição.

A Lei nº 9.100, de 1995, lei temporária válida apenas para as eleições municipais de 1996, por sua vez, estabelecia que:

Art. 6º Serão admitidas coligações se celebradas conjuntamente para as eleições majoritárias e proporcionais, e integradas pelos mesmos partidos, ou se celebradas apenas para as eleições majoritárias.

Já a norma de 1997 apresenta a seguinte redação:

Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

58 59

Observa-se que, para as eleições nacionais, as leis de 1993 e 1997 liberavam as coligações para presidente, ao exigir vinculação apenas dentro da mesma circunscrição. Mas, tanto nas eleições municipais como nas de 1994, as leis temporárias haviam exigido que, na circunscrição, a coligação majoritária fosse idêntica à proporcional. A regra de 1997 inovava ao flexibilizar esta parte, admitindo uma certa liberação para a eleição proporcional, já que seria possível “formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”. Assim, o legislador definiu claramente o âmbito das coligações, flexibilizando, na lei de 1997, a regra que havia valido nas duas eleições anteriores.

O TSE, contudo, em resposta à consulta formulada pelo PDT, acrescentou na Resolução²⁹ destinada ao tema um parágrafo com o seguinte teor:

Art. 4º

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente

²⁹ Resolução nº 20.993, de 26/2/2002.

ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Consulta nº 715, de 26.2.02).

Como observou Rabat, a norma inovava totalmente em relação à legislação:

Nenhuma referência existe na norma legal que justifique qualquer vinculação das coligações estabelecidas nos estados (uma circunscrição) à coligação estabelecida no país (outra circunscrição). Para que a discrepância se evidencie, basta a leitura do art. 86 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral): “Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município. Observe-se que a circunscrição em que ocorre a eleição presidencial é distinta daquelas em que têm lugar todas as outras eleições.”³⁰

O desiderato dessa Resolução, expresso pelos ministros durante o julgamento, era o de forçar maior coerência programática entre as coligações, evitando que os interesses eleitorais locais acabassem por preponderar sobre o ideário partidário.

Para atingir este objetivo, contudo, o Tribunal fez uma interpretação forte do “caráter nacional dos partidos”, derivando do princípio inscrito no art. 17 da Constituição³¹ a inconstitucionalidade da norma que liberava as coligações em circunscrições diferentes. A decisão foi polêmica no próprio TSE, onde vários juízes criticaram a interpretação arrojada. Rabat aponta pontos importantes a considerar:

O que importa acentuar – e acentuar repetidas vezes – é que a determinação constitucional de que se observe o caráter nacional como preceito para a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos pode, eventualmente, ser usada como subsídio para a interpretação das normas legais sobre coligações partidárias, mas não se pode, de maneira nenhuma, fazer com que dela decorram, diretamente, tais normas. Além de não possuir incidência suficientemente precisa para esclarecer um ponto tão específico, a determinação constitucional sequer se refere ao funcionamento e à atuação política dos partidos, mas a sua “criação,

³⁰ Rabat, Márcio. A vontade da lei contra a vontade do TSE. In: Cadernos Aslegis, v.6, n.16, p. 63-74, jan/abr 2002. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11194>; p. 69.

³¹ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; (...).

fusão, incorporação e extinção”. Suponho ser evidente que a Justiça Eleitoral não poderia, daquele preceito constitucional geral, fazer decorrer a exigência de “apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, ..., distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles” para o funcionamento parlamentar do partido, nas casas legislativas federais, estaduais, distrital e municipais. No entanto, como a Lei dos Partidos Políticos (art. 13) estipula essa exigência, e só por isso, o Poder Judiciário pode referendar as regras, que tem seu primeiro fundamento no inciso IV do art. 17 da Lei Maior. Exatamente o mesmo fenômeno se repete com as coligações partidárias. É da norma legal que devem constar as regras para sua formação – e não de uma cláusula geral da Constituição. Caso contrário, a Justiça Eleitoral poderia decidir, por iniciativa própria, que as coligações, em cada município, para eleições de prefeitos e vereadores, deveriam estar vinculadas por regras que as tornassem, em alguma medida, uniformes em todo o país. Qualquer tentativa nesse sentido constitui indisputável atentado contra o princípio da separação dos Poderes”.³²

Observe-se que, ademais, a regra introduzia modificação de peso no processo eleitoral de 2002, que já se encontrava em pleno andamento.

Não obstante tais questões, as regras da verticalização de coligações, como ficou conhecida a decisão, foram aplicadas às eleições de 2002.

O novo contexto ensejou a reação do legislador. Em 2006, o Congresso Nacional promulgou uma Emenda à Constituição – EC nº 52/2006, também há menos de um ano das eleições. A emenda alterou o § 1º do art. 17 da Constituição Federal para assegurar a mais ampla liberdade dos partidos políticos estabelecerem o regime de suas coligações. Diz o dispositivo:

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Ocorre que as novas regras de flexibilização das coligações não foram aplicadas às eleições de 2006, pois o STF, nesse caso, valeu-se do princípio da anterioridade eleitoral – art. 16 – e posteriormente, diferentemente do que fizera em relação à Resolução do

³² Rabat, *Op. cit.*, p. 69-70.

TSE, a eficácia da emenda Constitucional. As novas regras passaram a ter eficácia apenas a partir de 2010. Além disso, o STF reconheceu a “constitucionalização” da matéria relativa às coligações, antes tratada apenas por lei ordinária.

Na ADI 3.685/183, a ministra relatora Ellen Gracie assim se posicionou:

A inovação trazida pela EC 52/06 *conferiu status constitucional à matéria* até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal.

Como se pode constatar, o princípio da anterioridade eleitoral foi oponível ao legislador constituinte derivado, mas não foi à Resolução – supostamente de natureza regulamentar – do TSE. O equívoco que apontamos não reside na inaplicabilidade da EC nº 52/2006, mas na elaboração e aplicação da Resolução do TSE a menos de um ano da eleição de 2002.

Como o quorum exigido para alteração de matéria constitucional é elevado, evidentemente tornou-se bem mais difícil qualquer mudança em relação ao tema. A dificuldade e suas consequências serão tratadas no item 5.

3.2 A decisão sobre Fidelidade Partidária

A decisão da regra da fidelidade partidária é resultante de uma controversa construção jurisprudencial. A Constituição federal traz a expressão “fidelidade partidária” uma única vez – no § 1º do art. 17 – para determinar que os estatutos partidários devem “estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

O Supremo Tribunal Federal, em 2006, foi instado a decidir sobre uma questão formulada em termos de “risco para a democracia” – a ameaça à existência de uma oposição política. O risco apontado consistia na migração de membros dos partidos de oposição para agremiações que apoiavam o governo. A forma de “estancar essa hemorrhagia” era impondo a perda do mandato ao parlamentar que abandonasse o partido pelo qual se elegeu.

A dificuldade da solução do problema residia na ausência, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, de qualquer dispositivo que regulasse a matéria. Ao contrário, a Constituição

de 1988 deixara de reproduzir entre as hipóteses de perda de mandato – como no regime constitucional anterior – as hipóteses de infidelidade partidária.

O próprio Supremo já tinha precedentes³³ nessa área, no sentido de que a infidelidade partidária não ensejava perda de mandato, justamente por falta de previsão no art. 55 da Constituição. Em um deles (MS 23.405/GO), o relator – ministro Gilmar Mendes – afirmou: “embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente”.

Não obstante, pouco tempo depois, em 2007, pela via estreita do mandado de segurança, o Supremo concluiu que “a fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional”. Estava, pois, dada a solução: embora não houvesse qualquer dispositivo expresso, a fidelidade decorreria do sistema proporcional de listas abertas em vigor. Embora a decisão tenha, inexplicavelmente, estendido seus efeitos aos eleitos pelo sistema majoritário.

O STF então determinou ao TSE que elaborasse um ato normativo para estabelecer as regras e as exceções às mudanças de partido. Afora as hipóteses de justas causas – discriminação, perseguição e, estranhamente, filiação a um novo partido –, o parlamentar perderia o mandato, e o partido pelo qual tivera sido eleito poderia reivindicar a vaga.

O TSE elaborou a Resolução nº 22.610/2007, julgada constitucional pelo STF, que asseverou seu caráter “excepcional e transitório, [...] para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”.

Importante registrar a manifestação do deputado Miro Teixeira em diálogo com o ministro do STF Dias Toffoli, durante

³³ MS 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, 11/10/1989; e MS 23.405/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 22/3/2004.

audiência pública da Comissão Especial da Reforma Política, em 2011³⁴. Na ocasião, afirmou o parlamentar:

(...) A decisão do Supremo tomou por base uma estatística superada da Câmara dos Deputados de mudança de partido. **O dado utilizado para a argumentação é falso.**

Duzentos mudaram de partido? Isso acontecia quando a Câmara dos Deputados, em consulta ao Regimento Interno, mandava contar as bancadas, na véspera do prazo das eleições aqui, e havia Deputado que mudava de partido três vezes em um dia. No entanto, quando a Câmara corrigiu isso no Regimento, mudaram, no ano seguinte, 60 ou 80 Deputados. Com a continuidade, isso seria resolvido.

(...) **Então, foi uma decisão política do Supremo Tribunal Federal.** E, naquela época, o Presidente Lula estava muito próximo de atingir uma maioria de três quintos no Senado da República, com mudança de partido.

De fato, a Câmara dos Deputados havia aprovado várias mudanças legais e regimentais que desestimulavam as trocas partidárias. Mais adiante, no item 5, comentaremos as mudanças aprovadas pelo Congresso com este objetivo.

Reiteramos que a Resolução nº 22.610/2007 – que criava as novas regras de perda de mandato por desfiliação partidária sem justa causa e estabelecia o rito processual da ação judicial de reivindicação do mandato – teve sua constitucionalidade³⁵ desafiada no STF. Ainda que o ato normativo editado pelo TSE ostentasse força normativa própria de uma Emenda à Constituição, as ações de inconstitucionalidade não tiveram êxito. O Supremo a considerou constitucional.

3.3 A Decisão sobre Cláusula de Desempenho

Logo após a aprovação da Lei nº 9.096/1995, um conjunto de partidos desafiou no STF (ADIs 1351 e 1354)³⁶ a constitucionalidade das regras que restringiam para os partidos que não

³⁴ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/reforma-politica/documentos/controle-tramitacao-e-notas-taquigraficas/notas-taquigraficas/junho/nt26.05.11>.

³⁵ ADI 3999/DF e ADI 4086/DF.

³⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1351&processo=1351>.

alcançassem pelo menos 5% dos votos válidos na eleição para a Câmara dos Deputados o direito ao funcionamento parlamentar, o acesso aos recursos do Fundo Partidário (teriam direito ao recebimento de parcela igualitária correspondente à divisão de apenas 1% do Fundo) e ao horário gratuito no rádio e na televisão.

Em 2006, mais de dez anos após o ajuizamento da ação, e pouco antes de entrar em vigor, o STF julgou as ADIs e, à unanimidade, declarou a cláusula de desempenho inconstitucional. Entendeu a Corte que as regras violavam o princípio constitucional do pluripartidarismo e “asfixiava” os partidos pequenos.

Incluimos esta decisão não pelo seu perfil ativista, mas pela importância das suas consequências, que iam em sentido inverso das duas anteriores. Se as decisões sobre a verticalização e fidelidade iam no sentido de endurecer as regras sobre o sistema partidário, a decisão sobre a cláusula de desempenho fortaleceu os pequenos e os micropartidos, enfraquecendo o sistema. Os impactos serão analisados logo a seguir, no item 5.

Outros casos poderiam ser citados, em que o STF e o TSE foram além de suas competências constitucionais ou o mérito de suas decisões foi controverso: fixação de critérios a serem observados pelas Câmaras municipais na definição do número de vereadores³⁷, lei da ficha limpa³⁸, número de deputados³⁹, financiamento de campanhas⁴⁰. Preferimos centrar aqui naquelas cujos efeitos foram fortes sobre os partidos e o sistema partidário, pois é nosso interesse discutir não apenas se o modelo constitucional vem sendo observado ou não, mas as consequências que o perfil ativista vem acarretando.

Sintetizando as críticas, mostrou-se que as decisões judiciais examinadas:

- a) não se utilizaram de critérios rígidos, e expressos na Constituição, para a declaração de inconstitucionalidade de normas;
- b) criaram normas de caráter geral e abstrato, ainda que passíveis de superação pelo Congresso Nacional;
- c) trouxeram insegurança jurídica;

³⁷ STF – RE 197917 – Caso “Mira Estrela (SP)”.

³⁸ STF – ADC 29 e 30 e ADI 4578.

³⁹ TSE – Resolução 23.389/2013.

⁴⁰ ADI 4650.

d) levaram a um processo de reação do legislativo, num processo de confronto (decisões do tribunal x nova lei x nova decisão);

e) revelaram clara intenção de intervir e conformar as normas eleitorais e partidárias, garantindo para o STF o poder da última palavra.

No exercício de suas prerrogativas de jurisdição constitucional, o STF vem rompendo amarras importantes que se supõe deveriam balizar a atuação dos juízes, constituindo um poder de última palavra que desequilibra o desenho constitucional.

Em sua tese de doutorado⁴¹, já comentada, Marchetti analisou com profundidade as decisões do TSE e do STF nos casos da verticalização, do número de vereadores, da cláusula de desempenho, do fundo partidário e da fidelidade partidária, constatando também um aumento da intervenção do STF (e do TSE) nas regras sobre a competição eleitoral. No dizer do autor:

É a partir desse diagnóstico que podemos afirmar que está em curso no país uma reforma política que é conduzida e gerida fora das instâncias tradicionais de representação política. É uma espécie de reforma política sem políticos, ditada essencialmente pelos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral (Marchetti, 2013b).

Este movimento de empoderamento parece fazer parte de um processo mais amplo, que se manifesta em outras áreas. O tipo de atuação delineado nos exemplos anteriores não decorre do desenho institucional brasileiro, antes o tensiona e aponta para um quadro de disputa de poder, em que o Judiciário vem tendendo a se afastar da jurisprudência, da doutrina e do próprio texto da Carta Magna.

4. Justificações Apresentadas

No Brasil, intervenções ativistas têm sido vistas por alguns como “naturais”, até mesmo como necessárias. Alguns autores (e mesmo alguns de seus juízes) reconhecem este movimento

⁴¹ Marchetti, *Op. cit.* p. É surpreendente que, dada a importância do papel de criação institucional exercido pelos dois órgãos, ainda seja tão pouco analisada a sua visão de “reforma política”. A tese de Marchetti é um raro exemplo neste sentido.

afirmativo da Suprema Corte e o defendem. Algumas linhas de argumentação são muito comuns:

4.1 *Bypass* da Inércia

Um dos argumentos esgrimidos aponta a necessidade de uma postura mais ativa do STF quando existe inércia decisória – o ativismo surgiria como forma de contornar o processo político de votação no Legislativo, quando se entende que este está paralisado ou incapaz de produzir consenso.

Há tempos vem o ministro Barroso defendendo este ponto, reafirmado recentemente em artigo na *Folha de São Paulo*:

Cortes constitucionais, porém, desempenham também uma função representativa, quando atendem demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo pelo Legislativo. Na história recente do Brasil, proibição do nepotismo, fim do financiamento eleitoral por empresas e fidelidade partidária se inserem nessa categoria: foram decididas na omissão ou contra a vontade do Congresso, para acudir inequívocas reivindicações da sociedade, não acolhidas em razão de um deficit de representatividade.⁴²

66 67

Fernando Limongi, em resposta ao artigo, apontou a dificuldade de definir o que seriam reivindicações inequívocas:

O ministro, portanto, reivindica para si e para seus pares a capacidade de identificar “demandas sociais inequívocas”. As medidas citadas até podem ser classificadas como corretas e acertadas por inúmeros atores. Mas daí a convertê-las em “demandas inequívocas” vai uma distância enorme.

O papel que confere ao Supremo, como se vê, é enorme, quando não ilimitado. Com base em qual critério pode o Supremo (ou qualquer mortal) identificar quais são as verdadeiras demandas da sociedade? Sinto informar o ministro que este critério ainda não foi encontrado e que esta é a matéria por excelência da política. Discordamos e acreditamos em coisas distintas.

Falar em deficit de representatividade é recorrer a um eufemismo. Os intérpretes da lei, tempos atrás, falavam em sociedade

⁴² Barroso, Luis. *Folha de São Paulo*, dia 23/2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>.

hipossuficiente para reivindicar protagonismo. Em uma palavra, sai “nós, o povo” e entra “nós, o supremo”.⁴³.

Este é o impasse que o STF não pode resolver: por que deveríamos “nós, o povo”, abrir mão da representação popular como critério de decisão das matérias polêmicas em nossa sociedade?

Além disso, essa caracterização de omissão se torna inadequada nos casos em que o legislador já tenha efetuado sua opção. Julgamos ser esses claramente os casos das decisões relativas à fidelidade partidária, verticalização de coligações, como demonstrado anteriormente.

4.2. Defesa de Minorias

É outra linha de defesa muito comum, partindo do exemplo histórico de minorias étnicas, culturais, religiosas, raciais e outras, que, ao não conseguirem representação suficiente no Parlamento, ocasionalmente são protegidas pelas Cortes.

Na seara político-eleitoral, o uso que o STF fez deste argumento, ao acatar a inadmissibilidade da cláusula de barreira de 5%, foi altamente controverso, pensamos mesmo que impróprio. Os interesses de partidos pequenos ou minúsculos na nossa realidade institucional dificilmente podem ser compreendidos como a expressão de clivagens sociais, religiosas ou mesmo ideológicas, que necessitam de proteção especial. São antes interesses de pequenos grupos, que foram artificialmente inflados por recursos institucionais.

4.3. Diálogo Institucional

Não obstante ser comum encontrar referências à existência de um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, a experiência concreta examinada acima não se enquadra nos conceitos e perfis definidos pela teoria, tampouco representam um diálogo “de fato”.

Conrado Hübner Mendes por exemplo define diálogo como sendo “signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, que

⁴³ Limongi, Fernando, no *Valor Econômico*, dia 5/3/18. Disponível em: <http://gilvanmelo.blogspot.com.br/2018/03/fernando-limongi-interprete-supremo.html>.

denota uma relação horizontal, e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade.⁷⁴⁴

Tão importante quanto definir os pressupostos de um diálogo efetivo entre Poderes é identificar o que não configura um verdadeiro e substantivo diálogo institucional. A mera possibilidade de superação de decisões judiciais pela via do devido processo legislativo de Emendas à Constituição não constitui, a nosso ver, exemplo de efetivo diálogo institucional. Nesse caso, não se verifica o diálogo, mas mera reação de um Poder à decisão de outro Poder, em um ambiente, às vezes, adverso. As teorias dialógicas enfatizam que o Judiciário não possui o monopólio da interpretação constitucional. Em um ambiente favorável ao diálogo, em vez de exercitar seu poder de supremacia, o Judiciário deveria interagir.⁴⁵

O caso da EC 52/06, por exemplo, caracteriza-se como reação legislativa com o objetivo de fazer prevalecer a última palavra. O mesmo se deu no caso do “duelo” em torno da portabilidade.

Assim, entendemos que não há, sob o aspecto teórico, um diálogo institucionalizado entre os dois Poderes. Na verdade, como veremos, os embates são melhor compreendidos como disputa de poder.

E, por fim, uma quarta linha de justificação aplica-se muito especificamente aos casos que vimos analisando.

4.4 Decisões “Melhores”

É comum encontrar a argumentação de que as decisões judiciais seriam “técnicas”, “racionais”, não contaminadas pelos mecanismos demagógicos, fisiológicos ou mesmo corruptos da política. Neste caso, a partir dum diagnóstico negativo sobre a política e o poder legislativo, defende-se como legítimo um deslocamento do poder de definição das normas para os juízes. Não é apenas superar a inércia, como na argumentação anterior, trata-se de tomar decisões “melhores” que as dos políticos.

A luta pelo poder, inerente à lógica da política, parece ser compreendida como uma distorção dos princípios programáticos e

⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

⁴⁵ Para uma revisão das teorias sobre diálogos institucionais, ver a tese de Roberto Pontes, *Op. cit.*

ideológicos que deveriam servir de fundamento da ação. Percebe-se uma ausência da compreensão sobre as motivações dos atores políticos, substituída por uma visão normativa⁴⁶. Marchetti contrapõe dois princípios de decisão opostos: um baseado no civismo (república) e outro baseado no plebeísmo (democracia):

O conceito de “civismo” vem aqui inspirado pelo trabalho de Araújo (2002), que confronta esse princípio com o conceito de “plebeísmo”. O primeiro deve ser entendido como um ideal de excelência na participação política que carrega a exigência de uma excelência moral e ética para a defesa do interesse público. O segundo pressupõe a ampliação da participação política ao demos, o que geraria a necessidade de representação da vontade popular através da especialização e profissionalização da atividade política. Do “civismo” temos o princípio de uma cidadania que preza o bem público acima do interesse particular. Do “plebeísmo” temos a representação política que preza pela vontade majoritária. Colocar esses princípios em confronto é, na verdade, identificar os pontos de tensão entre os ideais republicanos e democráticos.

O autor, ao analisar os casos relativos à verticalização e fidelidade, conclui pela prevalência do civismo nas ambições das duas Cortes:

Nessa conclusão, argumentamos que as decisões do TSE e do STF estão marcadas pela precedência do “civismo” (valor republicano) sobre o “plebeísmo” (valor democrático).(…) Nas decisões analisadas pelo trabalho, houve em comum um diagnóstico negativo sobre o desenvolvimento do jogo competitivo e, em consequência, uma decisão imbuída de pretensões corretivas. A questão não era apenas formar um entendimento adequado sobre os termos das regras do jogo competitivo. Havia uma forte motivação para alterar as práticas na competição político-partidária e defender um suposto interesse público.⁴⁷

Limongi aponta para a clara pretensão de se colocar acima da política tradicional, oligárquica, atrasada, e empurrar a história:

⁴⁶ Talvez se possa, numa metáfora muito simplista, comparar a importância de entender as motivações dos atores políticos com a de entender as motivações dos agentes econômicos. Importância que se acentua quando existe a ambição de intervir em uma seara ou na outra – a ignorância sobre as motivações pode levar a retumbantes fracassos.

⁴⁷ Marchetti, 2008, *Op. cit.*

Na visão de Barroso, tudo se resume a um conflito entre iluministas e obscurantistas, ou para usar uma linguagem mais antiga, entre o moderno e o atraso. Nessa visão, o lado que representa o progresso está, por definição, sempre certo, pois conhece as verdadeiras demandas da sociedade e tudo que faz é empurrar a história devida. A oposição é o passado, representa os que amparados (ou explorando) tradicional deficit de representação, querem preservar o atraso. Não por acaso, ao se referir aos críticos do Supremo, o ministro Barroso evoca resistências oligárquicas. Infelizmente, o mundo não é tão simples. Concretamente, as intervenções recentes do Supremo sobre a ordem política desmentem tal visão.⁴⁸

Ao agir politicamente (invocando para si a formulação de questões próprias da política), o STF assume altos riscos – um dos quais o de beneficiar lados concretos na luta pelo poder. Valeria investigar o quanto essa posição se revela uma posição não contra a política em si, mas contra a política dos não “iluminados” (os setores políticos identificados como “representantes do atraso”).

Parece, entretanto, que não basta justificar as decisões pelo elevado espírito público, técnico ou de oportunidade que as move – é necessário avaliar se têm correspondido a suas pretensões e se são embasadas em correto diagnóstico sobre os problemas. De outra forma, o discurso pelo salto histórico não será mais que um discurso vazio, de justificação na luta pelo poder.

A análise dos casos concretos mostra que o resultado das intervenções na seara político-eleitoral está longe de corresponder às justificações apresentadas.

5. Consequências das decisões sobre o Jogo Político

Examinaremos aqui as consequências das decisões comentadas sobre o jogo político, defendendo que tiveram forte impacto sobre o sistema partidário, contribuindo para fragilizá-lo justamente num dos pontos que tem sido considerado um dos mais graves: a altíssima fragmentação da representação partidária.

O problema maior não é um elevado número de partidos com representação no parlamento, embora a Câmara dos Deputados brasileira se destaque também neste aspecto (28 conquistaram assentos em 2014). O ponto considerado crucial

⁴⁸ Limongi, *Op. cit.*

para a governabilidade é o grau de dispersão das cadeiras entre os partidos: se muitos deles têm número considerável de cadeiras, que os tornam jogadores importantes na arena parlamentar, dificulta-se a formação de maiorias. Essa dispersão é medida pelos especialistas, os quais apontam que o caso do Brasil é excepcional, temos a mais alta fragmentação já medida no mundo.⁴⁹

Para entendermos como chegamos a este quadro, é necessário um ponto de partida, o qual, apesar de quase óbvio, é muito frequentemente ignorado: qualquer avaliação sobre o nosso sistema partidário deve ser contextualizada historicamente.

O sistema atual é muito recente, surgiu da decomposição do regime bipartidário imposto e teve um natural momento de desorganização e proliferação de novas correntes. A sedimentação de um sistema partidário é um processo complexo, que depende de identificações que se estabelecem entre eleitores e partidos em eleições sucessivas, pela decantação de plataformas durante o exercício de cargos eletivos e pela formação de um sistema de posições em que as agremiações ocupam lugares próximos ou antagônicos. Certamente não é um processo cartorial de registro de programas que faz brotar um novo conjunto. Importa assim perceber que, na década de 1990, esse processo estava em seu início.

Além disso, no que tange ao quadro legal, era necessário adequar a legislação aos novos tempos. O Código Eleitoral é de 1965 e estava bastante ultrapassado com relação a pontos cruciais, como propaganda eleitoral, processamento eletrônico do alistamento e votação, fiscalização, entre outros (no que tange à organização da Justiça Eleitoral, contudo, ele continua em vigor). Após várias eleições disciplinadas por leis transitórias (as de 1985, 1986, 1989, 1990, 1992, 1994 e 1996), em 1997 foi finalmente votada a nova Lei das Eleições, a Lei 9.504/97, consolidando normas que se pretendia permanentes.

Outras normas foram votadas para conformar um padrão que estabilizasse a competição partidária. Foi aprovada a Lei dos Partidos, estabelecendo as novas regras para a criação de partidos e sua participação nas eleições. Entre 1985 e 1995 havia sido flexibilizada a legislação, permitindo a participação de partidos com registro provisório, o que se explica em grande parte pelo momento de transição entre as duras regras de criação que

⁴⁹ Informações sobre o cálculo do índice de fragmentação (o número efetivo de partidos); veja Nicolau, Jairo (2017). *Representantes de quem*. Rio de Janeiro, Zahar pg. 88 a 95.

vinham do tempo do bipartidarismo imposto e da vigência da Lei Orgânica dos Partidos de 1971. A partir de 1995, com as novas regras da Lei 9.096/95, houve um freio à criação de novos partidos, situação que mudará basicamente após as intervenções do STF, como veremos adiante. Além disto, a lei criou uma severa cláusula de barreira para a distribuição dos recursos públicos, a qual, contudo, só entraria em vigor na legislatura eleita em 2006.

A troca de partidos também foi tratada pela legislação – a Lei das Eleições colocou uma data limite para que as trocas fossem computadas para fins distributivos, a data da posse dos deputados federais. Em 2006 (um ano antes da decisão do STF), o Congresso Nacional alterou o dispositivo⁵⁰ para estabelecer como parâmetro de divisão do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a data da eleição, e não mais a data da posse. Os recursos distribuídos aos partidos na proporção do número de deputados passaram a ser aferidos pelo número que cada legenda elegeu, anulando o efeito de alterações posteriores. Além disso, foi aprovada a Resolução nº 34, de 2005⁵¹, anteriormente mencionada, de forma a desestimular as mudanças partidárias que tinham a intenção de obter vantagem na composição da Mesa e nas comissões permanentes. Pode-se dizer que se restringia assim um fator importante das trocas, que era o mercado entre partidos e candidatos, com a “compra” de parlamentares para aumentar os cofres de recursos públicos. As trocas diminuíram, mas ainda assim se mantiveram altas, tendo em vista dois outros tipos de

⁵⁰ Lei nº 9.504/1997 – Redação anterior do § 3º: Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a existente na data de início da legislatura que estiver em curso.

Redação atual do § 3º (dada pela Lei nº 11.300/2006): Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

⁵¹ Resolução da Câmara dos Deputados nº 34/2005: Art. 8º, § 4º As vagas de cada Partido ou Bloco Parlamentar na composição da Mesa serão definidas com base no número de candidatos eleitos pela respectiva agremiação, na conformidade do resultado final das eleições proclamado pela Justiça Eleitoral, desconsideradas as mudanças de filiação partidária posteriores a esse ato.

“Art. 25. O número de membros efetivos das Comissões Permanentes será fixado por ato da Mesa, ouvido o Colégio de Líderes, no início dos trabalhos de cada legislatura.

“Art. 26. A distribuição das vagas nas Comissões Permanentes entre os Partidos e Blocos Parlamentares será organizada pela Mesa logo após a fixação da respectiva composição numérica e mantida durante toda a legislatura. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/2005/resolucaodacamaradosdeputados-34-23-novembro-2005-539492-publicacaooriginal-38609-pl.html>

motivação, mais determinantes – mudanças para os partidos da base de governo e acomodações regionais.

O quadro legal poderia ter se estabilizado aí, por um período razoável. A partir de 2002, contudo, foram introduzidas mudanças na conformação do sistema eleitoral e partidário, efetuadas desta vez pela mão do Judiciário (TSE e STF).

Mudanças mais relevantes nas regras da competição eleitoral e partidária 1988-2017⁵²

Ano	O que foi introduzido	Observações
1985 a 1997 ¹	Uma lei eleitoral a cada eleição	Até as eleições de 1996, o Congresso elaborava uma lei para cada eleição, adaptando a legislação anterior e testando normas (p. ex. sobre amplitude das coligações e que partidos poderiam participar do pleito).
1995	Nova Lei dos Partidos políticos (prevendo cláusula de desempenho concentradora para 2007)	Substituição da Lei dos Partidos de 1971. Criação de novas regras para o Fundo Partidário, que passaria a ser fundamental para a manutenção dos partidos. Criação da cláusula de desempenho de 5% dos votos para a Câmara, que passaria a vigorar em 2007.
1997	Lei definitiva das eleições (definindo fim da portabilidade e formato das coligações)	A nova lei introduziu algumas mudanças: quociente eleitoral: votos em branco foram retirados do cálculo; portabilidade: a lei proibiu, determinando que as divisões de TV e Fundo entre os partidos seriam baseadas nos resultados da eleição; coligações: a lei adotou uma nova regra, distinta da que havia valido em 1994 e 1996. Esta regra se aplicará às eleições de 1998 e 2000
2002	Regra da verticalização	Decisão do TSE instituindo nova regra para coligações. Vigorou nas eleições de 2002 e 2006
2006	Superação da regra da verticalização	Resposta ao TSE: Emenda constitucional assegura total liberdade para os partidos realizarem coligações nos estados e nacionalmente
2006	Suspensão da cláusula de desempenho	O STF declarou inconstitucional artigo da Lei dos Partidos (1995) que criava a cláusula de desempenho de 5% dos votos.
2007	Proibição de troca de legenda	Decisão do TSE, depois confirmada pelo STF, que pune com perda de mandato a troca de legenda.

⁵² Tabela baseada em tabela de Jairo Nicolau, *Op. cit.*, p. 121-2, e por nós modificada.

Ano	O que foi introduzido	Observações
2012	Portabilidade	Decisão do STF: volta portabilidade (quem muda para novo partido leva os recursos – ADI 4430).
2013	Portabilidade	Resposta ao STF: Congresso proíbe portabilidade (a lei, contudo, não se aplica para 2014, devido à suspensão da tramitação do PL pelo STF).
2015	Portabilidade	Resposta ao STF: é proibida a portabilidade para novos partidos ² .
2015	Portabilidade	STF permite portabilidade para novos partidos por 30 dias a contar da promulgação da nova Lei (ADI 5105).
2015	Janela partidária	Resposta ao TSE: Emenda constitucional permitiu que, durante um mês de 2016, os políticos mudassem livremente de partido: além disso foi instituída por lei uma “janela permanente” para parlamentares ao fim do mandato ³ .
2017	Fim das coligações	Em 2017, foi aprovada emenda constitucional prevendo o fim das coligações nas eleições proporcionais, para valer, contudo, apenas a partir de 2020.
2017	Cláusula de desempenho para recursos públicos	Na mesma emenda, foi aprovada cláusula de desempenho progressiva, que chegará a 3% em 2030.

Como se vê, as principais mudanças entre 1997 e 2016 foram introduzidas pelo Judiciário.⁵³

Em 2017, foram votadas duas alterações pelo Congresso: mudança na forma de distribuição das cadeiras entre os partidos (permitindo que partidos que não alcançaram o quociente eleitoral participem da distribuição das sobras – Código Eleitoral, art. 109, § 2º) e a emenda constitucional que estabeleceu cláusula de desempenho para distribuição dos recursos públicos e o fim das coligações em 2020.⁵⁴ Estas normas, contudo, não serão objeto de análise, pois seus efeitos apenas serão testados a partir da próxima eleição, em outubro de 2018, e das subsequentes. Os impactos da decisão de 2015 sobre a inconstitucionalidade da doação de

⁵³ É verdade que têm sido votadas muitas leis alterando a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos, mas tratando de temas como propaganda eleitoral, prestação de contas, fiscalização, etc., e não das balizas do sistema eleitoral e partidário. Muitas dessas leis são feitas para responder a regulamentações da Justiça Eleitoral que contrariam interesses dos partidos ou que criam inovações sem claro amparo legal.

⁵⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm.

peças jurídicas também não parecem suficientemente examinadas, dado que só houve uma eleição posterior, a de 2016, municipal.

E quais foram os resultados desta crescente participação do Judiciário na definição das regras da competição política? Examinaremos a seguir caso a caso.

5.1 O Caso da Verticalização:

Um primeiro efeito a considerar foi a desestabilização sobre as regras definitivas apenas aprovadas, como lembrou Rabat:

Ao contrário do que por vezes se tem ouvido e lido, a decisão do TSE constituiu um retrocesso na reforma política. Afinal, uma das maiores conquistas, no âmbito da legislação eleitoral e partidária, fora justamente a consolidação de normas ao longo dos últimos pleitos, permitindo aos eleitores e partidos o conhecimento antecipado do contexto em que tomariam suas decisões: lei e jurisprudência pareciam sedimentadas. De repente, a poucos meses das eleições de 2002, descobre-se que aquela estabilidade, duramente alcançada, não mais existe, retornando o quadro de incertezas sobre as normas que regem as eleições no Brasil.⁵⁵

Como comentado, a disciplina das coligações havia sido votada, no art. 6º da Lei 9.504/97, e aplicada em duas eleições subsequentes, as de 1998 e 2000. O legislador fizera uma clara opção por liberar as coligações nas eleições presidenciais, anulada pela decisão do Tribunal.

Outro efeito complicador foi a transformação do tema coligações em matéria constitucional. Essa modalidade de coligações – ao contrário das naturais coligações em eleições majoritárias – denota verdadeira anomalia do sistema eleitoral, tendo em vista a aglomeração de partidos sem identidade programática que compartilham os mesmos quocientes partidários. O sistema eleitoral proporcional torna-se ainda mais complexo e de difícil compreensão pelo eleitor médio.

Com o status constitucional conferido pela EC nº 52, de 2006, as coligações partidárias ganharam proteção adicional, exatamente por essa nova condição. Antes reguladas por leis ordinárias, a partir de 2006, as alterações do regime de coligações passaram a demandar emenda à Constituição, para a qual a obtenção de consenso é tarefa assaz complexa.

⁵⁵ Rabat, *Op. cit.*, pg. 64.

A rigor, a forma de reação do legislador foi prejudicial ao sistema constitucional, haja vista ter “constitucionalizado” a matéria. Há que se reconhecer, no entanto, que não havia outra espécie normativa idônea para o caso, senão a emenda à Constituição.

O efeito colateral daninho diz respeito a esse “engessamento” proporcionado pela “constitucionalização” de matérias que, do ponto de vista material, não teriam envergadura para figurarem no texto constitucional.

O resultado desse processo foi a maior dificuldade de se modificar a situação. A emenda Constitucional aprovada em 2017 só o foi com a negociação de cláusula de vigência, postergando sua entrada em vigor para 2022.

Um terceiro problema advindo da decisão do TSE/STF foi a maior regionalização da disputa, ao contrário do esperado fortalecimento de partidos nacionais. Interessante artigo de Marchetti e Cortez analisa cuidadosamente esse aspecto.

Avaliando os efeitos na competição política dessa nova regra, porém, podemos afirmar que a esperada nacionalização cedeu lugar para uma maior regionalização dos partidos. A tendência dos partidos foi abandonar formalmente a disputa nacional, construindo nos estados plataformas informais para os candidatos à presidência. Entre a opção de ingressar em uma coligação para presidente restringindo as possibilidades de alianças e a opção de manter-se próximo de suas bases regionais não ingressando em uma coligação nacional, a maioria dos partidos escolheu a segunda opção. Dessa lógica surgiram nos estados diversas “coligações brancas”, que serviram apenas de palanques informais para os candidatos a presidente da República, que neles subiam conforme a conveniência e o desenrolar da disputa (CARVALHO, 2006). (...) O crescimento dos partidos que disputaram exclusivamente as eleições estaduais foi acompanhado pelo decréscimo dos partidos que disputaram, isoladamente ou em coligações, as eleições presidenciais. Esse é um indício bastante forte de que, quando os partidos foram colocados diante de duas opções, alianças nacionais ou estaduais, ficaram com a segunda. (...) Dessa forma, houve um aumento significativo do número de candidaturas no nível estadual, o que dificultou o quadro de estabilização dos sistemas partidários estaduais.⁵⁶

⁵⁶ Cortez, Rafael e Marchetti, Vitor. (2009) A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. Opin. Pública vol. 15 nº 2 Campinas Nov. 2009.

E mais, o aumento da regionalização repercute negativamente no Parlamento nacional, aumentando o número de partidos e a fragmentação:

Avançando nos resultados eleitorais, podemos afirmar que se manteve um alto índice de partidos com representação no parlamento – superior, aliás, ao período em que não havia a regra da verticalização – e que, além disso, cresceu o número efetivo de partidos. A manutenção dos elevados índices de fragmentação nas eleições legislativas mostra que não houve efeito significativo da verticalização no formato das disputas presidenciais. Esse resultado é semelhante a trabalhos que apontam para um processo de consolidação do sistema partidário brasileiro. Braga (2006) mostra como a estabilização do sistema partidário brasileiro está centrada nas disputas majoritárias. A elevada fragmentação está mais relacionada com o “federalismo partidário” brasileiro (NICOLAU, 1996). Se o raciocínio estiver correto, o aumento dessa fragmentação pode ser atribuído à maior regionalização das disputas partidárias, diferentemente do que os ministros idealizaram.⁵⁷

5.2 Consequências da Decisão Judicial sobre Fidelidade Partidária

Essa decisão, que tinha o nobre desiderato de proteção ao princípio democrático, trouxe diversos e graves efeitos colaterais para o sistema, típicos da não antecipação de situações concretas do mundo político. Os principais efeitos são:

a) Indefinição da ordem de suplência – se dos partidos ou se das coligações.

Pouco tempo depois de sua decisão, o Supremo já enfrentava uma batalha interna entre a segurança jurídica e coerência com seus precedentes.

Com a tese de que “os mandatos pertencem ao partido”, o STF foi questionado acerca da ordem de suplência de deputados federais. Se o titular deixasse o cargo, quem deveria assumi-lo: o próximo suplente filiado ao mesmo partido do titular licenciado ou o primeiro suplente da lista da coligação, ainda que de outro partido? O STF foi “forçado”, pelos fatos, a mitigar a tese do “mandato partidário”, haja vista que, em diversos casos, não existiam candidatos suplentes filiados ao mesmo partido do licenciado.

⁵⁷ Cortez e Marchetti, *Op. cit.*

Essa decisão foi apenas o primeiro recuo do Supremo em sua decisão sobre a fidelidade partidária. O uso retórico da expressão como “o mandato pertence ao partido” já não tinha suporte na realidade.

b) Salvo conduto para mudanças sucessivas de partidos.

As regras de fidelidade elaboradas pelo TSE protegem apenas o partido pelo qual foi eleito o mandatário. Se, por justa causa, esse mandatário se filiar a outro partido, é certo que manterá o mandato. Mas implícita estava uma “autorização” para mudanças futuras, com a preservação do mandato. Parece ter sido uma situação não antecipada pela norma⁵⁸.

Com a aprovação da Lei nº 13.165/15, em outubro de 2015, contudo, a troca para partido novo deixou de ser hipótese de justa causa.

Inaplicabilidade da regra de fidelidade partidária aos cargos eletivos do Poder Executivo.

Embora o STF tenha inicialmente decidido que as regras de fidelidade alcançavam os cargos do Poder Executivo, a decisão se mostrou, na prática, inviável, pois o regramento relativo à vacância desses cargos tinha status constitucional: se o titular perdesse o mandato, deveria assumir o vice. Diante desse quadro, em que o partido do titular (que sofreu a deserção) não tirava proveito da decisão judicial, a Justiça Eleitoral passou a arquivar as ações de reivindicação dos mandatos por falta de interesse jurídico.⁵⁹

Oito anos depois da decisão, o Supremo promoveu novo recuo. Ao julgar a ADI nº 5081⁶⁰, a Corte passou a entender que a perda de mandato por infidelidade partidária não mais se aplicava aos ocupantes de cargos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violar a soberania popular. Afirmou o relator – ministro Roberto Barroso –, em seu voto, seguido à unanimidade pelos demais integrantes:

⁵⁸ Um exemplo marcante aconteceu na atual legislatura: entre 18/11/15 e 16/12/15, transferiram-se 24 parlamentares para o recém-criado Partido da Mulher. Hoje, março de 2018, o partido não conta com nenhum integrante. Detalhe interessante é que 23 dos filiados eram homens.

⁵⁹ É esse o caso de uma chapa eleita para prefeito e vice-prefeito de um dado município. Havendo coligação, o titular seria do partido A e o vice do partido B. Caso o titular, eleito pelo partido A, mude de legenda após eleito, o partido A (que sofreu a deserção) não poderá requisitar o mandato, pois se declarada a perda do mandato do trãnsfuga, assumiria o cargo o vice-prefeito, do partido B. Por tal razão, os processos são arquivados por falta de interesse jurídico.

⁶⁰ ADI 5081, ajuizada pelo PGR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5081&processo=5081>.

Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições. Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores.

d) Proliferação de partidos como consequência da justa causa de “filiação a partido novo”.

Esse é um dos efeitos colaterais mais graves. Aparentemente, a Resolução nº 22.610/2007 não esperava a grande incidência da justa causa de migração para novos partidos. O efeito mediato dessa regra foi um estímulo à criação de novos partidos, que atraíam os parlamentares sem qualquer risco de perda do mandato. O PSD (Partido Social Democrático)⁶¹ surgiu, sem nunca ter participado de uma eleição, como a terceira maior bancada da Câmara dos Deputados, em 2011. Tal fato gerou outras perplexidades: como um partido que ostentava a terceira maior bancada⁶² da Câmara poderia não receber (na proporção do seu tamanho) recursos do Fundo Partidário e tempo de rádio/TV para a propaganda eleitoral? O STF acabou reinterpretando a legislação eleitoral (interpretação conforme) e inseriu o PSD no rateio em condições de igualdade com demais partidos que haviam disputado as eleições. O STF e o TSE, inadvertidamente, acabaram favorecendo um “mercado” de filiações partidárias com fins de obtenção de fatias de tempo no horário eleitoral.

O reflexo dessa decisão foi o imediato crescimento do número de legendas. Desde a edição da Lei dos Partidos Políticos, em 1995, até 2006, tinham sido criados doze partidos políticos. Apenas no período de dois anos, entre 2011 e 2013, sobretudo após a decisão da “portabilidade dos votos” dos parlamentares trânsfugas para as novas legendas, foram criados cinco partidos⁶³.

Registre-se que a criação de partidos não configura um problema em si – até porque amparada pelo princípio constitucional

⁶¹ O PSD foi o primeiro partido criado sob a égide da Resolução TSE nº 22.610/2007.

⁶² Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/204628-NOVO-PSD-JA-TEM-A-TERCEIRA-MAIOR-BANCADA-DAM-CAMARA.html>

⁶³ PSD, PPPL, PEN, PROS e SD.

da livre criação de partidos (CF/88, art. 17). O efeito colateral negativo do inusitado modelo criado pelo TSE e STF é a possibilidade de os partidos políticos já nascerem grandes, antes de disputarem qualquer eleição, inclusive com direito a recursos do Fundo Eleitoral e horário gratuito no rádio e TV. Foi o que decidiu o STF no julgamento da ADI 443064.

e) Alteração de regras de divisão de recursos do Fundo Partidário e de tempo de propaganda eleitoral no rádio/TV – A “portabilidade” dos votos.

Um dos efeitos mais daninhos da regra da fidelidade partidária talvez foi a reintrodução de um problema que já havia sido resolvido pelo sistema político. Referimo-nos à flexibilização do parâmetro “resultado das urnas” para definir a repartição dos recursos públicos aos partidos.

Aqui, se pode constatar mais uma contradição da tese de que “os mandatos pertencem aos partidos”, uma vez que a Corte passou a entender que os parlamentares que migrarem para novos partidos levariam consigo seu quantum de representatividade.

f) A “janela” partidária e a redução do prazo mínimo de filiação partidária.

Diante do risco que representava para seus mandatos, os legisladores passaram a cogitar de uma “janela” temporal (trinta dias) para que eventuais migrações, com vista à eleição seguinte, pudessem ser feitas sem riscos.

A dinâmica da política real conduziu a uma reação legislativa que foi levada a efeito de várias formas. Primeiro, foi criada uma “janela” de trinta dias para livre migração partidária, sem que as transferências produzissem efeitos na distribuição do fundo partidário e da propaganda gratuita. Essa “janela” única foi criada por uma Emenda à Constituição (EC nº 91/2016)⁶⁵, autorizando todos os detentores de mandato eletivo a mudar de partido sem prejuízo para o mandato.

Além dessa, foi introduzida na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995 – art. 22-A) uma outra “janela” permanente, mas que só abre no último ano de mandato (um prazo de trinta dias

⁶⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4430&processo=4430>.

⁶⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm.

anteriores à data limite de filiação partidária para a disputa eleitoral).

Nesse mesmo contexto de reação legislativa, foi também reduzido o prazo mínimo de filiação partidária de um ano para seis meses. Na hipótese de algum parlamentar mudar de partido no limite do novo prazo, dificilmente a ação de reivindicação de seu mandato será concluída antes do término do mandato, em especial pelo fato de ser um período em que a Justiça Eleitoral estará conduzindo (com máxima prioridade) o processo eleitoral. Dessa forma, ação se mostra pouco promissora (e talvez inócua).

De lege ferenda, uma das medidas importantes que uma próxima reforma eleitoral deveria adotar seria a revogação da “janela” e o retorno do parâmetro “resultado das urnas” para fins de repartição de recursos públicos aos partidos.

Ao final, parece ter restado pouco da tese de que “o mandato pertence ao partido”, embora os efeitos dessa indevida e errática interferência judicial no processo político ainda sejam sentidos, sobretudo a desorganização do quadro partidário e sua fragmentação.

5.3 A Inconstitucionalidade da Cláusula de Desempenho de 5% para acesso aos Recursos Públicos

Ao barrar a introdução de uma cláusula de desempenho alta para o acesso aos recursos públicos (a lei considerada inconstitucional excluiria do acesso ao horário e ao fundo partidário todos partidos que tivessem menos de 5% dos votos para a Câmara)⁶⁶, o STF impediu o efeito centralizador que a legislação certamente teria.

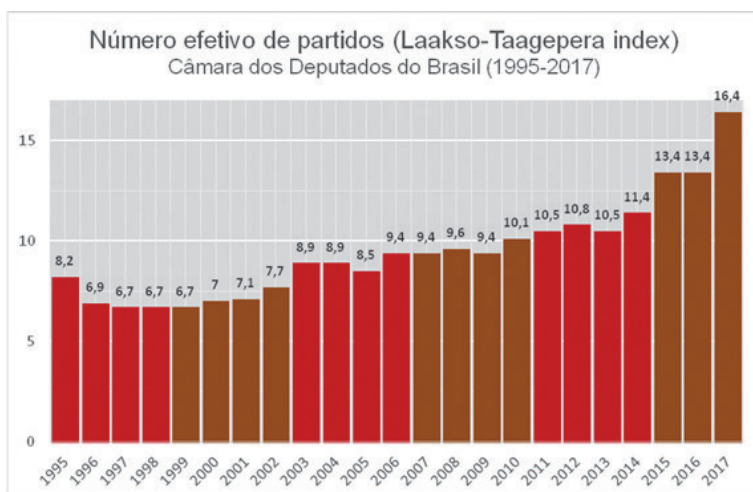
O resultado foi um sistema legal que favorece os partidos médios e pequenos, e penaliza os grandes, na direção contrária do apontado pela ciência política para os efeitos de legislações de distribuição de recursos públicos:

Há duas décadas surgiu na ciência política a tese sobre a cartelização do sistema partidário a partir dos recursos públicos. Nas democracias na Europa Ocidental, onde partidos recebem mais subsídios públicos, estes levariam a uma distorção da competição, afastando novos competidores e fortalecendo a posição dos partidos estabelecidos. O exemplo acima mostra que o

⁶⁶ Art. 13 da Lei 9.096/95, considerado inconstitucional pelo STF.

sistema de alocação de recursos do Fundo Partidário e do horário gratuito no Brasil tem o efeito contrário. Ele penaliza partidos grandes e cria incentivos para os pequenos. Um partido com 10% dos votos recebe menos dinheiro e tempo do que quatro partidos com 2,5% dos votos. O sistema de subsídios públicos a partidos em vigor no Brasil cria um teto para o crescimento dos maiores partidos. Quanto maior o partido, maior a penalidade. Diante das dificuldades de avançar na reforma sobre o financiamento privado seria interessante que os legisladores reavaliassem este **sistema de incentivos por eles criados**, que contribuiu para a fragmentação do sistema partidário brasileiro.⁶⁷

O sistema de incentivos, no entanto, foi apenas em parte criado pelos legisladores – justamente no ponto em questão, sua distribuição aos partidos, as decisões do STF fizeram diferença crucial. A vigência da cláusula duramente negociada em 1995, com duas legislaturas de transição, para entrada em vigor apenas em 2006, foi barrada pelo Supremo. As decisões permitindo portabilidade também tiveram claras consequências negativas neste sentido. Veja-se o gráfico do aumento da fragmentação, construído por Nicolau.⁶⁸



⁶⁷ In: Speck, Bruno. Fragmentação subsidiada. Valor Econômico, 4/2/2015; o ponto é discutido a fundo no artigo “Incentivos para a fragmentação e a nacionalização do sistema partidário a partir do horário eleitoral gratuito no Brasil. De Speck, Bruno e Campos, Mauro Macedo. In: revista Teoria e Pesquisa, 2014.

⁶⁸ Nicolau, *Op. cit.* pg 94, com o dado de 2017 incluído pelo autor em março de 2018 pelo Twitter.

É de notar que o índice aumenta consideravelmente de 2002 em diante. E varia dentro de uma mesma legislatura. Chama especialmente a atenção o aumento que ocorre após a decisão sobre portabilidade aos novos partidos:

Observe o impacto que a criação dos novos partidos teve sobre a legislatura que tomou posse em 2011. Nas eleições de 2010, apenas 42 deputados não pertenciam a uma das onze maiores legendas. No final da legislatura, esse número chegaria a 126. A criação de três partidos (PSD, Pros e SD) afetou a bancada de muitas legendas, em particular a do DEM, que perdeu trinta deputado⁶⁹

Em 2017, novas trocas elevaram o índice a um patamar nunca visto em outra democracia (N = 16, 4). Vemos assim que o alto índice de fragmentação partidária no Brasil pode ser associado em parte (ao menos o seu agravamento dos últimos quinze anos, em que mais que dobrou o índice de fragmentação do país) a decisões judiciais discutíveis. Neste quadro, a aprovação de uma nova regra concentradora vem sendo dificultada exatamente pela dispersão resultante, que se aprofunda a cada legislatura. Na tabela abaixo, indicamos a evolução da fragmentação de outro ângulo, somando a quantidade de cadeiras dos cinco maiores partidos de cada uma das seis últimas legislaturas, bem como os respectivos percentuais. Observe-se como a taxa cai praticamente a cada legislatura:

	1994		1998		2002		2006		2010		2014	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
1º	107	21%	105	20%	91	18%	89	17%	86	17%	68	13%
2º	89	17%	99	19%	84	16%	83	16%	78	15%	65	13%
3º	63	12%	83	16%	75	15%	65	13%	54	11%	54	11%
4º	51	10%	60	12%	70	14%	62	12%	44	9%	38	7%
5º	50	10%	59	12%	49	10%	40	8%	43	8%	36	7%
Soma	360	70%	406	79%	369	72%	339	66%	305	59%	261	51%

A exceção é a legislatura de 1998, onde o processo de migração ocorreu na direção do PSDB e do PFL, partidos da base do governo, e onde ocorreu a fusão do PPR e do PP, resultando no PPB. Parecia assim estar ali em movimento uma concentração partidária, detida em 2002.

⁶⁹ Nicolau, *Op. cit.*, pg. 88.

A condição de aprovação de novas regras distributivas foi se tornando cada vez mais difícil, num processo que se retroalimenta. Compreende-se que a aprovação da EC 97/17 só tenha sido possível por conter uma transição de 12 anos, passando a cláusula de desempenho de 1,5% para 3% entre 2018 e 2030. Resta ver se esta medida e o fim das coligações serão capazes de deter o avanço da fragmentação, já que o crescimento e a força obtida pelos partidos médios é que são o verdadeiro problema.⁷⁰

Sublinhe-se, ademais, o caráter contraditório das decisões do Tribunal. A decisão sobre a verticalização e sobre a fidelidade buscaram enrijecer o sistema partidário, fundamentadas no papel dos partidos políticos na Constituição – e as decisões sobre portabilidade logo a seguir abriram um rombo no sistema, invertendo a lógica inicial.

É no mínimo surpreendente que o mesmo Tribunal que vedou as trocas de partido com base no sistema proporcional, em que o voto do eleitor é dado e distribuído aos partidos, permita que os parlamentares que troquem levem seus votos para novos partidos, para efeitos de acesso a recursos. Também causa perplexidade que a Corte tenha decidido que os eleitos pelo sistema majoritário estariam sujeitos à perda do mandato por infidelidade partidária e oito anos depois ter chegado à conclusão de que tal entendimento violaria a soberania popular.

Os casos apontados demonstram, que quando intervém normativamente na seara político-eleitoral, o STF tem obtido resultados erráticos e muitas vezes opostos aos desejados. Posturas idealistas e distantes da realidade da política frequentemente têm sido por ela desmentidas e transfiguradas.

⁷⁰ Exemplo ilustrativo das dificuldades aconteceu por ocasião da votação do Fundo Eleitoral. A regra aprovada na Lei 13.488/17 (art. 16-C introduzido na Lei 9.504/17), prejudica os partidos maiores (nomeadamente PSDB, PMDB, PT), que têm candidatos majoritários. A proposta inicial previa que o montante do fundo distinguisse valores específicos para financiar campanhas de presidente e governador, já que o fundo é dimensionado para atender a todas as campanhas. No entanto, os partidos maiores não tinham maioria, e a proposta foi modificada no plenário da Câmara. Foi fixado montante único, distribuído entre os partidos, de forma que cada um decide se aplica nas majoritárias ou nas proporcionais. O resultado é que os partidos médios e pequenos terão assim proporcionalmente mais recursos para suas campanhas legislativas. Num quadro de escassez de recursos, este fator pode ser decisivo. Aliás, fenômeno parecido ocorre com o fundo partidário. <https://oglobo.globo.com/brasil/partidos-grandes-acusam-legendas-menores-de-fazer-leilao-por-deputados-com-uso-do-fundo-na-eleicao-22399029>

Procuraremos a seguir sugerir algumas razões que levaram a este tipo de atuação.

6. Fatores que levaram a uma postura mais ativista

Como já apontamos no início, o aumento do ativismo na seara político-partidária pode fazer parte de um movimento maior, que não discutiremos aqui. Mas não podemos deixar de indicar alguns elementos que nos parece importantes sejam considerados em posteriores análises sobre o tema.

Rodrigo de Oliveira Kaufmann aponta para a mudança de comportamento do STF, vendo nela uma atuação consciente de boa parte dos juristas e acadêmicos do Direito:

Meu ponto é que, a partir de 2002, o STF mudou, e foi essa mudança que resultou nesse rol de desvios e inconsistências procedimentais. Que mudança foi essa? O tribunal deixou de ser institucionalmente discreto, de ser politicamente humilde, deixou de ser juridicamente auto-limitador e assumiu, de maneira equivocada, as premissas sedutoras de um protagonismo político, na linha de um novo constitucionalismo proposto pela doutrina. O mais grave disso tudo é que essa mudança desastrosa foi querida e forçada pela grande parte de nossos juristas e acadêmicos que viam naquele tribunal austero, conservador, altivo e recatado, sinais de atraso e de subdesenvolvimento jurídico. Essas vozes queriam ativismo em matéria de direitos fundamentais, queriam “coragem” em matéria política, queriam ministros mais militantes e criadores. Queriam um tribunal mais “aberto à sociedade” — como se essa fosse a sua função. O discurso constitucional majoritário desses últimos anos ajudou a encorpar esse trágico caminho: por meio da pretensa interpretação de princípios, o STF foi empurrado — e aceitou! — reescrever a Constituição e a não mais respeitar os sacros limites da separação de Poderes, da autonomia da vontade e da livre iniciativa. Tudo se relativizou, e o tribunal passou a ser populista.⁷¹

Este novo papel não é explicável, contudo, apenas a partir da luta de ideias e princípios (algumas das quais apresentamos no item 4), é necessário buscar outras explicações. Juliano Zaidan Benvindo, por exemplo, defende que o discurso de reescrever a Constituição e se colocar acima dos outros poderes é um discurso pelo poder. O autor traz um exemplo para demonstrar o ponto

⁷¹ “Supremo Tribunal Federal deve buscar a invisibilidade política” In: OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL, 24 de fevereiro de 2018.

justamente dos casos analisados: a contraposição entre a decisão que sustou a tramitação do PLC 14/2013 (o PL que proibia a portabilidade) com a aprovação da admissibilidade⁷² da PEC 33/11 pela CCJC da Câmara dos Deputados. A proposta, heterodoxa, traçava um novo equilíbrio entre os poderes, exigindo confirmação do Congresso Nacional para determinadas decisões do STF que envolvessem inconstitucionalidade de PECs e efeito vinculante.⁷³

No mesmo dia da aprovação da admissibilidade da PEC, a tramitação do PL foi suspensa no Senado, em decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes já comentada, que pareceu em grande parte uma resposta ao Congresso⁷⁴.

O autor analisou detidamente este confronto, mostrando que os ministros do STF reagiram defendendo seu direito absoluto à última palavra, deslegitimando a ação do parlamento:

Como uma técnica argumentativa, dizer que o parlamento estaria “[rasgando] a Constituição” (Ministro Gilmar Mendes) ou que a proposta “[fragilizaria] a democracia brasileira” (Ministro Joaquim Barbosa), sobretudo quando se assume, de antemão, que “a última palavra cabe ao Judiciário” (Ministro Marco Aurélio), é estrategicamente eficiente como mecanismo de persuasão pública. Os termos, afinal, são bem escolhidos e estão intimamente relacionados a uma compreensão bastante difundida do que se poderia esperar de uma democracia constitucional, que estabelece, como condição, um Judiciário capaz de defendê-la contra possíveis riscos de um retrocesso autoritário. Reforça-se o papel

⁷² A admissibilidade de uma PEC significa, conforme as regras regimentais do processo legislativo especial de Emendas à Constituição da Câmara dos Deputados, uma mera autorização para prosseguir sua tramitação, por não ter sido verificada incompatibilidades com as limitações ao poder de reforma impostas ao legislador constituinte derivado.

⁷³ A PEC 33/11 inovava em três segmentos: a) na hipótese de uma Emenda à Constituição (e não lei ordinária) ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, por maioria qualificada (três quintos em ambas as Casas), poderia ratificar seu entendimento, abrindo um conflito com a Corte. Nesse caso, a decisão final caberia ao povo, mediante plebiscito; b) aumentava o quorum para aprovação de súmulas vinculantes dos atuais três quintos (oito ministros) para quatro quintos (nove ministros). O efeito vinculante somente seria atribuído à súmula após a manifestação do Congresso Nacional; c) vedação de sustação da eficácia de Emendas à Constituição por decisão cautelar monocrática de juízes do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁴ Em 24/4/2013, foi sustada a tramitação do PLC 14/2013 no Senado Federal, em aparente reação à aprovação da PEC nº 33/2013, recebida pelo STF como uma espécie de “*Court Packing Plan*”.

defensor, libertário do Judiciário e, por sua vez, o papel retaliativo, político, interessado do parlamento.⁷⁵

Para o autor, o discurso adotado foi um discurso de persuasão pública, eficiente na busca por se fortalecer.

Como e por que surge e se implanta um “projeto de poder” no Judiciário extrapola os limites do artigo. Entretanto, ainda que sem discutir quais os atores e os interesses envolvidos, não se pode esquecer que o ativismo se dá inserido em contextos políticos determinados, não depende apenas da atuação dos juízes ou da formação de uma juristocracia. Como sublinha Hirschl, não aconteceria ativismo judicial sem o apoio decisivo de outros atores na política, tácito ou expresso.

Neste contexto, o autor registra o papel da mídia em sua cobertura dos confrontos entre os poderes, ao contribuir para tornar mais legítima a ação do Judiciário, mesmo quando ativista, do que a do Legislativo. Continuando sua análise do confronto em torno do PL da portabilidade, Benvindo destaca a diferença de tratamento entre os dois casos, em que a cobertura da imprensa promoveu apenas um lado no debate. A discussão pela Câmara de uma PEC com novos parâmetros para o desenho constitucional da relação entre os dois poderes foi tratada como uma heresia, uma ameaça à democracia, recebendo grande destaque na imprensa:

Em ambas as situações, a questão era fortemente política, mas a repercussão dada à atuação do Parlamento no segundo caso foi especialmente destacada em comparação à dada à decisão antes tomada pelo Ministro Gilmar Mendes. (Saliente-se que a reação à decisão do Ministro Gilmar Mendes desenvolveu-se, especialmente, no âmbito acadêmico e de modo escasso, como se observou na passagem anteriormente transcrita de Virgílio Afonso da Silva.) Além do mais, as justificações apresentadas, especialmente no segundo caso, procuraram demonstrar o quão antidemocrática, o quão ofensiva à harmonia dos poderes era a proposta aprovada pela Câmara dos Deputados. Do mesmo modo, a imprensa e as falas dos Ministros do STF acima transcritas destacaram o inerente aspecto político da decisão parlamentar, agora qualificada de “retaliação”. Reforçou-se a preconcepção de que o espaço da política, próprio do parlamento, volta-se para os

⁷⁵ Benvindo, Juliano Zaiden. (2014) A “última palavra”, o poder e a história. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51, nº 201, jan/mar 2014.

interesses mais mesquinhos e pessoais. No caso, a associação imediata à noção de uma retaliação do parlamento à atuação crescente do STF em temas sensíveis, tal como a própria decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes aqui examinada, foi interpretada como um sinal típico de um agir antidemocrático e desastroso em relação às conquistas alcançadas desde a democratização.⁷⁶

A deslegitimação da política é uma estratégia a considerar como luta política por excelência, em certas circunstâncias – pode ter sido esta a direção da cobertura de parte da mídia, num contexto em que o Supremo representava uma arena melhor para certos interesses do que o Congresso ou o Executivo (os anos do governo Lula/Dilma por exemplo).

Não é de ignorar, por fim, que decisões tomadas tendo como base princípios gerais, como a “manutenção da oposição” ou a “coerência partidária”, não foram inócuas sobre o jogo concreto do poder. Foi apontado por analistas da época que, no caso da verticalização, a decisão ocorreu em momento que dificultou a formação da coalizão de governo para as eleições de 2002, com impacto maior para a candidatura de Lula; e no caso da fidelidade partidária, a decisão tinha o efeito prático de dificultar a formação da base do segundo governo Lula no Congresso, dentro dos parâmetros habituais do jogo político; no caso da sustação do PL da portabilidade, obteve-se o resultado prático de impedir que o projeto aprovado na Câmara tivesse efeito sobre as eleições de 2014, com claro benefício para partidos de oposição. Assim, não se pode excluir *a priori* que considerações práticas deste tipo tenham tido alguma influência sobre as decisões tomadas, embora seja um ponto por demonstrar.

7. Conclusão

Esperamos ter deixado claras as duas questões iniciais que nos propusemos.

Procuramos ao longo deste artigo mostrar o poder crescente do STF (conjugado ao TSE) sobre a formulação das regras político-partidárias, exercendo de fato uma função representativa.

Não se pretende questionar a função de jurisdição constitucional estabelecida na Constituição, elemento estabilizador para

⁷⁶ Zaiden, *Op. cit.* pg. 78.

determinados desacordos institucionais sobre direitos. Mas sim questionar o salto que foi dado para a posição de poder definidor das normas.

Não apenas nos parece que não é este o papel desenhado pela Constituição, como existe neste processo um inevitável risco para a democracia, quando decisões estruturantes para a definição do próprio embate político são concentradas em poucas mãos, esvaziando a soberania popular.

O segundo ponto é que sua atuação vem tendo consequências negativas sobre o desenvolvimento institucional. E, portanto, também do ponto de vista da análise prática, não se justifica esse aumento de poder: os resultados dessas ações, combinados com os riscos implícitos para a democracia, não justificam o estabelecimento de tamanha assimetria de poderes como a que analisamos. Os caminhos para a construção de instituições democráticas parecem ser bem mais complexos do que supõe uma parcela dos nossos juízes.

Somos uma democracia jovem, às voltas com importantes definições sobre nosso arranjo institucional. É necessário discutir quais são as balizas e limites do poder das Cortes, sob pena de um crescente desequilíbrio entre os poderes e de invasão de competências. A ausência de controle sobre o poder pode facilmente levar ao autoritarismo. Seria um outro tipo de “empurrão” histórico, para trás, que, infelizmente, não está fora do horizonte de possibilidades.

A inerteio legislatoris como fundamento da interpretação constitucional (ou a utilização do discurso parlamentar nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal)

Luiz Fernando Bandeira de Mello

1. Objeto e metodologia deste trabalho

Este trabalho, elaborado para coletânea especial do Senado Federal destinada a refletir sobre os 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, tem por foco a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do voto de seus ministros, da argumentação dos parlamentares durante a tramitação das proposições legislativas.

Pareceres, votos em separado, debates, pronunciamentos durante a discussão em comissões ou no Plenário, todas essas espécies de manifestações parlamentares estão amplamente disponíveis na rede mundial de computadores, no entanto, o que pretendemos demonstrar é que o recurso a esses importantes instrumentos de interpretação autêntica, da vontade do legislador, é algo ainda raro na Suprema Corte brasileira e que, mesmo quando utilizado, nem sempre é seguido, no mérito, pelos ministros.

Para os fins deste trabalho, e considerando suas dimensões, selecionamos sete importantes julgados

recentes do Supremo Tribunal Federal que, em algum momento dos debates naquela Suprema Corte, recorreu-se aos anais legislativos a fim de perquirir o que quis o legislador com determinado dispositivo.

Serão os seguintes os casos analisados:

- a) ADI 3934, em que se debateu a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), notadamente a sucessão dos débitos trabalhistas em caso de falência e de recuperação judicial;
- b) ADO 22, em que se debateu a inconstitucionalidade, por omissão, da regulamentação de bebidas com teor alcoólico inferior a 13 graus Gay-Lussac, na forma da Lei nº 9.294/96;
- c) ADPF 132, em que se debateu a união homoafetiva;
- d) ADPF 153, em que se debateu a anistia veiculada por meio da Lei nº 6.683/79;
- e) AP 470, no âmbito da ação penal que julgava o dito “mensalão”, especificamente em seu 26º agravo regimental, onde se discutiu o cabimento dos embargos infringentes quando houvesse quatro votos favoráveis à absolvição;
- f) ADI 5316, que discutiu a constitucionalidade de dispositivo da Emenda Constitucional nº 88/2015, particularmente no que presumia exigir nova sabatina para que o ministro de tribunal superior pudesse continuar no cargo após os setenta anos;
- g) ADCs 29 e 30, julgadas conjuntamente, em que se discutiu a constitucionalidade das novas espécies de inelegibilidades acrescidas à Lei Complementar 64 por meio da Lei Complementar 135, “Lei da Ficha Limpa”.

Ainda do ponto de vista metodológico, duas advertências precisam ser trazidas à baila: a primeira é que, por destinar-se este trabalho a identificar a presença do discurso parlamentar na jurisprudência do Supremo, para isso necessitando fazer diversas citações de trechos de votos, optou-se nitidamente por não fazer qualquer citação ou referência de cunho doutrinário ou acadêmico, para não sobrecarregar o texto. Por isso que a bibliografia deste trabalho resumir-se-á ao inteiro teor dos votos ora analisados, deixando para repassar a bibliografia sobre o tema (que não é farta, mas existe) para um futuro estudo.

A segunda advertência é que pontualmente mostraremos divergências com relação ao método de construção do discurso jurídico dos ministros da Corte Suprema. Isso se dá, no contexto deste trabalho, a uma sensível incoerência, verificável amiúde, entre a vontade do legislador e a aplicação da lei pelo intérprete,

afastando-se do que pretendeu o Parlamento. Mas isso não representa, necessariamente, uma discordância deste autor com relação à conclusão do voto do ministro citado.

Delimitado o escopo do trabalho, passa-se imediatamente ao seu desenvolvimento.

2. A Lei de Falências e a ADI 3934

O primeiro grande teste para a nova Lei de Falências ou Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) ocorreu por ocasião da recuperação judicial das empresas de transporte aéreo do Grupo Varig. Naquela ocasião, embora fosse consenso em grande parte do mercado que o Grupo Varig estava em situação falimentar, a decretação de falência não interessava aos credores, pois, com ela, perdia-se seu principal ativo: os *slots* ou espaços na grade de horários dos principais aeroportos do país.

Por isso, desejava-se aplicar aos ativos do Grupo Varig os dispositivos da nova lei que dispunham a respeito da recuperação judicial.

Ocorre que essa decisão conduziu a uma perplexidade: o legislador havia tratado diferentemente a preferência dos créditos na falência e na recuperação judicial, o que acabou levando a discussão, por vias transversas, ao Supremo Tribunal Federal.

Vejamos os dispositivos então discutidos. Na parte relativa à recuperação judicial, era o seguinte o disposto:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Já quando tratava de falência, surgia expressa exclusão da sucessão nos débitos trabalhistas:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Submeteu-se, pois, ao Supremo, a constitucionalidade desse tratamento e, mais especificamente, para o que interessa ao desenvolvimento do tema deste artigo, solicitou-se que fosse dada “interpretação conforme ao parágrafo único do art. 60 (...) de modo a que seja esclarecido que os adquirentes de unidades produtivas ou empresas, em processo de recuperação judicial, respondam pelas obrigações derivadas da legislação do trabalho”.

Em outras palavras, o autor da ADI pretendia assegurar que no caso da recuperação judicial quem arrematasse os ativos da empresa em dificuldades levaria consigo o ônus das dívidas trabalhistas, e que a ausência de menção a essas dívidas no parágrafo único do art. 60 seria um “silêncio eloquente”, quando comparado com a disposição expressa do inciso II do art. 141 da mesma Lei, que fazia clara referência a essas dívidas.

Esse foi um caso em que por diversas vezes foram citadas – e elogiadas – as discussões legislativas sobre a matéria. Particularmente o relator, ministro Ricardo Lewandowski, trouxe em seu voto diversos excertos do parecer do relator no Senado, senador Ramez Tebet, em que descrevia as audiências realizadas na Comissão e o objetivo maior do texto legal, que era tornar os ativos da empresa em dificuldade interessantes ao adquirente, sob pena de, em não sendo adquiridos, deixar que se deteriorassem os ativos e fossem fechados os postos de trabalho. E os ministros do Supremo acompanharam a *ratio* do Congresso Nacional e terminaram por julgar constitucionais os dispositivos.

No entanto, quanto à interpretação conforme pretendida no parágrafo único do art. 60, houve enorme silêncio quanto ao conteúdo dos debates legislativos por parte dos ministros, embora tenham sido levantados da tribuna pelo advogado do Sindicato Nacional dos Aeroviários, *amicus curiae* naquela lide, e pelo advogado-geral do Senado, cargo que naquela ocasião tive a honra de ocupar.

Os debates legislativos em questão diziam respeito a trechos dos pareceres dos relatores na Comissão de Assuntos Econômicos, senador Ramez Tebet, e na Comissão de Constituição e Justiça, senador Fernando Bezerra, em que ambos se manifestavam contrariamente a emendas que versavam sobre a sucessão trabalhista na recuperação judicial e na falência. Os relatores entendiam

claramente que tal exclusão deveria operar-se tão somente por ocasião da falência, mas que o adquirente dos ativos na recuperação judicial deveria assumir o passivo trabalhista:

Assim manifestou-se o senador Ramez Tebet na CAE:

O mesmo raciocínio é aplicável com maior razão à sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas do falido, pois são os trabalhadores os primeiros credores na ordem de recebimento do produto da realização dos ativos do falido. Viabilizando-se a venda e maximizando-se o valor obtido pela empresa pela exclusão da sucessão trabalhista, ganham os trabalhadores, que terão maiores chances de obter o pagamento integral de seus créditos. Mais ainda, a alienação da empresa como unidade produtiva não beneficia os trabalhadores somente em relação ao recebimento de seu crédito, mas também – e talvez principalmente – no que tange à preservação de seus empregos. Se não for possível a venda em bloco, os bens da massa serão vendidos em separado e, nesse caso, além de o agregado econômico se perder, nenhum dos empregados poderá ser mantido.

O PLC nº 71, de 2003, não prevê expressamente a exclusão da sucessão trabalhista na falência, omitindo-se ao afirmar, no art. 153, § 4º, simplesmente que a alienação “estará livre de qualquer ônus e não acarretará a sucessão do adquirente nas obrigações do devedor”. Entendemos necessário, para que a matéria fique absolutamente clara, mencionar expressamente que a venda da empresa em hasta pública não implica sucessão trabalhista e que os empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho.

(...)

Não concordamos com as modificações propostas pela Emenda nº 99, por entendermos estar baseada em uma visão equivocada dos objetivos e dos efeitos da exclusão da sucessão trabalhista na falência. O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender da empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos. Portanto, reiteramos o entendimento adotado neste na elaboração do Substitutivo, cuja redação julgamos importante manter.

Por sua vez, foi claríssima a manifestação do Senador Fernando Bezerra na CCJ:

A Emenda nº 6 modifica a redação do parágrafo único do art. 60 do Substitutivo, para estabelecer a não-responsabilização do arrematante pelo passivo trabalhista nas vendas judiciais de empresas no âmbito da recuperação judicial, ou seja, propõe o fim da sucessão trabalhista também na recuperação judicial.

(...)

A Emenda nº 6 deve ser rejeitada, pois a exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial pode dar margem a fraudes aos direitos dos trabalhadores e a comportamentos oportunistas por parte de empresários. Além disso, é preciso ressaltar que – diferentemente do crédito tributário, protegido ao menos pela exigência de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para a concessão da recuperação judicial – o crédito trabalhista fica desguarnecido caso a empresa seja vendida e o valor apurado seja dissipado pela administração da empresa em recuperação judicial, já que não há, na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destinação específica desses valores.

E novamente no parecer conjunto CAE-CCJ, no Plenário:

A Emenda nº 12, do Senador Arthur Virgílio, que constitui reitereção de emenda apresentada pelo Senador Rodolpho Tourinho à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, visa modificar o parágrafo único do art. 60 do substitutivo, para estabelecer a não-responsabilização do arrematante pelo passivo trabalhista nas vendas judiciais de empresas no âmbito da recuperação judicial, ou seja, propõe o fim da sucessão trabalhista também na recuperação judicial. Nosso parecer é pela rejeição da emenda, porque a exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial pode dar margem a fraudes aos direitos dos trabalhadores e a comportamentos oportunistas por parte de empresários. Além disso, é preciso ressaltar que – diferentemente do crédito tributário, protegido ao menos pela exigência de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para a concessão da recuperação judicial – o crédito trabalhista fica desguarnecido caso a empresa seja vendida e o valor apurado seja dissipado pela administração da empresa em recuperação judicial, já que não há, na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destinação específica desses valores.

Ou seja, a intenção do legislador estava clara – e consoante o pedido de interpretação conforme feito ao Supremo Tribunal Federal. Na recuperação judicial, justamente porque o negócio continua funcionando, haveria a assunção do passivo trabalhista; na falência, como o objetivo é arrecadar o maior valor possível pelos ativos, o comprador não responde pelos débitos trabalhistas,

que serão arcados pela massa falida a partir do valor auferido com essa venda dos ativos.

Porém, nesse caso, a vontade do legislador foi ignorada pelos ministros do Supremo e foi firmado o entendimento de que nem na recuperação judicial, nem na falência, existe sucessão nos débitos trabalhistas.

3. A ADO 22 e a Propaganda de Bebidas Alcoólicas

Caso diverso ocorreu com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 22, que discutia a ausência de regulamentação para bebidas alcoólicas de gradação inferior a 13 graus Gay Lussac (13º GL), o que atingiria, notadamente, o mercado publicitário das cervejas.

O fundamento da ação era o de que a Lei nº 9.294/96, em seu art. 1º, assim delimitou o que se entenderia, para seus fins, a expressão “bebida alcoólica”:

Art. 1º O uso e a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.

Naquele caso, a relatora, ministra Carmem Lúcia, trouxe à colação o parecer do relator na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, particularmente no trecho em que ele discutia, e rejeitava, emenda que pretendia excluir a limitação a 13º GL das restrições publicitárias.

Detalhe importante é que esse parecer da Comissão de Assuntos Sociais e depois, ainda, um outro parecer, da Comissão de Assuntos Econômicos, foram solicitados por deliberação do Plenário, após o primeiro relator haver manifestado o entendimento de que o parágrafo único do artigo 1º deveria ser suprimido, por não ver razões para o tratamento mais benéfico às chamadas “bebidas de iniciação”.

Fundamentalmente, esse foi o ponto central da discussão havida no âmbito do Senado Federal e a demonstração da profundidade do debate nessa seara foi essencialmente a argumentação

da ministra relatora, que citou as informações do Senado Federal basicamente na íntegra, a fim de demonstrar que não houve omissão, e sim decisão deliberada e consciente acerca do tema por parte do legislador.

Trago a lume as informações prestadas, naqueles autos, pelo Presidente do Senado Federal:

(...) o projeto ganhou substitutivo na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, ocupando a disposição em tela o parágrafo único do art. 1º, com idêntico teor ao art. 5º da proposição original.

Finalmente aprovado na Câmara, por meio das comissões, o projeto seguiu para o Senado Federal, onde a proposta foi autuada como Projeto de Lei da Câmara nº 114/1992 e apensada a outras propostas análogas.

Com base na aprovação de requerimento nº 196/93, o projeto foi submetido à deliberação do plenário, onde recebeu parecer de plenário, de relatoria de Sua Excelência o Senador CID SABÓIA DE CARVALHO, em substituição à Comissão de Assuntos Sociais.

Neste parecer, o relator enfrentou o mérito da questão, posicionando-se contrariamente a distinção entre bebidas alcoólicas fortes ou fracas. Argumentou, de modo central, que o favorecimento de bebidas “de iniciação”, cujo uso é mais frequente entre adolescentes.

(...)

Em virtude de aprovação de requerimento de tramitação conjunta, o processo voltou à Comissão de Assuntos Sociais, sem votação do parecer anteriormente apresentado pelo Relator em Plenário, Senador CID SABÓIA, em substituição ao Senador AMIR LANDO.

Na Comissão, o projeto recebeu o Parecer nº 332, de 1995, de autoria do Senador GILVAM BORGES. Aqui, o anterior substitutivo foi convertido em proposta de emenda nº 1, analisada no parecer nos seguintes termos:

Trata-se de substitutivo integral que, sem dúvida, enriquece a discussão da matéria, mas altera integralmente o texto original do PLC 114/92, modificando substancialmente regras já estabelecidas e aceitas por toda a sociedade como o Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Além de desprezar três anos de discussão da matéria com entidades da sociedade civil.

Pela rejeição.

(...) a motivação para a rejeição da emenda citada, que previa a aplicação das restrições a todas as bebidas alcoólicas, consta

do Parecer do Senador Gilvam Borges, aprovado pelo Plenário da CAS, e diz respeito a dois fundamentos: primeiro, porque a emenda modificava as regras estabelecidas e amplamente aceitas pela sociedade civil no CONAR (Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária); segundo, por alegadamente desprezar os debates havidos, até então, com as entidades da sociedade civil. Veja-se, portanto, que o Senado Federal debateu efetivamente a questão, entendendo adequada a restrição da publicidade, por meio de Lei, apenas para as bebidas alcoólicas com titulação superior a 13º G GayLussac.

E mais: houve expressa manifestação do Poder Legislativo, no caso, no sentido da suficiência dos padrões já utilizados quanto às limitações de publicidade de cervejas e vinhos, notadamente em virtude da autorregulamentação publicitária realizada pela sociedade civil por meio do CONAR.

Aqui, vem à baila um instituto de importância enorme no direito e na filosofia: o princípio da subsidiariedade. (...)

Certamente o legislador não está obrigado a atuar sempre e em qualquer caso, mas apenas no patamar necessário – e segundo uma orientação própria, de conveniência legislativa – para se buscar a realização plena da vontade da Constituição.

Assim, a decisão de não legislar pode ser, como parece o caso presente, uma decisão legítima, desde que o bem jurídico continue amparado.

Com efeito, em vista do citado princípio da subsidiariedade, pode o Poder Público deixar de cuidar de assuntos que já tenham gestão satisfatória no âmbito da sociedade civil.

O Congresso Nacional entendeu, no momento da elaboração da lei pertinente, que a publicidade de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13º já estava bastante limitada pelos controles sociais pertinentes; parece que tal entendimento, de fato, é razoável, pois obedece ao princípio da subsidiariedade que é uma decorrência da dignidade humana e da liberdade, ambos preceitos elevados ao mais alto patamar de proteção constitucional na ordem jurídica pátria.

Na sequência, assim se expressa a relatora, Ministra Carmem Lúcia:

14. A constatação de ter sido a matéria amplamente debatida durante sete anos nos quais o Projeto de Lei nº 4.556/1989 tramitou nas Casas do Congresso Nacional é também demonstrada pela aprovação, pelo Poder Legislativo, do Decreto nº 2.018/1996 (regulamentador da Lei nº 9.294/1996), seguida pela instituição da Política Nacional sobre o Alcool, pela qual se dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e respectiva associação com a violência e criminalidade, aprovada pelo Decreto nº 6.117/2007 e complementada pela regulamentação e fiscalização implementadas pelo CONAR.

(...)

17. Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho social trazidos pelo Autor, relativos à saúde pública e à proteção da família, a análise dos dados constantes da norma vigente e mesmo do elemento histórico (não o melhor critério de interpretação, mas de se aproveitar como fator demonstrativo da ação legislativa, a deitar por terra a afirmativa de omissão do legislador), comprovam que a questão novamente trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal está afeta ao Poder Legislativo, no qual foi cuidada segundo a Constituição determina e concluiu ele no exercício legítimo de suas competências.

18. A irrisignação do Autor quanto ao critério fixado no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294/1996 não é suficiente para evidenciar a alegada omissão inconstitucional.

Está demonstrado nos autos ter sido a matéria relativa à propaganda de bebidas alcoólicas objeto de amplos debates em ambas as Casas do Poder Legislativo brasileiro, que, no exercício de sua função legislativa, nos sete anos durante os quais tramitou o Projeto de Lei nº 4.556/1989, observou as normas do devido processo legislativo e, de forma legítima, aprovou a lei formal exigida pelo art. 220, § 4º, da Constituição da República: Lei nº 9.294/1996.

Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.

O voto da relatora foi acompanhado à unanimidade e a ADO foi rejeitada. Vê-se, pois, que neste caso específico o Supremo utilizou-se dos debates do processo legislativo para decidir querela em sede de controle concentrado de constitucionalidade por omissão.

4. A ADPF 132 e a União Homoafetiva

Na ADPF 132, relatada pelo ministro Ayres Britto, discutia-se a possibilidade de estender-se aos casais homoafetivos a mesma proteção constitucional conferida aos casais compostos por um homem e uma mulher, heteroafetivos portanto, a quem a Constituição expressamente assegurou que deveria ter sua conversão em casamento facilitada.

O julgamento quase inteiro transcorreu sem que em momento algum os ministros cogitassem em compulsar os autos do

processo legislativo na Assembleia Nacional Constituinte. É somente o ministro Ricardo Lewandowski que aproveita o momento de seu voto para ilustrar seu pronunciamento com o seguinte trecho da discussão parlamentar:

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos ‘gayses’ do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no ‘Showástico’, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § 3º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exª. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: – Isso é *coação moral irresistível*.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): – Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: – A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): – Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): – Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. *(Pausa)*.
Aprovada *(Palmas)*.”

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Ou seja, o ministro reconhece que a opção legislativa fora em determinado sentido. No entanto, na sequência, faz malabarismo retórico para votar em sentido diametralmente oposto ao que desejou o Poder Constituinte originário, traçando distinção não albergada nem na lei nem na Constituição:

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada – denominam de “relação homoafetiva”?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, *ex facto oritur jus*.

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

(...)

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Esse sofisticado método de discurso jurídico vem sendo cada vez mais usado no Supremo, como será visto neste trabalho, a fim de tentar construir um raciocínio de que, embora se tente respeitar a vontade do legislador, se julga em contrariedade à expressa dicção das palavras da norma posta e também dos debates no seio do Parlamento.

Observe-se que não se está a utilizar o discurso parlamentar para demonstrar que o legislador (ou o constituinte) quis dizer uma coisa e acabou redigindo outra, isso nos parece que do ponto de vista da Ciência Política (mais até que do Direito pura e simplesmente) seria legítimo e até desejável. No caso concreto *sub examinem*, o discurso parlamentar é usado, no entanto, para

afirmar que o autor da norma quis dizer uma determinada coisa, a redigiu com eficiência, mas, na aplicação, o intérprete decide distinguir aquilo que o legislador não distinguiu e criar uma outra classe jurídica, a fim de acomodar na norma uma realidade fática que, a rigor, seria *contra legem*.

Reconheça-se ao ministro, no entanto, o esforço intelectual de ter ido buscar nos debates da Constituinte a origem da dicção do art. 226 da Carta Magna, elemento que os demais votos nem sequer tangenciam.

Nesse sentido, observa-se, novamente, que os demais ministros no julgamento desta ADPF esmeraram-se em citar largamente votos de outros ministros e opiniões de juristas de relevo, por páginas e páginas, mas sem dedicar um único parágrafo sequer aos debates parlamentares que deram origem à norma atacada na ação. Não seria isso o descumprimento de um preceito fundamental?

5. A ADPF 154 e a Anistia

A Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, intentada pela Ordem dos Advogados do Brasil e relatada pelo Ministro Eros Grau, remexeu em baú trancado a muitas chaves e que representou um acordo essencial para o retorno à democracia e para o próprio processo constituinte de 1987-1988: a anistia mútua para os delitos praticados durante o período de exceção vivido no Brasil a partir da década de 1960.

A norma diretamente atacada era a Lei nº 6.683/1979, que em seu art. 1º tem a seguinte redação:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Aquele foi um dos mais memoráveis julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente em razão do voto do seu relator, que demonstrou uma consciência histórica e política invejável, trazendo aos autos o contexto em que se deu a aprovação daquela Lei de Anistia, posteriormente chancelada pela Emenda Constitucional nº 26, de 1985, que ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte reprisou os termos da anistia da Lei 6.683/79, dela excluindo, porém, a limitação imposta pelo regime militar que se configurou no § 2º do art. 1º daquela Lei.

O julgamento inteiro foi perpassado por referências históricas ao “grande pacto” nacional, duramente conquistado pelos seus atores, que, para isso, tiveram que aceitar que a anistia se aplicasse também aos agentes do regime de plantão, sem que, para isso, a lei pudesse fazer referência expressa à existência desses crimes, uma vez que, se o fizesse, na prática estaria reconhecendo sua existência.

Por duas vezes, no voto do relator e no da ministra Ellen Gracie, citou-se passagem do depoimento de Dalmo de Abreu Dallari:

Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência.

Na mesma linha, o ministro Celso de Mello citou pronunciamento da tribuna do Senado de Paulo Brossard, notório opositor do regime:

A toda evidência, o projeto do governo era mais amplo que o da oposição num ponto: no de incluir os crimes conexos (...) valendo-se de uma forma ilimitada (...) ao insistir na anistia também para os ‘excessos cometidos pelos órgãos de segurança’. Só que a fórmula tinha de ser difusa e elástica de modo a evitar o questionamento da original “conexão”.

(...)

De qualquer sorte, quando o ministro da Aeronáutica fala em “caráter bilateral da anistia” ou quando o General invoca a anistia para os “excessos cometidos pelos órgãos de segurança” está estampado o caráter criminoso desses excessos, está explícita sua configuração de crimes; não fora assim e descaberia anistiá-los; anistiam-se crimes.

(...)

Estejam tranquilos os torturadores. O “caráter bilateral” da anistia os beneficiou: eles estão a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. (...)

Sirva o episódio, pelo menos, para a todos ensinar como é estéril a violência, em especial quando empregada como ação política, e em todos instilar horror à tortura, em particular quando erigida em ação de governo.

Também foi naquela ocasião multiplamente citado o parecer do então Conselheiro Federal da OAB, Sepúlveda Pertence, que funcionou, durante a tramitação do projeto, como assessor informal do presidente da comissão especial responsável pelo projeto da anistia, Teotônio Vilela. Assim pronunciou-se aquele que anos depois viria a integrar o Supremo Tribunal Federal:

Fui no entanto, modesto participe e testemunha privilegiada da luta pela anistia.

Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia – reivindicação pioneira da Ordem – afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares.

No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos “porões do regime” – como então se dizia – pelos agentes civis e militares da repressão.

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

A circunstância me transformou em assessor informal, na companhia de Raphael de Almeida Magalhães, do ícone da campanha da anistia, o indomável Senador Teotônio Vilela. Teotônio foi um tipo singular daqueles tempos, que a incurável amnésia histórica dos Brasileiros começa a esquecer.

Acompanhei, por isso, cada passo da tramitação legislativa do projeto, pois Teotônio presidiu a comissão especial que o discutiu.

É expressivo recordar que, no curso de todo processo legislativo – que constituiu um marco incomum de intenso debate parlamentar sobre um projeto dos governos militares –, nenhuma voz se tenha levantado para pôr em dúvida a interpretação de que o art.1º, § 1º, se aprovado, como foi, implicava a anistia da tortura praticada e dos assassinios perpetrados por servidores públicos, sobre o manto da imunidade de fato do regime de arbítrio. O que houve foram propostas de emenda – não muitas, porque de antemão condenado à derrota sumária – para excluir da anistia os torturadores e os assassinos da repressão desenfreada.

É que – na linha do parecer que redigira, e que a Ordem, sem discrepância, aprovava –, também no Congresso Nacional, a batalha efetivamente se concentrou na ampliação da anistia, de modo a retirar do projeto governamental, a execrável regra de exclusão dos já condenados por ações violentas de oposição à ditadura. Exclusão tão mais odiosa na medida em que – contrariando o caráter objetivo do conceito de anistia – discriminava entre agentes do mesmo fato, conforme já estivessem ou não condenados.

A orientação de Teotônio – que Raphael e eu municávamos – foi espargir emendas para todos os gostos, até identificar uma, de aprovação viável. A eleita – pelo conteúdo e pela respeitabilidade do subscritor, o Deputado Djalma Marinho – uma ex-udenista que continuou fiel ao discurso libertário da UDN: nela além de suprimir a odiosa regra de exclusão do §2º, ampliava-se o raio de compreensão do § 1º, de modo a tornar indiscutível que a anistia – malgrado beneficiasse os torturadores também alcançaria que a linguagem oficial rotulava de “terroristas”, já condenados ou não.

A Emenda Djalma Marinho – sustentada pelo discurso candente de Teotônio – contra toda força ainda esmagadora do governo autoritário –, dividiu literalmente a Câmara dos Deputados: foi rejeitada por 206 contra 202 votos!

Nesse julgamento, apesar dos votos divergentes dos ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, fez-se justiça à vontade do legislador e ao “grande pacto nacional”, na expressão usada por diversos ministros e entendeu-se que a Lei nº 6.693/79 não somente exaurira seus efeitos no ato de sua promulgação, como também integrou o próprio complexo normativo da Carta Constitucional de 1988, posto que a Emenda Constitucional nº 26, que convocou a Constituinte de 87, fez expressa menção àquela anistia. Em outras palavras, a anistia de 79, no entendimento do Supremo

Tribunal Federal, foi pre condição, parâmetro inicial para a redação da Carta que hoje completa 30 anos.

6. O 26º agravo regimental na AP 470 e o cabimento dos embargos infringentes

A Ação Penal 470 foi o gigantesco processo relatado pelo ministro Joaquim Barbosa e que ficou celebrizado como “processo do mensalão”, levando à cadeia diversos próceres do governo Federal do momento. Ao longo das incontáveis sessões nas quais o Supremo debruçou-se sobre o tema, em uma delas, em particular, discutiu-se com mais profundidade as consequências do processo legislativo e da *não aprovação* de uma determinada proposição legislativa.

O tema de fundo era saber se, nas ações originárias, como era a AP 470 por ter entre os réus alguns com foro por prerrogativa de função, caberiam embargos infringentes, conforme previsto no art. 333, inciso I, do Regimento Interno do STF, contra decisão não unânime que julgasse procedente ação penal.

O argumento do relator, contrário ao cabimento dos infringentes, era que a Lei nº 8.038/90, que regulou o processo nos tribunais superiores, foi silente quanto ao cabimento dessa modalidade de embargos, particularmente nas ações originárias desses tribunais, o que teria, na sua visão, revogado tacitamente o dispositivo regimental.

Nesse ponto, interessantíssimo notar o posicionamento do Ministro Celso de Mello que, emprestando valor jurídico à *rejeição* de um projeto de lei, entendeu que tais embargos não haviam sido extintos. Cito (grifos no original):

Não foi por outra razão que o *então* Presidente Fernando Henrique Cardoso, **acolhendo** Exposição de Motivos **subscrita** pelo Ministro da Justiça Iris Rezende e pelo Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República Clovis Carvalho, **encaminhou, pela Mensagem nº 43/98, projeto de lei** ao Congresso Nacional, **propondo alterações legislativas** no Código de Processo Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho e na **Lei nº 8.038/90**.

Uma das propostas veiculadas em referido projeto de lei (que tomou o nº 4.070/98 na Câmara dos Deputados) consistia na pretendida abolição, *pura e simples*, dos embargos infringentes em

todas as hipóteses previstas no art. 333 do RISTF, **como decorria** do art. 7º de mencionada proposição legislativa, **que possuía o seguinte teor:**

“Art. 7º Acrescentam-se à Lei nº 8.038, de 1990, os seguintes artigos, renumerando-se os subsequentes:

Art. 43. Não cabem embargos infringentes contra decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal.” (grifei).

As razões subjacentes ao projeto de lei em questão, invocadas pela Presidência da República para justificar a proposta de extinção dos embargos infringentes contra acórdãos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foram assim explicitadas pelos Ministros de Estado subscritores da Exposição de Motivos:

“Seguindo na mesma esteira de desafogamento dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, o acréscimo de novo art. 43 à Lei nº 8.038/90 visa à redução dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as matérias que são levadas ao Plenário já são de tal relevância, que os debates verificados para a fixação de posicionamento da Corte raramente ensejariam a revisão de posturas por parte daqueles que já se pronunciaram a favor ou contra as teses veiculadas em recursos ou ações apreciadas em Plenário.” (grifei).

108 109

Essa proposta do Poder Executivo da União, contudo, não foi acolhida pela Câmara dos deputados, que se apoiou, para rejeitar a pretendida extinção dos embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal, nas razões apresentadas, “em voto em separado”, pelo então Deputado Federal Jarbas Lima, que assim justificou a manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal validamente instituído por esta Suprema Corte no art. 333 de seu Regimento Interno:

“5 – Sugere-se, por fim, a supressão da proposta de criação do art. 43 na Lei nº 8.038/90, constante no artigo 3º do substitutivo. Isso porque a possibilidade de embargos infringentes contra decisão não unânime do plenário do STF constitui importante canal para a reafirmação ou modificação do entendimento sobre temas constitucionais, além dos demais para os quais esse recurso é previsto. Perceba-se que, de acordo com o Regimento Interno da Suprema Corte (artigo 333, par. único), são necessários no mínimo quatro votos divergentes para viabilizar os embargos. Se a controvérsia estabelecida tem tamanho vulto, é relevante que se oportunize novo julgamento para a rediscussão do tema e a fixação de um

entendimento definitivo, que depois dificilmente chegará a ser revisto. Eventual alteração na composição do Supremo Tribunal no interregno poderá influir no resultado afinal verificado, que também poderá ser modificado por argumentos ainda não considerados ou até por circunstâncias conjunturais relevantes que se tenham feito sentir entre os dois momentos. Não se afigura oportuno fechar a última porta para o debate judiciário de assuntos da mais alta relevância para a vida nacional.” (grifei).

É importante assinalar que esse entendimento foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, **que assim rejeitou a pretendida abolição dos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **em votação que teve o apoio** dos Líderes do PSDB, do PMDB, do PT, do PTB, do PPS, do PPB e do PFL.

O Senado Federal, por sua vez, **aprovou** o texto oriundo da Câmara dos Deputados, **fazendo-o** com pequenas alterações, **que sequer cuidaram** do tema pertinente à **abolição** dos embargos infringentes.

Em decorrência da aprovação bicameral da proposição legislativa referida, **resultou promulgada, mediante sanção presidencial, a Lei nº 9.756**, de 17/12/98, **que “Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais”**.

Vê-se, portanto, **que a questão pertinente aos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal **constitui, agora, sob a égide** da vigente Constituição, **matéria que se submete, por inteiro, à cláusula** de reserva constitucional de lei formal, **cabendo** ao Poder Legislativo, **por tratar-se** de típica questão de política legislativa, **a adoção** de medidas que eventualmente possam resultar, *até mesmo*, **na supressão definitiva** dos embargos infringentes no âmbito interno do Supremo Tribunal Federal. **Matéria “de lege ferenda”, portanto!**

(...)

Na realidade, o diploma legislativo em questão, **embora** pudessem fazê-lo, *absteve-se de disciplinar o sistema recursal interno* do Supremo Tribunal Federal, **o que representou**, na perspectiva do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, **a preservação do conteúdo eficaz** da regra **inscrita** no inciso I do art. 333 do RISTF.

Esse **silêncio** do texto legal, *tal como a ele me referi em passagem anterior deste voto*, **não é de ser equiparado a uma lacuna normativa involuntária (ou inconsciente)**, **assim entendida** aquela que decorre **“de um descuido do legislador”** (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 144, 1989, Polis/Ed.UnB). **Ao contrário**, *trata-se de típica lacuna intencional (ou voluntária)* do legislador ordinário, que, **embora**

tendo presente a realidade normativa emergente **do novo** modelo constitucional, **quis, conscientemente, deixar de regular** a questão pertinente aos embargos infringentes, **por entender desnecessário desarticular** o sistema integrado de recursos fundado, *validamente*, **no próprio** Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ao assim proceder, deixando de disciplinar, *inteiramente*, a matéria tratada no Regimento Interno desta Corte, o legislador **não deu causa a uma situação de revogação tácita, implícita ou indireta do inciso I** do art. 333 do diploma regimental, **eis que – insista-se –** essa modalidade de revogação **somente** ocorre em 02 (duas) hipóteses: **(a) quando** a lei posterior *for totalmente incompatível* com a espécie normativa anterior **e (b) quando** a nova lei *regular, inteiramente, a matéria* de que tratava a legislação anterior.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento da corrente integrada pelo ministro Celso de Mello, que entendeu que, ao rejeitar expressamente a proposição que extinguiu os embargos infringentes, o legislador fez uma opção consciente pela sua manutenção, raro caso em que o Judiciário reconheceu o “silêncio eloquente” das deliberações legislativas, a elas atribuindo o peso de uma decisão consciente pela manutenção do status quo.

110 111

7. A ADI 5316 e a “PEC da Bengala”

Esse possivelmente foi um dos julgamentos mais céleres da história do Supremo Tribunal Federal. Promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 7 de maio de 2015, menos de uma quinzena depois, em 21 de maio, o Supremo, por meio de seu Pleno, deferiria Medida Cautelar suspendendo parte da Emenda Constitucional nº 88, popularmente conhecida como “PEC da Bengala”.

Fundamentalmente, a Emenda Constitucional em questão elevava de 70 para 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos funcionários públicos em geral. No entanto, enquanto sua aplicação para a massa de servidores dependeria de regulamentação posterior, ela seria autoaplicável de imediato aos ministros dos tribunais superiores

Alvo de forte lobby no Congresso Nacional durante sua tramitação, essa PEC dividia, de um lado, os ministros dos tribunais superiores, que buscavam ampliar por mais cinco anos seu período de magistratura e, de outro lado, as associações das carreiras

da magistratura e do Ministério Público que desejavam manter vigente a regra dos 70 anos, a fim de que a “fila” para eventuais promoções andasse mais rápido.

Politicamente, o momento de sua votação coincidiu com uma circunstância em que a Presidência da República estava enfraquecida, meses antes da deflagração do processo de impeachment que viria a ser aprovado pelo Congresso Nacional. Naquele momento específico, adiar por cinco anos a possibilidade de a Presidência da República indicar ministros para os tribunais superiores acabou contribuindo para recrudescer seu enfraquecimento e isolamento político.

No entanto, para os fins deste artigo, importa observar qual foi o objeto da celeuma constitucional. Essa PEC surgiu no Senado Federal, por ocasião do movimento intitulado “Reforma do Judiciário”, em 2005, que se consubstanciou, inicialmente, na Emenda Constitucional nº 45, mas que deixou outras propostas de emenda à Constituição tramitando para aprovação futura.

Quando estava em debate no Plenário do Senado especificamente esta proposta de adiamento da aposentadoria compulsória, o senador Aloizio Mercadante protagonizou o seguinte debate com o então relator, senador José Jorge:

O SR. ALOIZIO MERCADANTE (Bloco/PT-SP) – Sr. Relator, eu queria sugerir apenas que, na Emenda nº 4, como emenda de redação, além do “Tribunal de Contas da União”, em relação ao qual há acordo, também fosse incluída a expressão “nas condições do art. 52 da Constituição Federal”. A redação ficaria assim: *“(...) até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do art. 40, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e TCU se aposentarão compulsoriamente aos 75 anos, nas condições do art. 52 da Constituição Federal”*. **Isso estabelece a necessidade de uma nova sabatina e a aprovação do Senado Federal pelo voto secreto. Há acordo de todos os Partidos, de todos os Senadores, e pediria que o Relator desse o voto favorável.**

O SR. JOSÉ JORGE (PFL-PE) – Sr. Presidente, também dou o voto favorável a esse acréscimo sugerido pelo Senador Aloizio Mercadante.

Essa possibilidade de “re-sabatina” assustou as associações de magistrados, a ponto de que, tão logo promulgada a Emenda Constitucional 88, três delas apressaram-se e, já no dia seguinte, peticionaram ao Supremo requerendo que fosse afastada, por

inconstitucionalidade, a parte final do novo art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que submeteria a nova sabatina perante o Senado Federal os ministros que pretendessem continuar no ofício após seus 70 anos. Tanto esse elemento foi relevante que o relator da ação, ministro Luiz Fux, chegou a citar a imprensa em seu voto, manifestando-se da seguinte forma:

A intenção legislativa manifestada em agosto de 2005 foi reiterada mais recentemente, em maio de 2015. Segundo aponta a inicial, no dia da promulgação da EC nº 88, a Presidência do Senado Federal confirmou a interpretação original do referido art. 2º, ao declarar que “conforme a emenda, os que desejarem continuar na magistratura deverão ser novamente sabatinados pelo Senado Federal, que não abrirá mão da prerrogativa de fazê-lo”. O entendimento foi divulgado por diferentes veículos de imprensa (<http://politica.estado.com.br/noticias/geral,para-renan-ministros-devem-passar-por-nova-sabatina-para-ficar-no-stf-ate-75-anos,1683441>; <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/pec-da-bengala-exige-de-ministros-do-stf-nova-sabatina-interpreta-renan.html>).

112 113

Da leitura dos votos, percebe-se uma nítida preocupação dos ministros do Supremo em submeter-se a nova sabatina, entendendo eles que, para esse efeito, estariam abrindo mão da independência e até mesmo da dignidade do cargo. Talvez por essa preocupação justificou-se a inserção da ação na pauta do Supremo dez dias depois de protocolada e antes mesmo de recebidas as informações requeridas.

Nesse caso, pois, a utilização dos debates parlamentares deu-se unicamente para justificar a urgência na concessão da liminar em sentido diametralmente oposto àquela mesma intenção registrada nas notas taquigráficas do Senado Federal.

8. As ADCs 29 e 30 e a “Lei da Ficha Limpa”

O julgamento da constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” ocorreu envolto num cenário de grande expectativa midiática, uma vez que se tratava de projeto de lei de iniciativa popular ao qual se pretendia emprestar efeitos que atingiriam fatos ocorridos antes mesmo da aprovação da lei.

Esse cenário causou certa perplexidade no meio jurídico, pois até então considerava-se que a legislação só poderia inovar para

piorar a situação dos sujeitos de direito em relação a fatos cometidos após sua promulgação.

Nesse debate, no entanto, os ministros socorreram-se algumas vezes das manifestações dos parlamentares, particularmente, no que se refere à retroação, do relator no Senado Federal, senador Demóstenes Torres:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O texto que saiu da Câmara continha os verbos no pretérito perfeito do subjuntivo, mas, no texto que foi realmente sancionado, porque aprovado pelo Senado, os verbos estão no futuro do subjuntivo. Na dicção da Câmara, por exemplo, teríamos: “são inelegíveis os que tenham sido condenados anteriormente”. O que saiu do Senado e foi sancionado, certo ou errado: “são inelegíveis os que forem condenados”.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Esse tempo verbal foi explicado devidamente. O Senador Demóstenes Torres explicou a razão de ser da mudança do tempo do verbo.

Nessa ocasião, o ministro Ayres Britto referia-se à seguinte passagem da sessão do Senado Federal em que o relator naquela Casa, o senador Demóstenes Torres, defendeu uma emenda de redação alterando o tempo verbal usado no projeto de lei:

O SR. DEMÓSTENES TORRES (DEM-GO. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Só para fazer um esclarecimento, Sr. Presidente.

Essa emenda é uma emenda de redação. O Senador Francisco Dornelles observou, com muita propriedade, que o texto tinha, em alguns casos, a expressão “os que forem condenados” e, noutras, “os que tenham sido condenados”. Então, ele fez uma emenda para harmonizar o texto, usando a mesma expressão em todos os artigos, em todos os incisos. Como a emenda é de redação, não há o menor risco de a matéria voltar para a Câmara dos Deputados.

Então, a intervenção é só para tranquilizar todos os Srs. Parlamentares e aqueles que nos ouvem: a emenda de redação do Senador Dornelles tem apenas o objetivo de dar harmonia ao texto, para não ficar uma expressão num inciso e, noutra, outra expressão.

Outro ponto que gerou polêmica no julgamento, inclusive com severas críticas do ministro Gilmar Mendes, foi a possibilidade de que o candidato se tornasse inelegível por decisão do seu conselho de classe. Essa previsão, incluída ainda na fase da coleta

de assinaturas por sugestão da OAB, poderia dar a entender que o inadimplemento de anuidades levaria à inelegibilidade. Foi aí que se citou trecho da manifestação do relator na Câmara dos Deputados, o deputado José Eduardo Cardozo:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Eu vou ler o parecer do Relator, o atual Ministro da Justiça, Eduardo Cardozo, lá na Câmara dos Deputados, quando da discussão desse impedimento por decisão do exercício da profissão, por decisão de Conselho Federal:

“No que toca à inexigibilidade decorrente do impedimento do exercício de profissão, especificamos que a decisão do órgão profissional competente que a ensejará deverá ter propiciado a exclusão do exercício profissional, com caráter sancionatório, em decorrência de infração ético-profissional. A nova redação impede a punição de profissionais que tenham seu registro suspenso por atos que não constituam faltas éticas, tais como o não pagamento de taxas ou similares”.

114 115

Ou seja, esse tema foi enfrentado.

Ao final, no caso da Ficha Limpa, o Supremo serviu-se dos argumentos utilizados durante a discussão legislativa a fim de chancelar a norma que havia sido aprovada, nas duas Casas, por unanimidade. E esse argumento pesou na discussão:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Mas o Congresso Nacional merece elogios, por quê? Porque purgou a mora, pagou a dívida e produziu uma lei, que a meu sentir, *data venia* de entendimento contrário, é de boa qualidade e foi votada por unanimidade – houve, Ministro Lewandowski, no painel, um voto contra, mas o então Presidente da Câmara, o Deputado Michel Temer, fez a devida apuração e foi erro, não havia nenhum voto contra –, então, ela passou por unanimidade na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Trata-se, pois, de um caso de sintonia entre os desígnios do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, em que os argumentos de um reforçaram o entendimento do outro, situação que desejar-se-ia, talvez, que fosse mais frequente.

9. Conclusão

Após detida análise dos sete casos estudados neste trabalho, pode-se afirmar que:

1) não é tradição no Supremo Tribunal Federal a utilização dos debates parlamentares (seja por meio das notas taquigráficas ou por meio dos pareceres formais dos relatores no seio do processo legislativo) para fins de tentar buscar a interpretação autêntica ou a vontade do legislador (“*intentio legislatoris*”), embora essa utilização tenha aumentado recentemente, talvez em virtude do esforço da Advocacia do Senado em aportar esses elementos aos autos ou talvez em virtude da própria disponibilização, na internet, do conteúdo desses debates de forma mais facilitada;

2) quando citam os debates parlamentares, os ministros do Supremo não são necessariamente tributários de fidelidade às intenções do legislador, ocorrendo diversas hipóteses em que os ministros citam textos e discursos parlamentares para, na sequência, deles divergirem;

3) os ministros do Supremo preferem citar doutrinadores do meio jurídico nacional ou internacional, ainda que tais doutrinadores não tenham tido qualquer contato direto com a norma cuja aplicação é submetida ao crivo do Tribunal;

4) a jurisprudência do Supremo vem permitindo de modo crescente a atuação da Corte na integração do Direito pátrio, atuando de modo complementar à atuação do Poder Legislativo, ainda quando não há omissão deste, e, conseqüentemente, expondo-se ao risco de violar a próprio princípio da separação de poderes do Estado.

Criminalidade cibernética

A necessidade da leitura constitucional da investigação criminal e de suas medidas de intervenção à luz dos direitos fundamentais

Daniel Chamorro Petersen

1. Introdução

A revolução tecnológica no campo das telecomunicações trouxe novas formas de interação social, promovendo profundas transformações na organização social. Em decorrência do sensível crescimento da utilização de sistemas computacionais nas relações sociais, abriu-se espaço para uma nova espécie de criminalidade: a cibernética (PINHEIRO, 2001).

A dinâmica evolutiva da sociedade ocasiona alterações na percepção do Direito, sendo o ambiente cibernético fomentador do estabelecimento de novas situações jurídicas ainda não solucionadas, e que, em muitos casos, passam despercebidas pelos acadêmicos e profissionais do Direito. Apesar de promover avanços importantes, a evolução tecnológica também traz consigo questões que merecem ser refletidas para que seus efeitos negativos possam ser minimizados na sociedade.

Há diversos pontos de conexão entre os direitos fundamentais e o ciberespaço que esperam por uma análise mais detalhada pelos órgãos de persecução penal. Norberto Bobbio (2002) previu que a revolução tecnológica no campo das telecomunicações implicaria em mudanças na organização dos indivíduos e nas relações sociais de tal modo que novas demandas de liberdade e de poderes surgiriam. A regulação dos efeitos da tecnologia no Direito, tendo em vista a sua tecnicidade e constante evolução, além de não ser possível de ser levada a cabo em todos os seus aspectos, não é simples de ser feita, pois tem o poder de ocasionar violação ao regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (CASTRO, 2017).

Os crimes cibernéticos diferenciam-se dos delitos tradicionais pelo envolvimento de dispositivos eletrônicos, de computadores e da internet (CHAWKI, 2005), sendo necessária a compreensão dos aspectos técnicos dos dispositivos, sistemas operacionais e ambientes de rede para o conhecimento das especificidades e peculiaridades da natureza cibernética dessas infrações. A falta de integração interdisciplinar do Direito e das ciências técnicas leva ao conhecimento limitado do objeto de estudo, gerando a falta de consenso sobre a delimitação e constituição dos crimes cibernéticos. Consequentemente, há grande dificuldade de se implementar uma política criminal adequada de enfrentamento à criminalidade cibernética.

O conhecimento limitado da matéria, no tocante a persecução penal, coloca em risco direitos fundamentais no ciberespaço, pois faz com que o elemento tecnológico não seja considerado na ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade das medidas interventivas. Por outro lado, permite que teses inconstitucionais, como a de que o endereço IP é dado cadastral, circulem com certa facilidade na academia e entre os agentes envolvidos no processo penal.

2. Os desafios para o estabelecimento de uma política criminal no Ciberespaço

A política de Estado apresenta múltiplas facetas, dentre as quais a política criminal, que deve ser perene, coerente e apta a mostrar de forma clara e segura uma finalidade e um objetivo, bem como deve ter a aprovação de todos ou ao menos da

maioria de seus membros (MORAIS, 2006). A política criminal, ramo científico voltado para o exame das decisões técnico-valorativas das estratégias de enfrentamento da criminalidade, preocupa-se com a definição de crime, assim como quais os meios e instrumentos devem ser adotados para tratar das condutas desviantes (BINDER, 1997). Para isso, a realização de uma política criminal deve conter duas fases: a) *fase de colheita de informes*, recolhimento de dados teóricos relevantes de outras áreas do conhecimento sobre a origem, funcionamento da atividade criminosa; e b) *implementação das estratégias de combate*, a partir dos dados coletados, preocupa-se com a implementação da melhor consecução do bem-estar social (MORAIS, 2006).

Na fase de colheita de dados, o primeiro problema que se apresenta é a falta de dados confiáveis acerca da criminalidade. As estatísticas governamentais sobre a questão criminal no Brasil são extremamente deficientes, não possibilitando a realização de um panorama da real situação brasileira. Ainda, existem inúmeros dados estatísticos conflitantes que são propagados pelos mais diversos atores da sociedade, os quais não são verificáveis, prestando-se mais para prejudicar o debate do que para serem usados de forma segura pelos formuladores de políticas públicas.

Soma-se a isso, o fato de o estudo do fenômeno da criminalidade cibernética estar sendo desenvolvido sem a devida integração interdisciplinar das pesquisas entre as ciências sociais e as ciências técnicas (HOLT; BOSSLER, 2016). A falta de consenso sobre a delimitação e constituição de informação, a existência de informações conflitantes sobre origem e funcionamento da atividade criminosa constituem o primeiro empecilho à implementação de uma política criminal de enfrentamento à criminalidade cibernética.

Diante dos desafios a serem superados é fundamental primeiramente a integração dos vieses dos diferentes campos de pesquisas para que seja possível construir um conhecimento teórico interdisciplinar acerca da criminalidade cibernética (HOLT; BOSSLER, 2016). Em segundo lugar, os órgãos de persecução criminal devem atentar-se para a necessidade do desenvolvimento de mecanismos de investigações aderentes a natureza do *modus operandi* das condutas delituosas praticadas no ciberespaço.

Outro fato a ser levado em consideração refere-se à criminalidade cibernética e segurança cibernética, questões que não podem ser tratadas separadamente (GERCKE, 2002), inclusive, um

dos objetivos prioritários da segurança cibernética é o combate ao crime cibernético (MANDARINO JR; CANONGIA, 2010). Apesar dos esforços do Poder Executivo para melhorar a segurança cibernética brasileira por meio de estabelecimento de diretrizes básicas, tentativa de ampliação da cultura cibernética no país, bem como do fomento do debate social, econômico, político e técnico-científico (ALVES *et al.*, 2014), o Brasil não possuiu uma política de segurança cibernética consolidada, com um plano integrado de metas e objetivos responsáveis pela melhoria da segurança cibernética. Tampouco se observa a atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo na construção de uma política criminal aderente a política de segurança cibernética visando o tratamento adequado de medidas de prevenção e repressão das ameaças e dos crimes cibernéticos.

3. O Ciberespaço e os Direitos Fundamentais

A revolução tecnológica impactou os conceitos de território e de soberania (LIMBERGER, 2007, p. 200), fazendo com que a definição do *ciberespaço*, o não lugar em que o virtual e o real se mesclam, não tenha sua importância restringida tão somente ao âmbito acadêmico, sendo fundamental para o Direito, especialmente ao ramo penal, devido às questões relacionadas com a competência jurisdicional. Ao contrário do mundo físico, no qual as fronteiras são relativamente claras, a delimitação do que vem a ser o ciberespaço é nebulosa, uma vez que não existem limites geográficos no mundo virtual.⁷⁷

O ciberespaço para o filósofo francês Pierre Lévy (2000, p. 17) não se limita à infraestrutura física que comporta o tráfego de dados, mas também o “universo oceânico de informações que ele abriga, assim como os seres humanos que utilizam e alimentam esse universo”. Da mesma forma outros autores consideram que o ciberespaço designa toda a estrutura virtual transnacional de comunicação interativa (RAMAL, 2002), sendo uma região abstrata em vias de globalização planetária que já constitui um espaço social onde os indivíduos interagem (SILVA; SILVA, 1999). Em contraposição, para Koepsell (2004, p. 125) o ciberespaço é físico,

⁷⁷ Não há consenso doutrinário, nem definição legal em relação ao que venha a ser o ciberespaço.

sendo apenas “um meio composto de chips de silício, fios de cobre, fitas e discos magnéticos, cabos de fibra ótica e de todos os outros componentes de computadores, meios de armazenamento e redes que armazenam, transmitem e manipulam bits”.

A despeito de posições contrárias, o ciberespaço não se confunde com a rede internet, sendo uma experiência mais rica, de imersão, na qual os participantes acreditam viver em uma comunidade, onde muitos deles chegam a confundir suas vidas com suas existências no ciberespaço (LESSIG, 2006). O ciberespaço constitui um fórum privilegiado para a abordagem dos possíveis reflexos e desdobramentos do desenvolvimento dos sistemas de realidade virtual e das redes digitais de comunicação sobre os estatutos do espaço e do tempo (FRAGOSO, 2000), proporcionando novas formas de controle e de mobilização em rede junto à sociedade contemporânea (CASTELLS, 2003).

Após o controle, manipulação e organização do espaço físico pela modernidade, vê-se no ciberespaço uma espécie de transcendência da matéria (LEMOS, 1996) que altera substancialmente as relações sociais pela nova forma de acesso e disseminação de dados e informações. Com efeito, o ciberespaço torna as estruturas sociais mais complexas, propiciando o surgimento e a ressignificação de direitos fundamentais.

4. Forense Computacional e os Riscos ao Direito Fundamental à Privacidade e Intimidade

Como consequência do sensível aumento da utilização de dispositivos computacionais nos últimos anos, assim como do amplo acesso à rede mundial de computadores, dois movimentos despontam no tocante à criminalidade: a) surgimento de novas modalidades delitivas no ciberespaço, e b) deslocamento da criminalidade tradicional para o ciberespaço (SÁNCHEZ, 2002). Desse modo, considerando a nova realidade (virtual) posta pelo avanço tecnológico, onde reina a desmaterialização do espaço e a instantaneidade temporal, necessário se faz que os métodos investigativos adotados pela política judiciária sejam aderentes às peculiaridades e especificidades dos delitos praticados no ciberespaço.

A não adequação dos mecanismos investigativos a esta nova realidade é apta a colocar em risco direitos fundamentais no

ciberespaço, notadamente os direitos à privacidade e à intimidade. Assim sendo, a perícia forense computacional exerce papel fundamental, tendo em vista que cabe a ela a busca, a coleta e a análise de dados e informações, ou seja, de vestígios digitais deixados na ocorrência de uma atividade criminosa ou fraudulenta envolvendo meios computacionais (ERBACHER; CHRISTIANSEN; SUNDBERG, 2006).

Os métodos investigativos consolidados pela ciência forense, consistentes na aquisição, na preservação, na análise e na apresentação de evidências, também se aplicam às investigações perpetradas no ambiente cibernético. Entretanto, para que as evidências digitais coletadas sejam juridicamente válidas, é imperiosa a observância de alguns requisitos (BRASIL, 2013). Nesse sentido, a RFC 3227, documento técnico desenvolvido pela *Internet Enginnering Task Force*, instituição que especifica os padrões que serão implementados e utilizados em toda internet, dispõe que, para fins legais, uma evidência cibernética necessita ser admissível, autêntica, completa, confiável e convincente. Para isso, o processo de investigação digital pode ser dividido nas seguintes fases: a) *coleta de dados*; b) *exame de dados*; c) *análise das informações*; e d) *interpretação dos resultados* (KENT et. al. 2006) e (KRUSE; HEISER, 2001).

A perícia forense, como inspeção científica e sistemática em ambientes computacionais, objetiva arrecadar as evidências derivadas de fontes digitais com a finalidade de propiciar a reconstituição dos fatos (PALMER e CORPORATION, 2001). Nas palavras de Eleutério e Machado (2011, p.16), a perícia forense computacional é a atividade “destinada a determinar a dinâmica, a materialidade e autoria de ilícitos ligados à área de informática, tendo como questão principal a identificação e o processamento de evidências digitais em provas materiais de crimes, por meio de métodos técnico-científicos, conferindo-lhe validade probatória em juízo”.

Sobre as linhas de investigações de crimes cibernéticos, pode-se identificar a existência de duas formas de busca de evidências: a) *investigação linear* na qual parte-se de informações obtidas de terceiros, como cadastro de cliente obtidos junto aos provedores de conexão ou de aplicação de internet; b) *investigação não linear*, consistente na utilização de mecanismos investigativos inerentes à ciência da computação (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 163-164).

À vista disso, nas palavras de Marcheri (2015):

a linha investigatória adotada irá indicar o grau ostensividade e perturbação à privacidade constitucional. Nesta mesma equação, a violação e eventual inconstitucionalidade da medida deverá ser verificada *in casu*. Embora a tendência da política criminal da contemporaneidade seja tendente à relativização dos direitos e garantias fundamentais no que tange ao uso da Internet, sendo esta ratificada pela legislação em vigor, relega-se à discricionariedade da autoridade policial a utilização dos novos métodos investigativos ou a condução das diligências de forma menos incisiva.

Além disso, a falta de conhecimento dos profissionais envolvidos na persecução penal das disciplinas que tratam da tecnologia da informação constitui fator de risco de adoção de medidas inconstitucionais, violadoras de direitos e garantias fundamentais. De acordo com trabalho prévio⁷⁸, há grande confusão em torno da correta categorização do endereço IP, situação que coloca em risco o direito à privacidade e à intimidade dos usuários, tendo em vista que este dado a depender do caso concreto configura dado pessoal submetido à cláusula de inviolabilidade constitucional do sigilo e não dado cadastral ao qual a autoridade policial pode ter acesso independente de autorização judicial.

Do que até aqui foi exposto, depreende-se que os acadêmicos e profissionais do Direito, no que tange notadamente as questões do ciberespaço, devem integrar a visão técnica da matéria para que as investigações criminais respeitem as limitações constitucionais, com a finalidade de preservar direitos e garantias fundamentais.

5. Ciberespaço e a Nova Problemática das Medidas Interventoras de Direitos Fundamentais

Conforme entendimento de Bonavides (2015, p. 585-587), é possível relacionar a quarta geração dos direitos fundamentais (direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo) com o processo de globalização política, sendo os dois

⁷⁸ Para maiores informações sobre o tema, ver: PETERSEN, Daniel Chamorro. As funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial. Revista brasileira de ciências criminais, nº 136, 2017, p. 157-185.

primeiros os responsáveis pelo futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Os direitos de quarta geração se projetam sobre os direitos de segunda e de terceira geração, além de absorver a subjetividade dos direitos de primeira geração (BONAVIDES, 2015, p. 586). Disso, é possível inferir que direito, globalização e as transformações sociais ocasionadas pela tecnologia configuram processos objetivos e conjugados, os quais repercutem no ideal de cidadania (BARRETO, 2011).

As transformações na organização social promovidas pela revolução tecnológica propiciam o surgimento de situações favoráveis para “o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e poderes” (BOBBIO, 2002, p. 33), implicando também em novos direitos (PASOLD, 2005, p. 224). Em outras palavras, a revolução tecnológica trouxe um novo paradigma social, no qual vige a “penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias”⁷⁹, e onde “todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico” (CASTELLS, 1999, p.108).

Há autores que defendem o surgimento de uma quinta geração de direitos fundamentais decorrentes do ciberespaço. Para José Alcebíades de Oliveira Júnior (2000, p. 86), essa nova geração abarca direitos vinculados ao uso de novas tecnologias, derivados da realidade virtual fomentada pela cibernética. Por esse ângulo, Ivan Hartamn (2007) defende o acesso à internet como sendo um direito fundamental, podendo caracterizá-lo como: a) direito de defesa; b) direito contra o Estado e particulares; e c) direito subjetivo.

Reforçando essa visão, Catarina Sarmiento e Castro (2016) afirma que “o direito de utilização da rede e dos seus serviços, surge umbilicalmente ligado à liberdade de comunicação, à faculdade de utilização dos serviços de comunicação disponível em rede através dos quais o utilizador transmite e recebe informação”, repercutindo na manifestação de outros direitos como nos direitos: a) de acesso à informação; b) da participação democrática; d) de acesso aos mais variados serviços administrativos fornecidos online; e) da transparência pública; f) da redução da distância entre os diferentes Estados; e g) do livre desenvolvimento da personalidade.

⁷⁹ CASTELLS, M. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Considerando que todas as atividades humanas de algum modo estão em processo de modificação por causa da penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias (CASTELLS, 2004), ocasionando inegáveis efeitos na vida social, a hermenêutica jurídica não pode ignorar a tecnologia como elemento influenciador da interpretação da Constituição. Deve-se reconhecer o impacto da tecnologia e de seus efeitos concretos na atividade hermenêutica constitucional, principalmente em relação à ponderação, razoabilidade e proporcionalidade das medidas interventivas a direitos fundamentais no ciberespaço.

5.1 Conflito de direitos fundamentais e a efetividade da investigação criminal – O caso WhatsApp

As transformações sociais impulsionadas pela técnica em uma cultura multimídia não linear, mudou o paradigma da comunicação, assim como em relação à sociedade como um todo (KOLB, ESTERBAUER, RUCKENBAUER, 2001). Como consequência, a hiperconectividade tecnológica das relações sociais faz com que qualquer medida estatal que limite a utilização de dispositivos de comunicação virtual tenha a potencialidade de configurar restrição a direitos fundamentais.

Nesse contexto, no dia 17/12/2015, por decisão da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, do estado de São Paulo, foi determinado o bloqueio judicial do aplicativo de comunicação virtual WhatsApp, em todo o território nacional. Esta medida não chegou a durar pelo tempo determinado pelo magistrado de primeira instância, tendo sido cassada pelo órgão judiciário de segunda instância. Em sua decisão, reconhecendo a restrição de direitos de terceiros estranhos a relação processual, o desembargador considerou que “em face dos princípios constitucionais, não se mostra razoável que milhões de usuários sejam afetados em decorrência da inércia da impetrante, mormente quando não esgotados outros meios disponíveis para a obtenção do resultado desejado” (BRASIL, 2015). O segundo episódio de determinação judicial de bloqueio nacional ocorreu no dia 2/5/2016, também, sob a justificativa de que o Facebook, dono do WhatsApp, não cumpriu decisão judicial anterior de compartilhar informações que subsidiariam uma investigação criminal. Como a decisão anterior, esta também não chegou a durar o tempo determinado, tendo sido derrubada pela justiça de segunda instância.

Em síntese, a justificativa para a determinação de suspensão do aplicativo de comunicação virtual nos dois casos foi a *proteção da efetividade do processo penal*. Quer dizer, a medida de bloqueio do serviço de WhatsApp foi utilizada como ferramenta de coerção judicial diante de um suposto descumprimento de ordem judicial.

Em relação ao primeiro caso, é importante ressaltar que a determinação judicial foi no sentido de que o WhatsApp “espe-
lhasse”⁸⁰ em um computador da polícia, por meio do aplicativo para a internet, as mensagens trocadas pelos investigados via aplicativo telefônico. Entretanto, diante da inércia do cumprimento da determinação judicial, medidas de coação judicial foram aplicadas de maneira gradativa, como multa e prisão do vice-presidente do Facebook. Essas medidas de coação judicial não surtiram efeito, tendo o magistrado, acatando solicitação da autoridade policial, com a concordância do Ministério Público, determinando o bloqueio do aplicativo.

5.1.1 Das Medidas Judiciais Coercitivas

Não há e nunca haverá democracia sólida, profunda, ampla, estável e minimamente coerente se não houver a utilização de medidas coercitivas por parte do Estado para fazer com que suas decisões sejam cumpridas. Nesse sentido, cabe aqui destacar as palavras do desembargador Adão Sérgio do Nascimento:

se as ordens judiciais não forem imperativas e se não houver sanção para o seu descumprimento não haverá mais necessidade nem de sua concessão e nem mais de Judiciário, pois de nada mais adiantaria ao cidadão, que teve seus direitos feridos, recorrer à Justiça, uma vez que as ordens judiciárias não passariam de ‘conselhos’ ou ‘recomendações’ de um juiz sem qualquer autoridade, de um Judiciário falido e de um Estado Democrático de Direito absolutamente inane. Em tais circunstâncias, melhor que se extermine o Judiciário e se deixe que Executivo e Legislativo resolvam sobre todo e qualquer direito e reclamo dos cidadãos (BRASIL, 2002).

⁸⁰ O espelhamento consiste em replicar o aplicativo do celular em uma tela de computador que recebe de forma instantânea todos as mensagens que são enviadas para o celular.

As medidas coercitivas são fundamentais para o pleno desenvolvimento da jurisdição, e, como consequência, para o bom andamento do Estado democrático de direito. Consoante o inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal (CPP, artigo 3º), é conferido ao juiz o poder geral para adoção de medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial. O magistrado não se vincula às medidas solicitadas pelo autor da demanda, podendo, inclusive, optar por medida diversa aos mecanismos previstos pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a enumeração de medidas correspondentes ao artigo 536, §1º, CPC/15 não é exaustiva. Ademais, em questões relativas ao uso de internet no Brasil, o Marco Civil da Internet estabelece as seguintes medidas coercitivas: a) advertência; b) multa de até dez por cento do faturamento do grupo econômico; c) suspensão temporárias; d) proibição de exercício das atividades.

5.1.2. Limites da Utilização de Medidas Judiciais Coercitivas

Se por um lado o interesse público legitima a adoção de medidas restritivas de direitos, visando a proteção de outros valores constitucionalmente protegidos, por outro lado, os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais objetivam proteger a sociedade contra a atuação abusiva dos agentes públicos. Na solução de conflito entre direitos fundamentais, deverá o aplicador da lei, no caso concreto, sopesar os interesses em jogo, com o objetivo de firmar qual dos valores conflitantes prevalecerá e em qual medida.

O Estado não pode utilizar as medidas interventivas de modo absoluto, ficando limitado, entre outros, pelos princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade. As providências adotadas devem observar a relação de adequação com o fim perseguido, não podendo os efeitos diretos ou indiretos da medida ocasionar sacrifícios injustificados aos direitos fundamentais dos sujeitos da relação jurídica, ou de terceiros externos.

Diante disso, a questão que se apresenta é: a proteção da efetividade do processo penal é apta para justificar a adoção de medida de intervenção a direitos fundamentais cujos efeitos extrapole a pessoa do investigado/réu, atingindo terceiros estranhos?

Quando analisada a proporcionalidade e a razoabilidade da adoção de determinada medida, é fundamental que a importância desta

seja contraposta à importância das violências invisíveis e visíveis que acarreta (FEITOZA PACHECO, 2007, p. 176). Se por um lado a efetividade do processo penal legitima a adoção de medidas coercitivas, visando a preservação da segurança pública, por outro lado, os direitos fundamentais protegem a sociedade contra a intromissão arbitrária estatal na vida dos cidadãos.

Na avaliação da proporcionalidade e razoabilidade, é necessário considerar que por causa da penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias na organização social uma medida interventiva a direitos fundamentais do investigado/réu pode ter o efeito colateral de sacrificar direitos fundamentais de todo um grupo social. Dessa forma, para que não haja sobrevalorização de direitos fundamentais, deve-se integrar na análise da proporcionalidade e razoabilidade o elemento tecnológico e seus possíveis efeitos colaterais a terceiros.

6. A Refundação Regulatória da Investigação Criminal como Medida de Proteção dos Direitos Fundamentais no Ciberespaço

A Constituição federal de 1988, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, representou inegável avanço legislativo na consolidação de direitos e garantias fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira (PIOVESAN, 2013, pg. 84). Passados quase quarenta anos, o progresso tecnológico proporcionou o surgimento de um novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização, de transição e de novas configurações para o convívio social (LÉVY, 2000) e (BRETAS, 2000, p. 202), elevando o ciberespaço a elemento indispensável para o exercício de direitos fundamentais.

É evidente que a dinâmica evolutiva da sociedade ocasiona alterações na percepção do Direito, sendo o ambiente cibernético fomentador do estabelecimento de novas situações jurídicas ainda não solucionadas, e que, em muitos casos, passam despercebidas pelos acadêmicos e profissionais do Direito. À vista disso, conforme o constatado nos casos de requisição direta do endereço IP pela autoridade policial, assim como os casos de bloqueio do aplicativo de comunicação WhatsApp, direitos fundamentais dos usuários da internet estão sendo expostos a risco, devido à

falta de percepção de que a hermenêutica jurídica deve considerar os impactos diretos e indiretos do elemento tecnológico.

Para se compreender o fenômeno da criminalidade cibernética, assim como as influências da tecnologia na vida social, necessário se faz integrar o estudo da explicação dos comportamentos dos atores humanos (ciências jurídicas e sociais) com o estudo dos dispositivos, sistemas operacionais e ambientes de rede que podem ser afetados por ameaças de segurança (ciências tecnológicas). A falta de tratamento interdisciplinar do tema leva ao conhecimento limitado dos impactos da tecnologia nos direitos fundamentais, restringindo sua utilidade para os formuladores de políticas e para os profissionais da área.

Em relação a ponderação de interesse em matéria de prova, muito se tem discutido na doutrina processual penal qual é o interesse contraposto ao interesse da liberdade, podendo-se citar o de segurança social, segurança pública, ordem pública, interesse de punição dos culpados, direito à prova, ou ainda, interesse de realização da justiça penal. (PRADO, 2006). A ponderação de interesses é necessária diante da colisão de princípios constitucionais em um caso concreto, em questões que envolvam a tecnologia (como requisições policiais de registros de conexão e de aplicação à internet, determinação judicial de bloqueio de aplicativo de comunicação), sendo fundamental a análise dos efeitos diretos e indiretos da medida.

Importante ressaltar que de acordo com o Direitos Humanos e Aplicação da Lei: Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais, editado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas, constitui princípio fundamental que deve nortear a investigação policial *a não intromissão arbitrária* na vida privada, família, domicílio ou correspondência (GRECO, 2012). Nas palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial. (RTJ 168/896-897)

À vista disso, em razão de o endereço IP desempenhar diferentes funções, recebendo diferenciados níveis de proteção constitucional, mostra-se preocupante que representantes da

Polícia Federal, em audiência pública promovida pela Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar os Crimes Cibernéticos na Câmara dos Deputados (2015) defendam a tese de que o endereço IP deve ser interpretado indistintamente como dado cadastral, dando a autoridade policial a prerrogativa de acessá-lo sem autorização judicial.

Deve-se reconhecer que a transformação pela revolução tecnológica do *modus operandi* da criminalidade tradicional, assim como o surgimento de novas modalidades delitivas, criam a necessidade da releitura constitucional da investigação criminal e de suas medidas de intervenção a direitos fundamentais. Para isso, a Polícia Judiciária e o Ministério Público devem adotar estruturas especializadas de investigação e de denúncia aderentes às especificidades da criminalidade cibernética, atentando para a preservação dos direitos fundamentais no ciberespaço.

A efetividade da investigação criminal depende diretamente do princípio do imediatismo, sendo o efeito da procrastinação da ação investigatória a perda da oportunidade de sua realização e a conseqüente perda das evidências do crime (BRASIL, 2012). É preciso superar o atual modelo, em que investigações terminam sendo mais um repositório de papéis do que de provas, o que, evidentemente, afeta sua efetividade e sua celeridade (BRASIL, 2016). Perante a instantaneidade temporal vigente no ciberespaço, não se mostra eficaz a manutenção do atual sistema investigativo brasileiro, centrado na burocracia cartorial⁸¹.

A fim de se evitar a construção de teses inconstitucionais, os órgãos de investigação criminal devem investir na formação de agentes públicos com profundo conhecimento interdisciplinar capazes de desenvolver métodos mais eficazes de investigação que não representem intromissão arbitrária a direitos fundamentais. É imprescindível a adoção de estruturas mais ágeis e céleres, assim como novos métodos investigativos específicos ao paradigma tempo-espaço do ciberespaço.

A falta de modernização dos mecanismos de investigação não pode servir de justificativa para invocar a proteção da efetividade do processo penal, muito menos para que se defendam teses inconstitucionais como o da prerrogativa da autoridade policial

⁸¹ Há várias regras burocráticas e cartoriais para o inquérito, tal como a de que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade” (artigo 9º).

de acessar diretamente os registros de conexão e de aplicação à internet. Ademais, o Poder Judiciário deve avaliar também os possíveis efeitos diretos e indiretos aos direitos fundamentais em questão afetas ao ciberespaço para avaliar a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas interventivas a direitos fundamentais.

À vista disso, conclui-se que os mecanismos tradicionais de investigação estão em processo de defasagem, devido a sua incompatibilidade com as novas tecnologias, sendo imperiosa a releitura constitucional da investigação criminal e de suas medidas de intervenção a direitos fundamentais. Para tanto, é fundamental a modernização dos mecanismos investigativos, conectando as perspectivas do direito e da tecnologia.

7. Conclusões

130 131

A democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem. A relação da tecnologia com o direito é um fenômeno recente e extremamente complexo cujos impactos nos direitos e garantias fundamentais exigem o estudo mais aprofundado sob a perspectiva interdisciplinar.

A compreensão dos efeitos da tecnologia no direito, assim como os efeitos colaterais das decisões judiciais na relação das pessoas com a tecnologia, exige conhecimento interdisciplinar do tema. Não é mais admissível que o operador do direito se aventure a trabalhar com questões tecnológicas que causem impactos sociais sem dialogar com as disciplinas que tratam da tecnologia da informação.

Imperioso se faz que as decisões judiciais sobre medidas interventivas a direitos fundamentais considerem o elemento tecnológico na ponderação da razoabilidade e proporcionalidade, assim como a extensão de seus efeitos a terceiros. Em outras palavras, se por um lado o Judiciário deve possuir os instrumentos processuais que permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva, por outro lado, a possibilidade de dano social e de redução da proteção de bens jurídicos constitucionais devem ser levados em consideração na tomada de decisões judiciais, especialmente em questões em que pode ocorrer a restrição de direito fundamental de um grande número de pessoas (como a indisponibilidade de serviços de interesse público).

Ademais, o Estado tem a obrigação de adotar as políticas públicas necessárias para propiciar o convívio harmônico no seio da sociedade, cabendo ao Direito Penal ser acionado quando todos os controles sociais falham, sendo, por isso, um direito de exceção. Importante lembrar que os direitos fundamentais têm a função de proteger a sociedade contra a atuação abusiva de seus agentes, não se podendo permitir a adoção de teses inconstitucionais violadoras de direitos fundamentais como a caracterização indistinta do endereço IP como dado cadastral.

É necessário que a investigação criminal de crimes cibernéticos e suas medidas de intervenção passem por uma releitura constitucional a fim de que se preservem os direitos fundamentais no ciberespaço. Para isso, necessário se faz a modernização dos mecanismos de investigação de modo que se adequem as peculiaridades e especificidades da criminalidade cibernética.

8. Bibliografia

ALVES, Valéria Farias; SOUZA, Cristina Gomes; CHRISPINO, Álvaro; OGASAWARA, Eduardo. Segurança Cibernética e Políticas Públicas no Brasil. XI Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. SEGeT, 2014.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Ciberespaço, globalização e novas tecnologias: (Re)pensando as relações entre cidadania e administração pública e um contexto de formação da ciberdemocracia. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, nº 22, 2011.

BINDER, Alberto M. *Política criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 11 e ss.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 6. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2002

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direitos Constitucional. 30ª ed. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Interno nº 7000302176-3, 1ª Câmara Especial Cível, Desembargador Adão Sérgio do Nascimento, Porto Alegre, 27 de março de 2002.

BRASIL. Técnicas de Investigação Criminal APF, PPF. Brasília: Academia Nacional de Polícia, 2012.

BRASIL, Roteiro de atuação: crimes cibernéticos. 2 ed. rev. – Brasília:MPF/2ª CCR, 2013, p. 164.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000. Relator Des. Xavier de Souza. 11ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

BRASIL, Notas taquigráficas da Audiência Pública realizado no dia 20/08/2015 da CPI dos Crimes Cibernéticos. Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/documentos/notas-taquigraficas/nt200815-crc>. Acesso em: 21/01/2018.

BRASIL. Modernização da Investigação Criminal – Proposições Legislativas. 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão GT Modernização da Investigação. Brasília, 2016.

BRETAS, Maria Beatriz Almeida Sathler. Interações telemáticas: um estudo sobre jovens internautas de Belo Horizonte. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Ciência da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Denis de (Org.) Por uma outra comunicação: Mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____. A sociedade em rede. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. A galáxia internet. Lisboa: Ed. Fundação Cabuste Gulbenkian, 2004.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. Direito à Internet. Revista científica sobre cyberlaw do centro de investigação jurídica do ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Edição nº II – junho de 2016.

_____. “Constituição e Ciberespaço: in Boletim da Ordem dos Advogados, Julho de 2017:

CHAWKI, M. A critical look at the regulation of cybercrime, 2005.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva / MACHADO, Marcio Pereira. Desvendando a Computação Forense. 1ª ed. São Paulo: Novatec, 2011.

ERBACHER, R. F.; CHRISTIANSEN, K.; SUNDBERG, A. Visual network forensic techniques and process. In: Annual symposium on information Assurance, 1., 2006, Albany. Proceedings of the 1st Annual Symposium on Information Assurance, Albany: University at Albany, 2006.

FEITOZA PACHECO. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro, 2007.

FRAGOSO, Suely. Espaço, Ciberespaço, Hiperespaço. In: Textos de Comunicação e Cultura, n. 42, UFBA, 2000, p. 105-113.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. Crimes na Internet e Inquérito Policial Eletrônico. São Paulo: Edipro, 2012.

GERCKE, M. Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response. International Telecommunication Union. 2012.

GRECO, Rogério. Atividade Policial; aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 4 ed. Niterói: Impetus, 2012.

HARTMANN, Ivan Alberto Martins. O acesso à internet como direito fundamental. 2007. 94 f. orientador SARLET, Ingo Alberto Wolfgang. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais).

HOLT, Thomas J.; BOSSLER, Adam M. Cybercrime in progress: theory and prevention of technology – enabled offenses. New York: Routledge, 2016. Series: Crime Science Series 17. n.p.

KENT, K., CHEVALIER, S., GRANCE, T., DANG, H. (2006). Guide to integrating forensic techniques into incident response: Recommendations of the national institute of standards and technology. NIST Special Publication 800-86. National Institute of Standards and Technology (NIST).

OEPSSELL, David R. A ontologia do ciberespaço: a Filosofia, a lei e o futuro da propriedade intelectual. São Paulo: Madras, 2004.

KOLB, Anton; ESTERBAUER, Reinhold; RUCKENBAUER, Hans-Walter (Org.). Ciberética: responsabilidade em um mundo interligado pela rede digital. São Paulo: Loyola, 2001.

KRUSE, W. G; HEISER, J. G. Computer Forensics: Incident Response Essentials. Addison-Wesley Professional. 2001.

LEMOS, André L. M. Estruturas antropológicas do ciberespaço. Textos de Cultura e Comunicação, Salvador, n. 35, p. 12-27, jul. 1996.

LESSIG, Lawrence. Code: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 2000.

LIMBERGER, Têmis. Direito e Informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 200.

MANDARINO JR, Raphael; CANOGIA, Claudia (Orgs.). Livro Verde: Segurança Cibernética no Brasil. Brasília: GSI – Gabinete de Segurança Institucional, 2010.

MARCHERI, Pedro Lima. A intimidade e o armazenamento cauteloso de conexões no marco regulatório da Internet. Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas. v. 4, n. II, jan/jun, 2015, Faculdade FISUL, Garibaldi, RS, Brasil.

MORAES, Maurício Zanoide. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Teoria Jurídica e Novos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PALMER, G. and CORPORATION, M.. A road map for digital forensic research. Technical report. 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. Novos Direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhes são conexas. Revista Sequência, nº 50, jul. de 2005, p. 224.

PETERSEN, Daniel Chamorro. As funções do endereço IP e seus reflexos no poder de requisição da autoridade policial. Revista brasileira de ciências criminais, nº 136, 2017, p. 157-185.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira. Boletim IBCCrim, ano 8, nº 101. abr. 2001.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RAMAL, Andrea Cecília. Educação na Cibercultura: Hipertextualidade, Leitura, Escrita e Aprendizagem. Porto Alegre: Artmed, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal as sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otavio de Oliveira Rocha; revisão, Luiz Flávio Gomes. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Michéle Tancman Candido da; SILVA, C. A. F. A DIMENSÃO SOCIOESPACIAL DO CIBERESPAÇO: UMA NOTA. Revista da pós-Graduação em Geografia – GEOgraphia, Niterói, nº 2, 1999.

Introdução

Este artigo discute as principais características do regime federativo brasileiro, destacando alguns dos desafios que este tem enfrentado ao longo do passado recente. Nesse sentido, duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) merecem especial atenção: a primeira acerca do rateio de tributos arrecadados pelo Governo Federal; e a segunda sobre a compensação exigida pela não arrecadação, em virtude de norma federal, de tributo de competência estadual. Trata-se, ainda, de destacar a oportunidade perdida de se implementar uma estratégia articulada e abrangente de equacionamento ou minimização desse esgarçamento como resultado do trabalho de comissão de especialistas dedicada ao estudo do nosso pacto federativo.

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: (i) o conceito de pacto federativo; (ii) as origens do pacto brasileiro; (iii) a Federação no nosso ordenamento constitucional; (iv) evidenciação da crise federativa; (v) busca por um diagnóstico global; (vi) estimação dos ganhos e perdas conjuntas; (vii) detalhamento dos ajustes requeridos; (viii) abandono do diagnóstico global; (ix) agravamento da

crise federativa; (x) explicação da descoordenação federativa; e (xi) algumas considerações sobre (des)pacto federativo. Por fim, temos a conclusão.

1. O Conceito de Pacto Federativo

A expressão “pacto federativo” refere-se às condições de coesão e integridade de uma federação. Na sua forma mais pura, o federalismo possui as seguintes características:

- a) autonomia financeira: atribuição de receitas próprias aos entes, permitindo-lhes o exercício do poder político na extensão fixada pela Constituição Federal;
- b) autonomia administrativa: faculdade atribuída a cada ente de organizar-se, sem interferências externas ou sem se ater a modelos predeterminados; e
- c) autogoverno: garantia de que os entes podem escolher os seus líderes de forma independente, não sendo admitidas eleições em listas fechadas de candidatos para as chefias dos vários níveis de governo.

A principal vantagem da forma federal de governo é permitir a repartição do exercício do poder político. Por um lado, aproxima os gestores públicos da população, para que as necessidades desta última sejam mais bem compreendidas e atendidas. Por outro, permite que cada nível de governo atue como fator limitador da expansão de seus congêneres.

Destaque-se que há significativa superposição entre a questão “federalismo fiscal”, que lida com a repartição de competências tributárias e orçamentárias entre entes nacionais e subnacionais, e o tema “pacto federativo”, que, resumidamente, discute os deveres e direitos recíprocos desses mesmos entes.

O relacionamento entre entes de uma federação pode ser de natureza competitiva ou cooperativa. Teoricamente, a competição, por embutir controles automáticos, promove uma melhor atuação do conjunto. Como exemplo, convém notar que entes

cujas decisões fiscais sejam percebidas como insustentáveis no médio e longo prazos podem arcar, ainda no curto prazo, com quedas na oferta de crédito e no nível de investimentos. Os recursos, assim tornados disponíveis, seriam absorvidos por entes julgados solventes por credores e investidores. Portanto, a competição por boas avaliações por parte dos órgãos ou agências classificadoras de risco de crédito teria propriedades autorreguladoras.

A combinação de competição fiscal com descentralização administrativa busca aprimorar a qualidade das políticas públicas, bem como criar um ambiente propício a inovações institucionais e permitir maior controle por parte da sociedade sobre a estrutura tributária e o gasto público. Esse modelo, contudo, pode produzir efeitos indesejáveis, como estimular um grau de concorrência tributária ou fiscal que gere resultados econômicos ineficientes no tempo e no espaço ou impossibilitar a execução de políticas públicas de caráter geral e redistributivo. Portanto, o desafio central é impedir ou reduzir os efeitos indesejáveis da competição, preservando os seus benefícios por intermédio de transferências intergovernamentais e da harmonização dos sistemas tributários.

A cooperação, por sua vez, depende da formalização de mecanismos financeiros como os consórcios públicos, envolvendo complexos arranjos institucionais. Nesse caso, a aplicação de sanções por inadimplemento das obrigações assumidas requer o preenchimento de formalidades contratuais e legais, envolvendo alguma demora e algum grau de incerteza quanto à sua eficácia (Teixeira, 2006).

Destaca-se que as federações enfrentam, com frequência, o problema do *free rider* (ou seja, do ente “caroneiro”), que estimula o uso por seus cidadãos de serviços públicos mantidos por outros entes. Assim, onera-se o ente prestador do serviço público, enquanto o *free rider* minimiza os seus custos operacionais. Esse comportamento acontece quando, por exemplo, uma localidade limita-se, na área de saúde, a disponibilizar ambulâncias para o transporte de enfermos até hospitais de cidades que estejam impedidas, legal ou eticamente, de adotar qualquer sistema de triagem na admissão de novos pacientes.

Ademais, quando um ente subnacional tem a faculdade de transferir para o governo central as suas obrigações financeiras e/ou dificuldades administrativas, isso pode, no limite, inviabilizar tanto a competição como a cooperação no âmbito da federação, pois toda a coletividade, especialmente aquela sem voz ativa nos

assuntos internos do ente em questão, arca com os custos das disfunções acumuladas. O resultado é um federalismo de natureza predatória, no qual o bônus é estritamente local, mas o ônus é eminentemente nacional. Dessa forma, a população de cada localidade não estabelece uma relação clara entre os deveres suportados (superdimensionados para alguns, subdimensionados para outros) e os direitos auferidos (subdimensionados para os primeiros, superdimensionados para os últimos, mesmo com a introdução de ajustes que busquem minimizar as diferenças existentes na capacidade contributiva).

2. As Origens do Pacto Brasileiro

O modelo de federalismo adotado pela Constituição de 1891 concedia aos estados poderes praticamente ilimitados. Essa ampla autonomia fiscal embutia diversas distorções: admitir que os estados contraissem dívidas externas à revelia da União; permitir a cobrança do imposto de exportação – principal fonte de receita daquela época – inclusive no caso de estados sem comércio exterior, com sua cobrança incidindo sobre o mercado interno; possibilitar que os estados definissem suas fontes de receita, de tal forma que esses entes não apenas não transferiam recursos para os municípios como podiam tributar as receitas destes (Arraes e Lopes, 1999).

A desordem fiscal perdurou até a Revolução de 1930. No entanto, embora tenha havido avanços em termos de organização e reforma do sistema tributário, a Constituinte de 1934 não promoveu alterações relevantes na distribuição das receitas públicas entre as três esferas de governo.

Na Constituinte de 1946, a única alteração significativa foi a inclusão do imposto de indústrias e profissões como competência exclusiva dos municípios. Ainda assim, não houve melhoria substancial da participação da esfera municipal na repartição da carga tributária.

Durante o regime militar, de 1964 a 1985, as decisões de caráter tanto fiscal como tributário foram centralizadas. Ao mesmo tempo, aprimorou-se o sistema de transferências intergovernamentais, baseado em fundos específicos, como os Fundos de Participação dos estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM).

Na Constituição de 1988, o sistema tributário permaneceu tripartido, dividido em impostos (não vinculados), taxas e contribuições de melhoria (ambas vinculadas), com os entes da Federação podendo instituir tributos pertencentes às três categorias. Também há as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – todas de competência da União, exceto no caso da contribuição para custeio do regime previdenciário dos servidores públicos de cada ente.

A nova Constituição disciplinou expressamente os impostos que competem aos estados⁸² e aos municípios⁸³, ampliando a base tributária de ambas as esferas de governo. Além do mais, discriminou os impostos que cabem à União⁸⁴, embora admitindo que outros possam ser instituídos mediante lei complementar.

A Lei Maior também aprimorou a sistemática de repasses de receitas para os entes subnacionais, consubstanciada nos fundos de participação (FPE e FPM), nas transferências diretas (parcelas do ICMS, do IPI e do IPVA) e nos Fundos Constitucionais de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), Nordeste (FNE) e Norte (FNO). As participações do FPE e do FPM na arrecadação do IR e do IPI, por exemplo, mais do que dobraram: de 10%, nos dois casos, para 21,5% e 24,5%, respectivamente. A participação dos municípios na repartição do ICMS, por sua vez, passou de 20% para 25% do montante arrecadado.

O atual pacto federativo, ao lado do reconhecimento da igualdade formal entre os entes da Federação, também arrola entre os seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades regionais, permitindo, no plano do federalismo fiscal, que certas regiões sejam favorecidas por políticas que procurem promover o seu desenvolvimento. Coerentemente com esse objetivo, se, por um lado, as ampliações da base tributária beneficiaram os estados mais desenvolvidos, por outro, os critérios de repartição do FPE

⁸² Impostos sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e de comunicação (ICMS), sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) e sobre transmissão causa mortis e doações (ITCD).

⁸³ Impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), sobre transmissão de bens imóveis por ato intervivos (ITBI) e sobre serviços de qualquer natureza (ISS).

⁸⁴ Impostos sobre a importação, sobre a exportação, sobre produtos industrializados (IPI), sobre operações de crédito, câmbio e seguro (IOF), sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre a propriedade territorial rural (ITR).

passaram a atribuir tratamento preferencial às regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte. Dessa forma, as receitas disponíveis (ou seja, aquela detida após as transferências constitucionais) de estados e municípios, em relação ao PIB, aumentaram no período de 1988 a 1990.

Os incrementos na disponibilidade de recursos de estados e municípios tiveram como contrapartida a expansão tanto dos gastos incorridos como dos benefícios fiscais oferecidos. Estes últimos, ao buscar ampliar as estruturas econômicas locais, contribuíram para a chamada “guerra fiscal”.

3. A Federação na Constituição Brasileira

A Federação brasileira é resultado, conforme o art. 1º da Constituição federal, da união indissolúvel dos estados e municípios. Destaca-se que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, conforme o art. 60, § 4º, inciso I, da Carta Magna.

As atribuições da União e dos entes subnacionais foram repar-tidas de forma conjugada, estabelecendo-se competências exclu-sivas e privativas, bem como comuns e concorrentes. Destacam-se os seguintes dispositivos da Lei Maior:

- 1) competências materiais e legislativas exclusivas e pri-vativas da União: arts. 21 e 22;
- 2) competências materiais comuns da União, dos estados e dos municípios: art. 23;
- 3) competências legislativas concorrentes da União e dos estados: art. 24;
- 4) competência residual dos estados: art. 25;
- 5) competência residual dos municípios: art. 30;
- 6) competências das unidades da Federação em matéria tributária: art. 150 e seguintes.

Especificamente acerca da questão tributária, a Constituição Federal discrimina os tributos que podem ser estabelecidos por cada ente: os da União constam do art. 153; os dos estados, do art. 155; e os dos municípios, do art. 156. Além do mais, os arts. 157 a 162 preveem a participação tanto dos estados na arrecadação de impostos federais como dos municípios na arrecadação de im-postos federais e estaduais.

A repartição de competências adotada é bastante complexa. Embora seja lícito supor que os constituintes de 1988 almejassem um federalismo equilibrado, conciliando autonomia e eficiência administrativa, logrou-se, ao final, um estado concentrado, com a União detendo a maior parcela de poderes.

O atual ordenamento limita bastante o campo de atuação dos estados. A competência residual prevista no art. 25, privativa desses entes, configura-se, na prática, inexistente, pois a Constituição federal discrimina de forma exaustiva as matérias sujeitas à atuação exclusiva ou privativa da União, esgotando o rol de temas jurídicos relevantes. Ademais, ao atribuir competências privativas aos municípios, a Lei Maior impôs outra limitação aos estados, que deixaram de poder dispor sobre a organização dos poderes locais.

Convém notar que o parágrafo único do art. 22 permite à União, por meio de lei complementar, delegar aos estados competência para legislar sobre matérias que lhe cabem privativamente. Essa hipótese, entretanto, tem ocorrido raramente, como no caso da Lei Complementar nº 103, de 2000, que permite que os legislativos estaduais disponham sobre pisos salariais.

Assim, a ação legislativa dos estados está restrita às competências comuns e concorrentes, previstas nos arts. 23 e 24. No entanto, o parágrafo único do art. 23 estipula que lei complementar federal definirá as formas de cooperação entre os entes da Federação no caso de competências comuns, enquanto o art. 24 especifica as matérias de competência concorrente da União e estados, determinando que compete à primeira editar normas gerais sobre essas matérias (conforme o § 1º). São dispositivos que também limitam o campo de atuação dos estados, embora não excluam a competência suplementar desses entes (conforme o § 2º). Efetivamente, na ausência de lei federal sobre normas gerais, os estados têm plena competência legislativa para buscar atender às suas peculiaridades (conforme o § 3º), mas com a ressalva de que lei federal superveniente suspende a eficácia das leis estaduais no que lhe for contrário (conforme o § 4º). Assim, as leis federais sempre têm proeminência sobre as leis estaduais.

Em decorrência do pouco destaque que têm, os legislativos estaduais dedicam-se, preponderantemente, ao controle da administração pública estadual, pouco participando na criação de direitos dos cidadãos ou no disciplinamento do exercício de direitos

fundamentais. Esse desprestígio reflete-se em suas Constituições – em geral, meras transcrições do texto federal.

No passado recente, os estados e municípios passaram a enfrentar uma nova ordem de restrições, resultante (i) do reforço do controle dos seus gastos por normas federais como as Leis Camata I e II, e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Leis Complementares n^{os} 82, de 1995, 96, de 1999, e 101, de 2000); (ii) das restrições impostas às suas ações por meio dos acordos de refinanciamento das suas dívidas pela União; e (iii) do crescimento no número de vinculações de receitas e/ou gastos, por meio das quais o Congresso Nacional estipula, para todos os entes, valores ou percentuais mínimos que devem ser despendidos em programas específicos, como no caso das áreas de educação e saúde.

Em síntese, no que tange à repartição de competências, o pacto federativo brasileiro é do tipo cooperativo. Na prática, todavia, a União e os entes subnacionais mantêm relacionamento desordenado e predatório (MENDES e GALL, 2000). Há problemas de ineficiência na alocação dos recursos disponíveis, bem como disputas crônicas em torno da partilha e/ou liberação das receitas públicas, e da concessão de benefícios fiscais por um ente, para atrair investimentos, em detrimento de seus congêneres. Há, portanto, uma tensão permanente entre todas as partes interessadas.

Impõe-se notar que o governo é financiado por tributos próprios e transferências federais, com essas últimas sendo observadas imperfeitamente pelos cidadãos. Assim, a parcela dos fundos públicos passível de ser capturada pela classe política varia segundo a fonte desses fundos: quanto maior o volume de tributos próprios, menor a parcela capturada em decorrência da maior transparência. Gadenne (2016), por exemplo, ao avaliar o impacto do Programa de Modernização da Administração Tributária e da Gestão dos Setores Sociais Básicos (PMAT), constatou que o programa aumentou a arrecadação própria em pelo menos 12% após seis anos, bem como proporcionou a uma maior provisão de educação e uma menor incidência de corrupção na comparação com as transferências.

Além do mais, a forte dependência dos entes subnacionais de transferências advindas do governo federal, combinado com a complexidade e a opacidade do nosso sistema tributário, é um importante indutor de ilusão fiscal – comum em federalismos de natureza predatória. Neste caso, os contribuintes tendem a subestimar os custos dos bens e serviços providos pelo governo,

demandando-os em volume superior ao que fariam na ausência de ilusão (araujo e siqueira, 2016).

4. A Crise Federativa Evidenciada

Após 1988, os conflitos entre os três níveis de governo têm sido recorrentes, envolvendo competências legais e tributárias, requisitos prévios para a contratação de operações de crédito e até mesmo disputas fronteiriças (vide Anexo). O lócus desses conflitos tem sido o STF, ao qual compete processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta, conforme o art. 102, inciso I, alínea *f*, da Constituição federal.

No entanto, somente em fevereiro de 2010, esses conflitos ganharam especial relevo. Naquela ocasião, o STF declarou a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62, de 1989. Esses dispositivos, ao tratarem do rateio do FPE, estipulavam coeficientes fixos para cada estado, destinando 85% dos recursos envolvidos para as regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte, e 15% para as regiões Sudeste e Sul. Os coeficientes valeriam até o exercício de 1991. A partir de 1992, seriam substituídos por novos critérios, definidos com base nos resultados do censo demográfico de 1990. Isso, porém, permaneceu pendente de discussão e aprovação pelo Congresso Nacional, continuando em vigor os coeficientes originais.

Em sua decisão, o STF manteve os dispositivos mencionados em vigor até 31 de dezembro de 2012, prazo prorrogado por 150 dias posteriormente. Entre os argumentos usados para demonstrar a inconstitucionalidade, destacava-se a afirmação de que os coeficientes não promoviam o equilíbrio socioeconômico entre os estados, como requerido pelo art. 161, inciso II, da Carta Magna.⁸⁵ Segundo o relator, ministro Gilmar Mendes, deve haver a possibilidade de revisões periódicas desses coeficientes, *de*

⁸⁵ Esse dispositivo também determina que cabe à lei complementar estabelecer os critérios de rateio do FPE, entre outros fundos, enquanto o parágrafo único do art. 39 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê que essa norma deveria ser votada até doze meses após a promulgação da nova Constituição.

*modo a se avaliar criticamente se os até então adotados ainda estão em consonância com a realidade econômica dos entes federativos e se a política empregada na distribuição dos recursos produziu o efeito desejado.*⁸⁶

Como o montante entregue aos estados por meio do FPE é fixo, conforme previsão constitucional, a decisão tomada pelo STF significava que o Congresso Nacional precisaria redefinir as cotas-parte das partes interessadas, com perdas e ganhos se compensando (ROCHA, 2010). Abriu-se, assim, uma “guerra” entre os estados. Nos anos seguintes teríamos uma vívida demonstração dos problemas associados à crescente judicialização das relações federativas, em prejuízo da dimensão contratual ou, ainda melhor, consensual inerente a todo “pacto” político.

5. Buscando um Diagnóstico Global

Em face da decisão acerca do FPE, o Senado Federal instituiu comissão com a finalidade de analisar e propor soluções para questões relacionadas ao sistema federativo (Comissão de Especialistas para Análise do Sistema Federativo).⁸⁷ A comissão era integrada por Bernard Appy, Fernando Rezende, Ives Gandra Martins da Silva, João Paulo dos Reis Velloso, Luís Roberto Barroso, Manoel Felipe Rêgo Brandão, Marco Aurélio Marrafon, Michal Gartenkraut, Paulo de Barros Carvalho, Sérgio Prado e, como presidente e relator, Nelson Jobim (ex-presidente do Supremo Tribunal Federal) e Everardo Maciel (ex-secretário da Receita Federal), respectivamente. O objetivo da comissão era propor novas regras para o pacto federativo.

Em 28 de maio de 2012, o Jornal do Senado assim resumiu os desafios da nova comissão:⁸⁸

As relações dentro da Federação estão estremecidas. Estados brigam com estados e estados brigam com a União. O que está em disputa é dinheiro – cada um luta com unhas e dentes por um pedaço maior do bolo dos recursos públicos. Há o dinheiro do FPE, fatiado entre 27 entes. Há o dinheiro da dívida que os estados têm com a União. Há o dinheiro do ICMS, o imposto que representa a principal fonte de receita dos estados. E há o

⁸⁶ Vide: <https://tinyurl.com/aym7u5g>. Acesso em: 30/3/2018.

⁸⁷ Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2012.

⁸⁸ Disponível em: <https://tinyurl.com/ydgvdgo6>. Acesso em: 30/3/2018.

dinheiro cobrado das empresas de petróleo (os royalties) e repartido entre União, estados e municípios. Nas quatro situações, fórmulas levam ao quinhão que cabe a cada estado e à União. No passado, satisfaziam todas as partes. Com o tempo, ficaram obsoletas. Hoje até provocam prejuízos.

Diante dessa situação, os entes da Federação buscam avolumar seus quinhões a todo custo. Alguns exageram nas isenções de ICMS para atrair empresas e investimentos. Outros entraram na Justiça para que a partilha do Fundo de Participação lhes fosse mais favorável. É legítimo o desejo de dinheiro. Sem ele, afinal, não se constroem hospitais, escolas, estradas. Sem ele, a máquina pública não anda. O problema é que, para que um estado ganhe, outro estado (ou a União) precisa perder.

Para que os quatro pontos visados fossem equacionados, o Congresso Nacional precisaria aprovar novas normas, com natureza e trâmites diferentes, como propostas de emenda constitucional, projetos de lei ordinária ou complementar e projetos de resolução. Ainda assim, as lideranças entenderam que as melhores soluções somente seriam encontradas se os quatro pontos fossem discutidos simultaneamente e isoladamente. Assim, as perdas de um estado na partilha de royalties do petróleo poderiam ser compensadas, em maior ou menor grau, com eventuais ganhos, por exemplo, no rateio do FPE.

6. Simulando Compensações Cruzadas⁸⁹

A Comissão de Especialistas adotou como ponto de partida exercício aritmético destinado a avaliar os ganhos e perdas dos estados decorrentes de eventuais reformas (i) do FPE; (ii) do ICMS; (iii) da distribuição de royalties e participações especiais incidentes sobre a produção de petróleo e derivados; e (iv) da renegociação da dívida dos estados com a União.

O exercício procurou verificar: (i) a ordem de grandeza dos ganhos e perdas envolvidos em cada uma das reformas; (ii) até que ponto os ganhos (ou perdas) de cada estado em uma das reformas seriam compensados por perdas (ou ganhos) em outra reforma; e (iii) até que ponto seria possível tirar proveito desses ganhos ou perdas para se fazer a melhor reforma possível, em

⁸⁹ Baseado na Nota Informativa nº 1.204, de 15 de maio de 2012, do consultor legislativo do Senado Federal Marcos Mendes.

termos técnicos, em cada uma das quatro áreas aqui tratadas. Destaca-se que: (i) não foram exploradas diversas possibilidades de reforma; (ii) escolheu-se uma proposta representativa para cada tópico; e (iii) não foram feitos exercícios baseados em período de transição e alíquotas diferenciadas, por exemplo.

O cenário para o ICMS adotou como base uma reforma que tornasse a alíquota interestadual igual a zero (KHAIR, 2011). Com essa reforma, o tributo passaria a ser pago ao estado no qual o contribuinte utiliza os serviços públicos, seria possível desarmar a guerra fiscal e seria viável a simplificação da legislação, reduzindo os custos administrativos dos contribuintes e do próprio fisco.

Os cenários para as receitas decorrentes da exploração de petróleo e o FPE, por sua vez, basearam-se, respectivamente, no Projeto de Lei nº 2.56, de 2011⁹⁰, e no Projeto de Lei Complementar nº 50, de 1999.

O cenário para a renegociação das dívidas estaduais, por fim, tomou o valor estimado dos pagamentos anuais das prestações das dívidas, a partir do atual saldo devedor, e aplicou um desconto de 20%, tido como um resultado provável da negociação em torno do passivo. A Tabela 1 consolida os resultados dos quatro cenários, bem como calcula o impacto em termos da receita corrente líquida (RCL) de cada ente.⁹¹

⁹⁰ Posteriormente transformado na Lei nº 12.734, de 2012, que “modifica as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha”.

⁹¹ Valor anual apurado no 4º quadrimestre de 2011 (no caso de AM e AP, 3º quadrimestre de 2011).

Tabela 1: Ganhos e Perdas das Reformas do FPE, ICMS, Participações do Petróleo e Renegociação da Dívida Estadual

(em R\$ milhões)

UF	FPE (A)	ICMS (B)	PETRÓLEO (C)	RENEGO- CIAÇÃO DA DÍVIDA (D)	TOTAL (E=A+...+D)	RCL (F)	TOTAL/ RCL (G=E/F)
AC	- 197	157	150	30	139	2.976	5%
AL	761	283	152	156	1.352	4.801	28%
AM	935	- 6.436	- 108	29	- 5.581	7.918	- 70%
AP	- 412	104	149	2	- 157	2.721	- 6%
BA	- 1.679	- 528	214	179	- 1.815	19.227	- 9%
CE	- 944	845	307	65	273	10.966	2%
DF	354	1.297	30	41	1.722	12.860	13%
ES	46	- 2.822	- 592	27	- 3.341	9.773	- 34%
GO	689	- 1.950	124	256	- 881	12.639	- 7%
MA	- 590	1.242	316	76	1.044	8.065	13%
MG	- 993	2.489	195	1.485	3.176	37.284	9%
MS	1.055	- 1.582	58	136	- 333	5.994	- 6%
MT	498	- 371	101	63	291	7.820	4%
PA	123	1.282	267	44	1.717	10.426	16%
PB	145	206	209	30	590	5.993	10%
PE	- 941	783	302	114	258	14.549	2%
PI	1.284	605	189	57	2.135	5.050	42%
PR	- 505	660	126	300	581	19.713	3%
RJ	228	5.586	- 3.187	1.148	3.775	39.268	10%
RN	8	803	- 34	16	793	5.916	13%
RO	62	191	123	45	421	4.481	9%
RR	131	76	108	- 5	311	2.323	13%
RS	- 183	291	103	940	1.150	21.928	5%
SC	275	- 1.892	56	126	- 1.435	13.791	- 10%
SE	- 555	361	40	43	- 111	4.914	- 2%
SP	1.131	- 1.891	412	3.156	2.807	106.633	3%
TO	- 727	201	190	19	- 318	4.549	- 7%

Fonte: Nota Informativa nº 1.204, de 15 de maio de 2012, do consultor legislativo do Senado Federal Marcos Mendes.

Em relação ao ICMS, observa-se que apenas cinco estados teriam perdas relevantes, como proporção de suas RCL: AM, ES, MS, GO e SC. Convém notar que, por esse critério, SP teria perdas pouco relevantes. Já as perdas de AM devem estar superestimadas, pois os cálculos basearam-se em notas fiscais eletrônicas, sendo que esse estado oferece incentivos tributários que praticamente anulam o imposto destacado nas notas fiscais informadas aos demais membros da Federação. O pequeno número de estados perdedores e a ordem de grandeza das perdas faziam crer que seria possível a organização de um fundo de compensação (parcial ou total), financiado pela União e pelos estados ganhadores, que viabilizaria politicamente a implementação dessa reforma.

No caso das receitas decorrentes da exploração de petróleo, haveria apenas dois grandes perdedores: RJ e ES. O primeiro, porém, seria mais do que compensado pelos ganhos obtidos na reforma do ICMS. No geral, porém, os efeitos das duas reformas tendem a não se compensar: dezenove estados ganhariam na redistribuição tanto do ICMS como dos royalties.

No que tange ao FPE, os estados prejudicados nas reformas tratadas anteriormente seriam parcialmente compensados no presente cenário, como é o caso de AM, ES, GO, MS, MT, SC e SP. Por outro lado, dos onze estados que perderiam com essa reforma, dez seriam compensados com ganhos nas outras – BA, por exemplo, seria prejudicada na reforma do FPE e do ICMS, mas seria parcialmente compensada com receitas decorrentes da exploração de petróleo. Há uma evidente complementaridade entre a reforma do FPE e as outras duas, o que deveria tornar política e tecnicamente mais fáceis a sua adoção caso fossem tratadas em conjunto.

Por fim, na renegociação da dívida, todos os estados ganhariam. No entanto, isso não seria suficiente para anular as perdas dos dois grandes perdedores (AM e ES). Já os perdedores intermediários, GO e MS, teriam pequena melhora em seu resultado final. Ou seja, essa reforma, se aplicada uniformemente, não compensaria as perdas observadas nos demais cenários, servindo, no âmbito de uma estratégia global, para tão somente atrair o apoio dos estados mais beneficiados ao conjunto de reformas.

Em síntese, as simulações reafirmam que seria vantajoso tratar conjuntamente as quatro questões submetidas à Comissão de Especialistas.

7. Repensando a Federação Brasileira

Os trabalhos da Comissão de Especialistas envolveram um conjunto ainda maior de cenários, buscando repensar em bases racionais a Federação brasileira. Os relatórios finais⁹² continham as seguintes proposições, com suas respectivas justificações:

a) propostas de emenda constitucional:

- I – fixação de novas bases para o federalismo fiscal brasileiro, com a instituição de um código próprio;
- II – elevação da parcela do IPI transferida para os estados e municípios exportadores e alteração nos respectivos critérios de rateio;
- III – vedação ao estabelecimento de normas, de âmbito nacional, que repercutam sobre a remuneração de servidores estaduais e municipais; e
- IV – alteração nos critérios de rateio da cota-parte municipal do ICMS;

b) projetos de lei complementar:

- I – estabelecimento, em caráter excepcional em relação ao disposto no art. 35 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000), de condições para refinanciamento de dívidas contratadas com a União pelos estados, Distrito Federal e municípios;
- II – regulamentação da forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais, no âmbito do ICMS, serão concedidos e revogados, em conformidade com o disposto na alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição federal;
- II – alteração da Lei Complementar nº 62, de 1989, para dispor sobre os critérios de rateio do FPE; e
- III – alteração do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 1966), para instituir cadastro único dos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas;

c) outras proposições:

- I – instituição, no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940), do tipo penal relacionado com práticas da guerra

⁹² Disponíveis em: <https://tinyurl.com/yckrlf4k> e <https://tinyurl.com/y83uzfzv>. Vide, ainda: <https://tinyurl.com/ycfp6rq8>. Acesso em 30/3/2018.

fiscal por agentes públicos, no âmbito dos crimes contra as finanças públicas; e

II – redução gradual, mediante resolução do Senado Federal, das alíquotas do ICMS aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

Duas outras questões assumiram conotação especial: (i) a repartição, os critérios de rateio e a destinação das receitas decorrentes da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e (ii) a tributação pelo ICMS das operações e prestações interestaduais destinadas ao consumidor final e realizadas de forma não presencial. Em ambos os casos, as matérias já tinham sido apreciadas pelo Senado Federal na legislatura então em curso. Não haveria, portanto, como submeter anteprojeto de normas a esse respeito. Tendo em vista o propósito de aperfeiçoar os projetos, ainda em tramitação no Congresso Nacional, a comissão optou por sugerir emendas àquelas proposições.

O relatório também enumerou questões que não foram examinadas, mas que são igualmente importantes para qualquer discussão sobre federalismo fiscal:

- a) desestímulo à guerra fiscal no âmbito do ISS;
- b) fixação de novos critérios de rateio do FPM;
- c) revisão da legislação aplicável à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM);
- d) revisão do CTN no que se refere a tributos e à repartição de receitas tributárias, que se encontram ultrapassados em virtude da Constituição de 1988 e de normas infraconstitucionais subsequentes;
- e) elaboração de leis complementares relativas à cooperação intergovernamental setorial, a que se refere o parágrafo único do art. 23 da Constituição federal; e
- f) elaboração do Código do Federalismo Fiscal, caso prosperasse o anteprojeto que o introduzia no nosso ordenamento constitucional.

Havia, conseqüentemente, elementos para uma ampla reflexão sobre o nosso regime federativo.

8. A Reflexão Frustrada

O cenário virtuoso que inspirou a criação da Comissão de Especialistas, entretanto, não demorou a dar lugar a um clima vicioso, embalado pela rigidez das normas regimentais e pela ausência de um avalista que balizasse as compensações cruzadas requeridas pelas várias iniciativas.

Em regimes federativos com instâncias deliberativas horizontais débeis e alto grau de judicialização, como no caso brasileiro, compete ao governo central atuar como coordenador das ações dos entes subnacionais. Assim tem sido, com algum sucesso, nos campos da educação e da saúde. Outro exemplo foram os programas de ajuste fiscal firmados no final da década de 1990, em um autêntico processo de tentativa e erro, tantos foram os fracassos colecionados nos anos anteriores. No caso do pacto federativo, todavia, a União tem falhado de maneira recorrente em desempenhar o papel que lhe caberia. A discussão em torno do rateio do FPE não foi exceção a essa regra.

Ainda antes da instituição da Comissão de Especialistas ficou evidente que a União não participaria das tratativas sobre o novo rateio. Esse posicionamento ocorreu, por exemplo, no decorrer do colóquio “Federalismo Fiscal e Combate às Desigualdades: Repartição Intergovernamental de Receitas Tributárias”, promovido pela Subchefia de Assuntos Federativos da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República em 22 e 23 de julho de 2010.

O colóquio tinha como objetivo reunir demandas nacionais e experiências internacionais relativas à distribuição dos recursos fiscais em regimes federativos. A discussão contou com a participação de autoridades e especialistas nacionais e internacionais. Estiveram presentes Erik Fasten (Alemanha), Santiago Diaz de Sarralde Miguez (Espanha), Sérgio Prado (Universidade de Campinas) e François Bremaeker (Organização “Transparência Municipal”). O evento contou ainda com a participação de secretários estaduais da fazenda, do Presidente da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais, de representantes da Secretaria do Tesouro Nacional, da Receita Federal do Brasil, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, da Consultoria Legislativa do Senado Federal, da Associação Brasileira de Municípios, da Confederação Nacional dos Municípios, da Frente Nacional dos

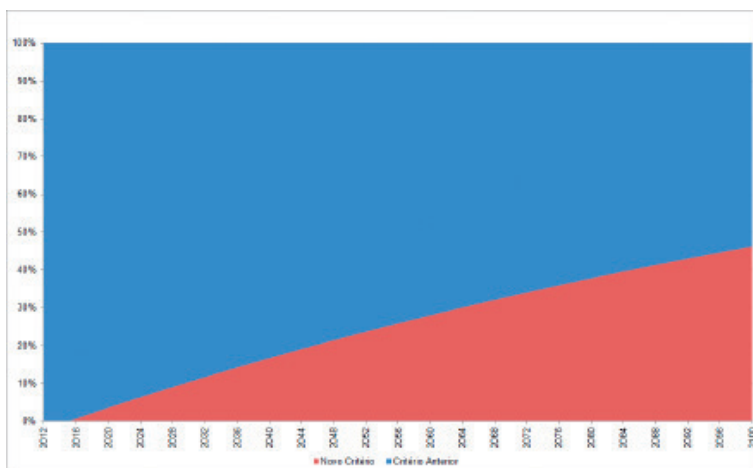
Prefeitos e da sociedade civil. Naquela ocasião, o Secretário-Adjunto do Tesouro Nacional registrou que o novo rateio seria definido pelo Congresso Nacional sem o concurso do governo Federal, cabendo aos estados encaminhar as suas demandas aos parlamentares.

Somando-se a isso as peculiaridades do processo legislativo, que não permitem que proposições de natureza distinta tramitem conjuntamente, e a ampla liberdade usufruída pelos parlamentares na definição da pauta legislativa, com o diagnóstico encampado no momento da instituição da Comissão de Especialistas não tendo efeitos vinculantes sobre as decisões subsequentes, o resultado é que o trabalho desenvolvido não teve continuidade. Um único anteprojeto foi aproveitado integralmente, na forma da Proposta de Emenda à Constituição nº 136, de 2015, que *altera a parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados a ser entregue pela União aos estados e ao Distrito Federal, bem como os respectivos critérios de rateio de que tratam o inciso II e o § 2º do art. 159 da Constituição*, que ainda aguarda deliberação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

O rateio da FPE, que requeria solução urgente, acabou sendo tratado isoladamente,⁹³ com o anteprojeto apresentado inspirando a nova norma, mas ajustado de modo a tornar residuais as mudanças em relação ao rateio original. Com efeito, a Lei Complementar nº 143, de 2013, superindexou as cotas-parte pagas em 2015 (IPCA + 75% da variação real do PIB), fixou teto de 0,070 e piso de 0,012 para o fator representativo da população e aplicou redutor sobre os coeficientes dos entes cuja renda seja maior que 72% da renda domiciliar per capita nacional. Supondo-se que o crescimento médio anual real do PIB e da arrecadação de IR e IPI será de 3% após 2016, hipótese otimista, as novas regras incidirão sobre 7,72% do montante a ser rateado em 2026 e sobre 46,27% em 2100, conforme o Gráfico 1.

⁹³ A renegociação das dívidas subnacionais também foi tratada isoladamente, na forma da Lei Complementar nº 148, de 2014, alterada pela Lei Complementar nº 151, de 2015.

Gráfico 1: Simulação da Evolução do Rateio do FPE



Fonte: Rocha (2013b).

A exemplo do rateio de tributos arrecadados pelo governo central na Índia e em outras federações africanas e latino-americanas, a parcela variável do FPE continuará sendo partilhada segundo um modelo paramétrico, baseado nos critérios “população” e “renda per capita”. O risco de uma competição predatória entre os entes subnacionais impediu que se avançasse na discussão em torno da adoção de modelos equalização fiscal, como os das federações alemã, australiana e canadense, e mesmo de países unitários, como a Dinamarca e a Suécia (Ter-Minassian *et al.*, 1997). Nesse modelo, busca-se medir a capacidade fiscal de cada ente subnacional. Para isso, apura-se a distância entre a receita de um estado e a receita dos demais. Dessa forma, *p. ex.*, caso houvesse três estados com receitas fiscais per capita, pré-partilha, de R\$ 90,00 (“A”), R\$ 60,00 (“B”) e R\$ 30,00 (“C”), o fundo seria rateado de tal modo que “C” receberia uma cota-parte maior, enquanto “A” receberia uma menor. Trata-se da forma mais direta de complementar a receita fiscal das unidades federadas com menor capacidade de arrecadação.

A decisão do STF acerca do rateio do FPE evidenciou as insuficiências do federalismo fiscal brasileiro, mas pressionou um único nível de governo, os estados, permitindo que o governo Federal se esquivasse de qualquer ônus advindo da nova norma. Com isso, perdeu-se uma grande oportunidade para uma reflexão mais apurada sobre os deveres e obrigações de cada ente. Em

breve, essa descoordenação se manifestaria novamente de modo ainda mais pernicioso.

9. A Crise Federativa Agravada

Em 30 de novembro de 2016, o STF fixou prazo de doze meses para que o Congresso Nacional editasse lei complementar regulamentando os repasses de alteração na Lei Kandir. Aprovou, em 21 de novembro de 2017, parecer contendo substitutivo que fixa a compensação devida aos entes subnacionais pela não incidência do ICMS sobre as exportações de produtos primários e semielaborados em R\$ 19,5 bilhões para 2019, em R\$ 29,25 bilhões para 2020 e em R\$ 39 bilhões para os exercícios subsequentes, corrigidos pelo IPCA, e estabelece que esses entes receberão repasses mensais destinados a compensar, em até trinta anos, as perdas acumuladas desde 1996.⁹⁴

Esse encontro de contas exigirá abatimentos da ordem de R\$ 548,8 bilhões, em valores de 1º de julho de 2017, conforme cálculos do Comitê dos Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal (Comsefaz), nos haveres financeiros da União junto a estados e municípios. Segundo o Balanço Geral da União, esses haveres totalizaram, em 31 de dezembro de 2016, R\$ 556,7 bilhões e geraram, naquele exercício, receitas financeiras de R\$ 24,9 bilhões. No presente contexto de forte crise fiscal, substancial elevação das despesas correntes com transferências para os entes subnacionais concorrerá para o não cumprimento, já em 2019, do Novo Regime Fiscal, instituído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

Essa elevação das despesas correntes, combinada com a redução nas receitas financeiras decorrente da baixa de haveres detidos pela União, tornará ainda mais difícil, senão impossível, o cumprimento da regra de ouro das finanças públicas, que prevê que as receitas advindas de operações de crédito não podem superar as despesas de capital (art. 167, inciso III, da Constituição federal).

Os riscos assinalados demonstram que a não compensação ou a não provisão de recursos compatíveis com os dispêndios gerados pelo substitutivo é incompatível com uma gestão fiscal

⁹⁴ Vide: <https://tinyurl.com/y73tyeu3>. Acesso em: 30/3/2018.

responsável, podendo criar, se bem sucedida, um grave impasse entre os Poderes.

10. A Descoordenação Federativa

Mendes *et al.* (2008) destacam que as transferências incondicionais, obrigatórias e sem contrapartida predominam entre nós. São transferências com amparo constitucional. Elas têm como características positivas a elevada autonomia dos governos subnacionais e a alta independência em relação a fatores políticos. No entanto, é perceptível a perda de expressão relativa, ao longo do passado recente, desse tipo de transferência. Multiplicam-se as soluções ad hoc, sem correto embasamento na Lei Maior, em prejuízo do equilíbrio entre as várias esferas de governo.

Exemplificam a mencionada perda de expressão os auxílios complementares para fomentar exportações concedidos por normas ordinárias, e as compensações de perdas observadas no FPM, no FPE e, mais recentemente, na arrecadação do ICMS.⁹⁵ Embora incondicionais e sem contrapartida, não contam com amparo constitucional e, por extensão, expõem estados e municípios às contingências próprias do ciclo orçamentário federal (ROCHA, 2013^a). O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, foi bastante categórico ao examinar os auxílios no Relatório do Acórdão de Plenário nº 2.201, de 2008:

As transferências de recursos federais (...) com o propósito de fomentar as exportações, segundo critérios distintos daqueles fixados na (...) (Lei Kandir) não preenchem os requisitos para serem considerados transferências voluntárias (...).

[Essa sistemática] (...) fomenta o surgimento de uma “babel de transferências intergovernamentais”, classificadas como “obrigatórias” ou “voluntárias” ao bel-prazer do Poder Executivo, que arbitra o rótulo que lhe convém para a transferência da União, de acordo com as circunstâncias e conveniências, sem qualquer objetividade (...).

Em linhas gerais, essa crítica também vale para as compensações mencionadas. A presente ressalva não se refere ao mérito

⁹⁵ Leis nºs 12.058, de 2009, e 12.306, de 2010, e Medida Provisória nº 599, de 2012.

dos auxílios e das compensações, mas sim ao formato legal adotado. Sem pretender adentrar o campo doutrinário, uma simples analogia deve bastar para ilustrar o problema em comento. Ora, é fácil supor que os governos subnacionais endossem o entendimento de que leis federais não podem impor obrigações às demais esferas de governo, salvo previsão constitucional específica ou acordo expresso entre as partes. Dado isso, consideramos razoável postular que esse princípio também vale para as normas que pretendam assegurar direitos (ou, no caso em tela, recursos financeiros). Admitir aportes incondicionais e sem contrapartida da União em favor de estados e municípios cria um grau de incerteza orçamentária que atenta contra a efetiva autonomia desses entes, nos termos definidos na Carta Magna.

Pensando-se o pacto fiscal brasileiro em termos de usos e fontes, tem-se, em termos líquidos, alguns poucos estados pagadores e vários recebedores. A cooperação (e a confiança) entre entes é, portanto, essencial. A Constituição federal, contudo, não trata desse tema de maneira exaustiva, em que pese o disposto no seu art. 23, parágrafo único.⁹⁶ Basta notar que o Conselho Nacional de Política Fazendária, que é o órgão consultivo por excelência da política tributária federativa⁹⁷ resulta de convênios entre as fazendas federal e estaduais.⁹⁸ Não há uma previsão constitucional que requeira a participação dos governos estaduais. O conselho citado está apenas tacitamente abrigado pelo art. 199 do CTN e pelo art. 2º da Lei Complementar nº 24, de 1975. O primeiro dispositivo prevê que as fazendas públicas da União e dos entes subnacionais prestarão assistência mútua. O segundo, por sua vez, estipula que os convênios para a concessão de isenções do ICMS serão celebrados em reuniões para as quais serão convocados representantes de todos os estados e do Distrito Federal, presididas por representantes do governo federal. Trata-se, assim, mais de uma negociação entre pares do que de uma imposição legal.

⁹⁶ Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

⁹⁷ Ainda que o seu campo de atuação se limite, do ponto de vista legal, à regulamentação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS).

⁹⁸ Convênios ICM nº 8, de 1975, e ICMS nºs 17, de 1990, e 133, de 1997.

O resultado alcançado é operacionalmente estável em decorrência da convergência de objetivos entre todos os envolvidos, uma vez que o monitoramento recíproco é do interesse direto das várias secretarias estaduais de fazenda. O mesmo, porém, não ocorre em outros campos, como se as decisões de gasto, de endividamento ou de contabilização de receitas e despesas não tivessem repercussões sistêmicas, afetando a demanda e a oferta agregadas, o nível de equilíbrio da taxa de juros e a reputação dos demonstrativos fiscais.

11. O (Des)Pacto

O federalismo brasileiro tem como principal característica a transferência de montantes auferidos pela União em prol de estados e municípios ou pelos estados em prol dos municípios que os integram. As transferências se dão na forma de compartilhamentos ou compensações constitucionais e legais ou de parcerias voluntárias firmadas mediante acordos, contratos ou convênios. Os dois grandes embates jurídicos relatados anteriormente tiveram origem justamente em desacordos sobre os montantes transferidos. São dois exemplos do predomínio da judicialização sobre a noção de “pacto”, este último entendido como expressão de um acordo sobre meios e fins entre as partes envolvidas. Quando os direitos e deveres de cada esfera de governo são discutidos em termos estritamente jurídicos, temos um jogo de “soma zero”, onde o ganho de uma parte implica perda para outra. Perde-se de vista a possibilidade da construção de soluções negociadas mutuamente benéficas.

Na prática, há uma demanda latente por mais transferências, especialmente de receitas federais para os entes subnacionais, independentemente de qualquer consideração sobre eficiência econômica ou de sustentabilidade fiscal. No entanto, quaisquer reforços nesse tipo de transferência tendem a afetar as contas públicas de quatro maneiras:

- a) compressão dos gastos discricionários, especialmente dos investimentos;
- b) redução do superavit primário, aumentando o montante da dívida pública e, conseqüentemente, dificultando a redução da taxa de juros básica da economia;

- c) aumento da carga tributária mediante a elevação de algum tributo, diminuindo a renda disponível das famílias e empresas;
- d) uma combinação das três situações anteriores.

A redução do investimento público federal, o aumento do montante da dívida pública e a elevação da carga tributária são situações que limitam a capacidade de crescimento do país. Para que o reforço almejado fosse considerado ao menos neutro em termos macroeconômicos, seria preciso compensá-lo contendo-se os principais itens de gastos correntes da União (custeio, pessoal, previdência, assistência social, etc.). As condições políticas e jurídicas⁹⁹ para isso, contudo, não parecem presentes.

Claro que, na margem, os entes subnacionais sempre poderão obter alguns ganhos. O que parece improvável é que se logre, em condições de normalidade institucional, uma ampla redefinição do rateio da carga tributária entre os vários níveis de governo. Para além das medidas pontuais de redistribuição de receitas públicas, há dois campos que poderiam ser mais bem explorados: (i) a experimentação de novos arranjos legais e administrativos; e (ii) o aprimoramento da gestão do gasto público.

Em relação ao primeiro campo, embora o setor público brasileiro seja fortemente influenciado por nossa tradição jurídica, sistematicamente perseguindo soluções que estejam ancoradas em juízos formais absolutos e universais, já deveria estar claro que a dinâmica social está repleta de situações de caráter contingente e singular. Nesse contexto, nada mais apropriado ao encontro da melhor solução do que simplesmente comparar os resultados das soluções possíveis. Entendemos que a previsão contida no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal poderia ser acionada com mais frequência, delegando-se aos estados competência para legislar sobre matérias que cabem privativamente à União.

No caso da contabilização de receitas e despesas, em especial, são evidentes os conflitos de competência entre, de um lado, os órgãos de controle externo de estados e municípios¹⁰⁰ e, de outro,

⁹⁹ Sobre estas últimas, há, por exemplo, a já citada fixação de valores ou percentuais mínimos que devem ser despendidos em educação e saúde e o consagrado princípio jurídico da irredutibilidade dos valores nominais de salários, pensões e aposentadorias.

¹⁰⁰ Cfe. os arts. 71, inciso II, e 75 da Lei Maior.

a STN, em substituição ao Conselho de Gestão Fiscal (CGF).¹⁰¹ Afinal, se a interpretação é inerente ao ato de julgar, como uma instância infraconstitucional promoverá a *harmonização e coordenação entre os entes da Federação*? E essa ressalva permanecerá válida ainda que o CGF já estivesse funcionando.

Momentaneamente, as atribuições de normatização e monitoramento do órgão central de contabilidade do Governo Federal encontram amparo nos programas de reestruturação e de ajuste fiscal firmados na década de 1990 – um ato voluntário dos governos estaduais. No entanto, o fim desses programas, em 2027–2030, fragilizará sobremaneira o papel central exercido pela STN no controle das finanças públicas. Conceber soluções legais e constitucionais para essa lacuna normativa é, por exemplo, uma condição necessária para a introdução, no rateio dos fundos constitucionais, de critérios de equalização da capacidade fiscal – ou seja, que busquem mitigar diretamente as desigualdades na capacidade fiscal dos entes subnacionais.

Somente o correto equacionamento dos problemas estruturais apontados proporcionará, de maneira consistente, um horizonte de planejamento de longo prazo que permita redefinir em bases cooperativas e transparentes o pacto federativo brasileiro.

Convém notar que a Austrália também se deparou com a necessidade de promover uma compatibilização das regulamentações adotadas por seus estados e territórios. Ademais, a cooperação entre estes era obstada pela falta de mecanismos efetivos de coordenação e a insatisfação com a distribuição de receitas fiscais era muito elevada. Diante disso, aquele país institucionalizou o debate entre o governo central e os governos estaduais e territoriais. Os assuntos passaram a ser discutidos previamente, colhendo subsídios para o processo decisório. Isso resultou na criação do Conselho dos Governos Australianos (COAG, na sigla em inglês), do qual participam o primeiro-ministro, os governadores dos seis estados, os ministros-chefes dos dois territórios e o presidente da Associação dos Governos Locais Australianos.

A Comissão de Transferências da Federação (*Commonwealth Grants Commission*), por sua vez, é um órgão estatutário independente que assessora o governo central na assistência financeira aos estados e territórios. Compete a essa comissão, por

¹⁰¹ Cfe. os arts. 50, § 2º, e 67, inciso I, da Lei Complementar nº 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

exemplo, recomendar como as receitas do imposto sobre bens e serviços (*GST*, na sigla em inglês) devem ser distribuídas entre os estados e territórios para que se alcance a equalização fiscal horizontal. Essas receitas podem ser utilizadas livremente e representam aproximadamente 50% das transferências recebidas pelos estados e territórios.

Em 2006, os estados e territórios criaram o Conselho da Federação Australiana (*CAF*, na sigla em inglês), reunindo somente os titulares dos estados e territórios. Trata-se de um arranjo de cooperação horizontal que enseja a harmonização regulatória, aperfeiçoa o desenvolvimento de políticas públicas e incentiva a inovação gerencial.

Conforme Levy (2011), o *COAG* pode inspirar diversas inovações institucionais no Brasil, tais como: (i) acompanhar de maneira mais acurada as transferências para cada ente subnacional e para cada setor; (ii) investir em mecanismos de monitoramento e avaliação; (iii) construir agendas comuns entre os entes subnacionais; (iv) criar oportunidades de aprendizado mútuo; e (v) buscar a equalização fiscal horizontal. Apesar das tensões interiores ao sistema e dos prováveis desvios, existe um propósito permanente de planejar o país no curto, médio e longo prazos, de fixar metas e de prevenir perdas. A valorização da negociação intrafederativa, em particular, e a busca de soluções consensuais sobre meios e fins, em geral, pode explicar, em alguma medida, porque a Austrália não sofre uma recessão, definida como dois trimestres consecutivos de crescimento negativo, desde junho de 1991.

12. Conclusão

A Federação brasileira, embora apresente inúmeras deficiências, apresenta razoável estabilidade. Para isso, contribuíram o legado do estado unitário da época do império e a moderação das diferenças étnicas, linguísticas e religiosas entre os seus habitantes. Da mesma forma, os ciclos de contração e de expansão do poder central e a tradição conciliadora da política nacional facilitaram a consecução dos ajustes ao longo do tempo. Especificamente acerca dos sistemas tributário e fiscal, os mecanismos redistributivos permitem conciliar interesses regionais divergentes e contraditórios, transferindo-se recursos públicos entre diferentes esferas de governo e regiões mais e menos desenvolvidas com uma intensidade

e rapidez que poucos países lograram obter sem sobressaltos políticos dramáticos (Serra e Afonso, 2007).

No entanto, as disputas em torno do rateio do FPE e, ainda mais grave, da compensação exigida pela não incidência do ICMS sobre as exportações de bens primários e semielaborados e sobre as aquisições destinadas ao ativo permanente podem estar sinalizando o esgotamento do atual modelo.

A primeira disputa, ao confrontar os tesouros estaduais, resultou em um impasse, em prejuízo do pleno atendimento do mandamento constitucional para que se fixasse uma regra dinâmica que propiciasse a redução das desigualdades regionais. A solução encontrada, condicionada pelas necessidades financeiras prementes dos governos estaduais, foi mudar o mínimo possível.

A segunda, a seu tempo, alinhou os estados em uma frente contrária ao Governo Federal. Os termos da solução aventada pela comissão especial da Câmara dos Deputados aponta para o risco de que se busque salvar a Federação destruindo-se a União, apostando-se no descontrole do endividamento público ou no estrangulamento da capacidade contributiva da sociedade. É certo que um governo central demasiado forte conspira contra uma federação saudável. É igualmente inescapável, entretanto, que esta última também requer um centro em plenamente operacional.

Os impasses observados e os riscos assinalados reforçam a percepção de que nosso “pacto” federativo, fortemente judicializado, com baixo nível de coordenação, especialmente em questões financeiras e tributárias, e com acentuada assimetria informacional entre quem custeia e quem usufrui os serviços públicos, tem uma forte dimensão predatória. Os problemas detectados têm sido enfrentados sem uma visão de conjunto. Os resultados, infelizmente, não têm sido satisfatórios e é palpável a ameaça de agravamento da crise. A experiência da Federação australiana e, mais importante, o trabalho da comissão de especialistas instituída pelo Senado Federal mostram que outras alternativas poderiam ser exploradas, calcadas em soluções cooperativas entre os vários níveis de governo. Os insucessos recentes podem ser o estopim que faltava para essa mudança.

13. Bibliografia¹⁰²

ARAUJO, Jevuks M.; SIQUEIRA, Rozane S. (2016). Demanda por gastos públicos locais: evidências dos efeitos de ilusão fiscal no Brasil. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, 40(1):189-219 (disponível em: <https://tinyurl.com/ybzl2ak5>).

ARRAES, Ronaldo A.; LOPES, Carlos M. (1999). Irresponsabilidade Fiscal, Pacto Federativo e as Finanças Municipais. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 30, número especial, p. 596-613 (disponível em: <https://tinyurl.com/y9bz0s4p>).

GADENNE, Lucien (2016). Tax Me, But Spend Wisely? Sources of Public Finance and Government Accountability. Warwick Economics Research Papers nº 1.131 (disponível em: <https://tinyurl.com/y9n363nk>).

KHAIR, Amir (2011). Avaliação do Impacto de Mudanças nas Alíquotas do ICMS nas Transações Interestaduais. Texto para Debate do Banco Interamericano de Desenvolvimento nº 212 (disponível em: <https://tinyurl.com/y7yauuct>).

LEVY, Evelyn (2011). Eficácia na contratualização intergovernamental na Austrália. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, 1(2):87-112 (disponível em: <https://tinyurl.com/y72jhzdb>).

MENDES, Marcos; GALL, Norman. (2000). O Que é Federalismo? Braudel Papers nº 24, p. 13-16 (disponível em: <https://tinyurl.com/yaqyhzwf>).

MENDES, Marcos et al. (2008). Transferências Intergovernamentais no Brasil: Diagnóstico e Proposta de Reforma. Texto para Discussão da Consultoria Legislativa do Senado Federal nº 40 (disponível em: <https://tinyurl.com/y9v3rvms>).

ROCHA, C. Alexandre A. (2010). Rateio do FPE: Problemas Passados e Riscos Futuros. In: Meneguim, F. B. (Org.). Agenda Legislativa para o Desenvolvimento Nacional. Brasília : Senado Federal, p. 345-69 (disponível em: <https://tinyurl.com/ybxg2fkn>).

_____ (2013a). O FPM é Constitucional? Texto para Discussão da Consultoria Legislativa do Senado Federal nº 124 (disponível em: <https://tinyurl.com/y82eark6>).

_____ (2013b). Rateios do FPE e do FPM. Apresentação de slides (disponível em: <https://tinyurl.com/ycm5ov9g>).

SERRA, José; AFONSO, José R. R. (2007). El Federalismo Fiscal en Brasil: una visión panorámica. Revista de la Cepal, nº 91, p. 29-52 (disponível em: <https://tinyurl.com/ybxcqdxp>).

TEIXEIRA, Luciana S. (2006). Consórcios Intermunicipais: instrumentos para aumentar a eficiência do gasto público. In: Mendes, Marcos (Org.). Gasto Público Eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro : Topbooks, p. 245-74.

TER-MINASSIAN, Teresa et al. (1997). **Fiscal Federalism in Theory and Practice**. Washington : Fundo Monetário Internacional.

¹⁰² Links acessados em 30/03/2018.

Anexo: Exemplos de Conflitos Federativos Arbitrados pelo STF após 1988

CLASSE	NÚMERO	PARTES	ASSUNTO	DATA
AC	6-8/RJ	RJ × União	Retenção de recursos por inadimplência	26/2/2003
AC	921-9/GO	GO × União	Cálculo da receita líquida real	28/5/2005
AC	231-1/RJ	RJ × União	Cálculo da receita líquida real	31/8/2005
AC	268-1/BA	BA × União	Cálculo da receita líquida real	31/8/2005
AC	549/AL	AL × União	Contrato de refinanciamento da dívida	26/11/2009
AC	3.755/DF	AP × União	Registro de inadimplência	7/10/2015
ACO	435-5/PR	PR × União	Ressarcimento de despesa de convênio	24/5/2007
ACO	1.044/MT	MT × União	Desoneração das exportações	30/11/2016
ACO	758/SE	SE × União	Abatimentos do FPE	19/12/2016
ACO	1.039/MS	União × MS	Cálculo da receita líquida real	25/8/2017
ACO	664/RJ	RJ × União	Contrato de refinanciamento da dívida	1/9/2017
ADI	1.728-8/DF	PB × SF	Vinculação de receita estadual	11/12/1997
ADI	2.396-9/MS	GO × MS	Fechamento de mercado consumidor	26/9/2001
ADI	1.689-2/PE	PGR × PE	Vinculação de receita municipal	12/3/2003
ADI	2.955-9/PE	PGR × PE	Invasão de competência legislativa (loterias)	13/12/2006
ADI	3.189-9/AL	PGR × AL	Invasão de competência legislativa (loterias)	13/12/2006
ADI	3.293-3/MS	PGR × MS	Invasão de competência legislativa (loterias)	13/12/2006
ADI	1.593-1/PE	PGR × PE	Pagamento de precatórios	7/11/2007
ADI	875/DF	RS × CN	Rateio do FPE	24/2/2010
ADI	1.987/DF	MT+GO × CN	Rateio do FPE	24/2/2010
ADI	2.727/DF	MS × PR+CN	Rateio do FPE	24/2/2010
ADI	3.243/MT	MT × PR	Rateio do FPE	24/2/2010
ADI	4.167/DF	MS+PR+S-C+RS+CE × PR+CN	Piso nacional para os professores	27/4/2011

CLASSE	NÚMERO	PARTES	ASSUNTO	DATA
ADI	4-949/RJ	PGR × RJ	Invasão de competência legislativa (defesa à saúde)	11/9/2014
ADI	3.735/MS	PGR × MS	Invasão de competência legislativa (licitações e contratos)	8/9/2016
ADI	3.148-1/TO	PGR × TO	Invasão de competência legislativa (loterias)	13/12/2016
ADO	23/DF	BA+MA+M-G+PE × PR+CN	Regra provisória de rateio do FPE	24/2/2010
ADO	25/DF	PA × CN	Desoneração das exportações	30/11/2016
MS	210.419/160	RO × AC	Divisa entre os estados	12/6/1991
MS	34.137/DF	RJ × União	Cobrança de juros simples	19/4/2016
MS	33.761/DF	MG × União	Pagamento de precatórios	26/4/2016
RE	572.762-9/SC	SC × Mun. Timbó	Retenção de receita municipal	18/6/2008
RE	404.663-6/RS	Mun. Gravataí × INSS	Nulidade de certidão de dívida ativa	23/6/2009
RE	336.739/SC	MPF × SC	Invasão de competência legislativa (cartórios)	6/5/2014
RE	705.423/SE	Mun. Itabi × União	Cálculo das cotas-parte do FPM	23/11/2016

164 165

Fonte: Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa do Senado Federal.

Reforma Tributária

Dois Caminhos Possíveis

Renato Friedmann

Há trinta anos foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Há trinta anos a sociedade clama por uma reforma do capítulo tributário dessa mesma Constituição.

A sobrevida de um sistema tributário que é detestado de norte a sul e de leste a oeste do país só não é mais surpreendente porque, aos trancos e barrancos, esse sistema vinha gerado, até recentemente, as receitas crescentes que a voracidade estatal exige. No entanto, isso deixou de ser verdade a partir de 2015.

Paradoxalmente, essa mudança de conjuntura pode favorecer a agenda da reforma tributária. Se anteriormente ela não se viabilizava devido aos receios de perda de receitas e ao fantasma de uma crise fiscal, agora, que o temido fantasma tomou corpo, talvez a reforma tributária seja um caminho para ajudar a espantá-lo.

O objetivo deste texto é avaliar a evolução do Sistema Tributário Nacional (STN) nos últimos dez anos e discutir as alternativas mais viáveis de reforma que estão postas na mesa hoje. Argumentarei que, após trinta anos de insatisfação com a ordem tributária vigente, pouco mudou e, em especial, pouco mudou para melhor; que a insatisfação é justificada, embora nem sempre pelas razões alegadas; e que

os dois caminhos existentes hoje para a reforma tributária trazem vantagens e desvantagens diferentes.

O texto está dividido em seis partes. A primeira descreve as principais insatisfações com o sistema tributário; a segunda, as mudanças ocorridas nos últimos dez anos; a terceira, as distorções provocadas pelos tributos indiretos; a quarta, as distorções criadas pelos tributos diretos; a quinta, as distorções decorrentes dos critérios de repartição de receitas; a sexta, que conclui o texto, enfoca duas propostas de reforma alternativas e excludentes que poderão definir o futuro da tributação no Brasil.

1. O Sistema Tributário Nacional: uma unanimidade às avessas

166 167

Qualquer avaliação do STN hoje em dia está fadada a repetir os mesmos adjetivos empregados nos últimos vinte ou trinta anos. O sistema é complexo, burocrático e deixa brechas para elisão e sonegação. Por isso mesmo é um sistema de alto custo e que resulta em um grande número de conflitos judiciais.

Como se isso não bastasse, o STN é uma máquina de produzir ineficiência econômica, seja pelo caráter cumulativo de vários tributos, seja pelo tratamento diferenciado que confere aos diversos bens e serviços, sem que tais diferenças se justifiquem com base em externalidades (positivas ou negativas) ou em qualquer outro argumento relevante. Do ponto de vista das exportações e do investimento em bens de capital, o sistema não é menos nocivo (já foi pior, é verdade). A ineficiência econômica está associada, em grande medida, à própria complexidade do sistema, transformado em um agregado de incoerências pela diversidade alíquotas, bases de cálculo e sistemas de crédito tributário desenhados casuisticamente, para atender interesses circunstanciais e particulares. A adoção de apenas um tributo indireto com fins arrecadatórios, dotado de uma alíquota também única, de uma base de cálculo uniforme e infenso à concessão de benefícios fiscais seria

uma vacina contra a maior parte das distorções que testemunhamos hoje, além, é claro, de um paradigma de simplificação.

Além disso, o STN é injusto. Ele viola de várias formas o princípio da capacidade contributiva e as exigências da equidade horizontal e vertical. A incidência restrita da tabela progressiva do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) é o fulcro dessa disfuncionalidade.

Na repartição das receitas tributárias entre as unidades da Federação, o sistema é, de novo, excessivamente conflitivo. Nem a União, que recebe a maior fatia do bolo, nem os estados e os municípios estão satisfeitos com suas participações relativas. Além disso, as regras de repartição são, em si mesmas, desnecessariamente complexas. Entre os estados existe ainda uma tensão permanente criada pela guerra fiscal, isto é, pelo espaço que o atual ordenamento jurídico deixa – talvez não na letra da lei¹⁰³, mas certamente na prática – para que os estados disputem empresas com elevado potencial arrecadatório e econômico, às custas do empobrecimento dos Tesouros Estaduais de seus vizinhos. O mesmo problema existe, em grau menor, entre os municípios, relativamente ao Imposto sobre Serviços (ISS).

Em suma, o STN padece, essencialmente, de três males: é excessivamente complexo, à beira do caos; ofende os princípios da equidade vertical e da equidade horizontal, ou seja, é injusto; e gera um permanente estado de beligerância entre os contribuintes e o Fisco e entre as unidades da Federação.

É claro que esses três defeitos se fazem sentir, em maior ou menor grau, por todo o STN. No entanto, as seções 3, 4 e 5 procuram identificar onde se encontram, essencialmente, os pontos de origem de cada uma dessas fraquezas. Antes disso, porém, convém revisar a evolução (se é que esse termo é adequado) do sistema tributário nos últimos dez anos.

2. Dez anos sem novidades no capítulo tributário da Constituição

As duas propostas de reforma tributária que mais impacto tiveram nos debates desde 1988 foram o imposto único – uma espécie de tributo sobre movimentação da conta bancária – e a

¹⁰³ Refiro-me à Lei Complementar nº 24, de 1975.

unificação do Imposto sobre Mercadorias e Serviços (ICMS)¹⁰⁴. A primeira mexeu com o imaginário popular, ao prometer a suprema simplificação, mediante a criação de um imposto sobre transações bancárias e a abolição dos demais tributos; a segunda foi uma tentativa de salvar as finanças estaduais de um sistema tributário que conduz inexoravelmente ao suicídio fiscal.

As vantagens do imposto único são evidentes: extrema simplicidade e arrecadação automática – características que o tornam supostamente inexpugnável aos sonegadores. Os problemas, embora menos óbvios, eram graves – cumulatividade, total incoerência com o princípio da capacidade contributiva, não neutralidade e impossibilidade prática de desonerar exportações e investimentos. Além dessas questões de técnica tributária, qualquer conta simples revela que a alíquota necessária para sustentar o Estado brasileiro, em suas três esferas, seria insustentável e conduziria à desintermediação financeira. O destino dessa proposta acabou sendo, de certa forma, irônico: não se tornou um imposto único, em substituição aos demais, mas, pelo contrário, inspirou a criação de mais um tributo, acrescentado à constelação dos já existentes .

A segunda proposta – unificação do ICMS – partia de um diagnóstico equivocado que dominou o debate durante os dois mandatos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso e o primeiro do ex-presidente Lula. O objetivo principal dessa proposta era combater a guerra fiscal entre os estados por meio da unificação da legislação e das alíquotas do ICMS. Sua maior vantagem era, novamente, a simplificação (embora apenas do ICMS, e não dos demais tributos). Do lado das desvantagens, a proposta concentrava fortemente o poder tributário na esfera federal e esvaçava as competências estaduais, o que criava inclusive a possibilidade de questionamento por violação do art. 60 da Constituição Federal (CF). Foram sugeridos alguns mecanismos para suavizar a perda da autonomia tributária dos estados, mas, na prática, os impactos não seriam significativos. O resultado seria o engessamento dos orçamentos estaduais além de qualquer limite prudente, dado que a maior parte das despesas é obrigatória, o ICMS é a maior fonte de arrecadação própria e outra parte expressiva da receita é de transferências federais, que os estados também não controlam. Como as unidades federadas podem enfrentar

¹⁰⁴ A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF).

conjunturas fiscais distintas, seria difícil encontrar soluções que satisfizessem simultaneamente a todos. Não é difícil imaginar que a pressão exercida pelos estados com pior desempenho fiscal resultaria na combinação da elevação da carga tributária com a intensificação dos apelos pela maior repartição de recursos da União. Nesse ambiente conflituoso, o mais desprotegido seria o contribuinte.

A unificação do ICMS formava a essência da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 41, de 2003, encaminhada, sob grandes holofotes, pelo Poder Executivo. Dela resultou a Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 2003, a qual, curiosamente, não guardava nenhum dispositivo relativo à unificação do ICMS. Em outras palavras, levada ao teste do Parlamento, a montanha pariu um rato.

Depois da tentativa frustrada com a EC nº 42, de 2003, não sobrevieram grandes novidades no texto tributário da Constituição. Houve sucessivas prorrogações da Desvinculação das Receitas da União (DRU), um pequeno ajuste no Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a repartição da receita da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide), um pequeno e desastrado ajuste no ICMS incidente sobre bens destinados a consumidores finais em estado diferente do estado do vendedor e uma surpreendente emenda à Constituição concedendo imunidade a fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil. Eis tudo, por incrível que pareça, especialmente considerando a (suposta) prioridade concedida à reforma tributária na agenda de reformas nas últimas décadas.

A par disso, a CPMF, cuja prorrogação havia sido rejeitada no final de 2007, sofreu uma tentativa frustrada de ressurreição em 2015, como forma de combater a crise fiscal.

Mais relevante do que a tentativa de restabelecer a CPMF foi o Projeto de Resolução do Senado (PRS) nº 1, de 2013, que realizaria a transição do ICMS para o princípio do destino – uma solução para a guerra fiscal muito mais simples e inteligente do que a unificação do imposto anteriormente proposta. Infelizmente, o PRS naufragou durante a fase final das negociações e tudo permaneceu como antes.

No nível infraconstitucional, foram realizadas alterações importantes no Simples Nacional. A reforma do Simples, que ampliou imensamente a abrangência desse regime de tributação, foi, ao fim e ao cabo, a única verdadeira alteração tributária de relevo

dos últimos dez anos. Se isso foi bom ou ruim, trata-se de questão sujeita a grande polêmica.

As duas propostas que se apresentam como alternativas para a reforma tributária hoje são, em alguma medida, herdeiras das ideias do Imposto sobre Movimentação Financeira e da unificação do ICMS. Com a primeira proposta, a universalização do Simples compartilha o objetivo de criar um imposto único; com a segunda, a criação de um Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) à moda europeia tem em comum a simplificação e racionalização do principal tributo indireto do País e o combate à guerra fiscal.

3. Tributos indiretos: o coração do caos

Embora centrar a reforma tributária no combate à guerra fiscal seja um equívoco, é inegável que a multiplicidade de tributos indiretos – além do ICMS, também o IPI, o ISS, o PIS, a Cofins, a Cide e o IOF ¹⁰⁵, além dos tributos sobre comércio exterior – mergulhou o País em uma babel contábil, burocrática e jurídica.

A diversidade de espécies tributárias e de alíquotas cria controvérsias judiciais acerca da incidência sobre cada produto ou serviço particular e estimula disputas entre o Fisco e os contribuintes acerca da base de cálculo de cada tributo – em especial acerca da inclusão ou não de alguns tributos indiretos na base de cálculo de outros. Além disso, tornou-se praticamente impossível tornar transparente ao contribuinte a carga tributária existente nas operações de venda de produtos ou prestação de serviços ao consumidor final.

A razão histórica dessa (des)organização tributária é uma estratégia de repartição de receitas entre sujeitos ativos diferentes, construída ao longo de várias alterações constitucionais ainda anteriores à CF de 1988 e reproduzida por ela. A preocupação com as fontes de recursos de cada esfera da federação, legítima em sua origem, inspirou um sistema que peca por envolver o contribuinte em disputas que não lhe dizem respeito – isto é, disputas entre os entes federados e entre despesas que reclamam vinculações de recursos orçamentários. O resultado desse envolvimento inútil e

¹⁰⁵ IPI é o Imposto sobre Produtos Industrializados; ISS é o Imposto sobre Serviços; PIS é a Contribuição para o Programa de Integração Social, Cofins é a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e IOF é o Imposto sobre Operações Financeiras.

desnecessário do contribuinte em questões de vinculação orçamentaria e de repartição de receitas é uma das principais razões para o sentimento de que reina um caos tributário no País.

Completa o cenário a diversidade de leis e normas infralegais relativas a tributos indiretos, muitas das quais dispõem sobre obrigações acessórias e outras tantas criam formas mais ou menos disfarçadas de incentivos e benefícios fiscais. A mobilização de profissionais qualificados para gerir esse caos causa, certamente, um ônus considerável para a economia. São milhares de profissionais bem pagos, tanto no setor público quanto no setor privado, subtraídos de atividades produtivas para administrar o inadministrável.

A solução para esses problemas não envolve a revelação de grandes segredos ocultos de alquimia tributária. Bastaria adotar um único imposto em substituição aos diversos tributos indiretos atualmente existentes, com uma legislação unificada e com o menor número de alíquotas possível. Melhor será se esse imposto preservar a autonomia dos entes federados e observar o princípio do destino.

As repartições e as vinculações das receitas auferidas seriam tratadas em separado, de forma a não perturbar o contribuinte, tal como já procede o Simples¹⁰⁶. Tanto ele quanto um IVA à moda europeia poderiam cumprir essa função.

4. Tributos diretos: o coração da injustiça

Há alguns anos se discute a progressividade do Sistema Tributário Nacional. Em síntese, o argumento mais comum à falta de progressividade do STN é o seguinte: temos tributos indiretos demais, tributos diretos são tipicamente regressivos, o imposto sobre a renda não é capaz de compensar a regressividade dos tributos indiretos, e a arrecadação dos tributos sobre a propriedade é pífia.

¹⁰⁶ A decisão de vincular ou não receitas a determinadas finalidades é um problema orçamentário, e não tributário. O contribuinte não deveria ter que se preocupar com a destinação final dos recursos que entrega ao Estado. Essa proliferação de tributos iguais ou quase iguais (o que é ainda pior, porque torna mais complexa a obrigação tributária) é irrelevante para as decisões econômicas e para a administração da vida financeira do contribuinte, exceto pelo fato de que pode torná-la ainda mais onerosa pelas inúmeras obrigações acessórias e complicações da legislação.

Há verdades e mentiras nesse argumento. Primeira verdade: há um problema com o imposto sobre a renda. Segunda verdade: a arrecadação dos tributos incidentes sobre a propriedade é muito baixa.

O que está errado com esse argumento? Primeiro, que os tributos indiretos sejam por natureza regressivos. Esse equívoco é fruto do antigo pressuposto de que os estratos mais altos de renda tendem a poupar mais, como proporção da renda, do que os estratos mais baixos. Essa ideia foi abandonada há muito pelos economistas, tanto por falta de substrato teórico, quanto por ausência de indícios empíricos. Um segundo argumento, menos sensível a críticas teóricas, mas que ainda depende de comprovação empírica, associa a regressividade do STN a alíquotas de tributos indiretos mais elevadas no caso dos bens e serviços básicos em relação a bens e serviços supérfluos.

Com base nesses e outros argumentos, muita tinta já se gastou tentando provar que a tributação no Brasil é, ou que não é, regressiva – em outras palavras, que a carga tributária é – ou não é – inversamente proporcional à renda do contribuinte. Com a devida vênia aos contendores, alguns mais rigorosos do que outros, proponho abordar a questão de outro ângulo, mais simples e, acredito, menos suscetível a controvérsias.

Em síntese, centrar a análise da regressividade ou progressividade do STN no conceito de estratos de renda – ricos vs. pobres – pode ser menos produtivo do que adotar a perspectiva das espécies de rendimentos. Não porque essa seja uma perspectiva em princípio mais relevante do que outras, mas porque, especificamente em relação ao IR, a legislação brasileira cria distinções indefensáveis entre os tratamentos conferidos às diversas fontes de renda. De fato, a lei coloca a imensa maioria dos empresários em uma situação distinta – e privilegiada – em relação aos demais contribuintes.

Nesses termos, é mais fácil identificar a injustiça que caracteriza o IR. A primeira distorção gritante é que esse tributo é pago por assalariados, profissionais liberais, investidores no mercado financeiro e pessoas que recebem aluguéis, mas não por empresários. Aqui vale um esclarecimento: nem todos os empresários são isentos do IR, mas a imensa maioria é. Todos aqueles que detêm posições acionárias em empresas submetidas ao Regime do Lucro Real pagam o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), que nada mais é,

do ponto de vista estritamente econômico, do que um IRPJ com nome trocado¹⁰⁷. Claro, aqui não interessa se esse tributo sai diretamente do bolso da pessoa física ou, antes que ela receba a participação nos lucros da empresa, o montante é deduzido do resultado empresarial. Em ambos os casos, a disponibilidade de renda do acionista é reduzida, não importa com que denominação formal. Ainda que, juridicamente, faça-se essa distinção, ela é irrelevante para fins da análise da capacidade contributiva, pois a distinção entre a pessoa jurídica e a pessoa física, nesse aspecto particular, não passa de mera ficção. Assim, tanto os investidores em ações de companhias de capital aberto (que não são empresários), quanto os controladores das empresas (que o são), pagam IRPJ, em geral a alíquotas próximas de 25%, acrescidas de outra alíquota de 9% ou 15% de CSL, e sem direito a deduções de despesas com saúde, educação e previdência, ao contrário dos contribuintes que pagam IRPF de acordo com a tabela progressiva. Essa distinção de tratamento faz com que a alíquota média incidente sobre os rendimentos distribuídos por empresas sujeitas ao regime do lucro real possa diferir significativamente da alíquota média incidente sobre a renda do trabalho assalariado para pessoas de mesmo nível de renda¹⁰⁸, embora nem sempre seja fácil determinar quem é mais tributado dentre esses dois grupos.

A mesma comparação, contudo, não é difícil quando verificamos a situação dos empresários tributados pelo regime do lucro presumido ou pelo Simples. A rigor, esses empresários não pagam IR. Eles pagam um tributo incidente sobre o faturamento da empresa (ainda que, no caso do lucro presumido, essa relação seja disfarçada por uma conta em que se “supõe” que a margem de lucro é de determinado tamanho; mas esse “tamanho” nada mais é do que uma função linear do faturamento, o que faz com que o faturamento seja, ao fim e ao cabo, a base de cálculo do tributo).

¹⁰⁷ Do ponto de vista do orçamento e da repartição de receitas há outras diferenças: a receita da CSL é vinculada a despesas com a Seguridade Social e não é repartida com os entes subnacionais (ao contrário da receita do IR, que é vinculada aos Fundos de Participação de estados e municípios). Entretanto, essas diferenças são irrelevantes para o contribuinte.

¹⁰⁸ Há outras diferenças de tratamento que complicam a análise, tais como o benefício fiscal dos juros sobre capital próprio (JKP) e a alíquota de 15% que incide sobre os ganhos de capital brutos de investidores financeiros (isto é, sem direito a deduzir a correção monetária do investimento). Por essas razões a comparação é difícil, mas fica claro que o IRPJ, se a ele acrescentarmos a CSL, representa uma exação elevada sobre os rendimentos dos acionistas de empresas tributadas pelo lucro real, sejam eles empresários ou meros investidores.

No caso do Simples, não há sequer uma tentativa de dissimular a verdade inconveniente de que o suposto “IR” não passa de um tributo sobre o faturamento.

O fundamental é perceber que aquilo que se convencionou chamar de IR, no caso das empresas tributadas pelo Simples e pelo regime do lucro presumido, não é, de fato, IR, pelo simples fato de que não incide sobre a renda, mas sobre o faturamento. O nome ou denominação do tributo não determina a sua natureza; caso determinasse, um imposto cobrado sobre a venda no atacado de beterrabas poderia ser chamado de IR ou de IPVA¹⁰⁹ em virtude de uma mera determinação legal. É evidente que isso configuraria uma aberração. O que determina a natureza do tributo é o seu fato gerador, ou, se se preferir, a sua base de cálculo, e nada mais.

Há um outro fato, porém, que contribui para turvar a visão nesse caso. É que o valor pago pelas empresas a título de IR (exceto as tributadas pelo regime de lucro real), embora não seja IR do ponto de vista econômico, tem a mesma vinculação orçamentária que o IR. Em outras palavras, embora, do ponto de vista econômico, não seja um IR, do ponto de vista orçamentário o é. Que isso é irrelevante para fins de análise de equidade salta aos olhos. Mas não é irrelevante do ponto de vista da gestão fiscal. Por óbvio, tal confusão não deveria existir. E não existiria, se a denominação do tributo correspondesse à sua natureza.

Talvez não pareça à primeira vista, mas a incidência econômica do IR é diferente da incidência econômica de um tributo sobre o faturamento. Isso porque o IR apresenta uma tendência significativamente maior a ser absorvido pelo contribuinte, enquanto o tributo sobre o faturamento é mais facilmente passado para a frente, isto é, para o consumidor. Em outras palavras, o tributo sobre o faturamento tende a se comportar como um tributo indireto, enquanto o IR tende a se comportar como um tributo direto.

A isenção concedida aos rendimentos dos empresários é apenas uma das distorções do IR brasileiro. Há outras, como a existência do IRPJ, que, por si só, já configura um golpe na progressividade do STN. Isso porque cada empresa de capital aberto, que está sujeita a pagar IRPJ e CSL, tem milhares (ou dezenas de milhares) de microssócios, que são, em geral, pequenos investidores individuais de classe média e pessoas que têm planos de

¹⁰⁹ IPVA é o imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

previdência complementar, cujos rendimentos principais provêm do trabalho. Enquanto os investimentos dessas pessoas são tributados a alíquotas que variam, em geral, entre 15% e 40%, um empresário de pequeno porte que comande uma empresa com receitas de R\$ 4 milhões ao ano e que pode ter uma renda líquida de meio milhão de reais por ano ou mais, não paga IRPJ nem IRPF sobre seus ganhos. Ou seja, a atual legislação desafia frontalmente o princípio da equidade vertical ¹¹⁰.

É importante perceber que não é possível corrigir essas distorções por meio da extensão, a todas as empresas, de um IRPJ progressivo. Um exemplo numérico ajuda a entender melhor. Uma empresa A auferiu um lucro de R\$1,5 milhão por ano. A empresa B auferiu um lucro de R\$3 milhões ao ano. Submetidas aos métodos conhecidos de progressividade, a empresa B deve pagar uma alíquota média mais elevada. No entanto, a empresa A tem um único dono, enquanto a empresa B tem cinco sócios com participações iguais. A renda individual de cada sócio da empresa B é inferior à renda do dono da empresa A. No entanto, sob um regime progressivo, os sócios da empresa B pagariam uma alíquota mais elevada de IR. Evidentemente isso é incompatível com qualquer ideia de equidade vertical.

A inevitável conclusão é que a progressividade do tributo, como instrumento para captar a capacidade contributiva, não pode jamais se basear na renda (e muito menos na receita) de uma sociedade. Somente se promove equidade a partir da avaliação da situação de cada contribuinte individual. E isso nos conduz à proposta que teria o condão de conduzir o STN em direção à equidade: submeter todos os rendimentos, independentemente de sua natureza, ao ajuste anual nos termos da tabela progressiva do IRPF, considerando-se o IRPJ e a CSL como antecipações do imposto a pagar¹¹¹.

¹¹⁰ Claro, nem só à equidade serve a progressividade. A progressividade do Simples não tem como objetivo captar a capacidade contributiva, mas incentivar o empreendedorismo, isto é, servir como alavanca para pequenos negócios que, sem esse incentivo, jamais sairiam do papel. Isso é defensável sob vários aspectos, inclusive sob o ponto de vista da concorrência, isto é, como forma de reduzir as barreiras à entrada em determinados mercados. Mas deveríamos discutir se não deveriam ser impostas outras condições e se o regime não deveria ficar restrito a limites mais estreitos, de forma a evitar que se distancie exageradamente do ideal da equidade vertical.

¹¹¹ Aqui não temos espaço para discutir outros problemas, tais como a diferença, para efeitos de tributação, entre o lucro distribuído e o lucro retido e a me-

Além de aperfeiçoar a equidade, essa medida tenderia a amenizar a tendência a dissimular relações de trabalho sob fachada empresarial, fenômeno também conhecido como pejetização.

Para avançar na simplificação, a CSL, que nada mais é do que um IR com outro nome, poderia ser absorvida pelo IRPJ. Assim, os dois tributos apareceriam apenas uma vez na contabilidade empresarial e teriam apenas uma legislação.

Unificar CSL e IRPJ e converter esses dois tributos em antecipações de um IRPF universal, sujeito a uma tabela progressiva única, seria um caminho promissor para combater a injustiça do STN e, simultaneamente, promover sua simplificação.

5. Repartição de tributos: o coração do conflito federativo

176 177

Há quem diga que o STN tem sido capaz de responder ao seu objetivo precípuo: gerar arrecadação crescente para o Estado. Isso seria uma verdade incontestável, se os princípios que inspiraram e orientaram a criação do STN não tivessem sido repetidas vezes descumpridos para expandir a arrecadação, a exemplo da instituição da DRU, que nada mais foi do que uma tentativa de contornar a repartição de receitas prevista no texto constitucional.

A análise da repartição dos tributos pode ser dividida em duas questões. A primeira é o conflito vertical, isto é, entre as diferentes esferas da Federação – União, estados e municípios. A segunda é o conflito horizontal, isto é, entre entes da mesma esfera da Federação – entre os estados ou entre os municípios. Ao segundo conflito convencionou-se chamar guerra fiscal¹¹².

5.1 Repartição vertical

O conflito relativo à repartição vertical é de caráter essencialmente político. Para entendê-lo, é necessário primeiramente explicar brevemente a concepção do STN que divide os tributos – denominação genérica – em três espécies: impostos, contribuições e taxas. Os impostos são, em tese, tributos de livre

lhora forma de lidar com isso no âmbito do IRPF, ou o tratamento a ser conferido a investimentos, de forma a não tributar os efeitos da inflação.

¹¹² Em tese, nada impediria que se instalasse uma guerra fiscal entre entes de esferas diferentes da Federação. No entanto, isso suporia que estados e municípios pudessem adotar tributos com a mesma base de cálculo, o que o STN veda.

alocação pelo sujeito ativo. A receita do IR, do IPI, do ICMS e do ISS, para citar alguns exemplos, pode, em princípio, ser destinada aos gastos da preferência do ente que os arrecada – desde despesas correntes, como salários, até investimentos em obras ou bens de capital ou ainda no pagamento de encargos da dívida pública ou na capitalização de empresas estatais. No Brasil, os impostos não seguem esse conceito puro, porque a CF admite, em caráter excepcional, sua vinculação a gastos com educação, saúde e administração tributária¹¹³, além de prever a repartição da receita com entes federados¹¹⁴.

Já as taxas e as contribuições são, por natureza, receitas vinculadas a determinadas despesas. A diferença entre elas consiste no fato de que as taxas têm natureza contraprestacional, isto é, devem cobrir o custo da prestação de algum serviço público ao cidadão que as paga, ainda que de natureza fiscalizatória (por exemplo, a taxa de licenciamento de um veículo sujeito à fiscalização dos Departamentos de Trânsito dos estados). As contribuições também são pagas para que o Estado preste certos serviços específicos, mas nesse caso a relação com o contribuinte não é pessoal. Por exemplo, a arrecadação da Cide-combustíveis serve, entre outros objetivos, para financiar projetos ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás. A despesa realizada a partir de determinado pagamento não beneficia diretamente aquele que paga a contribuição, mas o conjunto de contribuintes ou a sociedade como um todo.

Dito isso, é fácil perceber que o sistema de repartição vertical de receitas tributárias depende da natureza do tributo. Em princípio, a repartição atinge os impostos – IR, IPI, ITR, ICMS, IPVA – e não as contribuições (a Cide é uma exceção¹¹⁵). Então, embora ao custo de uma certa dose de simplificação, podemos dizer que os impostos são fontes livres e repartidas, e as contribuições e taxas são fontes vinculadas e não repartidas.

Essa simplificação ajuda a entender um dos instrumentos utilizados para superar a crise fiscal que se seguiu ao Plano Real.¹¹⁶

¹¹³ Art. 167, inciso IV, da CF.

¹¹⁴ Art. 159 da CF.

¹¹⁵ Essa exceção é mais um episódio de violação dos princípios do STN.

¹¹⁶ Essa crise foi fruto da perda dos mecanismos de equilíbrio orçamentário por meio da inflação (o chamado “efeito-Tanzi ao contrário” e as receitas da emissão de moeda) e da elevação da taxa real de juros, que acelerou o crescimento da dívida pública.

Para aliviar os efeitos negativos da queda da inflação sobre o orçamento, sucessivas vezes foram criados e prorrogados, sob diversas denominações, mecanismos que desvinculavam parcela da receita de tributos federais (e agora estaduais também)¹¹⁷. O objetivo era permitir a liberação de recursos para o pagamento de compromissos que exigiam fontes livres. No entanto, isso criava um dilema entre, por um lado, aumentar impostos e reparti-los com estados e municípios e, por outro, elevar contribuições e taxas e enfrentar as limitações representadas pela vinculação dessas receitas.

Em outras palavras, os impostos, que são primordialmente livres, são repartidos conforme percentuais fixos previstos na Constituição, e as contribuições federais, cujas receitas pertencem quase integralmente à União, são vinculadas. Portanto ou se aumentavam desproporcionalmente os impostos, para que sobrasse a quantia necessária para cobrir as despesas financeiras federais, ou se aumentavam as contribuições mais difíceis de realocar¹¹⁸. A solução adotada foi romper parcialmente a vinculação das contribuições, destacando parcela da receita para compor o superavit primário, e aumentá-las cirurgicamente, apenas o suficiente para desacelerar o crescimento da dívida.

Em suma, o mecanismo da DRU, eficaz para administrar a crise fiscal da década de 1990 (embora não a atual), distorce a lógica interna do STN. Não se trata aqui de defender o retorno à “pureza” do STN da versão original da CF de 1988, mas, ao contrário, de discutir linhas gerais para a reforma ou substituição daquele sistema. Assim como a criação de tributos vinculados tende a tornar o sistema desnecessariamente complexo e, portanto, oneroso para o contribuinte, a repartição de receitas por meio de percentuais fixos tende a inflar desnecessariamente a carga tributária. Eis, portanto, dois equívocos a serem evitados. Melhor seria consolidar impostos e contribuições com bases de cálculo semelhantes, como a CSL e o IRPJ ou ainda como os diversos tributos

¹¹⁷ Fundo Social de Emergência, (FSE), Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e a DRU.

¹¹⁸ “Mais difíceis”, mas não impossíveis. Há caminhos orçamentários pouco ortodoxos, mas eventualmente eficazes para aproveitar receitas vinculadas, tais como a substituição de fontes e a simples recusa em gastar. Esta última se converte, automaticamente, em superavit primário. A primeira modalidade é uma “esperteza”, ao tempo em que a segunda, ao arrecadar recursos sob o pretexto de efetuar um gasto específico e posteriormente usá-los para compor superavit primário, viola os princípios do STN.

indiretos (PIS, Cofins, IPI, ICMS, ISS, IOF) e tratar a vinculação à parte. A título de sugestão, a vinculação poderia abranger todas as receitas, inclusive as patrimoniais, e obedecer a limites constitucionais (até 50 ou 60% da receita, por exemplo), cabendo à lei complementar determinar a alocação da receita vinculada, seja em valor absoluto ou em percentuais. Em outras palavras, caberia à Constituição determinar os limites (mínimo e máximo) das vinculações, para impedir o engessamento exagerado do orçamento, e à lei complementar a composição das vinculações, de forma a garantir o funcionamento de certos serviços públicos fundamentais.

Quanto à repartição vertical, há uma solução ainda mais simples. A adoção de um IVA baseado no princípio do destino ¹¹⁹, com uma alíquota nacional e alíquotas estaduais livre e autonomamente instituídas pelos estados, permitiria um saudável “divórcio federativo” no que toca aos tributos indiretos e aliviaria a tensão relativa à repartição, porque tanto a União quanto cada estado poderia estabelecer a alíquota que lhe rendesse a receita necessária, sem envolver os outros entes da Federação em sua política fiscal, nem deles depender para levar a cabo suas decisões de expansão ou corte de gastos. Além das evidentes vantagens práticas, esse modelo tenderia a realizar o princípio constitucional da autonomia federativa, bem ao contrário dos modelos de reforma tributária propostos durante os governos FHC e Lula, que tendiam a aboli-la, desafiando o disposto no art. 60 da CF.

Se a pressão for grande pela repartição do IVA com os estados, de forma a combater desigualdades regionais, nada impede que seja criada uma terceira alíquota, que poderíamos chamar de “federativa”. O critério populacional seria o mais simples para determinar a participação de cada estado nessa receita, mas outros também poderiam ser adotados. A alíquota poderia ser estabelecida mediante deliberação do Senado Federal, que, na qualidade de representação dos estados, exerceria essa vocação de forma bastante natural.

5.2 Repartição Horizontal: o ICMS

A dimensão horizontal do conflito federativo é a guerra fiscal, objeto de atenção preferencial da geração FHC-Lula de propostas de

¹¹⁹ Cf. subseção II a seguir.

reforma tributária. O drama que motivou essas propostas pode ser resumido assim: o ICMS sofreria de uma tendência à depressão de receitas devido à concorrência entre os estados para atrair grandes contribuintes, tais como a indústria automobilística. O calcanhar de aquiles do sistema é o princípio misto de repartição interestadual, que se concretiza na alíquota interestadual¹²⁰. A tentação à guerra fiscal inerente ao sistema é tão forte, que as garantias constitucionais e legais – em particular a Lei Complementar 24/75 – se revelaram incapazes de conter o enfrentamento entre os estados. Além dos prejuízos fiscais e das distorções alocativas decorrentes do mau funcionamento do sistema, as contestações junto ao STF deixam um legado de insegurança jurídica. Nada disso teria ocorrido, se o sistema tivesse como norte o princípio do destino. A criação de um IVA nesses termos, com legislação unificada e alíquotas sobrepostas – uma nacional e uma em cada estado, além, talvez, de uma alíquota federativa, conforme descrito na subseção I desta seção – teria a vocação de produzir a arrecadação necessária à União e aos estados, sem exacerbar conflitos e disputas, com a devida neutralidade alocativa e, se adotada apenas uma alíquota por ente, com o mínimo de complicação para o contribuinte.

Quanto a eventuais desejos de estabelecer políticas industriais de âmbito estadual e incentivar o desenvolvimento ou a relocação de empresas ou setores econômicos, não faltarão instrumentos para isso – por exemplo, mediante investimentos em infraestrutura e em treinamento e qualificação da mão de obra. Os instrumentos citados ajudam a perceber como a guerra fiscal é uma compensação precária à falta desses outros atrativos, que, eles sim, têm o condão de aumentar a produtividade e trazer crescimento econômico sustentável.

¹²⁰ Um tributo indireto de competência subnacional pode seguir o princípio da origem, do destino ou uma combinação. No primeiro caso, a receita do tributo oriunda de transações interestaduais, cabe ao estado de localização do vendedor; no segundo, cabe ao estado de localização do comprador; no terceiro, essa receita é repartida entre ambos. Sempre que a parcela que cabe ao estado de localização do comprador não for irrisória (digamos, até o equivalente a uma alíquota de 2 ou 3%), os estados se sentirão tentados a disputar empresas mediante a concessão de incentivos ou benefícios fiscais. O Brasil adotou um sistema misto, composto por uma alíquota interna, que pertence ao estado de origem, e uma alíquota interestadual, não irrisória, que pertence ao estado de destino.

6. Dois Caminhos para a Reforma do STN

No contexto das discussões em curso, a reforma tributária pode seguir dois caminhos diferentes. O primeiro caminho é a ampliação gradual do Simples, até sua eventual universalização. O segundo é adotar as formas internacionalmente consagradas de tributação, em particular um IVA regido pelo princípio do destino.

A proposta de estender o Simples tem sido colocada na mesa de tempos em tempos, e sua tendência é ganhar corpo – vencida, é claro, a resistência da Receita Federal (RFB) e das Secretarias Estaduais de Fazenda, o que pode ser feito, desde que seja demonstrado, de forma minimamente convincente, que a arrecadação não cairá. Modulam-se as alíquotas, adaptam-se as parcelas a deduzir e, com alguns ajustes mais, a proposta se torna viável – talvez não de uma única vez, mas por meio de paulatinos alargamentos da abrangência.

O Simples está longe de representar a boa técnica tributária, mas nada impede que mandemos às favas a técnica e os princípios da boa tributação e trilhemos o caminho de menor resistência. Ninguém há de negar que expandir o Simples é mais fácil, especialmente considerando o sucesso de público (embora não necessariamente de crítica) do regime, e as maiorias parlamentares que se têm reunido em sua defesa.

Entretanto não é possível aderir a essa proposta de forma incondicional. O Simples é um regime que traz, em sua própria natureza, inúmeros problemas, entre os quais a cumulatividade e a impossibilidade de modular o pagamento conforme a capacidade contributiva (mais do que isso, ele revoga o imposto de renda, que fica reduzido a um título e a uma vinculação orçamentária, e sequer tributa o valor agregado, pois sua única base de cálculo é o faturamento – aliás, uma péssima base de cálculo). Sua convivência com outros regimes, como o do lucro real e o do lucro presumido, tende a cindir a economia em duas partes incomunicáveis, o que cria ineficiências e estimula a prática de irregularidades. Em resumo, o Simples é um mau regime tributário e sua transformação na base do STN seria danosa à economia e à equidade.

Isso não quer dizer que o Simples seja irrecuperável ou que não possa ser aperfeiçoado. Se ele passar a dispor de um mecanismo de débito e crédito, boa parte de seus problemas desaparecerá. Se for combinado com um IR universal e progressivo, em vez da

simples soma de parte de sua receita ao IR proveniente de outras origens, ficará resolvida a questão da progressividade. Se, finalmente, a receita auferida nas transações interestaduais for destinada ao estado de localização do comprador, pouco restaria a fazer para convertê-lo em um sistema tributário de boa qualidade. Ao efetuar essas mudanças, porém, estaríamos nos aproximando gradativamente do sistema tributário descrito nas seções 3, 4 e 5 acima. O Simples, nesse caso, seria apenas um elemento indutor da reforma necessária, um sistema de transição, e o sistema final se distanciaria do regime simplificado atual. Se esse for um caminho politicamente viável, nada há a objetar. O risco dessa estratégia é que a reforma fique paralisada no meio do caminho e que surja um sistema ainda pior do que o atual.

O segundo caminho é o caminho da virtude tributária e, como todo caminho da virtude, é mais espinhoso.

Como suas características já foram apresentadas nas seções precedentes, limito-me a fazer uma breve recapitulação. O novo STN seria baseado em três grandes pilares: um IVA moderno, um IRPF universal e um critério claro e simples de repartição de receitas. O IVA contaria com três alíquotas (federal, federativa e estadual), obedeceria ao princípio do destino e teria uma lei única, nacional. A alíquota federal seria adotada pela União, a alíquota federativa seria estabelecida pelo Senado e cada estado definiria sua alíquota de forma independente. O IRPF abrangeria todas as rendas e as submeteria à incidência da mesma tabela progressiva. A repartição da receita do IVA federativo e do IR seria realizada segundo critérios fixos entre os estados e os municípios, de preferência segundo o contingente populacional.

O IVA pelo critério do destino eliminaria o maior incentivo à guerra fiscal e facilitaria sobremaneira a desoneração das exportações e dos bens de capital. O imposto teria apenas uma alíquota por sujeito ativo e não admitiria incentivos fiscais de qualquer natureza (alíquotas zero ou reduzidas, isenções, reduções de base de cálculo, créditos presumidos, etc.). Cada estado seria soberano para estabelecer a alíquota de sua preferência – maior ou menor do que as dos vizinhos, de acordo com suas necessidades. Mas a soberania estadual seria restrita à alíquota; a lei e os regulamentos infralegais seriam de competência federal.

O IVA com alíquotas iguais para todos os bens e serviços – isto é, com uma alíquota única – simplificaria imensamente o sistema e ajudaria a reduzir as fraudes e os conflitos judiciais. Não

haveria estímulo para “disfarçar” produtos e serviços em outros produtos e serviços com o intuito de pagar alíquotas mais baixas, nem faria sentido iniciar longas discussões judiciais acerca dos tributos que incidem ou não e da composição da base de cálculo de cada tributo. Mais do que isso, um IVA de alíquota única funcionaria como um IR proporcional.

Que lacunas nos deixaria um tributo dessa natureza? Vislumbro três.

A primeira são os tributos de comércio exterior, que, embora nocivos à eficiência econômica, devem existir como instrumento de negociação em fóruns bilaterais ou multilaterais de comércio internacional. A segunda é o tratamento a ser conferido aos produtos ou serviços que geram externalidades (positivas ou negativas). E a terceira é a opção que a sociedade brasileira fez, na sua Constituição, pelo princípio da capacidade contributiva como balizador dos tributos, o que se traduz, na prática, na regra da pessoalidade e da progressividade dos tributos.

As três brechas admitem soluções relativamente simples. A primeira seria resolvida por meio da manutenção dos impostos de importação e exportação, já previstos na CF (art. 153, I e II). A segunda, por um imposto seletivo (*excise tax*) federal¹²¹, incidente sobre bens e serviços geradores de externalidades negativas. Como sugestão, as receitas do imposto poderiam ser direcionadas à concessão de subsídios a bens e serviços meritórios ou geradores de externalidades positivas. Dessa forma, a receita do IVA ficaria preservada para cumprir plenamente sua função de fonte de recursos orçamentários. A resposta à terceira brecha é o IR progressivo e universal.

Esse IR diferiria do atual nos seguintes aspectos: todos os rendimentos, independentemente da origem, seriam levados à incidência da tabela progressiva; em decorrência disso, cessaria de existir a figura do rendimento sujeito à tributação exclusiva na fonte; a tributação na fonte, incluindo o IRPJ (que incorporaria a CSL) e a parcela paga por meio do Simples, seria descontada do IRPF a título de antecipação; e, para evitar distorções devidas à inflação, a correção monetária seria admitida para transações (vendas e resgates) com ativos reais e financeiros que tivessem sido mantidos por períodos superiores a doze meses.

¹²¹ Que absorveria, por exemplo, a CIDE-Combustíveis.

Ao redor desse núcleo, permaneceriam alguns outros tributos, como o IPVA, o Imposto sobre a Predial e Territorial Urbano (IPTU), o Imposto Territorial Rural (ITR) e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, que poderiam ou não constituir antecipações, totais ou parciais, de IR a pagar¹²², e teriam suas receitas inteiramente apropriadas pelos estados e municípios.

O Simples permaneceria como uma opção somente para empresas realmente pequenas – por exemplo, para aquelas com receitas de até R\$ 1,2 milhão por ano. Superado esse limite, as empresas entrariam em um regime de transição que inseriria, pouco a pouco, os elementos do regime geral tributário – débito e crédito, por exemplo – de forma a induzir a convergência gradual para o regime geral. Ainda preservando a proteção a negócios nascentes e de pequeno porte, a redução da abrangência do Simples removeria a cumulatividade que, retirada pela porta da frente com as sucessivas reformas do PIS e da Cofins, voltou pela porta dos fundos, e com força total, ao amparo da CF¹²³ e sob os aplausos pela simplificação do sistema.

A alguns a progressividade deste sistema pode parecer insuficiente. Vejamos brevemente por que isso não é verdade.

Não é necessário nem recomendável usar todos os instrumentos existentes para tentar fazer ajustes na distribuição da renda. Por mais que o combate à desigualdade seja um tema sensível no país, é importante entender que a reforma tributária não pode atender apenas um objetivo e que a excessiva complexidade do STN, no final das contas, acabou por resultar no sacrifício da equidade.

Mesmo assim, um IRPF universal e repartido com estados e municípios segundo o critério populacional, seria um instrumento potente de redistribuição, pois tiraria relativamente mais recursos das regiões e localidades mais ricas para distribuir equitativamente entre todos.

¹²² Deixo essa discussão para outra oportunidade, e assinalo apenas que seria necessário impedir que, dada a faculdade de descontar o IPTU e o IPVA pagos do montante de IR devido, os estados e os municípios tentassem se apropriar da receita do IR por meio do estabelecimento de valores e alíquotas excessivas desses tributos. Isso poderia ser feito de várias formas, inclusive por meio de regras de desconto parcial.

¹²³ Art. 146, III, d e parágrafo único.

Se, ainda assim, não se julgasse o resultado suficientemente progressivo, bastaria ajustar a tabela de incidência, para conferir maior progressividade ao sistema. Essa é uma tarefa que caberia ao sistema político representativo e seria matéria de discussão durante as campanhas eleitorais.

Também é bom lembrar que nem só por instrumentos tributários é possível compensar desigualdades de renda. Há também os gastos públicos. Assim como a arrecadação seria progressiva pela arrecadação do IRPF e pela transferência segundo o critério populacional, os gastos da União e dos estados poderiam ser relativamente mais concentrados em regiões menos favorecidas, inclusive mediante expansão e aperfeiçoamento dos serviços públicos e dos instrumentos de assistência social.

A remoção do IPI, fonte de repartição de receitas com estados e municípios, não causaria prejuízos aos entes federados subnacionais? Não parece provável. Primeiro, o montante a repartir seria acrescido do IVA federativo. Segundo, o IVA tenderia a ser muito mais estável do que o IPI, mesmo porque o IVA não admitiria a concessão de benefícios fiscais em contraste com o IPI, cuja receita foi bombardeada ao longo dos anos por sucessivas concessões de favores fiscais de mérito duvidoso.

Restaria pensar a forma de realizar a transição. Deixarei esse tema de lado por enquanto, por sua complexidade. Basta registrar que seria necessário realizar, primeiro, a consolidação do IVA federal, inclusive de sua alíquota federativa, reformar o IR e rediscutir a repartição de receitas. Vencida essa etapa, reunida maior experiência e operando em um sistema mais maduro, seria possível pensar na adesão voluntária dos estados e dos municípios, com os devidos incentivos.

7. Conclusão

Há uma percepção generalizada de que o STN é um poderoso entrave ao crescimento econômico do país e que sua reforma abriria as portas para enfrentar muitos outros problemas que hoje são deixados em segundo plano. Uma reforma tributária bem desenhada, desafogaria os tribunais para que pudessem, enfim, resolver uma série de outros conflitos que existem na sociedade – civis, comerciais e penais – com mais celeridade, liberaria um contingente significativo de profissionais competentes (advogados

tributaristas, contadores, etc.) para atuar em áreas mais produtivas e permitiria às empresas e aos empresários focarem nos seus negócios, em vez de ficarem absorvidos em estratégias elaboradas de planejamento tributário.

Não se faz uma reforma tributária impunemente. Os defeitos do STN mostram resiliência justamente porque há quem se beneficie deles. Vencer as resistências à reforma significa compensar, de forma inteligente, as perdas que alguns terão com o fim de um sistema pouco inteligente.

Atualmente, o maior exemplo de sucesso na aprovação de reformas do sistema tributário foi a instituição do Simples e, posteriormente, do Simples Nacional. Resta saber se o Simples foi um avanço real para a tributação ou um sintoma da falência do STN, combinada com a nossa proverbial incapacidade de adotar soluções saudáveis na área tributária.

O Simples trouxe inegáveis benefícios, como a simplificação e a regularização de inúmeros micronegócios anteriormente relegados à informalidade – mas sua herança em relação aos princípios clássicos de tributação é claramente negativa. O saldo final parece indicar que o Simples é mais propriamente uma manifestação do caos tributário do país do que propriamente uma porta de saída desse caos. Na sua forma atual, o Simples não deveria aplicar-se senão aos negócios de porte muito reduzido, e, a partir de certo patamar de receitas, apenas em caráter temporário, como instrumento para fazê-los crescer.

Tecnicamente, não resta dúvida de que é possível reformar o Simples. A introdução de um mecanismo de débito e crédito corrigiria a cumulatividade e dispensaria a diversidade de tabelas de incidência, simplificando ainda mais o regime e combatendo brechas legais, além do que reduziria a clivagem da economia causada pela introdução desse regime. Resta saber como o grupo de apoio político do Simples reagiria a tais propostas. Talvez seja esse o caminho de menor resistência.

Quais seriam as chances de uma reforma tributária em moldes diferentes do representado pela ampliação do Simples?

A crise fiscal de 2015 nos deixou um legado de terra arrasada na economia. O mau uso sistemático dos instrumentos de política fiscal durante o governo da ex-presidente Dilma Rousseff acarretou uma dupla maldição: desequilibrou severamente as contas públicas, abalando a confiança na sustentabilidade da dívida pública, e esgotou os mecanismos orçamentários de estímulo à

economia, o que deixou o governo paralisado frente à recessão. Nessa conjuntura, fazer uma reforma tributária se torna um desafio ainda maior. Há um certo consenso de que a reforma da previdência deve forçosamente anteceder qualquer outra reforma, inclusive a do STN. É uma visão bastante realista, mas talvez exista uma oportunidade de aprovar uma reforma que, implementada simultaneamente a outras reformas, seja parte da solução da crise fiscal, e não um seu complicador.

A crise fiscal induz o Estado a buscar maiores fontes de receita e a reduzir suas despesas. Cada medida tende a afetar de forma diferente os vários grupos sociais. Obviamente, a universalização do IRPF tenderia a encontrar maiores resistências entre aqueles que não pagam esse tributo, assim como a reforma da previdência concentra seu descontentamento entre aqueles que, por serem assalariados, já pagam IRPF. Como os dois grupos são numerosos e, em grande medida, independentes, uma combinação das duas medidas poderia assumir a natureza de um pacto nacional e, assim, aumentar as chances de aprovação, principalmente em relação à hipótese de aprovação em separado, que tende a inspirar legítimos sentimentos de injustiça. Quando um grupo concentra o custo do ajuste, enquanto outro participa apenas dos benefícios, é natural esperar que o grupo prejudicado empregue todas as suas forças para evitar sacrifícios. Nesse caso, a única forma de levar a cabo a reforma é por meio de uma luta que, inevitavelmente, exacerba tensões, eleva o nível de desconfiança e reduz a disposição dos grupos a cooperar.

Por outro lado, um acordo em que cada um dos envolvidos faz concessões em favor de ganhos comuns tem maior probabilidade de êxito, desde que exista um mínimo de confiança no cumprimento dos acordos firmados.

Nesse sentido, a reforma do IRPF cumpriria a função de aumentar a receita pública, por meio da revogação da isenção dos lucros das empresas sujeitas ao Simples e ao regime do lucro presumido. Ao mesmo tempo, a reforma da previdência trataria de desacelerar o crescimento dos gastos e contribuiria para retomar o equilíbrio atuarial do sistema.

As chances poderiam ser aumentadas se fossem assumidos outros compromissos, tais como, por exemplo, a correção anual automática da tabela do IRPF pela inflação, uma pequena redução das alíquotas ou um maior espaçamento dos intervalos da

tabela progressiva¹²⁴. Ou ainda programar a redução da alíquota do IVA federal, tributo que afeta a todos indistintamente, uma vez atingida certa meta de superavit primário.

O pacto nacional era uma ideia muito presente no início do período democrático, mas que acabou se perdendo devido aos desencontros dos planos de combate à inflação. No entanto, não foi sem sucessivos pactos que conseguimos aprovar a Constituição de 1988 e superar o legado negativo do regime autoritário.

A aprovação de um programa compreensivo e consertado de reformas pode ser mais fácil, sob certas condições, do que uma sequência de reformas negociadas em separado, desde que os grupos negativamente afetados enxerguem as vantagens de participar de um pacto, cujo preço nenhum deles paga sozinho e cujos benefícios se estendem a todos. Para isso, porém, é necessário algo mais, e que talvez ainda não tenhamos: seriedade e responsabilidade suficientes para afastar o discurso populista fácil, que tantos prejuízos tem causado ao país. Seria um desafio e um teste para a democracia e as lideranças políticas, sem certeza de sucesso. Mesmo assim, valeria a pena tentar. Afinal, dada a dimensão das dificuldades fiscais, agora é o ajuste ou o abismo.

¹²⁴ Essas medidas seriam possíveis, dada a perspectiva de incorporação de um grande número de contribuintes de maior rendimento médio.

A Constituição Federal e os Subsídios Cruzados nas Tarifas de Energia Elétrica

Rutelly Marques da Silva

1. Introdução

A Constituição federal de 1988 foi o início de profundas alterações no funcionamento do setor elétrico. Entre essas, podem ser citadas: novo modelo de regulação tarifária (regulação por incentivos), criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), regras para licitação de empreendimentos (usinas hidrelétricas e linhas de transmissão), regras para lidar com um racionamento de energia elétrica e criação de subsídios tarifários.

Em várias das modificações legais ocorridas no setor elétrico após 1988, houve debate envolvendo conflito com a Constituição federal. O enfrentamento no Supremo Tribunal Federal (STF) das regras que disciplinaram o racionamento de energia elétrica no início dos anos 2000 é um exemplo. Entretanto, o debate acerca da desejável harmonização das leis e normas infralegais com a Constituição Federal, para o caso dos subsídios tarifários, ainda é algo que precisa ser amadurecido, principalmente em virtude de crescentes conflitos judiciais envolvendo regras do setor elétrico e do valor assumido por tais subsídios.

Em 2018, a ANEEL aprovou o orçamento da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), que é responsável por custear a maior parte dos subsídios presentes nas tarifas do

setor elétrico¹²⁵: R\$18,8 bilhões. Ou seja, estima-se que o brasileiro, sem considerar o valor a ser pago em tributos federais e estaduais¹²⁶, ainda gastará, em média, em 2018, R\$ 90,00 na sua conta de luz para custear subsídios presentes nas tarifas de energia elétrica. Em termos ilustrativos, o valor orçado para a CDE corresponde a mais de 60% do orçamento destinado ao Programa Bolsa Família para o ano de 2018.

Nesse contexto, o presente estudo busca contribuir com a reflexão acerca da harmonização dos subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica com a Constituição federal. Considerando o conceito econômico de subsídio, será apresentada uma análise da compatibilização dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica com os princípios constitucionais que regem o serviço de energia elétrica, a tributação e os gastos públicos. É importante destacar que não é objetivo deste estudo avaliar eventual inconstitucionalidade da inclusão desses subsídios nas tarifas de energia elétrica. O intuito é identificar possíveis incompatibilidades econômicas entre a política de subsídios no setor elétrico e comandos constitucionais.

A fim de alcançar o propósito acima, a Seção 2 trata do conceito econômico de subsídio; a Seção 3 discorre sobre a CDE; a Seção 4 avalia os subsídios, considerando três conjuntos de dispositivos constitucionais, quais sejam, os princípios constitucionais para (i) atuação do Estado no Setor Elétrico, (ii) tributação e (iii) o gasto público; por fim, a Seção 5 apresenta as conclusões do estudo, com algumas propostas de encaminhamento para as distorções encontradas¹²⁷.

¹²⁵ Bacharel em Ciências Econômicas. Mestre em Economia. Consultor legislativo do Senado Federal na área de Minas e Energia. O autor agradece a inestimável colaboração de Paulo Felix Gabardo e Ricardo Moura de Araujo Faria na revisão deste texto.

Há subsídios tarifários que não são custeados pela CDE. É o caso do subsídio concedido à microgeração e à minigeração distribuídas.

¹²⁶ Cerca de 30% do valor pago pelos consumidores das distribuidoras de energia elétrica, segundo a ANEEL. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/conteudo-educativo/-/asset_publisher/vE6ahPFxsWHt/content/composicao-da-tarifa/654800?inheritRedirect=false. Acesso em : 26 de março de 2018.

¹²⁷ Este estudo não considerou eventuais: (i) mudanças legislativas na CDE em decorrência de eventuais emendas à Medida Provisória nº 814, de 28 de dezem-

2. Subsídios Cruzados

De forma geral, subsídio é um tipo de apoio financeiro destinado a algum agente econômico¹²⁸. É o que se depreende da definição de OECD (2005), citado por Montalvão & Silva (2015): *um subsídio é o resultado de uma ação governamental que confere vantagem a consumidores ou produtores para complementar renda ou reduzir custos*. É preciso destacar que a definição de OECD (2005) considera que o subsídio decorre necessariamente de uma ação estatal. Há, todavia, casos de subsídio originado de uma estratégia das empresas para maximização de lucro.

A partir de Schwartz & Clements (1999), Funchal (2008) classifica os subsídios em sete categorias: (i) pagamento direto do governo ao consumidor ou produtores; (ii) garantias governamentais, juros subsidiados, ou empréstimos em condições especiais; (iii) reduções de impostos específicos; (iv) participação do Estado no capital da empresa; (v) provisão governamental de produtos e serviços a valores abaixo do mercado; (vi) compras governamentais de produtos e serviços por valores acima do praticado pelo mercado; e (vii) pagamentos implícitos por meio de ações governamentais de regulamentação que alteram o preço de mercado e o acesso (barreiras à entrada). Para o presente estudo, interessa a última categoria, que contempla o que a literatura econômica denomina de subsídio cruzado.

De acordo com Viscusi, Harrington Jr & Vernon (2005), subsídio cruzado é a fixação do preço de um produto acima do custo médio para compensar a fixação do preço abaixo do custo médio de outro produto ou do mesmo produto para um grupo de consumidores. Ou seja, no subsídio cruzado, a diferença entre o preço praticado no mercado e o preço pago pelo agente subsidiado é arcada por um grupo de agentes econômicos ou consumidores.

A existência de um subsídio cruzado não está vinculada necessariamente a uma ação estatal, conforme mostra Freitas (2012). Há situações nas quais o subsídio cruzado surge como uma solução de mercado. Por exemplo, quando uma empresa cobra o mesmo preço para um consumidor que compra um produto

bro de 2017, uma vez que a norma ainda não havia sido convertida em lei; e (ii) medidas infralegais decorrentes de ajustes determinados ou recomendados no âmbito da Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União sobre a CDE.

¹²⁸ Apoio financeiro não significa necessariamente recursos financeiros. É o caso da criação de uma reserva de mercado para alguns agentes econômicos.

embalado para presente e para aquele que dispensa a embalagem, o último está subsidiando o primeiro. Contudo, nesse caso, o custo para a empresa fazer uma diferenciação de preço entre os clientes pode não justificá-la. Ou seja, é mais barato para o segundo consumidor pagar a embalagem do segundo do que pagar um preço diferente.

A avaliação de qualquer subsídio se mostra importante diante das distorções econômicas que podem ser provocadas. Tanto é assim que OECD (2004) assinala a redução do bem-estar social como uma das características dos subsídios.

A redução do bem-estar social ocorre quando os subsídios são originados de uma ação estatal que não está voltada a corrigir uma falha de mercado, esta definida como a situação em que o mercado gera um resultado econômico não eficiente ou indesejável socialmente. Ford & Snyker (1990) apontam três tipos de falhas de mercado que são invocadas para justificar o uso de subsídios¹²⁹: (i) externalidades (geração de benefícios ou custos não precificados pelo mercado)¹³⁰, (ii) aumento dos retornos de escala¹³¹ e (iii) assimetria de informação¹³².

Pode-se argumentar também que o subsídio tem como alvo redistribuir renda. Nesse contexto, cabe mencionar que Viscusi, Harrington Jr & Vernon (2005) argumentam que a constituição de um subsídio cruzado expressa a visão de que uma das funções da regulação é contribuir com o governo na tarefa de realocar recursos, ou seja, o subsídio cruzado seria uma forma de redistribuir riqueza de um grupo de consumidores para outro, a partir de um desejo da sociedade. Os autores apontam ainda que subsídios cruzados podem indicar que alguns consumidores (aqueles com preço abaixo do custo médio) têm relativamente mais influência

¹²⁹ Montalvão & Silva (2015) exploram essas três possíveis justificativas para os subsídios.

¹³⁰ Há externalidade quando o consumo ou produção de um bem ou serviço impacta consumidores ou produtores em outros mercados sem que esse efeito seja considerado no preço de mercado do bem em questão. A externalidade pode ser positiva (quando o benefício social é maior do que o benefício privado) ou negativa (quando o custo social é maior do que o custo privado).

¹³¹ Como forma de gerar economia de escala, os subsídios são defendidos para as indústrias em formação como forma de fomentar o seu desenvolvimento até atingir uma escala que a viabilize.

¹³² Por exemplo, para corrigir distorções na fixação de taxas de juros associadas à situação em que bancos não conseguem precificar corretamente os riscos dos tomadores de empréstimos.

no processo político do que os demais consumidores (aqueles com preço acima do custo médio).

O fato de alguns consumidores terem mais acesso ao processo decisório indica que alguns subsídios podem ser criados apenas para atender a pressão de um grupo de interesse. Nesses casos, o resultado é uma distorção no funcionamento do mercado. A redução de preço de um bem ou serviço provocada por um o subsídio estimula a produção e consumo para além da quantidade que seria produzida e adquirida se não houvesse o auxílio, sinalizando que um bem escasso é barato. O dano de uma situação como essa pode ser ilustrado com a decisão de se reduzir a tarifa de água para um grupo de consumidores em um momento de escassez hídrica. Claramente, isso pode agravar uma possível situação de racionamento.

As distorções no funcionamento do mercado são ainda maiores no caso do subsídio cruzado¹³³. Isso porque um consumidor paga um preço maior por um bem ou serviço para que outro desfrute de preço menor. Assim, o subsídio cruzado sinaliza que o bem ou serviço é escasso para o consumidor que subsidia e que é abundante para o subsidiado. Por exemplo, quando uma lei obriga cinemas a cobrarem meia entrada para idosos sem que o Estado arque com esse custo (ou seja, o custo é arcado pelos demais consumidores), há um estímulo para que idosos frequentemente o cinema e um desestímulo para os demais consumidores, que recebem a sinalização, pelo preço, de que cinema é um bem mais escasso do que de fato é e, portanto, caro. O resultado é que cinemas podem investir menos na adaptação de suas instalações para receber idosos, na tentativa de reduzir o custo dos demais consumidores. Afinal, quanto menos idosos, menor o subsídio com a meia entrada, menor é o preço do ingresso e, assim, mais incentivo para que não idosos, que pagam 100% da entrada, frequentem o cinema. Ou seja, além de gerar ineficiência econômica, o subsídio nesse caso acaba por prejudicar os idosos.

Coutinho (2005), citando Foster (1992), alerta que os subsídios cruzados produzem um efeito denominado de exploração seletiva (*cream skimming* ou *cherry picking*)¹³⁴, em que novos

¹³³ O subsídio cruzado não causaria distorção se visasse a corrigir uma externalidade negativa provocada um agente (o pagante) a outro (quem recebe o subsídio).

¹³⁴ A explicação para o significado dos termos pode ser encontrada em Montalvão & Silva (2015). Resumidamente, os termos equivalem à expressão

agentes econômicos passam a competir nos mercados em que há produção de rendas excessivas e ignoram os outros mercados em que o retorno é menor. Um exemplo: o Estado estabelece uma remuneração diferenciada (reconhecimento na tarifa de um custo de capital maior) para a empresa de saneamento que modernizar a rede existente; a consequência é que essa prestadora de serviço pode aportar recursos vultosos na troca da rede existente em detrimento do serviço de universalização.

Stiglitz (1999) menciona que os efeitos de um subsídio não alcançam somente o mercado no qual atuam os agentes beneficiados. Assim, a decisão do Estado de que usuários não idosos paguem a tarifa de transporte público de usuários idosos pode, ao elevar a tarifa para os primeiros, fazer com que mais pessoas troquem o transporte público pelo individual, aumentando a demanda por gasolina (utilizada no transporte individual) e, em consequência, o seu preço.

Ford & Suyker (1990), por sua vez, destacam que, como há transferência de renda entre agentes, os beneficiários empreendem esforços e recursos para manter o auxílio, atividades não produtivas denominadas de *rent seeking*. Isso é ainda mais provável nas situações em que o custo do subsídio é difuso e o benefício concentrado em um grupo pequeno, mas bem organizado.

Em virtude de seus efeitos potencialmente danosos, quando o Estado opta por conceder um subsídio (cruzado ou não), deveria apresentar à sociedade: (i) um estudo (uma Avaliação de Impacto Regulatório) que mostrasse a importância da intervenção, seus custos, os efeitos distributivos (quem ganha e quem perde) e a inexistência de alternativa menos onerosa; (ii) avaliações periódicas dos impactos da política pública; e (iii) prazo para fim do subsídio.

A importância de avaliação da natureza como a sugerida acima se torna ainda mais premente quando se trata de um subsídio cruzado. Conforme já abordado, em um mercado com subsídio cruzado, um consumidor incorre em um preço maior para que outro usufrua um preço menor. Nesse contexto, nota-se claramente

pegar a cereja do bolo e ilustram o aproveitamento exclusivo da pequena e melhor parte e do desprezo da parte restante.

que o subsídio cruzado figura como um tributo para quem o paga e como uma renda ou subvenção para quem o recebe¹³⁵.

Assim, considerando os potenciais danos dos subsídios à economia, a importância do setor elétrico para a atividade econômica e que a instituição de um subsídio cruzado pode indicar que alguns consumidores têm relativamente mais influência no processo político do que os demais, a relação entre os subsídios cruzados presentes nas tarifas do setor elétrico e a Constituição federal merece ser avaliada. Antes, contudo, é oportuno apresentar a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), que é o veículo para pagamento da maioria expressiva desses benefícios.

3. A Conta de Desenvolvimento Energético

A CDE é um fundo destinado a custear subsídios recebidos por alguns agentes do setor elétrico, que não faz parte do orçamento público.

A CDE foi criada pelo art. 13 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002¹³⁶. Inicialmente, a CDE, que duraria 25 anos, tinha como objetivos: (i) o desenvolvimento energético dos estados; (ii) a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas (PCH), biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados; e (iii) a promoção da universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional¹³⁷. Para tanto, a CDE arcaria com: (i) custos relacionados à geração de energia termelétrica a partir de carvão mineral; (ii) custos referentes ao transporte de gás natural integrado à Rede Básica (linhas de transmissão em tensões de 230 kV ou superior¹³⁸); e (iii) subvenções à geração

¹³⁵ Na literatura econômica, um subsídio é entendido como um imposto negativo. Por isso, no caso do subsídio cruzado, o efeito para quem paga é de um tributo.

¹³⁶ O histórico da CDE apresentado neste texto é um resumo da Seção 2 de Silva (2015).

¹³⁷ Conforme a proposta de emenda modificativa ao Projeto de Lei nº 1.896, de 2007, a CDE destinava-se a promover o desenvolvimento das várias fontes de energia no território nacional e equacionar o suprimento de gás natural aos estados que até o final de 2002 não dispunham desse energético para cumprir com o mandamento constitucional contido no art. 25, § 2º, da Constituição Federal.

¹³⁸ Conforme o art. 3º da Resolução Normativa nº 67, de 8 de junho de 2004, da Aneel, integram a Rede Básica do SIN as instalações de transmissão de energia elétrica que atendam os seguintes critérios: (i) linhas de transmissão, barramen-

de energia elétrica a partir de fontes eólica, térmicas a gás natural, biomassa e PCH.

Atualmente, depois de várias modificações legislativas, a CDE, que não tem mais prazo para acabar, arca com os seguintes custos¹³⁹:

- i) a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional;
- ii) subvenção aos consumidores integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda, beneficiários da Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE);
- iii) subsídio ao custo de combustíveis de empreendimentos termelétricos a partir da fonte carvão mineral nacional em operação até 6 de fevereiro de 1998¹⁴⁰;
- iv) os dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), que, por sua vez, busca equalizar as tarifas de energia elétrica praticadas nos sistemas isolados com as do SIN;
- v) os descontos nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de distribuição e nas tarifas de energia elétrica, aplicados às unidades consumidoras classificadas como (a) irrigantes e aquicultores, (b) serviço público de água, esgoto e saneamento e (c) rural;
- vi) os descontos aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de distribuição e transmissão relacionados à compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 30.000kW (trinta mil quilowatts) e para aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada¹⁴¹;
- vii) subvenção recebida por cooperativas de eletrificação rural, concessionárias ou permissionárias, para compensar a reduzida densidade de carga de seu mercado.

tos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kV e (ii) transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kV e tensões secundária e terciária inferiores a 230 kV, bem como as respectivas conexões e demais equipamentos ligados ao terciário, a partir de 1º de julho de 2004.

¹³⁹ A CDE pode ainda arcar com outros custos. Contudo, propositalmente não foram mencionados porque esses itens contam com aporte específico de recursos ou porque não têm sido utilizados.

¹⁴⁰ A Lei nº 10.438, de 2002, transferiu à CDE o custo do combustível do carvão mineral da Região Sul, que era suportado pela Conta Consumo Combustíveis (CCC) Sul/Sudeste/Centro-Oeste.

¹⁴¹ O subsídio é concedido ao gerador e ao comprador da energia elétrica.

As fontes ordinárias de recursos da CDE são: os pagamentos anuais realizados a título de Uso de Bem Público (UBP), os pagamentos de multas aplicadas pela ANEEL, os pagamentos de quotas anuais efetuados pelos agentes que comercializem energia elétrica com o consumidor final, a transferência de recursos do Orçamento Geral da União (OGU), e as transferências da Reserva Global de Reversão (RGR). Para o caso deste estudo, interessam as quotas anuais.

Inicialmente, as quotas anuais: (i) eram fixas; (ii) correspondiam ao valor estipulado para o ano de 2001 para as quotas fixadas no sistema de rateio de ônus e vantagens decorrentes do consumo de combustíveis fósseis para a geração de energia elétrica para as usinas termelétricas situadas nas regiões abrangidas pelos sistemas elétricos interligados¹⁴², o que fazia com que os consumidores dos submercados Sudeste/Centro-Oeste e Sul pagassem um valor de quota, por MWh, 4,5 maior em relação àqueles situados no submercados Norte e Nordeste; e (iii) eram reajustadas por um índice de preço e pelo crescimento do mercado.

Posteriormente, com a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, as quotas anuais passaram a ser calculadas a partir da diferença entre as necessidades de recursos e a arrecadação originada nas demais fontes de receita, devendo ser proporcionais às estipuladas em 2012, ou seja, com assimetria de valor entre os consumidores dos submercados Norte e Nordeste e aqueles dos submercados Sudeste/Centro-Oeste e Sul. Essa diferenciação, contudo, terminará em 2030, por força da alteração promovida pela Lei nº 13.360,

¹⁴² Esse rateio está relacionado com o fato de que, de certa forma, a CDE substituiu a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) dos Sistemas Interligados. A CCC, criada pela Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973, tinha como objetivo ratear o custo de combustível entre todas as concessionárias conectadas em um mesmo Sistema Interligado. Posteriormente, com a Portaria nº 179, do Ministério da Infraestrutura, de 28 de agosto de 1991, foi instituído o rateio entre todos os consumidores brasileiros de energia elétrica, por meio da CCC dos Sistemas Isolados, dos custos dos combustíveis para geração térmica nos Sistemas Isolados. Já a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, estabeleceu os critérios de rateio do custo de combustíveis, desdobrando-se a CCC em três subcontas: CCC – Norte/Nordeste, paga pelos consumidores do Sistema Interligado Norte/Nordeste, e que cobria os custos de combustíveis das térmicas instaladas nessas regiões; CCC – Sul/Sudeste/Centro-Oeste, paga pelos consumidores do Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste e que cobria os custos de combustíveis das térmicas dessas regiões, além do carvão mineral da Região Sul; CCC – Sistemas Isolados, paga por todos os consumidores do Brasil. A Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, determinou a manutenção do subsídio da CCC dos Sistemas Interligados até 2002, quando teria início uma redução gradual entre até 2006, ano de sua completa extinção. Surgiu, então, a CDE.

de 17 de novembro de 2016, na Lei nº 10.438, de 2002, que determinou a convergência gradual das quotas entre os submercados. A Lei nº 13.360, de 2016, estabeleceu, contudo, uma diferenciação gradual por nível de tensão, que teve início em 2017.

Do exposto, nota-se que a CDE é um subsídio cruzado, uma vez que alguns consumidores incorrem em um custo médio de energia elétrica maior para que outros tenham um custo médio menor: até 2030, consumidores dos submercados Sudeste/Centro-Oeste e Sul pagarão uma tarifa de energia elétrica maior para que aqueles dos submercados Norte e Nordeste tenham uma tarifa menor; consumidores de baixa tensão pagam uma tarifa maior para que consumidores de alta tensão tenham uma tarifa menor¹⁴³; consumidores que não são destinatários de algum dos benefícios da CDE têm uma tarifa maior para que os beneficiários tenham uma tarifa menor.

Por viabilizarem os subsídios cruzados, pode-se afirmar que as quotas de CDE correspondem a um tributo pago pelos consumidores de energia elétrica para gerar recursos a serem destinados a um conjunto de beneficiários (consumidores e geradores). Se for considerado que as despesas da CDE financiam políticas públicas, por decisão do Estado, chega-se à conclusão de que a CDE funciona como um orçamento público paralelo ao oficial (no caso, o OGU).

A CDE, cujo orçamento e quotas são aprovados e definidos pela ANEEL, é gerida pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)¹⁴⁴, uma instituição privada sem fins lucrativos, que é responsável por cobrar suas quotas e transferir recursos aos seus beneficiários. Ou seja, os recursos da CDE não

¹⁴³ Pode ser argumentado, todavia, que a fixação das quotas de CDE por nível de tensão não se trata de um subsídio cruzado porque os consumidores de alta tensão geram, proporcionalmente, um custo menor para a rede do que aqueles de baixa tensão. Nesse contexto, e considerando que alguns dos subsídios custeados pela CDE se referem a descontos no uso da rede (cuja tarifa depende, ao final, do nível de tensão), o valor diferenciado, na verdade, impediria um subsídio cruzado. A questão que deve ser colocada é que apenas parte dos subsídios tem relação com o uso da rede. Idealmente, deveria haver dois tipos de quotas de CDE: uma calculada conforme o uso da rede e outra calculada segundo a carga (como é a quota atual). Todavia, esse mecanismo é complexo operacionalmente. Ou seja, o Legislador optou pela simplicidade ao promover a diferenciação por nível de tensão.

¹⁴⁴ Essa função era da Eletrobrás até a Lei nº 13.360, de 2016. Trata-se de uma importante transformação na gestão da CDE, que eliminou conflitos de interesse (a Eletrobrás era gestora e beneficiária da CDE) e que tornou a administração da CDE mais eficiente e transparente.

transitam pelo OGU e, portanto, não passam por um crivo periódico do Congresso Nacional acerca das destinações dos recursos.

Conforme Silva (2015), os gastos da CDE aumentaram substancialmente a partir de 2013, com a Lei nº 12.783, de 2013. Se em 2012 os gastos da CDE somaram cerca de R\$3,3 bilhões, em 2018, a ANEEL, aprovou orçamento de R\$18,8 bilhões¹⁴⁵. Isso se deve, principalmente, ao fato de a CDE ter assumido subsídios que antes estavam incorporados às tarifas de distribuição e de transmissão. Ou seja, a Lei nº 12.783, de 2013, tornou mais transparentes os subsídios do setor elétrico, permitindo que a sociedade tivesse mais clareza de um importante componente tarifário de um bem tão essencial como a energia elétrica.

A Tabela 1 mostra a distribuição dos gastos estimados para a CDE para o ano de 2018.

Tabela 1 – Orçamento da CDE para o ano de 2018

Finalidade	Valor – R\$ bilhões	Participação
Luz para Todos	1,172	6,2%
Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE)	2,440	13,0%
Carvão Mineral Nacional	0,752	4,0%
Conta de Consumo de Combustíveis (CCC)	5,346	28,4%
Desconto e Subvenção às Distribuidoras de Pequeno Porte	0,854	4,5%
Irrigação e Aquicultura	0,817	4,3%
Água, esgoto e saneamento	0,737	3,9%
Fontes Alternativas – Desconto na TUSD ¹	1,981	10,5%
Fontes Alternativas – Desconto na TUST ²	0,503	2,7%
Rural	2,709	14,4%
Administração da Conta	0,009	0,0%
Reserva Técnica	0,460	2,4%
Restos a pagar	1,061	5,6%
Total	18,842	100,0%

Fonte: ANEEL.

¹⁴⁵ Resolução Homologatória nº 2.358, de 19 de dezembro de 2017, da Aneel.

Conforme ilustrado na Tabela 1, o principal subsídio custeado pela CDE é a CCC (28,4%), que se destina a reduzir o custo da energia elétrica dos Sistemas Isolados, áreas ainda não conectadas ao Sistema Interligado Nacional (SIN). Em segundo lugar, está o subsídio à atividade rural (14,4%), e, em terceiro, os gastos com os descontos concedidos às fontes alternativas na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), estimado em 13,2%. Por fim, destaca-se que a Tarifa Social de Energia Elétrica respondeu por 13,0% dos gastos para o ano de 2018.

Silva (2015) também mostra que não há objetivos claros para os subsídios custeados pela CDE. Isso pode ser demonstrado no Quadro 1, que apresenta eventuais objetivos dos subsídios custeados pela CDE, a relação com o setor elétrico e se são focalizados. Ressalta-se que as normas que instituíram esses subsídios não explicitaram, em geral, os seus objetivos. Portanto, os objetivos dispostos na tabela decorrem, em sua maior parte, de inferência do autor.

Quadro 1 – Subsídios Custeados pela CDE: Objetivos e Focalização

Subsídio	Objetivo	Relação com o Setor elétrico	Focalização
Conta de Consumo de Combustíveis (CCC)	Refletir, para os consumidores dos sistemas isolados, o custo de geração compatível àquele dos consumidores do SIN.	Pode ter relação com o setor elétrico (universalização) e com o desenvolvimento regional (reduzir desigualdades).	Sim; nas localidades isoladas, que não estão conectadas ao SIN.
Carvão mineral	Promover a competitividade da energia produzida a partir da fonte carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados.	Pode ter relação com o setor elétrico (diversificação da matriz elétrica) e com o desenvolvimento regional (reduzir desigualdades, uma vez que os beneficiários se encontram na Região Sul).	Sim, desde que, quando o subsídio foi instituído: (i) a geração termelétrica movida a carvão mineral era uma indústria que precisava ser desenvolvida; (ii) o carvão mineral era importante para reduzir desigualdades regionais, que prejudicavam a Região Sul.

Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE)	Reduzir as despesas da população de baixa renda com energia elétrica.	Pode ter relação com: (i) o setor elétrico (universalização) e (ii) a redução de desigualdades socioeconômicas.	Sim. Há um critério de renda para ter direito ao benefício.
Fontes Incentivadas (hidrelétricas até 50 MW de potência e empreendimentos com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada de até 300 MW de potência)	Promover a geração de energia elétrica por pequenos empreendimentos hidrelétricos e empreendimentos com base nas fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada.	Pode ter relação com o: (i) setor elétrico (diversificação da matriz elétrica ou valorização de atributos das fontes não incorporados às tarifas); (ii) desenvolvimento da indústria de equipamentos no Brasil; e (iii) desenvolvimento regional (potencial dessas fontes em regiões brasileiras menos desenvolvidas).	Não. O benefício não está associado; (i) a fontes de geração que ainda estão em estágio inicial de desenvolvimento; (ii) a empreendimentos localizados em regiões brasileiras menos desenvolvidas; ou (iii) às cadeiras produtivas ainda em estágio de desenvolvimento.
Atividade rural	Reduzir o custo da energia elétrica para a atividade rural.	Não tem relação direta com o setor elétrico. Trata-se de política de fomento a uma atividade produtiva.	Não. O benefício não está atrelado: (i) a critério de renda; (ii) à cultura que precisa ser incentivada por motivo socioeconômico; ou (iii) à localização do beneficiário em alguma região econômica ainda não desenvolvida.
Atividade rural irrigante e aquicultura	Estimular a atividade de aquicultura e a irrigação por meio de redução do custo da energia elétrica.	Não tem relação direta com o setor elétrico. Trata-se de política de fomento a uma atividade produtiva.	Não. O benefício não está atrelado: (i) a critérios de renda; (ii) à cultura que precisa ser incentivada por motivo socioeconômico; ou (iii) a uma região econômica ainda não desenvolvida. Entretanto, os descontos tarifários são maiores nas Regiões Nordeste e Norte.
Serviço público de água, esgoto e saneamento.	Reduzir o custo da energia elétrica para o serviço público de água, esgoto e saneamento.	Não tem relação direta com o setor elétrico. Trata-se de política de fomento a um serviço público.	Não. O benefício não está: (i) vinculado a critérios socioeconômicos; ou (ii) voltado para empresas que prestam serviço em regiões econômicas menos desenvolvidas ou com mais necessidades de investimento no serviço de saneamento básico.

Subsídio	Objetivo	Relação com o Setor elétrico	Focalização
Universalização do acesso (Programa Luz para Todos – PLpT)	Garantir acesso e melhorar o serviço de energia elétrica aos domicílios e estabelecimentos rurais, antecipar a universalização e mitigar o potencial impacto tarifário.	Tem relação direta com o setor elétrico.	Sim. Há critérios de renda e de carga (que tenta emular a capacidade econômica do consumidor de energia elétrica) para acesso ao benefício.
Distribuidoras de pequeno porte	Compensar a reduzida densidade de carga do mercado de concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica cujos mercados próprios sejam inferiores a 700 GWh/ano.	Pode ter relação com o setor elétrico (se for caracterizada a importância dessas agentes na universalização do acesso à energia elétrica) e com o fomento a uma atividade produtiva (já que as pequenas distribuidoras têm foco no atendimento de consumidores rurais).	Sim, se o objetivo do subsídio for utilizar as distribuidoras de pequeno porte como uma forma de universalizar o serviço de energia elétrica; há critérios de carga para que as distribuidoras recebam o subsídio. Não, se o objetivo do subsídio for incentivar uma atividade produtiva, uma vez que o benefício não está atrelado: (i) a critério de renda; ou (ii) ao atendimento de área com atividade produtiva que precise ser estimulada por motivo socioeconômico.

O Quadro 1 mostra que apenas o Luz para Todos (que representa 6,2% dos gastos orçados para a CDE para o ano de 2018, conforme a Tabela 1) tem relação exclusiva com o setor elétrico. Ainda segundo a Tabela 1, verifica-se que 22,6% dos gastos da CDE orçados para 2018¹⁴⁶ não têm qualquer relação com o setor elétrico. Por fim, constata-se que 63% dos gastos da CDE orçados para 2018¹⁴⁷ podem ter relação com outros setores, além do setor elétrico. Os subsídios custeados pela CDE, em geral, também não estão focalizados, uma vez que nem sempre possuem critérios que restrinjam o subsídio ao público alvo mais vulnerável.

Ainda que possam ser apontadas algumas finalidades genéricas para os subsídios custeados pela CDE, não há clareza quanto

¹⁴⁶ Subsídios às atividades rural, de irrigação e de saneamento.

¹⁴⁷ Subsídios à TSEE, carvão mineral nacional, CCC e subvenção às distribuidoras de pequeno porte.

aos impactos almejados sobre os beneficiários. Em decorrência disso, inexistente meta ou indicador que permita mensurar e identificar se os subsídios cruzados que transitam pela CDE têm alcançado o intuito para qual foram criados. Portanto, não deve ser afastada a hipótese de sobreposição de incentivos a um determinado setor ou agentes. A única finalidade da CDE que escapa parcialmente a esse diagnóstico é a universalização, uma vez que o Programa Luz para Todos tem metas definidas, além de acompanhamento e avaliação.

A semelhança, em termos econômicos, das quotas de CDE com um tributo, o valor dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica, os potenciais efeitos negativos dos subsídios cruzados e a ausência de acompanhamento e avaliação dos seus impactos mostram a importância de verificar a harmonização dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica, materializados na CDE¹⁴⁸, com os princípios constitucionais que regem a prestação do serviço de energia elétrica, a instituição de tributos e o gasto público. É o que se passará a fazer. Salienta-se que não são objetivos deste texto: (i) discutir o mérito e a necessidade dos subsídios custeados pela CDE; e (ii) a constitucionalidade do custeio desses benefícios por meio de adicional tarifário (no caso, a cota de CDE)¹⁴⁹.

4. Os Subsídios Cruzados no Setor Elétrico e a Constituição Federal

Como já abordado, a CDE é um fundo setorial que operacionaliza uma gama de subsídios cruzados presentes no setor elétrico, os quais fazem com que alguns consumidores tenham um

¹⁴⁸ Cabe destacar que a CDE é somente o veículo para viabilizar o pagamento dos subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica. Não é a CDE que deve estar harmonizada com a Constituição federal e sim a prática de subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica.

¹⁴⁹ Vale ressaltar que, na Ação de Declaração de Constitucionalidade 9-6/610, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória nº 2.152-2, de 1ª de junho de 2002, com vistas a custear o plano de racionamento de energia elétrica “não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço”. Há diferenças, todavia, entre a sobretarifa julgada pelo STF e os subsídios cruzados tratados neste texto.

custo de energia elétrica maior para que outros agentes (outros consumidores e geradores) tenham um custo menor.

É possível argumentar que a escolha de menos eficiência econômica foi uma decisão da sociedade, que considerou ser mais adequado o custeio de certas políticas públicas por meio de um subsídio cruzado nas tarifas de energia elétrica do que a partir de subsídios diretos do OGU. Contudo, a fim de garantir a sustentabilidade dessa decisão, é essencial que esse arcabouço esteja minimamente aderente a certos princípios constitucionais. Ressalta-se que o objetivo dessa análise não envolve discutir possível constitucionalidade dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica ou da CDE e sim buscar elementos na Constituição federal (CF) que possam aperfeiçoar a política tarifária do setor elétrico.

4.1 Os Subsídios Cruzados no Setor Elétrico e os Princípios Constitucionais para Atuação do Estado no Setor Elétrico

204 205

A CF não tem um comando explícito acerca da prática de subsídios cruzados. Entretanto, há dispositivos que tratam do papel do Estado: (i) na prestação de serviços públicos outorgados pela União, como é o caso das atividades relacionadas ao setor elétrico; (ii) na redução de desigualdades sociais, econômicas e regionais; e (iii) na construção de uma sociedade justa e solidária.

Os quatro objetivos da República Federativa do Brasil estabelecidos pela CF (art. 3º) são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O art. 5º da CF estabelece que todos são iguais perante a lei, com a garantia da inviolabilidade do direito à vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade. Para tanto, o dispositivo, dentre outras responsabilidades, prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O art. 19, inciso III, por sua vez, veda à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

A temática social também está presente no art. 6º, que garante assistência aos desamparados como um direito social.

Em consonância com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e regionais, o art. 43 da CF estabelece que, para efeitos

administrativos, “a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”. Entre os incentivos regionais, na forma da lei, está a igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do poder público (art. 43, § 2º, inciso I). Ademais, como agente normativo e regulador da atividade econômica, é previsto que o Estado exerça, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174) e que a “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (art. 174, § 1º).

A temática social e regional também está presente no art. 170 da CF, segundo o qual a ordem econômica deve ter, entre seus princípios, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais.

Assim, é inquestionável que, pela CF, o Estado deve (i) promover a justiça social, a igualdade e a solidariedade entre brasileiros e (ii) buscar reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No que tange à prestação de serviços no setor de energia elétrica, cabe mencionar que a CF (art. 21, XII, “b”) assevera que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos¹⁵⁰. Em consonância com essa prerrogativa, o art. 22, inciso IV, atribui à União a competência privativa para legislar sobre energia, com a possibilidade de lei complementar autorizar os estados a legislar sobre questões específicas sobre essa matéria (art. 22, parágrafo único).

O art. 175 prevê, por sua vez, que cabe ao poder público, na forma da lei, prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos e que a lei disporá sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e o serviço adequado (art. 175, parágrafo único, incisos II, III e IV).

¹⁵⁰ O art. 20 da Constituição federal prevê que os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais, e o os potenciais de energia hidráulica são bens da União.

É importante observar que a CF, nos dispositivos citados, e que estão relacionados diretamente à prestação dos serviços no setor de energia elétrica, não menciona explicitamente a utilização de subsídios cruzados, ainda que seja para atingir objetivos sociais e econômicos.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regulamentou o art. 175 da CF. A referida Lei trata de questões gerais relacionadas ao regime de prestação de serviço público, também sem traçar diretriz alguma para o uso (i) de subsídios tarifários e ou (ii) da política tarifária como instrumentos de redução de desigualdades econômicas, sociais ou regionais. Apenas o art. 13 prevê diferenciação tarifária, mas sem essa conotação: “as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”. Não é, portanto, uma orientação para que consumidores com menor custo de atendimento paguem uma tarifa maior para que outros, de maior custo, tenham tarifa menor; pelo contrário, é uma homenagem à eficiência alocativa, pela reafirmação do critério técnico de alocação de custo conforme o uso do serviço; ou seja, o contrário de um subsídio.

Em relação aos direitos dos usuários, a Lei nº 8.987, de 1995, prevê o recebimento de serviço adequado (art. 7º, I), definido como aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, § 1º).

Por sua vez, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, estabeleceu “normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos”. Essa Lei define, por exemplo, quais serviços públicos de competência da União estão sujeitos aos regimes de concessão ou permissão de que trata a Lei nº 8.987, de 1995, dentre os quais aqueles relacionados ao setor de energia elétrica. Também nessa norma não há qualquer menção a subsídios cruzados inseridos nas tarifas. A Lei nº 9.074, de 1995, determina, ainda, em seu art. 35, que a estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Verifica-se, portanto, que a CF e as leis que regulamentaram dispositivos constitucionais relacionados ao setor elétrico¹⁵¹ também não abordam explicitamente o uso de subsídios cruzados nas tarifas.

Nesse contexto, passa-se a analisar quais incongruências existem entre a política de subsídios cruzados nas tarifas do setor elétrico e os dispositivos constitucionais mencionados.

Inicialmente, poderia ser argumentado que a existência de subsídios cruzados, por força de uma intervenção estatal, é contraditória com: (i) um dos princípios da ordem econômica, a defesa do consumidor; e (ii) a obrigação de o poder público prestar os serviços públicos de forma adequada.

A eventual contradição com a defesa do consumidor fundamentar-se-ia na constatação de que um consumidor é obrigado a arcar com parte de um custo de um bem adquirido por outro. Em termos econômicos, essa ação compulsória é prejudicial aos consumidores porque distorce o preço, um elemento que informa ao consumidor a escassez ou abundância de um produto ou serviço. O subsídio cruzado impede que essa missão seja cumprida porque o preço pago é majorado ou reduzido artificialmente. Essa consequência também é verificada em tributos sobre o consumo. A diferença é que esses constam explicitamente na CF.

Cabe ainda mencionar que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que regulamenta a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, tal como a Lei nº 8.987, de 1995, não trata, pelo menos explicitamente, de subsídios cruzados. Deduz-se, portanto, que o legislador considerou não ser a distorção econômica acima apontada uma questão de defesa do consumidor. Ou seja, entendeu que os subsídios cruzados não contrariariam o princípio da igualdade para todos, esculpido no art. 5º da CF, que elencou a proteção do consumidor como um dos elementos para o Estado promover essa igualdade.

No que se refere à contradição com a obrigação de o poder público prestar serviço público de forma adequada, pode ser argumentado, em termos econômicos, que os subsídios cruzados não estão em consonância com esse princípio porque a Lei nº 8.987, de 1995, que regulamentou o art. 175 da CF, definiu

¹⁵¹ Há leis no âmbito do setor elétrico que tratam dos subsídios tarifários. Entretanto, não estão relacionadas (explicitamente, pelo menos) a um dispositivo constitucional que trate das diretrizes para regular o setor.

serviço adequado como aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Conforme já abordado anteriormente, subsídios cruzados compulsórios, não decorrentes de uma estratégia comercial voluntária, são ineficientes. Portanto, nessa abordagem, um serviço não seria adequado se há a utilização de subsídios cruzados nas tarifas, simplesmente porque estes geram ineficiência.

Ainda acerca do serviço adequado, é preciso observar o conceito de tarifa na prestação de serviço público. A tarifa deveria ser entendida como um valor tal que permita que o concessionário preste o serviço de forma adequada¹⁵². Contudo, o subsídio cruzado adicionado à tarifa não tem necessariamente relação, pelo menos diretamente, com o serviço que é prestado. Se, por exemplo, o Estado concede um desconto na tarifa de energia elétrica para uma determinada atividade produtiva que sofre concorrência de importados e aumenta a tarifa dos demais consumidores de energia elétrica a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, a tarifa paga por esses últimos não decorre do serviço que lhes é prestado. Ou seja, um consumidor de energia elétrica paga pelo serviço prestado a outro.

A situação acima se torna mais gravosa diante do fato de que a modicidade tarifária faz parte do serviço adequado. A utilização de subsídios cruzados contraria essa orientação porque majora o valor pago de parte dos consumidores, que poderiam pagar um valor menor se não existisse esse subsídio cruzado. É o que se depreende dos seguintes fatos: (i) a CF prevê que a Lei disporá sobre a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado; (ii) a Lei nº 8.987, de 1995, define a modicidade tarifária como um dos elementos de serviço adequado; (iii) o Estado utiliza a tarifa para a prática de subsídios cruzados, o que promove a elevação das tarifas para alguns consumidores.

Os fatos narrados sinalizam que o Estado deveria atuar para reverter a prática de utilizar os subsídios cruzados nas tarifas. Inclusive, cabe mencionar que PEREIRA (2005) defende, por exemplo, que as “as tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais” uma vez que essa é a única das alternativas cogitáveis “que atende

¹⁵² O que não impede que a tarifa seja calculada após consideração de outras fontes de receita do prestador do serviço.

integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis”. Torna-se, então, necessário abordar outras orientações constitucionais para tentar harmonizá-los com a nossa Carta Magna.

Nesse contexto, ressalta-se que a CF, que incumbiu o poder Público de definir a política tarifária dos serviços públicos, não vedou a utilização da prática de subsídios cruzados. Essa constatação, aliada aos comandos para que o Estado atue no combate às desigualdades sociais, econômicas e regionais, poderiam ser a inspiração para a utilização dessa forma de custear políticas públicas, mesmo que danosa à eficiência econômica.

A questão a ser enfrentada por essa argumentação é que não há objetivos claros para os subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica. Em um exercício de interpretação, é possível chegar, para alguns casos, a conclusões sólidas de que o subsídio tem inequivocamente uma natureza de combate às desigualdades sociais, econômicas e regionais. Em outros casos, isso não é possível. Por exemplo, a Tarifa Social de Energia Elétrica possui evidentemente um caráter de combate de redução de desigualdades econômicas e sociais, embora não esteja atrelado explicita e sistematicamente a qualquer política pública com essa finalidade; pode, ainda, estar relacionado à universalização do serviço de energia elétrica. Já para o subsídio às empresas de saneamento, essa conclusão não é tão óbvia, apesar de, indubitavelmente, a universalização do saneamento básico ser um dos elementos de combate à pobreza. A questão, nesse caso, reside na constatação de que esse subsídio: (i) não tem qualquer relação com a região atendida pelas empresas prestadoras desse serviço público¹⁵³; e (ii) torna mais caro um bem essencial, a energia elétrica, para reduzir o custo do serviço de saneamento, também essencial.

Independente da falta de clareza quanto aos objetivos dos subsídios custeados pela CDE, o fato de eles, exceto o Luz para Todos, não estarem inseridos explicita e sistematicamente em alguma política pública constante em um plano de combate às desigualdades sociais, econômicas e regionais fragiliza a tese de que os subsídios cruzados custeados pela CDE é um instrumento do Estado para atingir tal finalidade. Nesse sentido, recupera-se a menção ao dispositivo da CF segundo o qual “a Lei estabelecerá as

¹⁵³ Não será discutido se cada um dos subsídios custeados pela CDE tem ou não conotação de combate às desigualdades econômicas, sociais ou regionais. O objetivo do argumento apresentado é mostrar quão frágil é a tese de que os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica visam a reduzir essas desigualdades.

diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (art. 174, § 1º). Esperava-se que, ao menos, os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica, com a finalidade de reduzir desigualdades regionais, estivessem presentes na citada lei, o que não ocorre. O que mais se aproxima desse requisito é o subsídio para a irrigação, que, pelo art. 5º, inciso VII, da Lei nº 12.787, de 11 de janeiro de 2013, é um dos instrumentos da Política Nacional de Irrigação, sem que exista, contudo, (i) explicitação de como seria utilizado no âmbito dessa política e (ii) monitoramento e avaliação dos impactos.

Sobre a utilização da CDE como um instrumento de redução de desigualdades sociais, econômicas e regiões, também cabe mencionar que, conforme Silva (2015), a CDE é um mecanismo de redistribuição de renda para alguns consumidores ou segmentos produtivos. Não se pode afirmar, contudo, que esse movimento esteja estritamente relacionado à redução de desigualdades sociais ou econômicas porque os subsídios não são necessariamente focalizados nos consumidores de menor poder aquisitivo ou nas regiões menos desenvolvidas do país, como mostrou o Quadro 1. Há, obviamente, subsídios que atendem a focalização (como a Tarifa Social de Energia Elétrica).

Na verdade, os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica muitas vezes atentam contra a lógica de redistribuição de renda e de redução de desigualdades. Como todos os consumidores de energia elétrica, exceto os beneficiários da TSEE, pagam quota de CDE, pode-se afirmar com absoluta certeza de que cidadãos com baixo poder aquisitivo custeiam, por exemplo, o desconto tarifário concedido a grandes empresas agrícolas¹⁵⁴ ou industriais¹⁵⁵ localizadas em regiões do país mais desenvolvidas. Trata-se de algo totalmente distante do eventual objetivo de usar os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica como instrumento de redução de desigualdades e do objetivo do Estado Brasileiro em construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, da CF).

A Tabela 2 apresenta a distribuição regional dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica para o ano de 2016.

¹⁵⁴ Que gozam de desconto tarifário para a classe rural.

¹⁵⁵ Que compram energia subsidiada de fontes alternativas.

Tabela 2 – Distribuição Regional dos Subsídios Custeados pela CDE – 2016

Subsídio	Região				
	Norte	Nordeste	Centro-Oeste	Sudeste	Sul
Conta de Consumo de Combustíveis (CCC)	99,6%	0,0%	0,4%	0,0%	0,0%
Carvão mineral	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%
Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE)	10,6%	48,8%	4,7%	28,5%	7,3%
Fontes Incentivadas – Geração	1,9%	54,5%	10,3%	17,4%	16,0%
Fontes Incentivadas – Carga	4,1%	11,8%	6,4%	57,4%	20,3%
Atividade rural	4,8%	16,8%	11,6%	36,7%	30,0%
Atividade rural irrigante e aquicultura	0,8%	36,3%	16,4%	37,7%	8,7%
Serviço público de água, esgoto e saneamento	5,4%	22,3%	8,6%	49,1%	14,6%
Universalização do acesso (PLpT)	69,3%	29,1%	1,0%	0,3%	0,2%
Distribuidoras de pequeno porte	0,0%	0,5%	0,0%	15,6%	83,9%
Total	35,8%	18,2%	5,0%	20,7%	20,3%

Fonte: ANEEL.

A Tabela 2 ilustra que a Região Norte é a principal beneficiária dos subsídios da CDE (35,8%). Contudo, esse número deve ser relativizado, uma vez que 99,6% dos gastos da CCC, que representou 27,9% dos gastos da CDE em 2016, estão concentrados na Região Norte¹⁵⁶.

Também deve ser observado na Tabela 2 que a Região Nordeste recebe menos recursos do que as Regiões Sul e Sudeste. Trata-se

¹⁵⁶ No conjunto, as Regiões Norte e Nordeste receberam 54% dos recursos da CDE em 2016, sendo que: (i) possuem cerca de 23% do mercado, conforme Nota Técnica nº 377/2017-SGT/SRG/ANEEL, de 14 de dezembro de 2017; e (ii) contribuem com algo em torno de 7% da arrecadação da CDE, também segundo a citada Nota Técnica. Enfatiza-se que a repartição dos recursos tem influência do peso da CCC no orçamento da CDE; ou seja, os dados mascaram a falta de foco nos subsídios cruzados custeados pela CDE.

de algo esperado diante do fato de que os subsídios foram concedidos sem o objetivo de reduzir desigualdades regionais¹⁵⁷. Tanto é assim que 36,7% e 37,7% do valor relacionado ao subsídio às atividades rural e irrigação, respectivamente, estão concentrados na Região Sudeste. O caso do subsídio destinado aos consumidores das fontes alternativas (Fontes Incentivadas – Carga) é ainda mais ilustrativo: 57,4% na Região Sudeste¹⁵⁸. Esse achado é agravado quando se nota que o subsídio não é focalizado em beneficiários de baixa renda ou em fontes de geração ainda em desenvolvimento.

A constatação de que não há foco social ou regional na distribuição dos subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica reforça o afirmado por Viscusi, Harrington Jr & Vernon (2005), de que a constituição de um subsídio cruzado expressa a visão de que uma das funções da regulação é contribuir com o governo (no caso concreto, com R\$ 18,8 bilhões em 2018) na tarefa de redistribuir recursos, ou seja, de redistribuir riqueza de um grupo de consumidores para outro, ainda que isso esteja correlacionado à capacidade de pressão do grupo de interesse.

A solidariedade entre consumidores tampouco deveria ser invocada como eventual justificativa para mitigar a constatação da falta de focalização. O argumento da solidariedade pode ser coerente para os subsídios que estão relacionados à necessidade

¹⁵⁷ As Regiões Norte e Nordeste são receptoras líquidas de recursos da CDE porque pagam valores menores de quotas de CDE. Conforme a Nota Técnica nº 377/2017-SGT/SRG/ANEEL, 92,5% dos recursos arrecadados pelas quotas de CDE têm origem nas Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste (não foram consideradas as participações no pagamento da chamada “Quota Anual CDE Energia”, que se referem, na prática, a uma devolução pelas distribuidoras de recursos recebidos pela CDE no ano de 2013). Essa constatação, todavia, apenas mitiga as distorções distributivas dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica.

¹⁵⁸ A distribuição dos subsídios às fontes alternativas ilustra com clareza a falta de foco dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica. Conforme mostra a Tabela 2, o subsídio à geração está concentrado na Região Nordeste (54,5%), onde estão localizados grandes potenciais de geração das fontes eólica e solar para despacho centralizado. Considerando que o subsídio à carga (ao consumo) está concentrado na Região Sudeste, pode-se afirmar que a geração eólica na Região Nordeste é estimulada para baratear o custo da energia elétrica de alguns consumidores da Região Sudeste. Reforça essa conclusão o fato de que, se forem somados os subsídios à geração e à carga, 44,2% do total dos subsídios às fontes alternativas estão concentrados na Região Sudeste, o que é esperado porque, em termos financeiros, o valor do subsídio é maior para a carga do que para a geração. O efeito líquido para a Região Nordeste, portanto, não está claro, ainda mais considerando não se tratar de uma escolha, mas da disponibilidade do potencial energético; em suma, é possível que o subsídio não seja relevante para incentivar a geração na Região Nordeste.

de diversificar a matriz elétrica (nesse caso, como uma forma de garantir a prestação do serviço adequado) ou à universalização do serviço, desde que exista uma focalização minimamente justificável, nunca para aqueles subsídios voltados para atender objetivos estranhos ao setor elétrico ou sem focalização.

Conforme disposto no Quadro 1, há subsídios cruzados custeados pela CDE que poderiam estar atrelados à diversificação da matriz elétrica. Seria necessário, contudo, atrelar explicitamente esses subsídios a esse objetivo, com a clara demonstração dos fatos que o justificam. No que tange à universalização, o Quadro 1 também ilustra a existência de subsídios que têm explicitamente esse objetivo; é o caso do Luz para Todos. Há, ainda, outros que poderiam ter essa finalidade, ainda que parcialmente, como a CCC e a TSEE. Todavia, para dar essa robustez, são necessárias avaliações de impactos.

Dessa forma, nota-se que, inspirado na CF, o Estado deveria promover uma reorganização nos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica com a finalidade de adequá-los aos objetivos de promover uma sociedade livre, justa e solidária e de prestar serviços públicos de forma eficiente¹⁵⁹.

4.2 – Os Subsídios Cruzados no Setor Elétrico e os Princípios Constitucionais para a Tributação

Em virtude do subsídio cruzado ser, em termos econômicos, equivalente a um tributo, torna-se relevante para a análise em curso abordar os dispositivos constitucionais relacionados à tributação. Serão focados apenas os tributos federais, mais precisamente os impostos, por duas razões. A primeira razão reside no fato de que os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica terem sido criados pela União, que possui a competência constitucional para legislar sobre energia elétrica¹⁶⁰. A segunda razão decorre da semelhança, pelo menos em termos econômicos, das quotas de CDE com os impostos, uma vez que não são vinculadas

¹⁵⁹ Enfatiza-se que não é objetivo deste texto abordar juridicamente o arranjo dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica. Caso fosse, caberia tratar da eventual inconstitucionalidade da tarifa de um serviço público, dada a sua natureza jurídica, ser utilizada para atender a finalidade de atender ao princípio constitucional da solidariedade ou o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, econômicas e regionais.

¹⁶⁰ De qualquer forma, os princípios de tributação, na sua maioria, se aplicam aos tributos de competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

a qualquer ação estatal específica que é oferecida ao contribuinte em contrapartida¹⁶¹. Ou seja, as quotas se assemelham a impostos porque custeiam políticas públicas que normalmente seriam financiadas por esse tipo de tributo¹⁶².

A CF¹⁶³ permite que a União institua impostos sobre: a importação de produtos estrangeiros; a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; a renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados (IPI); operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural; e grandes fortunas.

A CF também faculta à União instituir: (i) outros impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição; e (ii) impostos extraordinários, na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não na competência tributária da União, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Acerca de princípios e diretrizes para instituição de impostos, cabe destacar os seguintes comandos da CF:

- os impostos devem, sempre que possível, ter caráter pessoal e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145);
- o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (§ 2º do art. 153);

¹⁶¹ Diferente, por exemplo, das taxas (que têm relação com o poder de política ou com serviço público específico e divisível), das contribuições de melhoria (que decorrem de obras públicas), dos empréstimos compulsórios (que podem ter como objetivo custear despesas extraordinárias, como calamidade pública ou guerra externa, ou para promover investimento público que possua urgência e benefício nacional) e das contribuições (que atendem determinadas demandas).

¹⁶² Pode-se argumentar que as quotas de CDE possuem características de contribuições sobre intervenção no domínio econômico. Essas se constituem em instrumento de política econômica destinada ao enfrentamento de distorções que exijam a intervenção da União na economia do país. Ou seja, os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica, materializadas nas quotas de CDE, seriam uma forma de combater distorções no setor elétrico. Contudo, a questão que deve ser enfrentada, nessa tese, é que nem todos os subsídios custeados pela CDE têm relação com o setor elétrico (casos, por exemplo, dos subsídios para as atividades rural, de irrigação e de saneamento básico); não visam estimular ou desestimular um determinado comportamento dos agentes (como, por exemplo, reduzir o consumo de energia elétrica de origem fóssil); não há vínculo de pertinência entre o pagante da quota e a finalidade constitucional almejada com a intervenção.

¹⁶³ Art. 145, art. 148, art. 149, art. 153,

- o imposto sobre produtos industrializados (a) será seletivo, em função da essencialidade do produto, (b) será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, (c) não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior e (d) terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto (§ 3º do art. 153);

- o imposto previsto sobre propriedade territorial rural (a) será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas, (b) não incidirá sobre pequenas glebas rurais, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel, e (c) será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal (§ 4º do art. 153);

- qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias tratadas no art. 150¹⁶⁴ ou o correspondente tributo ou contribuição (§ 6º do art. 150);

- somente haver incidência sobre operações relativas à energia elétrica os impostos sobre (a) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, (b) importação de produtos estrangeiros; (c) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (§ 3º do art. 155).

Na instituição e cobrança dos tributos, o art. 150 e o art. 151 da CF vedam que a União:

- exija ou aumente tributo sem lei que o estabeleça;
- institua tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;
- cobre tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, no mesmo exercício financeiro

¹⁶⁴ Que trata de algumas vedações relacionadas à tributação.

em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou¹⁶⁵ e antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (chamada noventena)¹⁶⁶;

- institua imposto sobre (a) patrimônio, renda ou serviços, de estados, Distrito Federal e municípios¹⁶⁷, (b) templos de qualquer culto¹⁶⁸, (c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei¹⁶⁹, (d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, e (e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser;
- instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a estado, ao Distrito Federal ou a município, em detrimento de outro, admitida a

¹⁶⁵ Essa vedação não se aplica a: empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; impostos sobre a importação de produtos estrangeiros; impostos sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; impostos sobre produtos industrializados; e impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; impostos extraordinários, instituídos na iminência ou no caso de guerra externa.

¹⁶⁶ Além das situações listadas na nota de rodapé anterior, essa vedação não se aplica à fixação da base de cálculo dos impostos sobre propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e territorial urbana.

¹⁶⁷ Essa vedação: é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes; não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

¹⁶⁸ Compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

¹⁶⁹ Também compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país;

- tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes; e
- instituir isenções de tributos da competência dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios.

Nota-se, do exposto, que algumas das preocupações da CF sobre a tributação, com foco nos impostos, são: evitar a chamada bitributação; limitar os tributos que podem ser instituídos pela União e os impostos que podem incidir sobre a energia elétrica; garantir que a capacidade econômica do contribuinte será observada, sempre que possível, quando da instituição de impostos; determinar que a tributação observe a seletividade e a essencialidade do produto, no que tange, por exemplo, ao IPI; desonerar de IPI a exportação de bens industrializados e a aquisição de bens de capital; determinar a progressividade nos tributos de renda e patrimônio; garantir que o Congresso Nacional se manifeste em casos de incentivos tributários; e evitar tratamento não isonômico entre contribuintes e unidades da Federação.

Ressalta-se que a suposta não observância dos princípios tributários previstos na CF tem feito com que vários consumidores questionem no Poder Judiciário, por exemplo, as alíquotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre a energia elétrica. A alegação é que, por se tratar de um produto essencial, sua alíquota não deveria ser superior à alíquota média aplicada nos demais produtos. Essa situação reforça a importância de avaliar os subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica.

O emprego das orientações constitucionais acima expostas nos subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica, materializados nas quotas de CDE, demonstra a ausência de sintonia entre o que a CF prevê para a aplicação de impostos e a prática de subsídios cruzados. Para mostrar isso, cabe enfatizar a semelhança, em termos econômicos, das quotas de CDE com um imposto.

A cobrança de tributos está vinculada à necessidade de o Estado arrecadar recursos para cumprir as suas finalidades. Ou

seja, o Estado tributa porque recebeu atribuições e responsabilidades sobre uma série de atividades, tais como reduzir desigualdades econômicas, sociais e regionais, erradicação da pobreza, prover saúde, educação e segurança pública.

É oportuno destacar que a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), em seu art. 3º, define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Nota-se, do exposto acima, que os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica expressos nas quotas de CDE possuem várias das características que definem um tributo: pagamentos compulsórios (para não pagá-los, o consumidor deveria se desconectar da rede de energia elétrica¹⁷⁰); em moeda; não decorrentes de sanção de ato ilícito (o pagamento não está associado a uma punição, por exemplo); instituídos em lei (em sua maioria); e para custear políticas públicas atribuídas ao Estado¹⁷¹. Por isso, afirma-se que os subsídios cruzados figuram, na prática, como um tributo, mais precisamente um imposto, tendo em vista que seus pagantes não recebem qualquer contrapartida pelo pagamento; pagam para que outro agente seja beneficiado porque o Estado julgou necessário para atender uma de suas finalidades esculpadas na CF. Assim, não sendo caracterizado como tributo em termos jurídicos, o subsídio cruzado não está sujeito aos

¹⁷⁰ Algo factível apenas para consumidores de maior poder aquisitivo. Ou seja, ainda que juridicamente não seja compulsória, a conexão à rede de energia elétrica é economicamente compulsória.

¹⁷¹ No julgamento do Recurso Extraordinário 576.189-4, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o encargo emergencial, criado pela Lei nº 10.438, de 2002, para lidar com racionamento de energia elétrica de 2001, não era compulsório (apesar de obrigatório), embora preenchesse os demais requisitos para a definição de um tributo. Isso porque “as obrigações de pagar ou resultam direta e originariamente da lei, quer dizer, configuram obrigações *ex lege*, ou decorrem da vontade de quem a elas está submetido, ou seja, constituem obrigações *ex voluntate*”. Essa conclusão partiu do princípio que, juridicamente, o consumidor de energia elétrica poderia optar por não utilizar energia elétrica da rede. Note-se, contudo, que se trata de uma análise jurídica. Em termos econômicos, a opção de deixar de usar a rede não é factível para um conjunto significativo de consumidores de energia elétrica. De qualquer forma, no citado Recurso Extraordinário, o STF recordou que “já decidiu que as despesas destinadas a assegurar a continuidade, melhoria e expansão de um serviço público integram o preço público destinado a remunerá-lo”, o que não é o caso de, pelo menos, parte dos subsídios cruzados existentes nas tarifas de energia elétrica custeados pela CDE.

princípios que regem a tributação. Nesse contexto, pode haver incentivo para que o Estado utilize o subsídio cruzado para custear políticas públicas, até mesmo estranhas ao setor elétrico, como forma de fugir das amarras constitucionais aplicadas à cobrança de tributos e, destacadamente, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016¹⁷², para criar uma válvula de escape aos limites de despesas primárias da União.

A leitura dos dispositivos constitucionais revela claramente que a instituição e definição das alíquotas dos impostos é uma forma de o Estado buscar promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e regionais. Ou seja, não é somente quando gasta que o Estado atua com a finalidade em questão. Caso contrário, haveria uma contradição de difícil explicação. Contudo, essa contradição está presente nos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica.

Observa-se que as quotas de CDE são fixadas anualmente pela ANEEL, com vigência, em alguns anos, quase que imediata. Somente são isentos do pagamento das quotas os consumidores beneficiados pela Tarifa Social de Energia Elétrica e os autoprodutores (que não pagam pela energia elétrica que geram e consomem). Ademais, os valores das quotas variam apenas com a região e com a tensão de consumo.

As quotas de CDE têm pouca relação com a capacidade econômica de pagamento dos consumidores de energia elétrica. Como a quota é um valor fixo, pago por todos os consumidores, aqueles consumidores de menor renda, de um mesmo submercado, pagam proporcionalmente mais do que aqueles de renda mais elevada. Ou seja, a quota de CDE, assim como outros tributos no Brasil, é regressiva.

A regressividade é acentuada diante do fato de que há transferência de renda de consumidores de energia elétrica de menor capacidade econômica para outros de maior capacidade econômica. Isso ocorre, por exemplo, quando um consumidor de renda média incorre em um custo extra na tarifa de energia elétrica para propiciar um subsídio na tarifa de energia elétrica para um grande agricultor exportador (outro consumidor de energia elétrica). A lembrança de que, ao contrário de alguns tributos, esse agricultor paga quota de CDE mesmo quando exporta, não elimina o caráter regressivo da quota de CDE.

¹⁷² Que estabeleceu o teto de gastos para a União.

Os questionamentos judiciais envolvendo as alíquotas de ICMS cobradas pelos estados mostram outra distorção das quotas de CDE, que agrava o seu caráter regressivo: a não seletividade. Sendo a energia elétrica um bem essencial, seria esperado que o Estado fosse no mínimo comedido em utilizar as tarifas de energia elétrica para a prática de subsídios cruzados. O valor de R\$ 18,8 bilhões em subsídios cruzados revela, contudo, outra realidade¹⁷³.

Pode haver, ainda, aspectos distributivos relacionados ao ICMS. Em virtude dos subsídios cruzados, a tarifa de energia elétrica paga por consumidores de um determinado estado pode ser maior ou menor do que aquela que vigoraria na sua ausência¹⁷⁴. Como consequência, a arrecadação com ICMS por esse estado pode ser maior ou menor. Assim, na prática, os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica custeados pela CDE transferem arrecadação de ICMS do estado que, em termos líquidos, recebe recursos da CDE para aquele estado que, em termos líquidos, aporta recursos na CDE.

Por um lado, os estados podem aumentar a alíquota de ICMS para compensar a perda de arrecadação. Por outro, podem manter a alíquota e cobrar ICMS em cima do subsídio recebido pelos beneficiários nele localizados. O problema que surge dessa situação é que haveria a cobrança de ICMS duas vezes: no estado que, em termos líquidos, pagou ICMS e naquele que, em termos líquidos, recebeu recursos da CDE. Ainda que essa situação não seja caracterizada como uma bitributação (o que é vedado pela CF), na prática é.

No contexto apresentado, deve ser ponderada a razão de a CF estabelecer que (i) os impostos, sempre que possível, devem ser graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes e (ii) a seletividade deve ser observada para vários tributos. Se for considerado que o objetivo é preservar um mínimo de condições

¹⁷³ Ressalta-se que tributar bens inelásticos, como a energia elétrica, provoca menor distorção na eficiência econômica do que tributar bens elásticos, como mostra Amorim (2010). Essa conclusão agrava o problema distributivo apontado porque consumidores de maior renda e empresa têm demandas menos elásticas do que os demais consumidores porque possuem capacidade econômica de optarem por gerar a própria energia. Nesse contexto, os subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica é mais um problema distributivo do que um problema de ineficiência econômica.

¹⁷⁴ Depende, em termos líquidos, se o valor recebido pelos beneficiários da CDE localizados no estado são maiores do que o valor pago a título de cota de CDE pelos consumidores desse estado.

para as pessoas sobreviverem diante das necessidades de arrecadação do Estado, a existência de subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica é uma significativa contradição. O Estado, além de já tributar um insumo tão essencial para a população brasileira, impõe um ônus que se assemelha a um imposto com as mesmas características regressivas que o grosso dos tributos vigentes em nosso país. E o faz sem que seja estabelecida uma relação direta com o dever do Estado, por exemplo, de reduzir desigualdades sociais, econômicas e regionais. Tanto é assim que, enfatiza-se, sequer há avaliação de impactos desses subsídios nas políticas públicas voltadas para atingir essa finalidade¹⁷⁵.

Cabe abordar, ainda, a previsão, no § 3º do art. 155 da CF, de que somente poderão incidir três impostos nas operações relativas à energia elétrica: ICMS e impostos sobre importação e exportação. Não há vedação quanto à incidência de outros tributos. Tanto é assim que há cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da contribuição para Programa de Integração Social (PIS) e de contribuição de intervenção no domínio econômico¹⁷⁶. Entretanto, as quotas de CDE não têm características desses tributos¹⁷⁷, guardando mais semelhança com os impostos. Sendo assim, as quotas de CDE poderiam ser interpretadas, pelo menos em termos econômicos, como a uma forma de o Estado burlar a vedação constitucional em questão, justamente em um bem tão essencial como energia elétrica.

Há também a questão da não cumulatividade, características (i) do IPI e do ICMS, que são impostos sobre o consumo, tal como, em termos econômicos, as quotas de CDE, e (ii) das contribuições sociais COFINS e PIS.

¹⁷⁵ A exceção é o Programa Luz para Todos, que conta acompanhamento e avaliação.

¹⁷⁶ O art. 149 da CF estabelece a competência da União para instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. O § 2º prevê ainda que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação e incidirão sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços. No setor elétrico, entende-se que a obrigação de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, de que trata a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, é um tipo de contribuição de intervenção no domínio econômico.

¹⁷⁷ Conforme já abordado anteriormente.

A não cumulatividade permite que as empresas se creditem de tributos pagos no elo anterior da cadeia produtiva. Trata-se de mecanismo que busca dar mais racionalidade ao sistema tributário, evitando o efeito “cascata”, que é danoso à atividade econômica. No caso dos subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica, expressos nas quotas de CDE, a não cumulatividade, obviamente¹⁷⁸, inexistente, prejudicando o setor produtivo, seja aquele voltado para o mercado externo (que conta com desoneração tributária) ou aquele com foco no mercado interno (e que sofre concorrência de importados). Há, portanto, uma nítida contradição. Ao criar subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica que, na prática figuram como impostos, o Estado atua no sentido oposto: (i) dos incentivos tributários estabelecidos para que as empresas brasileiras exportem e compitam no exterior; (ii) das medidas que buscam dar mais condições às empresas brasileiras competirem com produtos importados e, com isso, gerar mais emprego e renda no nosso país.

A questão, diante dos fatos apresentados, é encontrar um caminho para aperfeiçoar as quotas de CDE de forma a serem mais justas socialmente. Contudo, a natureza das políticas públicas que são custeadas pela CDE adiciona uma dificuldade a esse objetivo. Isso porque qualquer revisão dos valores das quotas entre grupos de consumidores, ainda que observado algum critério relacionado à capacidade econômica, se choca com a essencialidade da energia elétrica, que deveria justificar uma redução no valor das quotas para todos os consumidores. O conflito potencial ora mencionado sinaliza para outra direção, qual seja: visitar todos os subsídios cruzados presentes nas tarifas de energia elétrica e transferi-los, direta ou indiretamente, para o OGU, a fim de que sejam custeados com receitas ordinárias de tributos ou outras receitas fiscais.

4.3 Os Subsídios Cruzados no Setor Elétrico e os Princípios Constitucionais para o Gasto Público

O orçamento da CDE pode ser visto como uma espécie de orçamento paralelo do setor elétrico para custear políticas públicas. Assim, esta Seção tratará dos princípios constitucionais a serem observados no gasto público.

¹⁷⁸ Por não se tratarem de um tributo, em termos jurídicos.

O art. 163 da CF prevê que lei complementar disporá sobre finanças públicas, fiscalização financeira da administração pública direta e indireta e outras matérias fiscais.

Por sua vez, o art. 165 da CF determina que leis de iniciativa do Poder Executivo estabeleçam:

- o Plano Plurianual (PPA), o qual, de forma regionalizada, deverá ter 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;
- as diretrizes orçamentárias, que compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, orientará a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento;
- os orçamentos anuais (fiscal, investimento e da seguridade social), sendo que o projeto de lei orçamentária deverá ter demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia¹⁷⁹.

Já o art. 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) instituiu o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União por 20 exercícios financeiros a partir de 2016. Esse Novo Regime Fiscal consiste resumidamente de:

- limites das despesas primárias, tendo como base o ano de 2016, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);
- vedação, em caso de descumprimento dos limites, dentre outras, de uma série de medidas que resultem em aumento da remuneração de servidores públicos, criação de cargos, contratação de pessoal, criação de despesas obrigatórias.

¹⁷⁹ Outros dispositivos tratam do rito legislativo do processo orçamentário e de vedações com os objetivos de garantir a destinação de alguns recursos vinculados e mitigar o risco de transferências de obrigações para períodos futuros.

Relacionado aos dispositivos constitucionais acima mencionados, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estabeleceu “normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal”. Entre outras medidas, a LRF:

- prevê o controle de custos e a avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos (art. 4º, I, “a”);
- determina a fixação e a avaliação de metas anuais relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública e medidas de compensação para a criação de novas despesas (art. 4º, §1º; e art. 4º, §2º, I), e orçamento compatível com essas metas;
- prevê que “a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou deficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais” (art. 26).

Nota-se, do exposto, que são princípios no processo de gasto público: fixação de limites; avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas ou jurídicas segundo as condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

É importante ressaltar que, no processo orçamentário, a participação do Congresso Nacional é imprescindível, haja vista a sua competência para aprovação do orçamento, na aplicação dos recursos arrecadados, e para fiscalizar a aplicação dos recursos pelo Poder Executivo.

A preocupação do legislador em exigir avaliação dos resultados dos programas financiados com os recursos do orçamento evidencia a visão de que a concessão de um subsídio ou subvenção não é um fim em si mesmo. Pelo contrário, deve estar dentro das capacidades fiscais da União e entregar um resultado para a sociedade, que deve ser explicitado e mensurado (afinal, pra aplicar recursos em uma determinada finalidade, foi necessário preterir outra).

Os subsídios cruzados custeados pela CDE, todavia, não estão em consonância com os princípios constitucionais que orientam o gasto público.

Em primeiro lugar, não há limite de gastos para a CDE. O §2º-A do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, prevê apenas que o Poder concedente apresente um plano de redução estrutural de despesas da CDE que contenha: proposta de rito orçamentário anual; limite de despesas anuais; critérios para priorização e redução das despesas; e instrumentos aplicáveis para que as despesas não superem o limite de cada exercício.

Pode-se argumentar que o poder concedente recebeu a prerrogativa de fixar um teto para as despesas da CDE, uma vez que o dispositivo legal citado previu que o plano de redução estrutural das despesas da CDE tenha um limite de despesas anuais. Todavia, a instituição dessa obrigação não foi acompanhada da previsão de que o Poder Executivo poderia reduzir o valor dos subsídios custeados da CDE, os quais, em sua maioria, foram instituídos por lei. Tal situação poderia levar ao Poder Executivo a fazer o ajuste somente naqueles subsídios que foram instituídos ou que tem valores definidos por meio de decreto. Ademais, §2º-A do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, não definiu o horizonte para redução das despesas da CDE.

Assim, verifica-se que as políticas públicas custeadas pela CDE sofrem um risco significativamente menor de terem recursos reduzidos em relação àquelas custeadas pelo OGU, que podem sofrer cortes (i) em virtude do limite de gastos públicos e (ii) se não apresentarem resultados satisfatórios capazes de convencer o Congresso Nacional a manter ou aportar mais recursos. Essa situação acaba por incentivar a busca por deixar de ser beneficiário do OGU e passar a ser um beneficiário da CDE. Por um lado, o êxito nessa tarefa abre espaço para que o OGU aloque os recursos em outra política pública. Por outro lado, os gastos da CDE aumentam e, em consequência, as tarifas de energia elétrica. Ressalta-se, ainda, que a chance de êxito será tanto maior quanto mais organizado o grupo de beneficiários. Ou seja, em vez de investir em atividades produtivas, há um incentivo para que agentes econômicos aloquem recursos para mostrar que merecem ser beneficiados pela CDE. Tudo isso em um cenário no qual o Estado pode ter incentivo em utilizar tarifas de energia elétrica para assumir políticas públicas que deveriam ser custeadas pelo

OGU com a finalidade de obter espaço para gastar mais sem desobedecer ao teto de gastos.

O movimento de migração do OGU para a CDE torna-se ainda mais compensador diante do fato de que as políticas custeadas pelo OGU passam por avaliação e acompanhamento e aquelas custeadas da CDE não. Como afirmado anteriormente, exceto para o Luz para Todos, não há ação no Plano Plurianual (PPA) que incorpore os subsídios custeados pela CDE. Não há, portanto, monitoramento e avaliação de resultados, diferentemente do que ocorre com as políticas públicas custeadas pelo OGU. Ressalta-se que, ao não serem incorporadas no Plano Plurianual (PPA), as políticas públicas custeadas por subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica não seguem a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

As diferenças entre beneficiários do OGU e da CDE não deveriam existir, sobretudo diante do potencial de dano à atividade econômica que os subsídios cruzados compulsório possuem; mostram um tratamento não isonômico entre beneficiários de políticas públicas, contraditório com a CF, que prega a igualdade, a isonomia; constituem verdadeiros estímulos para que agentes econômicos empreguem recursos na busca por serem contemplados pela CDE, o que afetava negativamente a competitividade da economia brasileira. O teto de gastos públicos pode aumentar esses incentivos, o que pode provocar um crescimento substancial na CDE nos próximos anos. Tudo isso em um cenário de regressividade no pagamento dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica.

5. Conclusão

Apesar de a CF idealizar a igualdade (social, econômica e regional), os 30 anos de sua existência foram insuficientes para impedir a utilização crescente de subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica. Na verdade, pode-se argumentar que o Estado procurou formas de contornar as obrigações que lhe foram atribuídas pela CF, trilhando um caminho diferente daquele que a sociedade concebeu.

Nesse contexto, é preciso refletir se o Estado concebido pela CF é o Estado que o país quer. Caso seja, é necessário construir um novo modelo de financiamento para os subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica, que, pelo menos, amenizem as

contradições do tipo: o Estado concede um incentivo por uma medida tributária e a anula com um subsídio cruzado inserido na tarifa.

A solução mais adequada para contornar as distorções abordadas seria transferir o custeio dos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica para o OGU, a fim de que fossem custeados pela receita de tributos. Não se trata de uma alternativa com vistas exclusivamente a reduzir o custo da energia elétrica e sim uma forma de diminuir as distorções distributivas e até mesmo produtivas, explicitadas nas seções anteriores deste texto. Se os subsídios cruzados funcionam, na prática como um imposto, melhor que sejam tratados formalmente como tal, observando a capacidade econômica dos pagantes, a essencialidade do produto e a não cumulatividade, por exemplo.

A situação fiscal do país é um desafio para que a transferência para o OGU se concretize, ainda que ocorra aumento de algum tributo como compensação. Seria importante, assim, algum gradualismo.

As dificuldades fiscais não devem servir de justificativa para que, no mínimo, sejam retirados das tarifas de energia elétrica subsídios sem qualquer relação com o setor elétrico. Dados da Tabela 1 e do Quadro 1 mostram que quase $\frac{1}{4}$ dos gastos da CDE tem essa característica. Inclusive, conforme exposto, sequer há avaliação dos resultados que esses subsídios proporcionam. Ou seja, o consumidor de energia elétrica incorre em um custo sem ter ciência do impacto provocado por seu sacrifício de, muitas vezes, transferir renda para agentes com maior capacidade econômica de pagar tributos.

Para os demais subsídios, que podem ter relação com outros setores além do elétrico, é essencial que sejam iniciados estudos para avaliar os impactos gerados. Com isso, haverá maior clareza se guardam, de fato, relação com o setor elétrico. Havendo interface, pode-se argumentar que caberia o custeio pelas tarifas de energia elétrica, invocando-se a solidariedade entre consumidores (no caso da universalização), a necessidade de prover a sustentabilidade do setor elétrico (caso da diversificação da matriz elétrica) ou a correção de falhas de mercado.

Após a Lei nº 12.783, de 2013, ter concentrado os subsídios cruzados na CDE, medida que revelou a falta de critério na concessão desses benefícios, a sociedade brasileira tem dado sinais de que deseja uma correção de rumos para essa questão. O §2º-A

do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, determinou que o Poder Executivo elaborasse um plano de redução estrutural da CDE, o que já é um começo. Além disso, a Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016, revogou um dispositivo da Lei nº 10.438, de 2002, que permitiu a inclusão de novos subsídios da CDE por parte do Poder Executivo.

Em 2018, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 9.463, de 2018, que dentre outros temas, prevê que seja destinado à CDE 1/3 do benefício econômico dos novos contratos de concessão firmados com a Eletrobras em caso de desestatização. Também em 2018, o Ministério de Minas e Energia, no encerramento da Consulta Pública nº 33, de 2017, propôs ao Poder Executivo um PL, estendendo esse arranjo a outras outorgas de geração. Essa destinação é uma forma de mitigar a constatação de que as tarifas de energia elétrica custeiam políticas públicas estranhas ao setor elétrico.

Por fim, avançar na correção das distorções provocadas pelos subsídios cruzados nas tarifas de energia elétrica significa reduzir o uso de um bem estratégico e essencial (energia elétrica), seja usado para driblar as amarras constitucionais colocadas no Estado com vistas a conter seus incentivos para arrecadar e gastar mais; significa, portanto, promover a liberdade do cidadão do julgo de grupos de interesses que, por serem organizados e por terem poder econômico, podem obter benefícios exclusivos com custos difusos.

6. Bibliografia

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Nota Técnica nº377/2017-SGT/SRG/ANEEL, de 14 de dezembro de 2017.** Orçamento da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE de 2018, após realização da Audiência Pública nº 63/2017. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_auth=M9psJt5e&p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentoId=24531&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=fase&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_javax.portlet.action=downloadAnyFile). Acesso em: 12 de março de 2018.

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Resolução Homologatória nº 2.358, de 19 de dezembro de 2017.** Aprova o orçamento anual da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE para o ano de 2018, fixa as quotas anuais do encargo tarifário e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2017/063/resultado/reh20172358ti.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2018.

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). **Resolução Normativa nº 67, de 8 de junho de 2004.** Estabelece critérios para a composição da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004067.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2018.

Amorim, E. E. R.; **Eficiência e equidade na tributação do Consumo Residencial de Eletricidade no Brasil: uma análise de microdados.** UnB: Brasília, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968.** Estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d62724.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003.** Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – “LUZ PARA TODOS” e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4873.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.246, de 26 de julho de 2010.** Regulamenta a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos Sistemas Isolados, as instalações de transmissão de interligações internacionais no Sistema Interligado Nacional – SIN, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7246.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.520, de 8 de julho de 2011.** Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - “LUZ PARA TODOS”, para o período de 2011 a 2014, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7520.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013.** Regulamenta a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica,

sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária, e a Medida Provisória nº 605, de 23 de janeiro de 2013, que altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7891.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.022, de 31 de março de 2017.** Dispõe sobre a Conta de Desenvolvimento Energético, a Reserva Global de Reversão e o Operador Nacional do Sistema Elétrico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9022.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1976.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973.** Dispõe sobre a aquisição dos serviços de eletricidade da ITAIPU e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5899.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993.** Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8631.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.** Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a pro-

mover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRAS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19648cons.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

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: 26 de março de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9991.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nºs 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.648, de 27 de maio de 1998, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 5.655, de 20 de maio de 1971, 5.899, de 5 de julho de 1973, 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10438.htm. Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados; altera as Leis nºs 9.991, de 24 de julho de 2000, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivos das Leis nºs 8.631, de 4 de março de 1993, 9.648, de 27 de maio de 1998, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112111.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010.** Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nºs 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112212.htm. Acesso em: 26 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/112783.htm. Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.787, de 11 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação; altera o art. 25 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; revoga as Leis nºs 6.662, de 25 de junho de 1979, 8.657, de 21 de maio de 1993, e os Decretos-Lei nºs 2.032, de 9 de junho de 1983, e 2.369, de 11 de novembro de 1987; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112787.htm. Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016.** Altera a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, a Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015, a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e a Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13360.htm. Acesso em: 17 de março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei (PL) nº 9.463, de 2018.** Dispõe sobre a desestatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras e altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e a Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51F38EEC2B93D7BD0BD3646DC6886C23.proposicoesWebExterno1?codteor=1638088&filename=PL+9463/2018. Acesso em: 17 de março de 2018.

COUTINHO, D. R. Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento. **Revista Direito FGV**. v. 1, n. 2, págs. 137-160, jun-dez/2005.

FORD, R. and SUYKER, W. **Industrial Subsidies in the OECD Economies**, OECD Economics Department Working Papers, N. 74, OECD Publishing, 1990.

FOSTER, C. **Privatization, public ownership and regulation of natural monopoly**. Oxford: Blackwell, 1992.

FREITAS, P. S. **Quem deve pagar a conta dos subsídios nos serviços de utilidade pública?** 2012. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/07/quem-deve-pagar-a-conta-dos-subsidios-nos-servicos-de-utilidade-publica/>. Acesso em: 17 de março de 2018.

FUNCHAL, P. H. Z. **A Contabilização das Externalidades como instrumento para a Avaliação de Subsídios: o Caso das PCHs no Contexto do Proinfa**. Dissertação de Mestrado, Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia. Universidade de São Paulo, 2008.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Nota Técnica nº 14/2017/AEREG/SE, de 21 de dezembro de 2017.** Proposta de aprimoramento do marco legal do setor elétrico. Disponível em: <http://www.mme>.

gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_auth=VQVhFKWq&p_p_id=-consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_arquivoId=298&consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_javax.portlet.action=downloadArquivoAnexo. Acesso em: 17 de março de 2018.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Portaria nº 179, de 28 de agosto de 1991**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/prt-1991179minfra.pdf>. Acesso em 26 de março de 2018.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Portaria nº 45, de 20 de março de 1992**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/prt-1992045minfra.pdf>. Acesso em: 26 de março de 2018.

MONTALVÃO, E.; SILVA, R. M. **Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 2 de fevereiro de 2015.

OECD. Competition Policy in Subsidies and State Aid, OECD Journal: Competition Law and Policy, Vol. 6/1, 2004.

OECD. **Environmentally Harmful Subsidies: Challenges for Reform**, OECD Publications, Paris, 2005.

PEREIRA, C. G. A Posição dos Usuários e a Estipulação da Remuneração por Serviço Público, in TORRES, H. T. **Serviços Público e Direito Tributário**. Ed. Quartier Latin, 2005.

SCHWARTZ, G.; CLEMENTS, B. Government subsidies. **Journal of Economics Surveys**. V. 13, nº 12, págs. 119-130, 1999.

SILVA, R. M. **Impactos dos Subsídios Custeados pela Conta de Desenvolvimento Energético**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 167). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 17 de março de 2018.

STIGLITZ, J. E. **Economics of the public sector**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 576.189-4**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598034>. Acesso em: 22 de março de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 9-6/610 Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>. Acesso em: 22 de março de 2018.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M.; **Economics of regulation and antitrust**. 4th ed. Massachusetts Institute of Technology, 2005.

A Segunda Reforma Trabalhista Desenhos alternativos para o FGTS cinquenta anos depois

Pedro Fernando Nery

Introdução

Criado em 1966¹⁸⁰, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) recebe tratamento constitucional, sendo elencado no rol de direitos dos trabalhadores do art. 7º (III) da Constituição e referido também no art. 10 (I) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O Fundo também era previsto na Constituição de 1967, da ditadura militar (art. 158, XIII).

A principal norma infraconstitucional a reger o fundo é a Lei nº 8.036, de 1990 (que foi apenas muito residualmente alterada na reforma trabalhista). Ela estabelece o depósito mensal equivalente a 8% da remuneração do empregado, pelo empregador (art. 15); a remuneração dos depósitos pela taxa referencial (TR) acrescida de juros de 3% ao ano (art. 13); e as

234 **235**

¹⁸⁰ Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; Decreto nº 59.820, de 20 de dezembro de 1966.

possibilidades de movimentação da conta (saque), expandidas ao longo dos últimos anos (art. 20).

Dentre estas, destaca-se o saque em caso de demissão sem justa causa (art. 20, I), situação em que o empregado também recebe do empregador a multa de 40% sobre os depósitos que ele realizou (art. 18, § 1º). Foi justamente para proteger o trabalhador do desemprego que o FGTS foi originalmente criado, substituindo a criticada estabilidade decenal que vigia anteriormente, e décadas antes da existência do seguro-desemprego (cuja legislação se inicia a partir de 1986¹⁸¹).

A importância do FGTS é evidenciada pelos grandes números que o cercam. Segundo a Caixa Econômica Federal, que o operacionaliza, havia em 2016 mais de 700 milhões de contas (cada contrato de emprego formal gera uma)¹⁸². Naquele ano, ocorreriam 60 mil saques por hora – ainda antes da autorização dos saques de contas inativas feita pela Lei nº 13.446, de 2017¹⁸³. Para 2018, o orçamento do Fundo aprovado por seu Conselho Curador foi de R\$ 85 bilhões: 81% dos recursos do FGTS foram destinados à habitação, 10% à infraestrutura e 8% ao saneamento básico¹⁸⁴.

Neste capítulo, apresentamos sugestões debatidas na academia redesenhando o FGTS. O ponto de partida é normalmente a sub-remuneração das contas, pelos efeitos indesejados que gera. O mais relevante é o estímulo ao aumento da rotatividade no mercado de trabalho, que tem consequências deletérias na produtividade do trabalho e, portanto, na capacidade dos trabalhadores de gerarem renda. Todas as propostas mantêm a existência do FGTS¹⁸⁵, respeitando seu status constitucional e minimizando a resistência a mudanças por parte de interesses organizados que se beneficiam do Fundo.

¹⁸¹ Juntamente com o Plano Cruzado no Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986. Outros marcos são sua constitucionalização em 1988 (art. 7º, II) e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

¹⁸² Ver: <http://www20.caixa.gov.br/Paginas/Noticias/Noticia/Default.aspx?newsID=4115>.

¹⁸³ Decorrente da aprovação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória nº 763, de 2016.

¹⁸⁴ Ver: <http://www.valor.com.br/brasil/5167962/fgts-conselho-aprova-orcamento-de-r-85517-bilhoes-para-2018>.

¹⁸⁵ Entre outras referências, o fim do FGTS é defendido em Meneguim (2012).

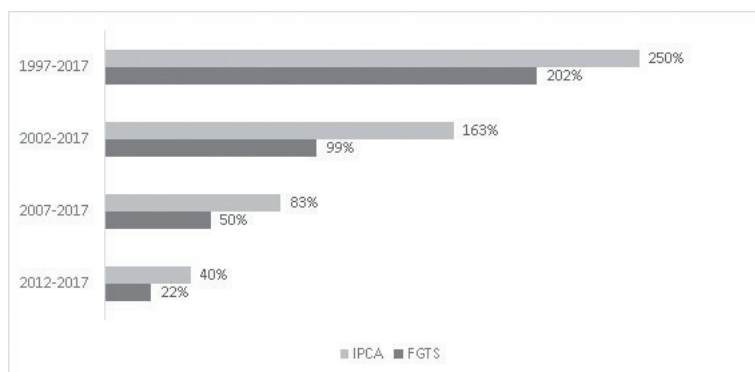
Na seção 2, apresentamos o argumento de que da sub-remuneração das contas deriva o problema da rotatividade da mão de obra, crônico no mercado de trabalho brasileiro. A seção 3 faz uma digressão sobre produtividade, introduzindo o conceito, explicando sua importância e analisando a sua insuficiência e estagnação no Brasil. A seção 4 conecta as seções anteriores, isto é, o problema da rotatividade com o problema da produtividade. Na seção 5 apresentamos propostas destinadas a reduzir a rotatividade, alterando regras de remuneração e saque do FGTS. Já na seção 6 a proposta é mais ambiciosa, e trata da transformação gradual do FGTS em um novo pilar de previdência, complementar e obrigatório, o que também implica alterar as regras de remuneração e saque. Por sua vez, a seção 7 descreve as propostas de integração entre FGTS e seguro-desemprego, mecanismos criados em períodos diferentes, com objetivos iguais, mas funcionamentos muito diferentes: são propostas que alterariam, além das regras de remuneração e saque do Fundo, também a multa e a alíquota dos depósitos – bem como o desenho do seguro-desemprego. Na seção 8, discutimos as propostas de que o FGTS seja instrumento de combate ao desemprego, do conjunto da população ou de grupos específicos, com redução da alíquota de depósito. Por fim, as seções 9 e 10 apresentam propostas mais simples e que já existem no Legislativo como projetos de lei, respectivamente, as de melhora de remuneração e as de flexibilização do saque. A seção 11 fecha com considerações finais.

2. Rotatividade como consequência de sub-remuneração das contas

A sub-remuneração das contas do FGTS é notória: a correção pela taxa referencial (TR) com capitalização de juros de 3% ao ano é insuficiente para repor a própria inflação. De fato, o FGTS rendeu entre 1997 e 2017 202%, contra uma inflação acumulada de 250% medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Considerando períodos menores do que estes 20 anos até

2017, como 15, 10 ou 5 anos, o FGTS sempre saiu perdendo¹⁸⁶. O Gráfico 1 apresenta estes dados.

Gráfico 1 – FGTS e IPCA acumulados – 20, 15, 10 e 5 anos até 2017



Fonte: *Elaboração própria* a partir dos dados de Sobrinho (2017).

Este empobrecimento do patrimônio do trabalhador também contrasta com a remuneração de outros ativos financeiros nestes períodos. O FGTS perdeu em todos eles para a poupança, o Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e ouro, entre outros. O FGTS superou ativos mais voláteis e arriscados apenas em períodos menores (Bolsa de Valores, medida pelo Ibovespa, entre 2007-2017 e 2012-2017)¹⁸⁷.

A literatura aponta a alta rotatividade no mercado de trabalho brasileiro como consequência desta sub-remuneração, uma vez que o trabalhador é estimulado a buscar o saque de sua conta e evitar a corrosão do seu saldo. O problema da rotatividade se refere a uma rotatividade espúria, que se opõe à rotatividade genuína. Trata-se do desligamento do trabalhador de um posto de trabalho, normalmente seguido pela realocação em outro posto, comumente no mercado informal, quando o trabalhador na

¹⁸⁶ Cálculos do matemático José Dutra Sobrinho. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/02/01/em-20-anos-rendimento-do-fgts-perde-para-poupanca-e-nao-cobre-nem-inflacao.htm>.

¹⁸⁷ Segundo cálculos da Economatica. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/02/01/em-20-anos-rendimento-do-fgts-perde-para-poupanca-e-nao-cobre-nem-inflacao.htm>.

verdade objetiva auferir vantagens com a troca¹⁸⁸. O acesso aos recursos do FGTS é uma delas.

O problema é especialmente observado em períodos de crescimento econômico, uma vez que com tal decisão o trabalhador consegue receber verbas destinadas a trabalhadores desempregados, sem ter por muito tempo o ônus de estar de fato desempregado e sem renda (ou simplesmente não tê-lo, se permanecer na informalidade). Além da existência do amplo mercado de trabalho informal¹⁸⁹, desempenharia um papel relevante a existência do “prêmio” pela demissão, em que o desenho do FGTS é essencial. Por exemplo, o prêmio pela demissão, interessante principalmente em períodos de desemprego baixo (muitas vagas abertas), seria a principal explicação para a correlação negativa existente no Brasil entre o número de beneficiários do seguro-desemprego e a taxa de desemprego (ao contrário do que ocorre no resto do mundo, em que a quantidade de beneficiários sobe durante crises).

Parte da rotatividade, a genuína, é saudável e faz parte do *matching* (“casamento”) no mercado de trabalho: a busca pelos trabalhadores da ocupação mais adequada, dadas as suas qualificações, e a busca pelas empresas do funcionário mais adequado. Entretanto, a rotatividade é entendida como espúria quando é visada pelo trabalhador apenas para receber os recursos do FGTS (saldo, mais multa), além do seguro-desemprego e valores referentes ao aviso prévio, 13º, férias e terço de férias proporcionais. Em algumas situações, outros valores devidos podem ser recebidos se a Justiça do Trabalho for acionada.

Evidentemente, esta estratégia depende da demissão sem justa causa, podendo se dar em conluio com o empregador e com um emprego no mercado informal. Na literatura, o problema foi pioneiramente descrito pelo professor José Márcio Camargo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), e outros autores a partir da segunda metade da década de 90¹⁹⁰. Frise-se que pelo menos parte das causas eram recentes naquele momento, vez que, além da jovem moeda, a legislação brasileira

¹⁸⁸ O trabalho de Camargo (1996) é referência sobre o problema de rotatividade no país.

¹⁸⁹ Um tratamento completo sobre a informalidade pode ser encontrado em Neri (2006).

¹⁹⁰ Ver entre outros Camargo (1996); Amadeo e Camargo (1996); Gonzaga (1998); Barros, Corseuil e Foguel (2001); e Gonzaga (2003).

de proteção ao desemprego foi muito alterada entre 1986 e 1990. No caso do FGTS, embora o depósito de 8% existisse desde 1966, a multa foi quadruplicada, passando de 10 para 40% dos depósitos feitos pelo empregador.

Na reforma trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017), a questão foi endereçada com a criação do chamado *distrato* (demissão negociada), modalidade de desligamento que se encontra entre a demissão por iniciativa do empregado e a demissão sem justa causa pelo empregador. Neste caso, o trabalhador pode sacar 80% do seu FGTS e receber metade de multa de 40% (ou seja, 20%), em vez de nada receber ou de receber os valores integrais forjando uma falsa demissão sem justa causa, com acordo informal com o empregador (por exemplo devolvendo a multa ao ex-empregador).

Segundo o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), em 2013 a taxa de rotatividade líquida¹⁹¹ no mercado de trabalho brasileiro foi de 43%. A taxa é cronicamente alta no Brasil: o tempo médio de permanência no emprego no país (5 anos) seria menos da metade do que o de países como Alemanha, França e Itália (quase 12 anos). Também é sabido que a rotatividade é maior nos postos de menor produtividade.

Desta forma, a remuneração baixa das contas das FGTS seria um dos estímulos para que o trabalhador permanecesse pouco tempo em seu posto de trabalho, a fim de sacar os recursos e evitar sua depreciação. Note que não apenas a baixa remuneração tem um papel, como também as próprias regras de saque do Fundo e de elegibilidade do seguro-desemprego, entre outros. A consequência mais discutida na literatura sobre a rotatividade é a baixa produtividade que decorre da falta de investimento nas relações de trabalho, discutida a seguir.

3. Uma Digressão sobre Produtividade

Se o FGTS é considerado problemático por seu impacto na rotatividade, que, por sua vez, é problemático por afetar a produtividade, é oportuno dar um passo atrás na discussão e entender este conceito. Nas palavras do Prêmio Nobel Paul Krugman “a produtividade não

¹⁹¹ Valor mínimo entre o total de admissões e de desligamentos, excluídos os casos de falecimento, aposentadoria, transferência e desligamento a pedido do trabalhador. Ver Dieese (2016).

é tudo, mas em longo prazo é quase tudo¹⁹². De maneira simplificada, não sendo pelo crescimento da produtividade, países possuem somente outra possibilidade para crescer com o aumento do número de pessoas trabalhando. A produtividade determina então a capacidade de aumentar o Produto Interno Bruto (PIB) sem alteração da quantidade de trabalhadores¹⁹³.

Por isso, é o crescimento da produtividade do trabalho que faz com que os salários possam crescer sustentável e continuamente. Entretanto, a literatura aponta para uma grande dificuldade que o Brasil tem em melhorar a sua produtividade. Boa parte do aumento do crescimento econômico observado neste século foi devido ao aumento do emprego. Frise-se que a preocupação com a produtividade supera a divisão ortodoxia-heterodoxia comum no debate sobre política econômica no país, sendo a preocupação também externada por heterodoxos. Já nos termos dos economistas Fabio Giambiagi e Alexandre Schwartzman, o problema é tão relevante que o crescimento da produtividade deveria ser uma “obsessão nacional”¹⁹⁴.

Segundo os economistas Thiago Miguez e Thiago Moraes, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o crescimento da produtividade do trabalho no País entre os anos de 1995 e 2004 ficou muito abaixo do de outros países emergentes, notadamente a da China¹⁹⁵. O Brasil perdeu também para economias mais maduras, principalmente os Estados Unidos.

Já de acordo com os pesquisadores Gabriel Squeff e Fernanda de Negri, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o crescimento anual da produtividade do trabalho entre 2001 e 2012 foi de apenas de 1,5% – justamente em um momento considerado positivo no mercado de trabalho, com boom das commodities e queda do desemprego¹⁹⁶. Os pesquisadores apontam que na indústria de transformação a produtividade chegou a ter crescimento negativo.

A importância do crescimento da produtividade para o país é ilustrada por números trazidos pelo economista Fabio Giambiagi¹⁹⁷.

¹⁹² Krugman (1994).

¹⁹³ A rigor, esta é a produtividade *média* do trabalho, que difere da produtividade *marginal* do trabalho. Distinguir os termos foge dos propósitos deste capítulo.

¹⁹⁴ Giambiagi e Schwartzman (2014).

¹⁹⁵ Miguez e Moraes (2014).

¹⁹⁶ Squeff e De Negri (2014).

¹⁹⁷ Giambiagi (2018).

Diante do envelhecimento populacional e encolhimento da força de trabalho, se nos 30 anos a partir de 2018 a produtividade crescer somente à mesma taxa que cresceu nos últimos 30, quer dizer, entre 1988 e 2018, o País chegará ao ano de 2048 com a mesma *renda per capita* que tem em 2018. Ou seja, diante da mudança demográfica que o país passa, o crescimento da produtividade é essencial para evitar a estagnação do padrão de vida da população.

A baixa produtividade disseminada na economia brasileira tem, claro, muitas causas, que não se limitam ao FGTS ou ao mercado de trabalho¹⁹⁸. No âmbito da reforma trabalhista¹⁹⁹, inovações capazes de ampliar a produtividade do trabalho incluem a ampliação da especialização via terceirização; a maior liberdade para remuneração por desempenho; e as novas possibilidades de contratação formal, que aumentam a qualificação via experiência (*on-the job learning*)²⁰⁰. Em verdade, é justamente o investimento em qualificação o principal mecanismo capaz de aumentar a produtividade que é prejudicado pela alta rotatividade em que, como vimos, o desempenho do FGTS desempenha um papel importante.

4. Rotatividade e Produtividade

Compreendido o argumento de que a sub-remuneração das contas e as regras de saque do FGTS estimulam a rotatividade, e o problema crônico de produtividade no País, resta fazer a ligação entre os dois problemas. Diversos especialistas apontam que, com a alta rotatividade, a expectativa de vínculos de trabalho curtos desestimula investimentos em capital humano (qualificação de mão de obra). Isso porque este investimento não pode ser recuperado quando os trabalhadores estão constantemente mudando de postos. Como consequência, teríamos uma força de trabalho pouco qualificada, de baixa produtividade no Brasil²⁰¹.

¹⁹⁸ É de interesse o trabalho de Ellery *et al.* (2013) e as coletâneas de Giambiagi *et al.* (2012), Cavalcante e De Negri (2014) e Bonelli *et al.* (2017). Para uma perspectiva heterodoxa, ver Gentil e Araújo (2012).

¹⁹⁹ O Parecer (SF) nº 34, de 2017, da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), discorre sobre o mérito das mudanças.

²⁰⁰ Ver Nery (2017).

²⁰¹ Evidências empíricas de que desligamento de um posto formal estão associados a redução posterior do salário (medida de produtividade), são apresentadas por Menezes-Filho (2003), que com base no período 1991-1998 estima perda de até 20% após cinco anos; e Zylberstajn e Silva (2014), que com base no período 2001-2010 estimam perda de 6%.

Cabe observar que com a alta rotatividade e uma força de trabalho pouco qualificada, a economia como um todo perderia, incluindo os próprios trabalhadores, que não recebem boa qualificação para suas carreiras e não dispõem de postos de trabalho de boa qualidade. Nos termos do professor Gustavo Gonzaga, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), o retorno social deste investimento é maior que seu retorno privado²⁰²:

A qualidade do emprego depende fundamentalmente da alta produtividade da mão de obra, que, por sua vez, depende não apenas de alta qualificação geral da força de trabalho (via educação), mas também de capital humano específico desenvolvido através de treinamento dentro do ambiente de trabalho (...) alta rotatividade da mão de obra prejudica o investimento em treinamento, impedindo um aumento da qualidade do emprego.

Outras consequências da rotatividade incluem o estabelecimento de relações de trabalho pouco cooperativas entre empregadores e empregados (incluindo alta informalidade) e também a deterioração dos fundos que abastecem o FGTS e o seguro-desemprego (Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT).

A Figura 1 resume estes argumentos.

Figura 1 – Rotatividade no mercado de trabalho brasileiro



²⁰² Gonzaga (1998).

Apresentada a lógica da relação entre FGTS, rotatividade e produtividade, cabe trazer novamente a essa discussão dados sobre rotatividade. Segundo o Dieese, em 2013:

- quase um terço dos desligamentos em vínculos formais se deram em contratos com 3 meses ou menos;
- quase metade com 6 meses ou menos;
- dois terços com 1 ano ou menos;
- e mais de 80% com 2 anos ou menos²⁰³.

Em publicação anterior, o Dieese apontava que a participação de vínculos de longa duração caiu ao longo dos anos 2000, justamente quando o desemprego cedeu. Os vínculos com 10 anos ou mais eram 15% em 2000, mas 13% em 2009. No caso dos vínculos com 10 anos ou mais, a queda foi de 19 para 16%²⁰⁴.

Todavia, cabe ressaltar que o argumento apresentado aqui, que relaciona o FGTS e outras verbas à rotatividade, embora dominante, não é consensual. É pertinente apresentar a visão, entre outros, do professor Carlos Alberto Ramos, da Universidade de Brasília (UnB) e do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O professor Ramos argumenta, em bases teórica e empírica, que a escolha que leva o trabalhador a se desligar de um posto é racional, buscando sair de um posto de trabalho ruim para um posto de trabalho melhor, e não devido aos recursos que ele pode receber no curto prazo com a troca²⁰⁵. No mesmo sentido, Machado e Silva (2010) estimam que a insatisfação no trabalho é um bom preditor da rotatividade futura.

Feita essa ressalva, partimos para as propostas de redesenho do FGTS, influenciadas pelo argumento apresentado nesta seção.

Proposta: FGTS contra a Rotatividade (Alterações na Remuneração e Multa)

Nos termos do professor Gustavo Gonzaga, a remuneração do saldo do fundo abaixo dos juros de mercado, o fato de o fundo ser acessado principalmente na demissão e o fato de a multa sobre o

²⁰³ Dieese (2016).

²⁰⁴ Dieese (2009).

²⁰⁵ Entre outros, Ramos e Carneiro (1997).

valor do Fundo ser paga diretamente ao trabalhador constituiriam “incentivos perversos” do FGTS. Todos os incentivos dariam ensejo ao desligamento do trabalhador. Por isso, o professor sugere²⁰⁶:

- i) a elevação da remuneração das contas do FGTS, proporcionalmente à duração do vínculo, estimulando que o trabalhador permaneça mais tempo em um posto; ou
- ii) a destinação parcial e proporcional ao estado da multa sobre o saldo na demissão, mantendo o desestímulo à demissão sem justa causa, mas desestimulando o desligamento por parte do trabalhador apenas para sacar os recursos. A proporção recebida pelo trabalhador poderia ser proporcional ao tempo de serviço, estimulando a permanência por mais tempo no posto.

Do ponto de vista legislativo, a primeira alteração é mais simples, e poderia ser proposta por meio de projeto de lei alterando, por exemplo, o art. 13 da Lei nº 8.036, de 1990. Em verdade, a remuneração maior de acordo com o tempo de serviço estava prevista na lei original do FGTS – Lei nº 5.107, de 1966, que seu art. 4º previa capitalização de²⁰⁷:

- 3% durante os dois primeiros anos de permanência na mesma empresa;
- 4% do terceiro ao quinto ano de permanência na mesma empresa;
- 5% do sexto ao décimo ano de permanência na mesma empresa;
- 6% do décimo primeiro ano de permanência na mesma empresa, em diante.

Já a alteração considerada mais importante por Gonzaga, a segunda alteração, por se referir à multa prevista no art. 7º, I, da Constituição, e no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), deve ser feita preferencialmente por projeto de lei complementar, não por projeto de lei simples. Ainda, mesmo este instrumento poderia ser questionado quanto à constitucionalidade, visto que a Constituição, ao mencionar esta indenização, não alude à possibilidade de destinar parte dela ao Estado, ainda que ao próprio FGTS. Portanto, uma proposta de

²⁰⁶ Gonzaga (2003).

²⁰⁷ A Lei nº 8.036, de 1990, ainda mantém esta previsão para as contas existentes em 22 de setembro de 1971 (art. 13, § 3º).

emenda à Constituição (PEC) parece via mais segura para a alteração.

É oportuno lembrar que a Lei Complementar nº 110, de 2001, adicionou aos 40% de multa sobre o saldo do FGTS em caso de demissão, devido pelo empregador ao empregado, outros 10% a título de contribuição social. O governo Temer enviou ao Congresso o Projeto de Lei Complementar nº 340, de 2017, que gradualmente extinguiu a contribuição adicional até 2027. Em março de 2018 o projeto permanecia paralisado. Note que este valor adicional de 10%, ao não ser incorporado pelo trabalhador, tende a desestimular desligamentos e evitar acordos informais: neste caso, o trabalhador não apenas teria que devolver ao empregado a multa, como, por exemplo, pagar os 10% que vão para o governo.

6. Proposta: FGTS como Previdência Complementar (Alterações na Remuneração e Saque)

A proposta dos professores Hélio Zylberstajn, Bruno Oliva, Luis Eduardo Afonso e Eduardo Zylberstajn, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (Fipe/USP) é mais densa: ela vai ao sentido de reduzir a rotatividade ao aumentar a remuneração do FGTS e limitar seu saque, mas objetiva também transformar o fundo em uma previdência complementar, capitalizada. Adicionalmente, o FGTS também seria integrado ao seguro-desemprego – também contribuindo para a redução da rotatividade –, embora este ponto não seja essencial. A proposta é inspirada em outros países e na literatura internacional, em especial no trabalho do Prêmio Nobel Joseph Stiglitz e do professor da Universidade de Columbia Jungyoll Yun²⁰⁸.

Nesta proposta da Fipe, um novo FGTS existiria para novos contratos, enquanto os antigos poderiam facultativamente migrar para ele. A remuneração das contas passaria, a ser de mercado – por exemplo, pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) –, mas as possibilidades de saque pelo trabalhador seriam mais restritas. Hoje as possibilidades de saque incluem urgência decorrente de desastre natural; estágio

²⁰⁸ Stiglitz e Yun (2001).

terminal em razão de doença grave do titular ou seus dependentes; compra de órtese ou prótese por pessoa com deficiência; e financiamento imobiliário. Na proposta Fipe, também o saque em caso de desemprego seria limitado, não podendo toda a conta ser sacada de uma única vez (exceto em caso de valores menores).

Em verdade, o ponto principal da proposta talvez seja transformar o FGTS em uma nova modalidade de previdência. Assim, como em outros países, o Brasil passaria a ter um pilar de capitalização obrigatória (a previdência complementar é facultativa hoje). Este pilar, de contas individualizadas, coexistiria com um pilar financiado via regime de repartição, como funciona hoje a Previdência no Brasil. O regime de repartição se contrapõe ao de capitalização pelo fato de as contribuições não serem individualizadas e investidas para financiar benefícios do segurado no futuro, mas sim financiarem imediatamente os atuais benefícios.

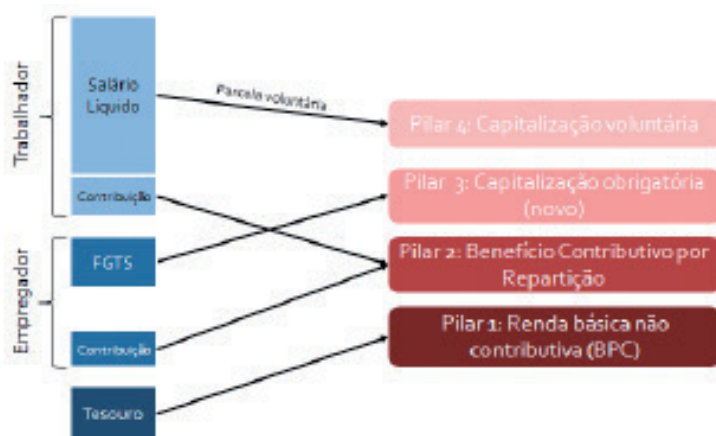
Neste sentido, Zylberstajn *et al.* (2017) defendem que a proposta de reforma da Previdência enviada ao Congresso pelo Governo Temer (Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 287, de 2016) é “muito conservadora, exatamente porque se limita apenas a alterar parâmetros, deixando intocados as bases conceituais do modelo”. O uso do FGTS para criação de uma previdência complementar obrigatória em regime de capitalização permitiria a formação de poupança de longo prazo, permitindo o aumento do investimento, redução dos juros e o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

Os autores mostram simpatia pela existência do FGTS, no sentido de possibilitar uma poupança compulsória de longo prazo. Seu redesenho permitiria sanar uma falha de mercado, qual seja relacionada ao fato de os indivíduos não se prepararem adequadamente para o futuro, o que pressiona os gastos públicos via Previdência. Tal falha justificaria a sua obrigatoriedade.

O novo pilar de capitalização obrigatória se somaria aos existentes hoje: a capitalização voluntária (previdência complementar privada), o benefício contributivo por repartição (INSS) e uma renda básica não contributiva (hoje o Benefício de Prestação Continuada (BPC) da Lei Orgânica de Assistência

Social (LOAS)²⁰⁹, destinada ao idoso pobre). A Figura 2 resume o fluxo de recursos dos pilares da proposta²¹⁰:

Figura 2 – Fluxo de recursos na proposta Fipe-USP



A remuneração por taxas de mercado, além de evitar a sub-remuneração existente hoje nas contas, resolveria a segmentação de mercado existente hoje (que aumenta a taxa de juros de equilíbrio do conjunto da economia) e os problemas derivados das decisões de investimento dos recursos serem públicas (como má alocação de capital e corrupção). Esta longa transição – apenas novos contratos iriam obrigatoriamente para o novo FGTS, e os antigos opcionalmente – atenuaria os custos políticos da mudança oriundos da mobilização de interesses organizados que lucram com as atuais taxas (ex: construtoras, Caixa Econômica Federal).

A melhora da remuneração, que desestimula os desligamentos para acessar os recursos, não é o único ponto da proposta que objetiva reduzir a rotatividade. Também se propõe a fusão do FGTS com o seguro-desemprego. Hoje, na demissão, o trabalhador pode sacar os valores da sua conta da FGTS e receber pagamentos mensais do seguro-desemprego. Na proposta, o saque do FGTS não seria integral e seria feito em parcelas mensais, substituindo os pagamentos mensais do seguro-desemprego.

²⁰⁹ Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Na proposta Fipe, o equivalente ao BPC seria universal, não necessitando de comprovação de pobreza, embora com valor inferior ao salário mínimo, reservado aos benefícios contributivos (aposentadorias).

²¹⁰ Adaptado de Zylberstajn e Oliva (2016).

Assim, visa-se desestimular desligamentos apenas para auferir estas verbas e também transferir o custo dos pagamentos mensais do governo (hoje, via seguro-desemprego) para o trabalhador (via seu FGTS). Neste caso, a obrigatoriedade do Fundo se justificaria pela ausência de um mercado privado de seguro contra o desemprego. Como ressaltado anteriormente, a obrigatoriedade para financiamento de aposentadoria se justificaria pela falha de mercado que faz com que os indivíduos não poupem adequadamente (alta taxa de desconto intertemporal, no jargão técnico).

Assumidamente a proposta visa reduzir o custo fiscal da União com este benefício, sempre pressionada seja em períodos de recessão (maior desemprego) seja em períodos de crescimento (mais trocas). Cabe observar que a proposta mantém o pagamento do seguro-desemprego pelo Tesouro Nacional quando o valor das contas do trabalhador for insuficiente para arcar com ele.

Perceba, portanto, que a limitação aos saques do FGTS serviria para desestimular a rotatividade e garantir recursos para aposentadoria. Adicionalmente, a sua fusão com o seguro-desemprego traria ganhos fiscais. Note, porém, que este último ponto, embora contribua para a redução da rotatividade, não é essencial na proposta. Ele é discutido em detalhe mais adiante, uma vez que também foi, segundo a imprensa e em outro contexto, discutido, pelo governo brasileiro, e proposto pelo Banco Mundial.

Ainda, destacamos que a proposta Fipe/USP recebeu alguma atenção no debate da PEC nº 287/2016. Ela recebeu apoio do Movimento Brasil Livre (MBL)²¹¹ e foi apresentada como emenda à reforma da Previdência na Câmara dos deputados, tendo como primeiros signatários os Deputados Jerônimo Goergen e Daniel Coelho²¹². Em igual sentido vai o Projeto de Lei da Câmara nº 7.431, de 2017, dos deputados Daniel Coelho, Jerônimo Goergen, Pedro Cunha Lima e Caio Narcio.

Em termos legislativos, embora projeto de lei possa alterar regras de saque e remuneração do Fundo (Lei nº 8.036, de 1990), e pagamento do seguro-desemprego (Lei nº 7.998, de 1990), uma PEC é o instrumento mais adequado para o fim pretendido. Todos os regimes de previdência (geral, próprio dos servidores e complementar) estão previstos na Constituição, dispondo o art. 202 que a previdência privada, complementar, é facultativa.

²¹¹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pHjWNydCfIs>.

²¹² Emenda nº 57.

Neste sentido, o uso do FGTS principalmente para fins de aposentadoria pode ser interpretado como violação ao texto constitucional. Ademais, a proposta Fipe faz alterações estruturais no funcionamento do FGTS também enquanto proteção ao desemprego e do próprio seguro-desemprego, direitos constitucionais, tendo PEC, portanto, mais legitimidade para alterá-los.

Por fim, proposta similar de uso do FGTS como previdência complementar com mudanças paralelas no seguro-desemprego foram feitas no passado pelo ex-presidente do Banco Central, Gustavo Franco²¹³.

7. Proposta: FGTS integrado ao Seguro-Desemprego (Alterações na remuneração, saque, multa e alíquota)

Proposta Ricardo Paes de Barros e FGV-SP

A integração do FGTS com o seguro-desemprego é proposta, entre outros, pelo professor Ricardo Paes de Barros (Insper, Instituto Ayrton Senna) junto com pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP)²¹⁴, e também pelo Banco Mundial – notadamente no documento *Um Ajuste Fiscal Justo*²¹⁵.

Como motivação, os pesquisadores Ricardo Paes de Barros, André Portela, Gabriel Ulyssea, Diana Coutinho, Lucas Finamor e Lycia Lima apontam que o FGTS e o seguro-desemprego são muito distintos, embora tenham o mesmo objetivo: a garantia de renda em caso de demissão sem justa causa. Esta rede de proteção²¹⁶ seria desarticulada e teria sobreposições, resultado de sua construção ter se dado de maneira paulatina ao longo de décadas. FGTS e seguro-desemprego teriam partido de “contextos históricos e perspectivas teóricas distintas”. Entretanto, a integração entre eles, e não extinção, se justificaria, vez que os dois corrigiriam deficiências um do outro.

Além do combate à rotatividade, com conseqüente aumento de produtividade, as medidas propostas assumidamente também

²¹³ Entre outros, Franco (2001).

²¹⁴ Portela *et al.* (2016).

²¹⁵ Banco Mundial (2017).

²¹⁶ O trabalho analisa outros benefícios, especialmente o Bolsa Família, que fogem do escopo deste capítulo.

visam ganhos fiscais, já que esta estrutura consumiria recursos que poderiam ser mais bem empregados em outros programas. A proposta como um todo, que inclui revisão do Bolsa Família e do abono salarial, tem três objetivos: a erradicação da pobreza, a promoção da igualdade e a redução da insegurança de renda. É neste último que a integração entre FGTS e seguro-desemprego parece mais relevante, embora contribua para as demais (notadamente pelo aumento da produtividade e, logo, salários).

Pela proposta, a conta do FGTS arcaria com pagamentos análogos ao seguro-desemprego, mensais, em caso de demissão sem justa causa. Uma primeira alteração, portanto, é na regra de saque: em vez de os recursos da conta serem sacados de uma única vez e integralmente, eles seriam sacados durante meses e no montante necessário a custear o benefício. Note que já neste ponto há tanto o desincentivo a desligamentos (não se receberia uma grande soma na demissão) quanto uma economia fiscal (a garantia de renda se daria pela conta individual, não pelo Tesouro via FAT como hoje).

Sendo o FGTS transformado em uma conta individual para prover renda em caso de demissão, há outras duas relevantes mudanças adicionais, no que diz respeito ao depósito. O governo também contribuiria para o FGTS de cada trabalhador, no início de um contrato, para ajudar a formação da poupança, em substituição ao pagamento do seguro-desemprego como hoje.

Evitar-se-ia, assim, a iniquidade presente hoje de o trabalhador que busca o próprio desligamento receber mais do que o que não busca. Adicionalmente, desestimula-se a rotatividade: não é necessário buscar o desligamento para receber valores do governo, como no seguro-desemprego, porque os recursos ficarão depositados na conta individual, podendo ser sacados no futuro. Note então que são recursos pertencentes ao próprio trabalhador que financiariam seu consumo no desemprego²¹⁷.

A outra mudança é na contribuição do próprio empregador: à medida que o FGTS se torna uma poupança feita durante um contrato para ser usufruída no caso de sua rescisão, não é necessário que se acumulem valores maiores do que o suficiente para cobrir o período de desemprego. Por isso, a partir de uma determinada duração do vínculo de emprego, o depósito deixaria de ser feito

²¹⁷ Transferindo o pagamento do chamado prêmio.

por alcançar um determinado teto²¹⁸. Reduz-se, portanto, o custo do emprego, com potenciais ganhos de emprego formal e salário.

Novamente se estimulam contratos mais longevos, com ganhos de produtividade: em parte a manutenção do contrato se torna mais barata para o empregador, em parte o empregado irá receber um salário maior²¹⁹. Nos termos dos autores, o depósito do empregador passaria a ser totalmente líquido em relações mais longas. Esta previsão coaduna com a teoria microeconômica e a economia do trabalho, destoando do senso comum de que na ausência de obrigatoriedade do depósito do FGTS o empregador “embolsaria” toda a diferença²²⁰.

Em resumo, com vistas a reduzir a rotatividade, o gasto do Estado e o custo do emprego, são três as principais mudanças na proposta de Paes de Barros e coautores:

- O saque na demissão deixaria de dar em uma única vez e a corresponder a 100% dos recursos, para ser parcelado e nos valores do seguro-desemprego;
- Governo deixaria de despender com pagamentos do seguro-desemprego para alternativamente fazer depósitos nas contas dos trabalhadores;
- Empresas deixariam de fazer depósitos em contas mais antigas que já possuem montantes suficientes para financiar um período de desemprego.

Algumas qualificações são necessárias. Em caso de trabalhadores demitidos mais cedo, sem montante suficiente em suas contas para arcar com o período de desemprego, haveria um crédito feito pelo Tesouro em suas contas. Observe que o crédito implica que os depósitos excedentes de uma futura relação laboral pagariam pelo período de desemprego. É um tratamento consoante com a lógica

²¹⁸ R\$10.000 no exemplo dos autores, ou 12 salários mínimos.

²¹⁹ Embora, alternativamente, possa-se considerar a mudança um aumento do custo relativo para a contratação de jovens.

²²⁰ No jargão técnico, a parcela apropriada por cada parte depende da elasticidade relativa da demanda e da oferta de mão de obra. Ou seja, do poder de mercado de cada um. Teoricamente, o empregador só reteria 100% se fosse um monopsonista, o único contratante do mercado, com imenso poder de barganha. No caso brasileiro, considera-se que trabalhadores de maior salário se apropriariam de parcela maior com o fim do depósito, enquanto trabalhadores de salários menores – que possuem menor produtividade e qualificação – possuem poder de mercado menor (a oferta de trabalho é mais elástica).

de transferir para a poupança individual do trabalhador – ainda que subsidiada pelo Estado – o pagamento do consumo após o desligamento.

Como nas propostas anteriores, aqui também se defende enfaticamente a necessidade de aumentar a remuneração das contas, que deveriam no mínimo ser compatíveis com as de mercado: “Essa garantia mitigaria, pelo menos parcialmente, o anseio por liquidez e o consequente incentivo para o trabalhador buscar a sua demissão”. Isto é, o combate à rotatividade não se daria somente pelas mudanças nas regras de saque, mas também acabando com a sub-remuneração das contas.

Pontos não essenciais

252 253

Passemos a analisar menos detidamente outras minúcias da proposta, menos essenciais à sua compreensão. Além do teto para contas com quantidade suficiente de recursos, que permite receber como salário o depósito do empregador, haveria outra possibilidade de tornar o depósito líquido: cumprindo um tempo mínimo, em um ou mais contratos. Neste caso, o trabalhador poderia movimentar os depósitos adicionais.

Outro detalhe é que o depósito no caso de contratos mais longos não seria zerado de uma única vez, mas na verdade se reduziria progressivamente ao longo do tempo, sendo maior no início do vínculo. Trata-se de pela mesma lógica de tanto garantir a formação de uma poupança para o desemprego (garantindo com depósitos maiores que mesmo vínculos mais curtos acumulem recursos) e de estimular relações mais duradouras (tornando o custo menor para o empregador e o salário maior para o empregado com o passar do tempo).

Os depósitos do governo feito com os recursos do seguro-desemprego (FAT) não teriam alíquotas iguais para todos, sendo maior para os menores salários, com alíquotas menores para maiores salários²²¹. Ainda, haveria depósitos adicionais do Tesouro para trabalhadores de baixa renda, com recursos do abono salarial e

²²¹ Até ser igual a zero para trabalhadores com renda superior a 4 salários mínimos, na proposta.

salário-família²²². Estes trabalhadores têm salários menores que naturalmente impedem poupanças maiores, além de possuírem maior risco de demissão.

Ainda com o intuito de desestimular a rotatividade, a multa de 40% para o empregador sobre os depósitos em caso de demissão sem justa causa deixaria de ser paga ao trabalhador. Entretanto, para continuar desestimulando a demissão, ela continua existindo, mas é transferida ao Estado, preferencialmente para financiar a rede proteção.

Note que os recursos do FAT que hoje pagam o seguro-desemprego continuariam sendo usados para proteção ao desemprego, por meio dos depósitos feitos pelo governo nas contas individuais. Com a mudança no saque do FGTS, o recebimento do seguro-desemprego nos moldes atuais de certa forma permaneceria existindo, com os pagamentos mensais da conta individual. Os autores sugerem que a elegibilidade, valores e duração do pagamento se deem de forma similar ao seguro-desemprego atual.

Em relação ao FGTS, o seguro-desemprego atual teria a vantagem de ser mais generoso com os trabalhadores que ficam mais vezes desempregados e os que possuem desemprego de maior duração. O seguro-desemprego também é elogiado pelos autores por, ao manter a renda do trabalhador²²³, permitir que ele se dedique mais à realocação, o que gera um *matching* (casamento) mais adequado entre empresas e trabalhadores no mercado de trabalho. Essas vantagens poderiam ser preservadas, sem que o estímulo ao desligamento houvesse uma vez que o governo deposita valores nas contas individuais²²⁴, formando patrimônio do trabalhador independentemente de desligamentos.

À medida que se traz o seguro-desemprego para esta discussão, é de interesse revisitar a evidência que relaciona as regras do

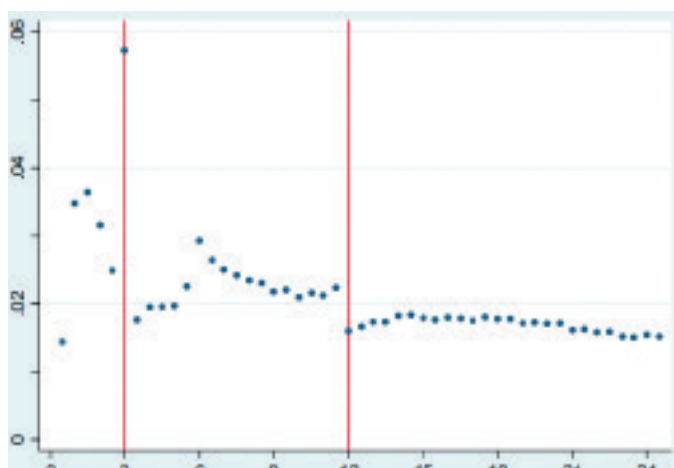
²²² Neste caso, o Tesouro não entra com uma alíquota do salário, mas com uma parcela do valor destes benefícios (um terço na proposta). O abono salarial é um benefício custeado pelo FAT, e é entendido pela literatura como um subsídio ao trabalho formal: é direcionado a trabalhadores com média salarial de até 2 salários mínimos, que recebem um pagamento anual proporcional ao número de meses trabalhados, no valor de até um salário mínimo (o abono também é regido pela Lei nº 7.998, de 1990). Já o salário-família é um benefício previdenciário para o trabalhador formal com filhos até 14 anos: em 2018 o valor varia de R\$ 32 a R\$ 45 por filho, para trabalhadores que recebem até R\$ 1.320 por mês.

²²³ Elevação do salário de reserva.

²²⁴ Pelo menos nas relações mais curtas. Na proposta, este depósito ocorreria até 2 anos. A partir daí, de fato, o trabalhador que se desligar pode receber mais se buscar o desligamento.

seguro-desemprego à rotatividade. O Gráfico 2, de estudo dos pesquisadores Gustavo Gonzaga e Rafael Pinto (PUC-Rio), associa a probabilidade de desligamento (eixo vertical) com tempo de serviço (eixo horizontal) em pequenas empresas, onde a rotatividade é maior²²⁵. O período considerado vai de 2003 a 2010.

Gráfico 2 – Probabilidade de desligamento (eixo vertical) e tempo de serviço em meses (eixo horizontal)



Fonte: Gonzaga e Pinto (2014).

Observe que a probabilidade de desligamento tem um pico ao fim do período de contrato de experiência, 3 meses, com tendência de queda a seguir. Entretanto, há um novo pico excepcional aos 6 meses, prazo de carência que vigia à época para concessão do seguro-desemprego, o que é sugestivo do papel das regras no estímulo à rotatividade. Com a Lei nº 13.134, de 2015²²⁶, este prazo foi alterado, podendo chegar a 12 meses no caso do primeiro pedido²²⁷.

Proposta Banco Mundial

Uma proposta mais simples, mas semelhante, de integração entre FGTS e seguro-desemprego, visando o combate à rotatividade e redução do gasto fiscal, foi feita em 2017 pelo Banco

²²⁵ Gonzaga e Pinto (2014).

²²⁶ Decorrente da Medida Provisória nº 665, de 30 de dezembro de 2014.

²²⁷ 9 meses no caso do segundo pedido, 6 meses a partir do terceiro pedido.

Mundial no documento *Um Ajuste Fiscal Justo*. Encomendado pelo governo brasileiro na gestão Dilma Rousseff, o documento traz uma ampla análise da qualidade do gasto público e sugestões para torná-lo mais eficiente e progressivo do ponto de vista da distribuição da renda.

O Banco propõe o sequenciamento do acesso aos programas, o que é análogo, mas não igual à fusão da proposta apresentada anteriormente. Exigir-se-ia o esgotamento do saldo do FGTS como condição para o recebimento do seguro-desemprego. A medida foi considerada pelo relatório como a “mais importante e urgente”. Note que o ganho fiscal existe com a redução dos pagamentos do seguro-desemprego, embora em períodos de crise o benefício possa ser prolongado, como visto a seguir.

A proposta é baseada na experiência internacional, onde há combinação de poupanças individuais (FGTS) com “fundos de risco compartilhado” (FAT, que paga o seguro-desemprego). Sugere-se limitação ao número de saques do FGTS que poderia ser feito em um período determinado. Ele também poderia ser condicionado, segundo o Banco Mundial:

- à intensidade da busca por um novo emprego;
- à aceitação de ofertas de trabalho; e
- à participação em programas de treinamento, aconselhamento ou apoio.

Contudo, a proposta do Banco Mundial contempla a possibilidade de mais gastos. Visa transformar o seguro-desemprego em uma despesa mais contracíclica, quer dizer, que cresce em períodos recessivos – ajudando a atenuá-los – e se reduz em períodos de expansão da economia. Em períodos mais longos de desemprego, a duração do seguro-desemprego poderia ser maior (o período máximo de recebimento hoje é de 5 meses, e passaria a ser de 7 meses, por exemplo). Toma-se como exemplo expressamente o caso do Chile, em que gatilhos baseados no índice de desemprego aumentam o período total de pagamento.

Ademais, o Banco também propõe a destinação da multa em caso de demissão sem justa causa para o Estado, especificamente para o FAT, “o que aumentaria o volume dos recursos disponíveis para financiar o seguro-desemprego e serviços mais robustos de intermediação com o mercado de trabalho”. Mais uma vez, combate-se assim a rotatividade e a produtividade baixa, sem estimular demissões.

Igualmente, defende-se o aumento da remuneração das contas, como nas outras propostas aqui analisadas.

A proposta sugere alguns parâmetros específicos na concessão do seguro-desemprego. Eles não nos parecem essenciais para a compreensão da proposta, por isso os apresentamos apenas de tidamente. O teto dos pagamentos seria de dois salários mínimos e calculado como 70% do último salário, *independentemente* do salário mínimo. A reposição cairia para 52% nos últimos meses de recebimento. De acordo com simulações, o ganho fiscal do sequenciamento de FGTS e seguro-desemprego com estes parâmetros seria de cerca de 0,6% do PIB.

O máximo de depósitos do empregador seria 50, evitando manter saldos ociosos: como na proposta Paes de Barros, a teoria prevê que neste caso parcela do valor que não é depositado vai ser recebida pelo empregado (aumentando o salário e estimulando) e outra parcela pelo empregador (reduzindo o custo do emprego), estimulando relações mais longevas.

Entendemos que a maioria das alterações para a integração do FGTS e do seguro-desemprego da proposta de Ricardo Paes de Barros e pesquisadores da FGV, bem como da proposta do Banco Mundial, necessitam de mero projeto de lei. A Lei nº 8.036, de 1990, concentra as principais regras do FGTS, como remuneração (art. 13) e regras de saque (art. 20), enquanto a Lei nº 7.998, de 1990, trata do seguro-desemprego.

Todavia, como apontado anteriormente, alterações na destinação da multa sobre o FGTS seriam feitas de maneira mais segura por projeto de lei complementar, em razão das previsões do art. 7º, inciso I, da Constituição, e do art. 10 do ADCT. Por uma visão mais conservadora, a proposta necessitaria de projeto de emenda à Constituição (PEC). Esta é também uma via menos controversa para a previsão de que o depósito do FGTS deixe de ser feito em relações mais longas. Apenas uma interpretação mais heterodoxa permitiria todas as alterações por um simples projeto de lei.

Por fim, ressaltamos que a proposta de sequenciamento do FGTS e seguro-desemprego foi, segundo informações da imprensa, discutida pelo governo em 2017 e noticiada como “retenção do FGTS para gerar economia”²²⁸.

²²⁸ Entre outros: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1895439-meirelles-admite-que-governo-quer-reter-fgts-para-economizar-seguro-de->

8. Proposta: FGTS contra o desemprego (alterações na alíquota)

O depósito de 8% do salário exigido de todos os empregadores eleva o custo do emprego formal no Brasil. Ele se soma a outros encargos na folha, sendo o principal a contribuição previdenciária de 20%, uma das mais altas do mundo. Por isso, existem, no debate, propostas também de reduzir esta alíquota de 8% a fim de se combater o desemprego e a informalidade. Aqui, apresentamos propostas para reduzir esta alíquota para alguns grupos de trabalhadores ou de empresas.

Redução da alíquota do FGTS para jovens e idosos

O economista Fabio Giambiagi, do BNDES, propõe a redução do FGTS nos primeiros 2 ou 3 anos de contrato, em benefício dos jovens²²⁹. Este grupo é pesadamente afetado pelo desemprego e pela informalidade: a redução tornaria mais baratas a contratação e manutenção de empregados jovens. Se no 4º trimestre de 2017, a taxa de desemprego medida na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-Contínua), do IBGE, foi de 11,8% para o conjunto da população, ela foi mais do que o dobro para os jovens entre 18 e 24 anos: 25,3%. Entre os jovens de 14 a 17, a taxa foi de 39%.

Observe que reduzir ou isentar o depósito gera como consequência a redução ou isenção da própria multa de demissão, contribuindo adicionalmente para redução dos custos do vínculo. Todavia, note que a proposta vai ao sentido contrário da de Paes de Barros, analisada anteriormente, que propõe o pagamento do FGTS apenas nos anos iniciais de um contrato, barateando contratos mais longos e combatendo a rotatividade.

Este tipo de política existe em outros países. Na Dinamarca, por exemplo, o salário mínimo é cerca de 30% menor para jovens menores de 18 anos, com evidência de que a política afeta sobremaneira os níveis de emprego²³⁰. No Brasil, no final do governo Fernando Henrique Cardoso, a alíquota do FGTS para jovens entre 14 e 18 anos contratados na modalidade aprendiz foi reduzida

semprego.shtml.

²²⁹ Giambiagi (2015).

²³⁰ Kreiner et al. (2017).

a 2% (Lei da Aprendizagem)²³¹. Entretanto, avalia-se que a insegurança jurídica quanto a este tipo de contrato comprometeu os resultados: o contrato não pode exceder 2 anos e a jornada não pode exceder 6 horas diárias.

Há ainda propostas para facilitar a contratação de trabalhadores mais velhos. Um exemplo, com linha de corte de 60 anos, é o Regime Especial de Trabalho do Aposentado (RETA), formulado pelos professores Hélio Zylberstajn (Fipe/USP) e Nelson Mannrich (Faculdade de Direito da USP), e de iniciativa do Instituto de Longevidade Mongeral Aegon. Entre outros encargos, a contratação seria isenta de FGTS: haveria, porém, um limite de trabalhadores que poderiam ser contratos nesta modalidade. Em abril de 2017 a imprensa noticiou que o governo Temer teria interesse na proposta, jamais apresentada, porém²³².

No Senado Federal, foi aprovado em 2012 relatório da senadora Marta Suplicy na Subcomissão Temporária do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço da Comissão de Assuntos Sociais (CASFGTS) com proposta semelhante. A alíquota do FGTS seria paulatinamente reduzida para empregados mais velhos, sendo de:

- 6% para trabalhadores com mais de 50 anos;
- 4% para trabalhadores com mais de 55 anos; e
- 2% para trabalhadores com mais de 60 anos.

Redução da alíquota do FGTS para micro e pequenas empresas

Em vez de reduzir a alíquota para um grupo de trabalhadores, a redução para um grupo de empregadores é a proposta do chamado “Simples trabalhista” (Programa de Inclusão Social do Trabalhador Informal). A proposta tramita na Câmara dos Deputados pelo Projeto de Lei (PL) nº 450, de 2015, do deputado Júlio Delgado²³³.

O programa beneficiaria micro e pequenas empresas, com a alíquota de 2%. Como na proposta anterior, a redução da alíquota também implica redução da multa. O objetivo expresso é a formalização no mercado de trabalho.

²³¹ Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000.

²³² <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/projeto-do-governo-quer-incentivar-a-contratacao-de-aposentados-1/?cHash=6735f89fcf-0643dfcb8992f18a2c15d4>

²³³ Anteriormente PL nº 951, de 2011.

Do ponto de vista legislativo, a alteração é mais simples do que as propostas anteriormente analisadas. A redução da alíquota pode ser feita, por exemplo, com alteração no art. 15 da Lei nº 8.036, de 1990. Porém, a “isenção” total do depósito para jovens ou idosos pode sofrer críticas quanto à constitucionalidade, uma vez que o FGTS é elencado no art. 7º da Constituição como direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Antes da Emenda à Constituição (EC) nº 72, de 2013 (derivada da “PEC das Domésticas”), a ausência de direito ao FGTS para estes trabalhadores era expressamente prevista no parágrafo único do art. 7º.

9. Proposta: melhora da remuneração

Diversas propostas mais simples existem, destinadas a simplesmente aumentar a remuneração do FGTS, o que por si já afeta um dos componentes que estimulam a rotatividade (sendo o outro as regras de saque e multa). A que ganhou mais atenção da opinião pública é a do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 103, de 2015, aprovado naquela Casa em 2015 sob relatoria do Deputado Rodrigo Maia. A remuneração passaria ser equivalente à da poupança, com transição nos primeiros anos financiada pela distribuição de lucros do FGTS.

O economista Pésio Arida, idealizador do Plano Real e ex-presidente do Banco Central e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social (BNDES), defende que se quebre o monopólio da administração do FGTS da Caixa Econômica Federal (CEF), para que instituições financeiras privadas possam competir para gerir o programa em determinadas atividades e setores – por meio de leilões –, podendo o trabalhador escolher quem deve gerir seu fundo²³⁴. Países da América Latina teriam mecanismos similares de poupança forçada, porém com a administração privada, como Chile, Colômbia, México e Peru²³⁵. A quebra de monopólio também combateria a atuação de grupos de interesse sobre o atual administrador.

Por sua vez, a remuneração das contas abaixo da feita para outros recursos no mercado financeiro, em benefício dos tomadores de empréstimo, prejudicaria hoje a potência da política

²³⁴ Arida (2006).

²³⁵ Arida (2015).

monetária. A taxa Selic hoje tem de ser mais alta porque não age sobre estes e outros financiamentos subsidiados, tendo a mudança, portanto, potencial para reduzir as taxas de juros do conjunto da economia.

Arida, porém, é contrário ao uso da Selic no FGTS, vez que aquela taxa remunera recursos de curto prazo. Defende então a convergência da remuneração do FGTS com a da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), atual Taxa de Longo Prazo (TLP)²³⁶, que remunera os empréstimos do BNDES (financiado pelo FAT). Assim, acabariam as “incoerências” entre os custos do FAT e do FGTS. A mudança, porém, atingiria apenas novos depósitos, transição para evitar “desequilíbrios patrimoniais”.

Arida faz qualificações adicionais sobre a relação desta taxa com a dos títulos do Tesouro Nacional, que fogem de nosso escopo. Adicionalmente, Arida critica ainda a governança do FGTS: o seu Conselho Curador tripartite seria de “inspiração getulista” e haveria divergência de interesses e responsabilidades das partes com o interesse público.

Avaliamos que propostas de aumento da remuneração, além de residualmente combaterem a rotatividade e a baixa produtividade, têm como vantagens tornar a alocação do capital mais eficiente na economia e tornar o lobby de grupos de interesse menos atrativo. Cabe lembrar que recursos oriundos do FGTS nos últimos anos quase financiaram empreendimentos até mesmo do presidente americano Donald Trump (Trump Towers), além de terem sido objeto de investigação da Operação Lava Jato. Entendemos que estes tipos de anormalidades caminham junto com a repressão financeira dos trabalhadores, que torna estes recursos muito baratos para os tomadores.

De fato, as mudanças propostas para remuneração acarretam o óbvio aumento do custo do financiamento de políticas que usam o FGTS, nas áreas de habitação, infraestrutura e saneamento. Não há óbice, porém, para que os Poderes Executivo e Legislativo subsidiem estas áreas explicitamente no orçamento público, caso houvesse mudança na remuneração das contas. Note, entretanto, que a poupança forçada continua existindo, evitando uma taxa de poupança agregada ainda menor no país.

²³⁶ Lei nº 13.483, de 21 de setembro de 2017, decorrente da conversão da MP nº 777, de 26 de abril de 2017.

No âmbito do Senado Federal, a iniciativa recente mais importante com objetivo de alterar a remuneração foi a da Subcomissão Temporária do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço da Comissão de Assuntos Sociais (CASFGTS). O relatório propôs a distribuição de ao menos 50% do lucro anual do FGTS entre as contas e aumento da remuneração: as taxas de juros que capitalizam as contas passariam de 3 para 4,5%. À semelhança da remuneração das cadernetas de poupança, esta remuneração seria diferente se a Selic for inferior a 8,5% ao ano, quando a remuneração seria metade da Selic, em vez dos 4,5%.

Ainda, ressalta-se que a Lei nº 13.446, de 2017, que autorizou os saques das contas inativas naquele ano, também permite que parte do lucro do FGTS seja distribuído entre as contas, melhorando a remuneração. Esta distribuição, porém, depende de decisão do Conselho Curador do FGTS. Por ora, a parcela distribuída é de 50% do lucro: em 2017, isso equivaleu a um acréscimo médio de R\$ 30 por conta²³⁷.

10. Propostas para flexibilização do saque

Identificamos 165 projetos de lei, em março de 2018, tramitando no Congresso Nacional e ampliando as possibilidades de acesso às contas vinculadas do FGTS previstas no art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990. Destes, 27 estavam no Senado Federal e 138 na Câmara dos Deputados.

Majoritariamente, essas proposições visam permitir que o trabalhador use a sua poupança forçada para pagar despesas com investimentos financeiros, habitação, educação e saúde. Assim, essas propostas aproximariam o FGTS brasileiro do seu similar de Cingapura: o Fundo Central de Previdência (CPF), também uma poupança forçada incidente sobre a folha de pagamentos, mas destinada à aposentadoria e justamente investimentos financeiros, habitação, educação e saúde (não permite saque em caso de desemprego).

Outras propostas que chamam atenção são as dos Projetos de Lei nº 7.865, de 2014, do deputado Rogério Peninha Mendonça; e nº 2.308, de 2015, do deputado Eduardo Cury, que permitem o

²³⁷ Resolução nº 854, de 18 de julho de 2017.

recebimento direto do depósito do FGTS pelo empregador (tornando-o “líquido”, nos termos da proposta Paes de Barros).

Propostas tramitando no Senado

No Senado, entre outras, tramitam propostas para permitir o saque para:

Investimentos financeiros

- pagamento de empréstimo consignado;
- aplicação de até 10% do saldo em fundos de investimento que aplicam seus recursos em projetos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos líquidos situados na área do pré-sal.

262 **263**

Habitação

- quitação de débitos vinculados à imóveis de parentes de primeiro grau;
- execução de projeto de acessibilidade em imóvel próprio;
- pagamento de prestações, amortização extraordinária ou liquidação de saldo devedor decorrentes de financiamento habitacional de filhos do trabalhador que sejam maiores de 21 anos, tenham vínculo matrimonial ou união estável e não possuam imóvel próprio;
- aquisição de moradia própria e amortização e pagamento de prestações de financiamentos habitacionais (carência menor do que a atual);
- aquisição e instalação de equipamentos destinados à geração própria de energia elétrica em residências.

Educação

- pagamento de curso de nível superior, incluindo cônjuge e dependentes;

- pagamento de prestações ou amortização de saldo devedor de financiamento concedido aos estudantes de ensino superior;
- pagamento de saldo devedor de financiamento concedido no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES);
- custeio de despesas com educação e qualificação profissional;
- pagamento de matrícula e mensalidades em instituições de ensino superior e técnico profissionalizante.

Saúde

- portadores de diabetes melito;
- pessoas acometidas da doença de Alzheimer ou da doença de Parkinson;
- pagamento ou ressarcimento de despesas com pagamento de plano privado de assistência à saúde;
- pagamento de cirurgias essenciais à saúde;
- por doença ou condição determinada;
- em caso de Lúpus Eritematoso Sistêmico;
- no caso de portadores de doenças graves ou incuráveis especificadas em lei.

Outras

- pagamento de pensão alimentícia pelo trabalhador que não possuir outro recurso líquido disponível;
- mãe trabalhadora responsável pelo sustento da família;
- pedido de demissão;
- casos de adoção ou nascimento de filho;
- trabalhador com deficiência que necessitar adquirir veículo automotor próprio;
- desastre natural não ocasionado pela ação humana ou crime ambiental de larga proporção;

- empregado com sessenta anos de idade ou mais e que tenha completado quinze anos ininterruptos de trabalho na mesma empresa;
- pagamento de dívidas inscritas em cadastros de inadimplentes.

Propostas tramitando na Câmara

- Já na Câmara dos Deputados, entre outras, tramitam propostas para permitir o saque para:

Investimentos financeiro

- uso de até 30% em aplicação em Fundos de Ações ou Fundos de Investimento, de livre escolha;
- aplicação em planos de benefícios de caráter previdenciário;
- integralização de cotas de Fundo de Investimento destinado a financiar a exploração do pré-sal pela Petrobras;
- compra de ações de empresas públicas federal ou estadual;
- abertura de empreendimento próprio;
- fomentar a abertura de micro e pequenas;
- aquisição de máquinas e implementos agrícolas.

264 265

Habitação

- aquisição de imóvel destinado à moradia via cooperativas habitacionais;
- aquisição de segundo imóvel;
- liquidação ou amortização extraordinária de saldo devedor de financiamento imobiliário de imóvel construído em área comercial com finalidade de habitação residencial;
- construção e aquisição de mais de um imóvel na mesma unidade da Federação;
- aquisição de imóvel rural;
- aquisição de imóvel em local diferente do domicílio do titular, se por necessidade de saúde ou educação sua ou de seus dependentes;

- realização de reforma na moradia do titular;
- aquisição de terreno para construção da moradia própria;
- aquisição de moradia para os filhos;
- custos de escrituração e registro de imóveis, bem como o pagamento de encargos relativos a programas de regularização fundiária;
- utilização na geração de energia elétrica com base em fontes renováveis;
- instalação de geradores de energia elétrica a partir de fonte hidráulica, solar, eólica, biomassa, cogeração qualificada e demais;
- aquisição e a instalação de equipamentos destinados à geração de energia elétrica para uso próprio ou para injeção total ou parcial na rede elétrica de distribuição;
- instalação de sistemas de mini ou microgeração de energia fotovoltaica.

Educação

- pagamento de curso de ensino superior ou técnico profissionalizante do trabalhador, de seu cônjuge e de seus dependentes;
- custear despesas com especialização em nível de mestrado ou doutorado;
- amortizar ou quitar o pagamento das mensalidades em instituições educacionais de ensino superior;
- pagamento de parcelas das taxas e mensalidades do ensino superior;
- amortização ou quitação do financiamento do FIES;
- amortização ou liquidação do saldo devedor de financiamento no âmbito do Crédito Educativo e do FIES;
- parcelas de anuidade escolar de filhos;
- incentivar a formação em nível superior de pessoas de baixa renda;
- quando o trabalhador ou seus dependentes estejam matriculados em curso de graduação ou pós-graduação no exterior;

- realização de treinamento ou qualificação profissional custeados total ou parcialmente pelo empregado.

Saúde

- gastos nos períodos pré-natal e pós-natal por gestante;
- trabalhador acometido de doença crônica degenerativa;
- custeio de tratamento para infertilidade;
- quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for pessoa com deficiência;
- aquisição de órteses e próteses para dependentes em razão de deficiência;
- situação de doença grave, mesmo que não se caracterize o estágio terminal;
- quando trabalhador ou seus dependentes for portador de esclerose múltipla e esclerose lateral amiotrófica;
- quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido por doenças incapacitantes graves;
- quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador das formas crônicas da hepatite B ou C;
- custear procedimentos cirúrgicos de urgência;
- tratamento de doença letal;
- aquisição de órteses, próteses e demais tecnologias assistivas;
- portador de nefropatia grave;
- quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador de anemia falciforme;
- portador de Transtorno Afetivo Bipolar;
- compra de cadeira de rodas e outros equipamentos;
- pagamento de despesa relativa à internação do trabalhador e seus dependentes em unidades hospitalares de tratamento intensivo;
- doenças terminais; necessidade de próteses dos membros inferiores e/ou superiores; cardiopatias graves; transplantes de órgãos vitais; doenças

- degenerativas cerebrais; e problemas de audição, operação e compra de aparelho auditivo;
- tratamento de saúde de parentes em 1º grau do titular acometidos da AIDS;
 - portador de doença grave degenerativa do sistema neurológico;
 - casos onde o trabalhador ou qualquer de seus dependentes sofram de Esclerose Múltipla ou mal de Alzheimer;
 - trabalhador que for acometido de doença que demande tratamento prolongado;
 - em razão do acometimento de paralisia irreversível e incapacitante;
 - quando o titular ou seus dependentes forem acometidos de hanseníase virchoviana;
 - para o titular que tiver descendentes, ascendentes ou colaterais até o 3º grau acometidos de AIDS;
 - tratamento de saúde de parentes em 1º grau do titular acometidos da AIDS.

Outras

- nascimento ou adoção de filho;
- trabalhador da administração pública, ainda que terceirizado, quando houver suspensão, atraso ou restrição das remunerações, decorrente de estado de calamidade financeira do ente federativo a que esteja vinculado;
- condição de população em situação de rua;
- pagamento de determinados tributos;
- mulher trabalhadora que estiver em situação de violência doméstica
- caso de desastre;
- pagamento de pensão alimentícia;
- empréstimo pessoal;
- tempo de contribuição (no caso de quem tem os requisitos para aposentadoria mas não se aposentou);
- pedido de demissão;
- demissão por motivo de mudança;
- pagamento de tributos.

11. Considerações finais

Neste capítulo, apresentamos as principais propostas presentes no debate para modificar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que permaneceu praticamente inalterado na reforma trabalhista. Em especial, enfatizamos as propostas voltadas para o crescimento da produtividade, ou seja, de renda. Discutimos o argumento de que as regras de remuneração, saque e multa do FGTS afetam a produtividade do trabalhador brasileiro por estimular a rotatividade de mão de obra, tendo como consequência relações de trabalho de curta duração e com baixo investimento em qualificação.

Neste sentido, foram apresentadas propostas que, visando estimular o crescimento da produtividade e combater a rotatividade, alteram os incentivos à demissão, transformam o FGTS em uma previdência complementar obrigatória ou integram o FGTS e o seguro-desemprego. Adicionalmente, debatemos as iniciativas para reduzir as alíquotas do FGTS com vistas a combater o desemprego, além das que buscam simplesmente melhorar a sua remuneração ou flexibilizar as regras de saque.

De maneira geral, essas propostas reconhecem as dificuldades políticas e constitucionais de simplesmente extinguir o FGTS, e até reconhecem como positiva a existência de uma modalidade de poupança forçada no Brasil. No entanto, apontam para diversas incoerências do atual desenho do FGTS, resultantes de um processo histórico que se inicia em 1966 e sofre importantes modificações com a redemocratização e a Constituição.

Elas se orientam para o crescimento do PIB, seja pelo aumento da poupança, aumento da produtividade ou redução do desemprego. Cabe observar, porém, que essas propostas, embora individualmente bem concebidas, não dialogam facilmente entre si. Dificilmente elas podem ser conjugadas, pois não pode o FGTS ser instrumento para consecução de diversos fins, sob risco de eventual nova legislação corrigir inconsistências antigas apresentando novas. Contudo, parece imperativo debater o desenho do fundo dados o baixo crescimento de produtividade da economia nacional e o rápido processo de envelhecimento da população, que ameaçam restringir o desenvolvimento do país nas próximas décadas.

12. Referências

- MENEGUIN 2012. <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/03/19/o-fgts-traz-beneficios-para-o-trabalhador/>
- SOBRINHO 2017. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/02/01/em-20-anos-rendimento-do-fgts-perde-para-poupanca-e-nao-cobre-nem-inflacao.htm>
- DIEESE 2016. <https://www.dieese.org.br/livro/2016/rotatividade2016.pdf>
- KRUGMAN 1994. *The Age of Diminishing Expectations*, 1994.
- RAMOS : RAMOS, C. A.; CARNEIRO, F. G. Rotatividade e Instituições: Benefícios ao Trabalhador Desligado Incentivam os Afastamentos? Texto para Discussão nº 503. Ipea, 1997. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2226/1/td_0503.pdf.
- GENTIL E ARAUJO 2012. http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD289.pdf
- Giambiagi e Schwartzman 2014. *Complacência*
- NERY 2017. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-aposta-para-crescimento-do-emprego-02072017>
- Ellery et al. (2013) http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/130925_produtividadetrabalho02.pdf
- Cavalcante e De Negri: livro http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=23986
- Giambiagi et al. (2012) <https://www.loja.elsevier.com.br/desenvolvimento-economico-9788535251555.html>
- Bonelli et al. (2017) <https://www.loja.elsevier.com.br/anatomia-da-produtividade-no-brasil-9788535289329.html>
- Miguez e Moraes (2014). Capítulo em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=23986
- Squeff e De Negri (2014). Capítulo em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=23986
- Parecer (SF) nº 34, de 2017, da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE)
- Stiglitz e Yun. <http://www.nber.org/papers/w9199>
- Zylberstajn et al. (2017) <http://downloads.fipe.org.br/content/downloads/publicacoes/bif/bif436-8-15.pdf>
- GONZAGA 98 <http://www.rep.org.br/pdf/69-8.pdf>
- DIEESE 2009. http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812D0A02C0012D0A2802AB3852/relatorio_anual2007.pdf
- GIAMBIAGI 2018: <https://oglobo.globo.com/opiniao/antonio-machado-o-brasil-22458563>

Camargo (1996); Amadeo e Camargo (1996); Gonzaga (1998); Barros, Corseuil e Foguel (2001); e Gonzaga (2003). CITADOS AQUI: <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td625.pdf>

Zylberstajn, E. e J. Silva (2014). Earnings Consequences of Labor Turn Over: The Case of Brazil. Não publicado.

Menezes-Filho, N. The Wage Costs of Displacement in Brazil: Firm-Specific Human Capital or Good Jobs?. Não publicado.

GONZAGA, G.; PINTO, R. C. *Rotatividade do trabalho e incentivos da legislação trabalhista*. Texto para Discussão nº 625. Departamento de Economia – PUC-Rio, 2014. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td625.pdf>

MACHADO, D. C.; SILVA, A. R. E. *Um indicador de satisfação no trabalho e a mobilidade do mercado de trabalho: um estudo para homens e mulheres*. Texto para Discussão nº 263. Universidade Federal Fluminense, julho de 2010. Disponível em: http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD263.pdf

FRANCO 2001. <http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/veja39.htm>

KRAINER et al.: https://cepr.org/sites/default/files/3564_KREINER%20-%20Do%20Lower%20Minimum%20Wages%20for%20Young%20Workers%20Raise%20their%20Employment_0.pdf

GIAMBIAGI 2015: <https://www.loja.elsevier.com.br/capitalismo-9788535283648.html>

Neri 2006: Ver: NERI, M. *Informalidade*. Série Ensaios Econômicos, EPGE, nº 635, dezembro de 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/550/2170.pdf?sequence=1>.

GONZAGA E PINTO 2014: <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td625.pdf>

Camargo 1996 Ver: CAMARGO, J. M. Flexibilidade e produtividade do mercado de trabalho brasileiro. Em: CAMARGO, J. M. Flexibilidade do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

ARIDA 2006 http://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2016/03/arida_mecanismos_compulsorios_e_mercado_de_capitais.pdf

Arida 2015 citado por Miriam Leitão em: <https://www.saraiva.com.br/historia-do-futuro-o-horizonte-do-brasil-no-seculo-xxi-8904989.html>

ZYLBERSTAJN E OLIVA 2016: “Construindo um Sistema Único de Previdência Social no Brasil

Hélio Zylberstajn Bruno Oliva Outubro de 2016. Apresentação no Instituto Teotônio Vilela, Brasília

BANCO MUNDIAL 2017: Um ajuste fiscal justo. <http://documents.worldbank.org/curated/pt/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>

PORTELA et al 2016, Não publicado:

Rede de Proteção ao Trabalhador no Brasil:

Estado Social de Direito, Novo Regime Fiscal e os Desafios da 4ª Revolução Industrial

Luís Otávio Barroso da Graça

1. Introdução

Nos trinta anos da Constituição de 1988, questiona-se se o seu atual texto oferece as bases necessárias para enfrentar os desafios impostos pelo que se denomina de 4ª Revolução Industrial, caracterizada pelo aprofundamento da automação de processos produtivos em todo o mundo.²³⁸ Espera-se que, ao fim das próximas duas décadas, a capacidade computacional seja mil vezes maior do que a que existe hoje,²³⁹ aumentando consideravelmente as possibilidades, por um lado, de ganhos de firmas que façam uso intensivo da tecnologia e, por outro, de extinção de postos de trabalho, notadamente os que exijam menos qualificação. Nos Estados Unidos, por exemplo, estima-se que 47% (quarenta e sete por cento) do total de empregos esteja sob risco de extinção.²⁴⁰ Tudo isso

²³⁸ Sobre a 4ª revolução industrial, SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

²³⁹ MCCHESENEY, R.W.; NICHOLS, J. *People Get Ready: the Fight against a Jobless Economy and a Citizenless Democracy*. New York: Nation Books, 2016, cap. 6. Edição eletrônica (e-book).

²⁴⁰ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A. *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?* 17 set. 2013, p. 1, 38, 44. Disponível em: <<https://www.oxfordmartin.ox.ac>>

deve ser reforçado por um outro fenômeno, a crescente importância dos ativos intangíveis (conhecimento, marcas, redes de relacionamento e coisas do gênero) na economia em transformação.²⁴¹ Esses efeitos devem ser mais severos sobre nações em desenvolvimento, como o Brasil, elevando as chances de que o país fique ainda mais atrás na corrida pelo crescimento econômico e pela distribuição equitativa dos seus resultados.

Se quiser contornar esse quadro, aproveitando-se das oportunidades que surgirão e não sofrendo com os reveses, o país deve reforçar o aparato que permite ao cidadão, sobretudo o menos favorecido, desenvolver a sua autonomia e as suas potencialidades. O objetivo, nesse caso, seria o de viabilizar uma melhor qualificação educacional, evitando a exposição ao desemprego e, ao mesmo tempo, aumentando as chances pessoais de ganhos em cadeias produtivas mais rentáveis. Em paralelo, seria também o de incrementar as possibilidades de participação democrática nas decisões políticas, diminuindo a desigualdade de poder que, muitas vezes, decorre das disparidades econômicas. Os direitos socioeconômicos inseridos na Constituição oferecem um marco normativo apropriado para atingir esses objetivos, restando aos agentes públicos o desenho das ações pertinentes.²⁴² Claro, a atuação estatal depende da capacidade do erário, e é nesse ponto que o quadro pode ganhar contornos dramáticos.

No final de 2016, foi introduzido no ordenamento constitucional o “Novo Regime Fiscal” (NRF).²⁴³ O propósito foi o de superar a grave crise fiscal por que passava (e ainda passa) o país.

uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

²⁴¹ HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Capitalism without Capital: the Rise of the Intangible Economy*. Princeton: Princeton University Press, 2018. Edição eletrônica (e-book).

²⁴² Neste artigo, usam-se, com o mesmo significado, as denominações “direitos socioeconômicos” e “direitos sociais”.

²⁴³ Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que “Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [ADCT], para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.” ADCT, arts. 106 a 114.

Para tanto, congelaram-se as despesas primárias da União pelos próximos vinte anos, com possibilidade de revisão da medida apenas a partir do décimo ano de sua vigência. No âmbito deste trabalho, não se discute a profundidade do ajuste determinado, mas sim, a sua adequação quanto à forma.

Diante da necessidade de suprir demandas sociais no contexto da 4ª Revolução Industrial, as balizas impostas às contas públicas devem sujeitar-se a periódicas avaliações. A ideia, no caso, é a de evitar, na hipótese de uma melhora significativa da economia em alguns anos, o estrangulamento exagerado da capacidade de atuação do Estado. Dada a rigidez do NRF, conclui-se ser inadequado o seu formato jurídico, o que pode vir a acabar por minar a capacidade de a Constituição oferecer bases adequadas ao enfrentamento dos desafios futuros. Nesse caso, propõem-se a revogação dos dispositivos que instituíram o NRF e a concomitante fixação dos parâmetros fiscais pertinentes em normas de caráter cíclico, como o Plano Plurianual (PPA).

Para embasar a sugestão aqui deixada, este artigo encontra-se organizado da seguinte forma. Na seção 2, desenvolve-se raciocínio segundo o qual o Estado de direito deve, de sorte a cumprir a função de garantir a esfera da autonomia privada, propiciar o acesso a condições materiais mínimas à população. Por essa lógica, e em face das imensas desigualdades de renda e de riqueza encontradas no país, nada mais natural que o constituinte originário fixasse, já no texto constitucional, amplo leque de direitos socioeconômicos a servir de diretriz para a ação do Estado. Na seção 3, apresentam-se as transformações por que a economia mundial deve passar, nas próximas décadas, e as consequências que elas devem gerar em termos de concentração de poder econômico e político. O objetivo, aqui, é o de traçar um diagnóstico para avaliar o papel da Constituição após a adoção do NRF. A seguir, na seção 4, examinam-se as inadequações desta recente alteração constitucional. A seção 5, por fim, traz a conclusão do artigo.

2. A opção pelo Estado social de direito

Em 1988, a promulgação da atual Constituição formalizou, nos planos político e jurídico, a opção do constituinte originário pelo

Estado social de direito.²⁴⁴ Prova disso são os incontáveis dispositivos constitucionais dedicados aos direitos sociais e econômicos, como os elencados no título I, capítulo II (“Dos Direitos Sociais”, arts. 6º a 11), e no título VIII (“Da Ordem Social”, arts. 193 a 232), tratando da proteção ao trabalho, da seguridade social, da educação, da cultura, etc. Se alguns desses dispositivos instituem ou não direitos subjetivos, passíveis de exigência pelo cidadão na via judicial, é dúvida que permeia o debate jurídico sobre o tema.²⁴⁵ Independentemente da conclusão a que se chegue, uma coisa é certa: a Constituição de 1988 fixou abrangentes e detalhadas diretrizes de ordem política para a diminuição das desigualdades socioeconômicas que marcam a história do país. A opção por dar à Constituição um viés social, ademais da necessidade local de responder a anseios historicamente represados, decorreu do desenvolvimento das noções associadas aos direitos humanos e ao Estado de direito.²⁴⁶ Claro, pode-se questionar se são ou não adequados esse detalhamento e essa abrangência.²⁴⁷ De todo modo, algumas orientações sobre o conceito de Estado de direito apontam para o reconhecimento de que deve o Estado, além de garantir as liberdades individuais, ocupar-se, de forma direta ou indireta, das satisfações materiais básicas de seus cidadãos para que eles possam exercer essas mesmas liberdades.²⁴⁸

2.1 O Estado de direito em uma abordagem liberal

Segundo uma abordagem liberal, o papel do Estado de direito é o de garantir a esfera de liberdade dos que estão sujeitos ao seu império.²⁴⁹ Por um lado, o propósito das normas é o de enunciar regras segundo as quais as pessoas possam planejar suas ações tendo em vista as consequências que dessas ações possam

²⁴⁴ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

²⁴⁵ FERRAZ, O.L.M. Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2010/2011, p. 1643-1644. KING, J. *Judging Social Rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 3-4.

²⁴⁶ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Op. cit.*, p. 673-677.

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ KING, J. The Social Dimension of the Rule of Law. 28 jul. 2017, p. 35, 45. Artigo disponibilizado no âmbito do Mestrado em Direito (Master of Laws, LLM) da University College London. Não publicado.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 9.

admir.²⁵⁰ Por outro, o objetivo é o de instituir um espaço em que os cidadãos possam desenvolver suas atividades sociais ou econômicas sem o risco de uma interferência injustificada de um terceiro ou do próprio Estado.²⁵¹

Dessa forma, se, no caso de um tributo, a consequência para o não pagamento no prazo for a exigência adicional de uma multa, pode um empresário, num Estado de direito, optar por arcar com um ônus maior num momento posterior se isso lhe for mais favorável. Ainda, se o exercício de uma determinada profissão for permitido para indivíduos com certa formação, desconsiderando qualquer outra exigência a alguém com a bagagem educacional apropriada, não poderá ser negada a possibilidade de atuação na área. De sorte a assegurar uma esfera pessoal de liberdade, é essencial que o sistema normativo se revista de algumas características, sempre no intuito de evitar a surpresa.²⁵² Nesse sentido, as normas devem ser públicas, claras e estáveis.²⁵³ Se imputarem alguma punição, não poderão gerar efeitos retroativos.²⁵⁴ Casos similares devem ser tratados de forma similar, de modo a afastar o exercício discricionário e arbitrário pela autoridade.²⁵⁵ O acesso às cortes deve estar disponível para todos, e devem ser observados princípios como o da independência do judiciário e o do juiz natural.²⁵⁶ Se esses preceitos e outros que lhes sejam correlatos forem observados, é possível, segundo uma determinada concepção liberal, dizer que se está diante de um Estado de direito, independentemente dos fins que esse Estado persiga ou de alguma concepção de justiça a que ele se filie.²⁵⁷

De acordo com essa interpretação, o Estado de direito “não deve ser confundido com democracia, justiça, igualdade (perante a lei ou de outra forma), direitos humanos de qualquer espécie ou

²⁵⁰ HAYEK, F A. *Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. 1. ed. London: Routledge, 1998, v. 1, p. 98, 102, 113. RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 207. RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 222.

²⁵¹ HAYEK, F A. *Op. cit.*, p. 106-107. RAWLS, J. *Op. cit.*, p. 210.

²⁵² RAWLS, J. *Op. cit.*, p. 208-209. RAZ, J. *Op. cit.*, p. 214-218.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ RAZ, J. *Op. cit.*, p. 211, 225.

respeito pelas pessoas ou pela dignidade humana”.²⁵⁸ Observar os preceitos característicos do Estado de direito seria uma condição necessária para promover alguma forma de bem, mas essa promoção não decorreria por si só da aderência a esses preceitos.²⁵⁹

O Estado de direito, dessa maneira, constituir-se-ia em uma virtude do sistema normativo, tal qual o caso de uma faca ser afiada constituir-se em uma virtude da faca.²⁶⁰ A capacidade de corte da faca define se ela é ou não um bom instrumento cortante, independentemente do fim a que ela se destine.²⁶¹ De forma semelhante, o sistema normativo seria intrinsecamente bom na hipótese de se revestir das características do Estado de direito, possibilitando aos cidadãos agir conforme as expectativas que as regras lhes permitem construir.²⁶² Se, acaso, o sistema normativo possibilitasse a exploração de determinadas pessoas por outras, como numa sociedade escravocrata, não se poderia alegar violação ao Estado de direito se as normas que regessem o vínculo de exploração fossem públicas, precisas, argúveis perante os tribunais, etc.²⁶³ Ou seja, independentemente da finalidade espúria da relação social admitida, não se poderia dizer que os explorados não pudessem agir conforme as expectativas que as normas gerassem.²⁶⁴ Nesse caso, o Estado de direito estaria funcionando a contento, sendo questionável a ideia mesma de “exploração” sem que se levassem em conta valores que lhe fossem externos. Essa conclusão, porém, não resiste a uma abordagem por meio da qual se identifique, no Estado de direito, para que ele opere em prol da liberdade individual, a existência de uma relação de confiança entre a autoridade (legislador, julgador, executor) e o cidadão.²⁶⁵

Num Estado de direito que, como tal, garanta a esfera de autonomia de uma pessoa, os cidadãos não podem ser apenas destinatários de comandos legais, mas indivíduos dignos de

²⁵⁸ “[The rule of law] is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man.” *Ibidem*, p. 211, tradução do autor.

²⁵⁹ RAZ, J. *Op. cit.*, p. 225.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ *Ibidem*, p. 221.

²⁶⁴ FOX-DECENT, E. *Sovereignty’s Promise: the State as Fiduciary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 241-242.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 234, 242.

respeito.²⁶⁶ Nesse Estado, uma pessoa cuja autonomia seja violada tem a possibilidade de reclamar a observância dessa autonomia.²⁶⁷ Em outras palavras, ela tem a possibilidade de se dirigir à autoridade estatal, exigir os seus direitos e ser atendido. Do contrário, a violação seria permanente, e o Estado de direito cederia ao arbítrio. Mais ainda, o próprio destinatário dos comandos legais deve ter possibilidade de influenciar a emanção desses comandos, de sorte, por exemplo, a evitar o surgimento de normas impossíveis de serem cumpridas ou que retroajam em seu prejuízo.²⁶⁸ O que existe, portanto, num Estado de direito, é uma relação de confiança recíproca entre o cidadão e a autoridade.²⁶⁹ Num sentido, há a expectativa do agente estatal de que ordens legais sejam observadas.²⁷⁰ No sentido inverso, encontra-se a expectativa do cidadão de que as normas sejam enunciadas em benefício de sua autonomia, não em prol do interesse da autoridade.²⁷¹ Dito de outra forma, se o Estado de direito implica o reconhecimento de legítimas expectativas decorrentes de normas claras, públicas e prospectivas, implica também o reconhecimento da legítima expectativa de que essas normas reflitam a deferência pela autonomia privada.²⁷² Essa deferência só pode existir se os destinatários dos comandos legais forem tratados como fins em si mesmos, e não como instrumentos para a persecução de uma finalidade de um grupo ou do próprio Estado.²⁷³ O comprometimento do Estado de direito com a garantia da esfera privada resulta, então, no respeito à dignidade humana.²⁷⁴ Como consequência, refuta-se a ideia segundo a qual o Estado de direito encerraria um conceito apartado de direitos humanos (e, também, de democracia). Afinal, o respeito à dignidade humana constitui-se justamente no objeto das regras e princípios que garantem a participação dos

²⁶⁶ Ibidem, p. 244, 260.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Ibidem, p. 236-237.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Ibidem, p. 244.

²⁷³ Ibidem, p. 246, 262.

²⁷⁴ Ibidem, p. 244, 246.

cidadãos nas decisões políticas e o gozo de sua autonomia de forma livre de interferências arbitrárias.²⁷⁵

A impossibilidade de dissociação entre as noções de Estado de direito e de direitos humanos demanda maiores reflexões no tocante a direitos de cunho socioeconômico. Desde o surgimento, no século XIX, de movimentos populares em prol de melhores condições de vida, em sociedades que experimentavam o rápido avanço da industrialização, até a consolidação do estado de bem-estar social, em países ocidentais, após a Segunda Grande Guerra, vários direitos de natureza social ou econômica foram incorporados ao catálogo de direitos fundamentais. Nesse sentido, as garantias cívicas e políticas, como as liberdades de associação e de expressão, a presunção de inocência e o direito de voto, juntaram-se aos direitos à educação, à saúde, à assistência social, entre outros. Esse desenvolvimento, contudo, não se deu sem diversas objeções no campo liberal.

Por um lado, uma forma de oposição consiste na recusa em se dar ao Estado de direito alguma finalidade que não a de garantir a autonomia privada.²⁷⁶ Nesse caso, a imputação de algum outro fim, como o de redistribuição de renda ou de riqueza, implicaria a adoção de valores morais que levariam à confusão do conceito de estado de direito com o de “estado de bom direito”.²⁷⁷ A dificuldade, aqui, seria estabelecer qual conceito de “bom” ou de “justo” poderia ser aceito sem que isso levasse a uma atuação arbitrária do próprio Estado em prejuízo de quem lhe estivesse sujeito.²⁷⁸

Por outro lado, mesmo na hipótese de se estabelecer com razoável grau de concordância o que seria entendido como “bom”, a atuação estatal implicaria tanta intervenção na esfera privada, com tamanho poder discricionário envolvido, que acabaria também exacerbando a possibilidade de massacre sobre os cidadãos.²⁷⁹ Essas objeções, em alguma medida, são pertinentes. Historicamente, não faltam exemplos de Estados que malograram na tentativa de impor às suas populações conceitos de justiça,

²⁷⁵ Ibidem, p. 261-262.

²⁷⁶ HAYEK, F.A. *Op. cit.*, p.113.

²⁷⁷ FOX-DECENT, E. *Op. cit.*, p. 262-263.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Conforme explanação de Jeff King sobre a visão de Hayek (KING, J. *The Social Dimension of the Rule of Law. Op. cit.*, p. 10.)

levando à repressão em massa ou à desorganização do próprio tecido social.²⁸⁰

O fato, contudo, é que, inúmeras outras experiências revelam o acerto de intervenções estatais em prol de mitigar algo que essas objeções negligenciam: as enormes disparidades entre as posições dos indivíduos em uma sociedade de mercado.²⁸¹ Tais disparidades relacionam-se, por exemplo, a talentos inatos, a propriedade adquirida por herança ou a oportunidades que surjam para uns e não para outros.²⁸² Levando-se em conta que essas diferenças exerçam considerável influência sobre as interações sociais e que essa influência seja em alguma medida arbitrária, vez que não plenamente vinculada à vontade ou mérito, não há outra conclusão a não ser a de imputar ao Estado de direito a função de minimizar os efeitos dessas diferenças.²⁸³

2.2 O Estado social de direito como refinamento da concepção liberal

De sorte a preservar a liberdade individual, o Estado de direito deve propiciar um mínimo de condições materiais aos cidadãos que lhe estejam sujeitos. O conteúdo de direitos cívicos ou políticos, como as liberdades de associação e de manifestação, restaria esvaziado se determinada comunidade vivesse em uma situação de profunda dependência econômica em relação a um senhor.²⁸⁴ Do mesmo modo, o livre acesso ao judiciário estaria seriamente comprometido caso a população não detivesse um mínimo nível educacional, que lhe permitisse entender os enunciados normativos, ou mínimas condições financeiras para arcar com os custos de se dirigir às cortes.²⁸⁵ Claro, a forma e o grau de interferência do Estado no sentido de promover economicamente os menos favorecidos dependem das opções da sociedade materializadas em

²⁸⁰ Ver, por exemplo, relato sobre a desorganização social na Venezuela em RAMÓN P. Notícias de Maracaibo: o Dia a Dia da Crise Venezuelana. Piauí, Rio de Janeiro, n. 138, mar. 2018.

²⁸¹ KING, The Social Dimension of the Rule of Law, *Op. cit.*, p. 11.

²⁸² *Idem.*

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ FOX-DECENT, E. *Op. cit.*, p. 264, nota 46.

²⁸⁵ BARBER, N.W. Must Legalistic Conceptions of the Rule of Law Have a Social Dimension? *Ratio Juris*, v. 17, n. 4, p. 474-488, dez. 2004, p. 483-484.

suas decisões políticas.²⁸⁶ O que é fundamental, porém, é que haja um comprometimento mínimo no sentido de evitar a exploração de pessoas que se encontrem em situação de injusta desvantagem em relação a outras.²⁸⁷ Tipicamente, um indivíduo nessa situação fica vulnerável, podendo acabar por aceitar propostas abusivas em relações sociais envolvendo sexo, trabalho, consumo, etc.²⁸⁸ Em princípio, o fato de haver uma aceitação da proposta poderia afastar a ideia mesma de exploração e, por conseguinte, a de que devesse haver alguma ação protetiva do Estado. Em outras palavras, poder-se-ia entender que, em face do consentimento, restaria preservada a esfera da autonomia privada. O fato, porém, é que esse consentimento revela-se defeituoso em razão da ausência de alternativas posta pela situação de injusta desvantagem ou de vulnerabilidade.²⁸⁹ Se o consentimento é defeituoso, o exercício da liberdade individual encontra-se comprometido, restando ao Estado de direito entrar em cena para preservar aquilo que ele se propõe a defender: a autonomia privada. Conclui-se, dessa forma, que o estado social de direito não se constitui em algo essencialmente distinto em relação ao estado de direito em sua concepção liberal, mas em uma extensão (ou refinamento) do seu significado.²⁹⁰

Em vista desses desdobramentos, vários Estados ao redor do mundo adotaram ou vêm adotando normas de combate a graves desigualdades sociais.²⁹¹ Claro, há inúmeras diferenças relativas à profundidade dessas normas e à forma como elas são instituídas. Não necessariamente, os direitos socioeconômicos precisam constar de textos constitucionais para que as populações deles se beneficiem. Naturalmente, mesmo sem previsão constitucional, eles podem ser objeto de políticas públicas sem que isso comprometa a atuação do Estado em prol da sociedade. Ao contrário, argumentos há dando conta da preferência por esta saída relativamente à fixação desses direitos em uma constituição.²⁹²

²⁸⁶ GONÇALVES, C.M.C. *Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 243.

²⁸⁷ KING, J. *The Social Dimension of the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 4, 38.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 37-38.

²⁸⁹ *Idem*.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 47.

²⁹¹ FERRAZ, O.L.M. *Op. cit.*, p. 1643. KING, J. *Judging Social Rights*. *Op. cit.*, p. 2.

²⁹² KING, J. *Judging Social Rights*. *Op. cit.*, p. 2.

Defende-se, nesse caso, que a constitucionalização de direitos sociais e econômicos não seria adequada pelo fato de a concretização de tais direitos demandar elevado grau de flexibilidade em relação às possibilidades financeiras e à capacidade de gestão do Estado.²⁹³ Na mesma linha, critica-se o papel inadequado que eventualmente possa desempenhar o judiciário, em prejuízo de uma atuação mais equânime pelos órgãos do executivo, em lides que tenham como objeto direitos sociais e econômicos constitucionalizados.²⁹⁴ Mais especificamente, aqui, identifica-se o risco de que a atuação judicial em situações de severa desigualdade quanto ao acesso à justiça acabe por promover uma certa elitização no gozo desses direitos.²⁹⁵ Pertinentes ou não, essas objeções, o fato é que o constituinte de 1988 decidiu por inserir diversos dispositivos acerca da proteção aos direitos socioeconômicos na atual Constituição, na esteira de uma tendência internacional surgida no século XX e intensificada na América Latina com a redemocratização das décadas de 1980 e 1990.²⁹⁶ O objetivo, nesse caso, foi o de afirmar o compromisso com o estado de bem-estar social e o de estabelecer um marco jurídico e programático a partir do qual se pudesse promover a ascensão social de largas parcelas da população.²⁹⁷

O enfrentamento das desigualdades socioeconômicas deve tornar-se ainda mais premente em futuro próximo. Em todo lugar, mudanças profundas no sistema produtivo devem trazer ainda mais dificuldades para pessoas menos favorecidas. As dificuldades extras decorrerão da cada vez mais rápida substituição de mão de obra pela automação e pelo aumento da importância de bens imateriais como o conhecimento. De forma a avaliar se a Constituição brasileira oferece as bases para o desenho de políticas públicas que possam ajudar o país a se preparar para os novos tempos, é importante compreender a revolução por que passa a economia global. A próxima seção lança luzes à tarefa.

²⁹³ *Ibidem*, p. 44

²⁹⁴ FERRAZ, O.L.M. *Op. cit.*, p. 1663-1667.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 1646.

²⁹⁶ MCMANUS, A.C. Contemporary Latin American Constitutionalism: an Intellectual Map. P. 8-15. Texto disponibilizado em dez. 2016 no âmbito do Mestrado em Direito (Master of Laws, LLM) da University College London. Não publicado.

²⁹⁷ *Idem*.

3. A 4ª Revolução Industrial, os intangíveis e seus desafios

As transformações por que passa o setor produtivo devem, em curto prazo, impactar profundamente a dinâmica social. A denominada 4ª Revolução Industrial, marcada pelo avanço exponencial de sistemas automatizados, deve reduzir a disponibilidade de emprego para diversas funções, aprofundar diferenças de renda e de riqueza entre distintos estratos populacionais, fortalecer o poder econômico de certas sociedades empresariais e arraigar as disparidades entre os países mais e menos desenvolvidos.²⁹⁸ Tudo isso deve ser potencializado por um movimento paralelo à automação, movimento esse consistente na crescente importância de ativos intangíveis na economia.²⁹⁹ Esses ativos consistem dos próprios softwares que aceleram a automação e de outros recursos imateriais como marcas, processos industriais, patentes e redes de relacionamentos.³⁰⁰ Os efeitos combinados do generalizado uso de sistemas automatizados e dos investimentos em ativos intangíveis demandarão respostas políticas apropriadas e, eventualmente, alterações nos marcos jurídicos nos quais se baseiam ações governamentais. Nesse sentido, de sorte a verificar se a Constituição de 1988 oferece condições para a adaptação da sociedade brasileira ao futuro, necessária é a compreensão das transformações econômicas que já estão em curso e que vão se intensificar nos próximos anos.

282 283

3.1 A 4ª Revolução Industrial e seus efeitos

Os momentos que, na era industrial, são qualificados como revolucionários, do ponto de vista da economia, correspondem a períodos de mudanças paradigmáticas na estrutura produtiva. No primeiro desses períodos, iniciado na segunda metade do século XVIII, o motor da transformação foi o surgimento da máquina a vapor, a qual possibilitou um salto da capacidade manufatureira e o atingimento mais rápido de mercados cada vez mais longínquos.³⁰¹ No momento seguinte, já na parte final do século XIX, a possibilidade de utilização da energia elétrica e a

²⁹⁸ SCHWAB, K. *Op. cit.* MCCHESENEY, R.W.; NICHOLS, J. *Op. cit.*

²⁹⁹ HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*

³⁰⁰ *Ibidem*, cap. 2.

³⁰¹ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 15.

introdução da linha de montagem responderam em grande parte por uma segunda onda de mudanças, caracterizada pela massificação da produção.³⁰² Tanto na 1ª como nesta 2ª Revolução Industrial, houve transformações no tecido social, particularmente no que diz respeito ao uso da mão de obra. Antes do advento da era das máquinas, a confecção de um produto era essencialmente artesanal, sendo um mesmo trabalhador responsável por várias etapas do processo produtivo.³⁰³

Na nova era, esse tipo de profissional perdeu espaço, mas a nova estrutura permitiu a utilização de contingentes cada vez maiores de trabalhadores em atividades cada vez mais específicas.³⁰⁴ Nesse caso, se, num primeiro momento, houve perdas para profissionais com determinadas habilidades, num segundo, ocorreu a incorporação de um sem-número de pessoas não tão qualificadas, mas que poderiam ser treinadas para desempenhar atividades únicas no processo produtivo.³⁰⁵ Esse movimento foi logo acompanhado pela incorporação de profissionais um pouco mais qualificados para a supervisão das linhas de montagem.³⁰⁶ Concomitantemente, houve necessidade de empregar pessoas com treinamento superior para o desempenho de funções de gerência e de desenvolvimento.³⁰⁷ Em geral, então, o temor de que o desenvolvimento tecnológico minasse as relações de trabalho, pela ação de uma força destrutiva, que substituísse mão de obra, acabou superado por uma força de capitalização, em sentido contrário.³⁰⁸ Em outras palavras, o espetacular ganho de escala e de produtividade e o acesso a mercados globais propiciados pelas duas primeiras revoluções industriais geraram tamanhas oportunidades de negócio que, ao final, mais e mais trabalhadores acabaram sendo beneficiados.³⁰⁹ Esse padrão, contudo, começou a se modificar com o advento da 3ª Revolução Industrial, no terço

³⁰² Idem.

³⁰³ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A. *Op. cit.*, p. 5.

³⁰⁴ Ibidem, p. 8-9.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Ibidem, p. 10.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ Ibidem, p. 13. SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 42.

³⁰⁹ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 8-9, 13.

final do século XX, marcada pelo uso de computadores e pela internet.³¹⁰

Espera-se, agora, que a próxima fase, denominada de 4ª Revolução Industrial, já em curso e marcada pela inteligência artificial e pela “interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos”,³¹¹ exacerbe a mudança que se verifica desde o final do século XX. Dada a velocidade do desenvolvimento tecnológico, especula-se que a força destrutiva já supere a força de capitalização, em especial no caso de atividades laborais repetitivas.³¹² Além disso, avalia-se que a substituição da mão de obra por processos automatizados seja ainda mais intensa em futuro relativamente próximo, atingindo até mesmo atividades não rotineiras, sobretudo as exercidas por pessoas com menos qualificação.³¹³

Atribui-se à 4ª Revolução Industrial o potencial de aprofundar os níveis de desigualdade de renda e de riqueza verificados no mundo hoje. A acumulação de capital deve concentrar-se em torno daqueles que se valem de robôs ou de processos automatizados.³¹⁴ De uma forma geral, a automação mitiga o problema de retornos decrescentes de escala enfrentados por um processo produtivo convencional.³¹⁵ Dessa forma, empreendimentos enxutos em relação ao uso da força de trabalho, mas altamente intensivos na utilização de capacidade computacional, podem dominar inúmeros mercados a partir de uma única plataforma tecnológica.³¹⁶ Além da questão da concentração econômica em benefício dos setores de alta tecnologia, o mercado de trabalho deverá sofrer profundas modificações. Estima-se, por exemplo, que quase a metade do total de empregos nos Estados Unidos esteja sob alto risco em face da automação nas próximas duas décadas.³¹⁷ Claro, a eliminação de postos de trabalho pode vir a ser compensada pelo surgimento de novos negócios, geradores de novos

³¹⁰ Ibidem, p. 2. SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 15-16.

³¹¹ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 16.

³¹² Ibidem, p. 43-44. FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 13-14.

³¹³ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 3, 20.

³¹⁴ GARDELS, N. When Robots Take Our Jobs. *The World Post*, 2 fev. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/worldpost/wp/2018/02/02/automation-jobs/?utm_term=.b5e5936bebea>. Acesso em 19 fev. 2018.

³¹⁵ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 18.

³¹⁶ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 21.

³¹⁷ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 1, 38, 44.

empregos,³¹⁸ mas o problema reside na rapidez em que uma eventual reabsorção possa ocorrer.³¹⁹ Ademais, há sempre a hipótese de os novos negócios valerem-se também de sistemas informatizados e de, ao final, não demandarem mão de obra. No longo prazo, é possível que a substituição de postos de trabalho pela automação atinja mesmo os profissionais mais qualificados.³²⁰ Em vinte ou trinta anos, porém, esse movimento deve ser mais impactante sobre ocupações que exijam menor nível educacional e que paguem menores salários.³²¹ A expectativa é a de que as inovações tecnológicas custem mais a atingir atividades que requeiram criatividade, habilidades sociais ou manuais.³²² Nesse caso, profissões nas áreas de engenharia, ciências, gestão, negociação, educação, medicina e artes, por exemplo, devem permanecer, pelo menos por um tempo, menos suscetíveis à automação. Mais ainda, espera-se que essas atividades venham a se beneficiar das complementaridades propiciadas pelo aumento estrondoso da capacidade de processamento de dados.³²³ De fato, novos recursos técnicos podem aumentar significativamente a produtividade de alguém que desenvolva uma pesquisa científica. Tudo isso, ao final, deve incrementar a renda das pessoas mais qualificadas em relação àquelas que tenham menos competências educacionais, algo que já é observado em alguns lugares.³²⁴ Finalmente, a concentração de mercados por firmas de alta tecnologia e o aumento da renda em ocupações que demandem mais qualificação devem aprofundar as diferenças econômicas entre os países mais desenvolvidos e os menos desenvolvidos.³²⁵ Nesse sentido, uma tendência plausível é a de que tais firmas se valham, no plano local, de mão de obra qualificada para a gestão e o desenvolvimento de serviços, e, no plano global, de uma “nuvem humana”, constituída por autônomos cuja função seja a de ofertar esses serviços.³²⁶ O transporte urbano oferecido por meio da plataforma Uber é um

³¹⁸ Ibidem, p. 13.

³¹⁹ Ibidem, p. 14. SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 42.

³²⁰ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 41.

³²¹ Ibidem, p. 42.

³²² Ibidem, p. 40-41.

³²³ Idem.

³²⁴ Ibidem, p. 11.

³²⁵ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 52.

³²⁶ Ibidem, p. 53-54.

exemplo dessa tendência.³²⁷ Tudo somado, nas próximas décadas, acaso medidas paliativas não sejam adotadas, espera-se o recrudescimento das desigualdades entre grupos sociais e entre países no bojo da revolução propiciada pelo avanço da automação.

3.2 A crescente importância dos ativos intangíveis

Os efeitos da 4ª Revolução Industrial devem ser potencializados por uma outra característica da economia contemporânea, o investimento pronunciado em ativos intangíveis.³²⁸ Para os fins deste trabalho, não se faz necessária uma adesão estrita a um conceito, mas uma compreensão geral sobre o assunto.³²⁹ Nesse sentido, basta a noção de que os ativos intangíveis compreendem, dentre outras coisas, marcas, patentes, processos produtivos, redes de relacionamento, listas de clientes, cadeias de fornecedores, conhecimento, programas de computador.³³⁰

De meados da década de 1990 até 2013, mais ou menos, agregando dados de algumas nações europeias e dos Estados Unidos, os investimentos em ativos intangíveis, por ano, passaram de cerca de 10,5% do PIB (Produto Interno Bruto) para mais de 12,0%.³³¹ No mesmo período, os investimentos em ativos tangíveis caíram de aproximadamente 14,0% do PIB para cerca de 11,0%.³³² Tomando os Estados Unidos, somente, os dados demonstram que, desde 1948, a participação dos investimentos em intangíveis na economia cresceu sistematicamente, ao contrário da parcela dos ativos físicos.³³³ No caso americano, já no início da década de 1990, verificou-se a superação dos investimentos em ativos intangíveis em relação aos tangíveis.³³⁴ Esses dados ganham

³²⁷ Idem.

³²⁸ HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*

³²⁹ De todo modo, vale a menção à definição constante das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC): “Ativo intangível é um ativo não monetário identificável sem substância física.” (Grifo no original). O ativo monetário, por seu turno, “é aquele representado por dinheiro ou por direitos a serem recebidos em uma quantia fixa ou determinável de dinheiro.” Ver CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NBC TG 04 (R4) – Ativo Intangível, item 8. Disponível em: <[http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTG04\(R4\).pdf](http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTG04(R4).pdf)>. Acesso em 26 mar. 2018.

³³⁰ Ibidem, item 9. HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 1 e 2.

³³¹ HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 2, figura 2.3.

³³² Idem.

³³³ HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 2, figura 2.1.

³³⁴ Idem.

relevância quando se constata que uma economia em que os ativos intangíveis se tornem proeminentes funciona de forma peculiar, dadas as suas especificidades.³³⁵

Em primeiro lugar, os potenciais benefícios auferidos por meio de ativos intangíveis transbordam (geram externalidades positivas), favorecendo não apenas quem neles investe, mas terceiros também.³³⁶ Por exemplo, uma máquina (um ativo físico) pode ser protegida, bastando, para isso, que lhe seja proibido o acesso por pessoas não autorizadas.³³⁷ Um software, por seu turno, pode ser ligeiramente modificado de sorte a contornar salvaguardas tecnológicas ou legais a ele associadas.³³⁸ Além disso, investimentos em diferentes ativos intangíveis são tipicamente mais sujeitos a complementaridades, sinergias.³³⁹ Nesse caso, o retorno de um ativo desenvolvido por uma firma pode ser reforçado pelo uso em conjunto com o ativo de outro desenvolvedor.³⁴⁰ Exemplo disso pode ser dado por um tipo de treinamento patenteado pela firma “A” e usado por uma marca “B” de academias de ginástica.³⁴¹ Mais ainda, a produtividade de ativos intangíveis tende a ser muito maior do que a de ativos físicos.³⁴² Recorrendo novamente ao exemplo da máquina, esta tem uma capacidade limitada de produção em dado intervalo de tempo.³⁴³ Um método de fabricação ou uma marca, ao contrário, podem ser simultaneamente replicados em vários lugares distintos, propiciando ganhos enormes.³⁴⁴ Todas essas propriedades dos ativos intangíveis lhes conferem especial papel na economia moderna, gerando consequências similares às que devem resultar do aprofundamento da automação.

Espera-se que o ganho de relevância dos ativos intangíveis incremente desigualdades de renda e de riqueza. Isso, por um lado, pode ocorrer pelo maior peso que profissionais mais qualificados

³³⁵ *Ibidem*, cap. 1.

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ *Idem*.

³⁴⁰ *Idem*.

³⁴¹ *Ibidem*, cap. 2.

³⁴² *Idem*.

³⁴³ *Idem*.

³⁴⁴ *Idem*.

devem adquirir no mercado de trabalho.³⁴⁵ Por outro, pode ser consequência da valorização de imóveis em cidades cosmopolitas.³⁴⁶ No primeiro caso, a expectativa é a de que as firmas, para aproveitar os ganhos de escala propiciados pelos intangíveis, valham-se de pessoas habilitadas a identificar oportunidades e a tomar benefícios advindos das sinergias e das externalidades positivas associadas a esses bens.³⁴⁷ Especula-se, dessa forma, que os profissionais que venham a ser mais valorizados sejam os denominados “analistas simbólicos”,³⁴⁸ “pessoas educadas e astutas com uma combinação de habilidades não cognitivas ... e cognitivas”.³⁴⁹ As habilidades não cognitivas justificam-se “porque gerenciar externalidades frequentemente envolve interação social”;³⁵⁰ as cognitivas, “porque os intangíveis são em geral ativos de conhecimento”.³⁵¹ Grosso modo, portanto, as pessoas mais beneficiadas devem ser as menos atingidas pelos processos de automação. No caso da valorização de ativos urbanos, as peculiaridades dos bens intangíveis também estão no cerne da questão. O fato é que as cidades mais dinâmicas reúnem em um mesmo espaço mais empreendimentos inovadores e mais pessoas com as características dos “analistas simbólicos”.³⁵² As oportunidades de negócio que emergem nesse espaço geram mais renda, o que leva a uma valorização das propriedades nele inseridas.³⁵³ Como exemplo disso, basta pensar no valor do metro quadrado nas maiores cidades brasileiras e em lugares como Nova Iorque e Londres. Além das chances que esses espaços apresentam, a dificuldade de tributação da renda ou da riqueza propiciadas pelos intangíveis também contribui para o aumento da desigualdade.³⁵⁴

³⁴⁵ Ibidem, cap. 6.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ “[S]ymbolic analysts”. Robert Reich apud HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 6. Tradução do autor.

³⁴⁹ “[E]ducated, smart people with a combination of noncognitive skills ... and cognitive skills”. HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 6. Tradução do autor.

³⁵⁰ “[B]ecause managing spillovers often involves social interaction”. HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 6. Tradução do autor.

³⁵¹ “[B]ecause intangibles are usually knowledge assets”. HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 6. Tradução do autor.

³⁵² HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Op. cit.*, cap. 6.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Idem.

Nesse ponto, a questão fundamental diz respeito à mobilidade desses ativos, tornando mais fácil a mudança das firmas que deles se valem para locais com menor incidência de tributos.³⁵⁵ Em resumo, como resultado da intensificação do uso de bens intangíveis, esperam-se aumentos nas desigualdades de renda e de riqueza em favor de quem já tenha mais capacidade econômica e de pessoas mais qualificadas, em movimento a reforçar os efeitos da automação dos processos produtivos.

O aprofundamento das diferenças socioeconômicas em decorrência da automação e do aumento da importância dos ativos intangíveis demandará uma atenção redobrada às demandas da população. No limiar da 4ª Revolução Industrial, questiona-se se o atual texto da Constituição brasileira fornece as bases para contornar os problemas relacionados ao mercado de trabalho e à participação de parcelas menos favorecidas no jogo político. Esse questionamento é enfrentado na próxima seção.

4. O NRF e os riscos ao enfrentamento dos desafios

Os desafios que serão impostos, nas próximas décadas, pelo aumento da relevância dos ativos intangíveis e pela progressiva automação devem ser enfrentados desde já. O objetivo, nesse caso, é o de preparar as gerações futuras para o novo cenário, possibilitando a minimização dos impactos negativos e o melhor aproveitamento das chances que surgirão. Tendo isso em vista, pergunta-se se o atual texto constitucional oferece as bases necessárias para esse enfrentamento. A resposta, obviamente, passa pelas saídas vislumbradas no sentido de dar conta dos obstáculos. De uma forma geral, a preparação deve passar pelo investimento em pesquisa e desenvolvimento, pela capacitação de pessoas nas áreas menos sensíveis à automação e pelo fortalecimento dos processos democráticos. Tudo isso visa a incrementar as possibilidades de inserção do País na nova economia e, paralelamente, a diminuir a exposição ao desemprego. No que toca, em particular, à participação dos cidadãos no jogo político, a tarefa consiste em incorporar mais e mais pessoas ao processo decisório, contornando o viés que possa advir da desigualdade de poder econômico. Em uma abordagem que contemplasse apenas o corpo de direitos

³⁵⁵ Idem.

individuais e sociais estabelecidos na Constituição, poder-se-ia afastar alguma preocupação com as bases dadas, restando um ou outro ajuste e o adequado planejamento das políticas públicas apropriadas. No entanto, a recente instituição do denominado Novo Regime Fiscal, por meio da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, tem o potencial de minar os fundamentos da adequada preparação para os desafios futuros.

4.1 Políticas públicas e construção da “infraestrutura democrática”

A preparação de uma sociedade para os novos tempos passa pelo reforço das áreas de pesquisa e de desenvolvimento e pelo fortalecimento do processo educacional. Por pesquisa e desenvolvimento, entenda-se não apenas a investigação relacionada a ciência e tecnologia, mas também àquela afeita a novos produtos e serviços (inovação).³⁵⁶ Se a economia na era da 4ª Revolução Industrial será decididamente impactada por tecnologias de automação e pelos ativos intangíveis, é desejável que o setor produtivo esteja não apenas apto a se aproveitar dos novos recursos, mas também habilitado a ofertá-los competitivamente em escala global.³⁵⁷ A alternativa a isso será, talvez, no caso brasileiro, condenar o país a situar-se às margens do sistema econômico mundial.

O investimento em pesquisa e em desenvolvimento poderia contribuir para mudar esse quadro, ao incorporar e produzir novas tecnologias, em áreas como informática, química e biologia, e ao gestar marcas, processos, produtos e serviços com maiores possibilidades de retorno econômico. Tal caminho passaria pela iniciativa privada e pelo setor público, demandando o desenho de incentivos apropriados e a destinação de recursos para o incremento de estruturas físicas e a capacitação dos recursos humanos. Nesse ponto é que surge o papel da educação. O novel cenário deve favorecer as competências relacionadas à percepção e à gestão de situações complexas, à criatividade, à interação social.³⁵⁸ Dessa forma, devem-se intensificar os esforços em direção a formações afeitas a essas competências em áreas como administração,

³⁵⁶ SCHWAB, K. *Op. cit.*, p. 41.

³⁵⁷ *Idem.*

³⁵⁸ FREY, C.B.; OSBORNE, M.A., *Op. cit.*, p. 27.

educação, saúde, artes, engenharia e ciências.³⁵⁹ Existe, claro, a possibilidade de que a indução de um ou outro campo de atuação profissional acabe sendo arbitrária ou contraproducente. Nesse caso, vale, pelo menos, a noção geral de que, quanto maior o nível educacional de uma pessoa, menor a probabilidade de que ela seja afetada negativamente pela substituição do trabalho pela automação.³⁶⁰ Dessas conjecturas, o recado que fica é o de que a melhoria combinada dos processos de pesquisa e desenvolvimento e de formação educacional tende a deixar o país cada vez mais apto a tomar proveito dos novos rumos da economia e a aliviar eventuais impactos perniciosos sobre o mercado de trabalho.

Para além de pesquisa, desenvolvimento e educação, os rumos a serem traçados a partir de agora demandam a expansão da participação democrática na política. Mais do que o aumento das desigualdades de riqueza e de renda, a 4ª Revolução Industrial e a intensificação dos investimentos em ativos intangíveis podem levar a uma maior concentração de poder político.³⁶¹ Se o exercício desse poder depende em larga medida da capacidade financeira, é razoável imaginar que a exacerbação das diferenças econômicas resulte no aumento da influência dos mais ricos sobre as escolhas públicas. Não se duvida de que os direitos individuais e políticos inseridos na Constituição venham, em alguma medida, contribuindo para o engajamento dos cidadãos em geral na esfera política. As garantias concernentes às liberdades de expressão, de reunião e de associação (art. 5º, IX, XVI e XVII, respectivamente), aos partidos políticos (art. 17, caput), ao voto direto, secreto, universal e periódico (arts. 14, caput, e 60, § 4º, II), dentre inúmeras outras, têm sido fundamentais para promover a pluralidade no jogo político. Como visto na primeira seção deste trabalho, porém, o exercício da liberdade individual, da qual a liberdade política constitui uma das facetas, depende de elementos que viabilizem tal exercício. A “ignorância e a pobreza e a falta de meios materiais em geral impedem as pessoas de exercerem os seus direitos”.³⁶²

³⁵⁹ Ibidem, p. 40-41.

³⁶⁰ Ibidem, p. 42.

³⁶¹ MCCHESENEY, R.W.; NICHOLS, J. *Op. cit.*, Introduction.

³⁶² “[I]gnorance and poverty, and the lack of material means generally, prevent people from exercising their rights”. RAWLS, J. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005, p. 325. Tradução do autor.

Dessas observações, infere-se que o pleno gozo dos direitos políticos e, conseqüentemente, a extensão da participação das pessoas no espaço público encontram-se vinculados à concretização dos direitos sociais prometidos. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a provisão de educação, saúde, assistência e previdência sociais, cultura, etc., fazem parte da construção de uma “infraestrutura democrática”,³⁶³ um conjunto de instituições e de medidas destinadas a aumentar o número de cidadãos com capacidade de influenciar os rumos do país. Dessa forma, espera-se que a edificação dessa infraestrutura, fundada nos direitos individuais e sociais, alivie ou mesmo reverta os processos de concentração de poderes econômico e político.

4.2 O ordenamento constitucional após o NRF

4.2.1 Os direitos sociais e a dependência do ciclo orçamentário

A avaliação da Constituição brasileira à luz dos desafios impostos pela 4ª Revolução Industrial deve ser desdobrada em duas partes. Numa abordagem que considere apenas a coletânea de direitos socioeconômicos, a conclusão é a de que as bases para o fortalecimento dos setores de pesquisa e de desenvolvimento, a melhoria do processo educacional e a construção da “infraestrutura democrática” estão há muito dadas. Para corroborar essa afirmação, basta a leitura de alguns dispositivos constitucionais como os arts. 218 (ciência, tecnologia e inovação), 205 (educação) e 196 (saúde). Numa linha, porém, centrada nos comandos de natureza financeira e orçamentária, a leitura é menos otimista. O fato é que a concretização dos direitos socioeconômicos se sujeita à reserva do possível.³⁶⁴ Em outras palavras, as medidas que dão azo a esses direitos dependem de escolhas envolvendo a destinação de recursos escassos. A extensão em que essas medidas possam ser adotadas, dessa forma, resulta do processo decisório que se desdobra em torno da aprovação das leis de planejamento e de

³⁶³ MCCHESENEY, R.W.; NICHOLS, J. *Op. cit.*, cap. 6.

³⁶⁴ SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.) *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 29.

orçamento, quais sejam: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). De acordo com o marco normativo a elas aplicado, por meio da LOA são estabelecidas as dotações que, em cada exercício financeiro, viabilizarão as políticas sociais.³⁶⁵ Essas dotações, por seu turno, subordinam-se a metas estabelecidas para períodos quadrienal e anual, por meio do PPA e da LDO, respectivamente.³⁶⁶ Dentre essas metas, por previsão constante da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF),³⁶⁷ tem especial relevância a definição, na LDO, de metas de resultado fiscal a serem observadas na elaboração e na execução do orçamento de cada ano.³⁶⁸ O objetivo delas é o de manter o equilíbrio entre as receitas e as despesas,³⁶⁹ evitando trajetórias de endividamento que levem o Estado à incapacidade de honrar seus compromissos.

Independentemente da opção feita, se mais ou menos otimista em relação às receitas públicas, se mais ou menos conservadora em relação às despesas necessárias para satisfazer às demandas da população, o importante é notar que esse esquema, dada a periodicidade das leis de planejamento e orçamento, possibilita, de tempos em tempos, a revisão das balizas de modo a adequar o orçamento à realidade econômica e às escolhas manifestadas nas urnas. Esse esquema, entretanto, foi rompido por meio da introdução, em 2016, no ordenamento constitucional, do denominado Novo Regime Fiscal (NRF), o que pode vir a comprometer as possibilidades de respostas do Estado brasileiro aos desafios impostos nas próximas décadas.

4.2.2 O Novo Regime Fiscal (NRF)

O NRF estabelece limites para as despesas primárias da União executadas à conta dos orçamentos fiscal e da seguridade social, pelo prazo de vinte exercícios financeiros, com efeitos de 2017 a 2036.³⁷⁰ Dele estão excluídas, portanto, as despesas constantes

³⁶⁵ Constituição, art. 165, § 5º.

³⁶⁶ Constituição, art. 165, §§ 1º e 2º, e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), art. 35, § 2º, I e II.

³⁶⁷ Lei Complementar nº 101, de 2000.

³⁶⁸ LRF, art. 4º, § 1º.

³⁶⁹ LRF, art. 1, § 1º, e art. 4º, I, a.

³⁷⁰ ADCT, arts. 106 e 107.

do orçamento de investimento das estatais e as despesas financeiras, estas relacionadas ao pagamento da dívida pública e de seus encargos ou à concessão de empréstimos pelo setor público.³⁷¹ Também estão excluídas, por ressalva explícita, as transferências constitucionais tributárias destinadas aos entes federados e a complementação da União para cada Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), mantido pelos estados e pelo Distrito Federal, além de algumas outras despesas.³⁷² Grosso modo, portanto, encontra-se limitada, por vinte anos, a possibilidade de atuação estatal, no âmbito da União, no sentido da expansão dos serviços públicos de segurança, educação, saúde, assistência e previdência sociais, cultura, esporte, etc. O objetivo declarado da medida é o de “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal” de sorte a “restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública”.³⁷³ Dessa forma, para o Poder Executivo e para cada órgão com autonomia orçamentária e financeira (a exemplo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União), são fixadas, como teto individualizado de gastos, as despesas primárias pagas em 2016, corrigidas, em cada exercício financeiro, por um índice de inflação anual.³⁷⁴ Ademais, no caso específico das áreas de educação e de saúde, foram modificadas as fórmulas para o cálculo dos pisos constitucionais a elas aplicáveis. Agora,

³⁷¹ SANCHES, O.M. *Novo Dicionário de Orçamento e Áreas Afins*. 1. ed. 2013, p. 125, 149. Edição do autor.

³⁷² ADCT, arts. 60, I, V e VII, e 107, § 6º. “Há que se apontar, ainda, uma outra exceção ‘implícita’ no desenho da EC 95/2016: como os limites são fixados em termos do gasto primário, basta que um desembolso seja classificado como ‘financeiro’ para que seja inteiramente excluído do seu âmbito de aplicação. SILVA, J.R.P.; BITTENCOURT, F.M.R. Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto da União, e considerações sobre sua implementação. *Orçamento em Discussão*, n. 34, 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529648/OED0034.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³⁷³ BRASIL. EMI nº 83/2016 MF MPDG. Exposição de motivos na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que deu origem ao NRF (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados), itens 1 e 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4870E033C889A198E-9452A40393EFB6F.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=-Tramitacao-PEC+241/2016>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³⁷⁴ ADCT, art. 107, § 1º.

em vez de serem apurados segundo a receita, os pisos são também corrigidos, a cada exercício, pela inflação anual.³⁷⁵ Significa dizer, portanto, que o volume de recursos disponibilizados para as mais diversas políticas públicas e os mínimos estabelecidos para educação e saúde, tudo no âmbito da União, estarão congelados, em termos reais, até 2036.³⁷⁶

De acordo com uma leitura cética do NRF, argumenta-se que as novas limitações imporão reduções drásticas no volume de recursos destinados à concretização dos direitos socioeconômicos.³⁷⁷ Supondo que não haja variação na proporção das despesas primárias nos vários itens que as compõem, é possível fazer uma comparação com um cenário em que elas permanecessem constantes em relação ao Produto Interno Bruto (PIB). Estimando o crescimento real do PIB em 2,0% ao ano, no tempo de vigência do NRF, essas mesmas despesas seriam, em 2036, cerca de 33% menores. Na hipótese de o aumento do PIB se dar ao ritmo de 2,5% ao ano, a redução seria de quase 40%.³⁷⁸ Na mesma direção, especula-se que, “com o congelamento das despesas com saúde e educação, estas passarão de 4% do PIB em 2015 para 2,7% do PIB em 20 anos, quando a população brasileira será 10% maior.”³⁷⁹ Num momento em que o risco do desemprego e os novos paradigmas econômicos devem demandar o reforço dos meios de

³⁷⁵ Constituição, arts. 198, § 2º, I, e 212, caput, e ADCT, art. 110.

³⁷⁶ ROSSI, P.; DWECK, E. Impactos do Novo Regime Fiscal na Saúde e Educação. Cadernos de Saúde Pública, v. 32, n. 12, p. 1-5, 2016, p. 2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁷⁷ Rossi, O.; Dweck, E. *Op. cit.* VIEIRA, F.S.; BENEVIDES, R.P.S. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Brasília: IPEA, set. 2016. Nota técnica n. 28. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em: 30 mar. 2018. PAIVA, A.B. et al. O Novo Regime Fiscal e Suas Implicações para a Política de Assistência Social no Brasil. Brasília: IPEA, set. 2016. Nota técnica n. 27. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28588:nota-tecnica-2016-setembro-numero-27-disoc-o-novo-regime-fiscal-e-suas-implicacoes-para-a-politica-de-assistencia-social-no-brasil&catid=192:disoc&directory=1>. Acesso em: 30 mar. 2018. AMARAL, N.C. PEC 241/55: a “Morte” do PNE (2014-2024) e o Poder de Diminuição dos Recursos Educacionais. RBPAAE, v. 32, n. 3, p.653-673, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/rbpaae/article/view/70262>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁷⁸ Cálculos do autor, atualizando o PIB pela taxa de inflação aplicável à atualização da despesa.

³⁷⁹ ROSSI, P.; DWECK, E. *Op. cit.*, p. 4.

qualificação educacional e de exercício da cidadania, impõem-se, por duas décadas, os níveis de aplicações em políticas sociais que, em 2016, poderiam ser os possíveis, mas ainda estariam aquém do necessário. Essas conjecturas e essa reflexão, portanto, são suficientes para embasar um fundado receio de que o congelamento imposto pelo NRF resulte num atraso difícil de ser contornado no que toca à preparação para os desafios que já se apresentam.

Numa outra vertente, mais otimista, espera-se que a nova sistemática de aplicação das despesas primárias da União favoreça o crescimento do país e, conseqüentemente, alivie as demandas sociais por meio do aumento do emprego e da renda.³⁸⁰ Esse resultado ocorreria por meio de um controle muito mais intenso da despesa não financeira. Na expectativa de que a arrecadação cresça progressivamente em decorrência da retomada da atividade econômica, seria reduzida a necessidade de recorrer ao endividamento como forma de suportar parte dessa despesa.³⁸¹ Com a dívida em patamares menores, aumentaria a percepção de solvência do país, ou seja, de sua capacidade de honrar os seus compromissos financeiros.³⁸² Esse quadro levaria à redução dos pagamentos à conta de juros, uma vez que as taxas de juros são tanto maiores quanto maior for a sensação de risco de calote.³⁸³ Havendo menos necessidade de tomar recursos junto à sociedade, o setor público abriria espaço para os investimentos privados, o que geraria mais emprego, mais renda e mais arrecadação.³⁸⁴ Estariam dadas, portanto, as condições para a formação de um ciclo virtuoso que, ao final, possibilitaria o atendimento das demandas sociais em condição de muito maior sustentabilidade. Além disso, no decorrer do processo de ajuste das contas públicas, não necessariamente teria de ocorrer uma redução dos gastos direcionados a políticas como as de educação e saúde.³⁸⁵ Como, no caso do Poder Executivo, encarregado dessas políticas, não há limites por área de atuação, mas apenas um limite

³⁸⁰ BRASIL. *Op. cit.* OLIVEIRA, J.M. O Que Há de Bom na Proposta do Novo Regime Fiscal? Consultor Jurídico, 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

³⁸¹ Idem.

³⁸² Idem.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ OLIVEIRA, J.M. *Op. cit.*991648522

geral, seria possível rearranjar as despesas por meio do aumento da eficiência administrativa, da redução de distorções e de reformas, por exemplo, na previdência.³⁸⁶ Isso sem falar no fato de que boa parcela da ação em prol dos direitos socioeconômicos ocorre por meio dos demais entes federados, os quais não se sujeitam ao NRF, e por intervenções, no âmbito da União, também não subordinadas ao novo esquema.³⁸⁷ O financiamento estudantil ofertado por meio do FIES (Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior), por exemplo, constitui-se em uma despesa financeira, estando fora do alcance do NRF.³⁸⁸ No final das contas, à luz dessas perspectivas, os novos limites para as despesas primárias não teriam o impacto negativo esperado e deixariam o país em uma condição econômica mais favorável.

4.2.3 O NRF e o problema da legitimidade democrática

Qualquer que seja a interpretação do NRF, dados seu ineditismo e as incertezas sobre as suas consequências, o que se revela desarrazoado é a falta de previsão de exames regulares nos tempos dos processos eleitorais e do planejamento público. Verdade é que existe a possibilidade de que, a partir do décimo exercício de sua vigência, o presidente da República proponha ao Congresso, por projeto de lei complementar, a revisão da forma de correção dos limites anuais sobre a despesa primária, sendo permitida uma alteração por mandato presidencial.³⁸⁹ Essa abertura, contudo, revela-se extremamente restrita.

Em primeiro lugar, o prazo de dez anos é excessivo, cobrindo, além dos dois últimos anos do mandato que se iniciou em 2015, os dois mandatos presidenciais que se estenderão de 2019 a 2026. Da mesma forma, abrangerá metade do período de uma

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ VOLPE, R.A.; BIJOS, P. Novo Regime Fiscal: um Passo à Frente em Direção ao Equilíbrio das Contas Públicas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18469&revista_caderno=4>. Acesso em: 28 mar. 2018.

³⁸⁸ Na LOA 2018 (Lei nº 13.587, de 2018), volume IV, p. 599, a despesa vinculada à concessão do financiamento pelo FIES recebe o código “0” na coluna “RP”, o que denota ter essa despesa natureza financeira. Ver, na LDO 2018 (Lei nº 13.473, de 2017), o art. 6º, § 4º, I. Disponíveis em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/2018/orcamento-anual-de-2018>>. Acesso em: 3/4/2018.

³⁸⁹ ADCT, art. 108.

legislatura federal e duas outras. Se, por meio do voto, a população manifesta as suas escolhas, questões marcantes como a extensão e a profundidade de um ajuste fiscal passarão ao largo da escolha do eleitorado. Contra isso, é plausível argumentar que, a qualquer tempo, uma nova emenda à Constituição poderia dar vazão às opções da maioria. Ocorre, porém, que o reflexo dessa maioria nas figuras do presidente da República ou dos parlamentares pode ser insuficiente para vencer o quorum qualificado de aprovação de uma emenda.³⁹⁰ O descasamento entre o tempo para uma primeira avaliação e os ciclos eleitorais revela, portanto, uma impropriedade do desenho do NRF.

Em segundo lugar, e nessa mesma toada, questiona-se a pertinência de fixar, na Constituição, uma regra com impactos tão diretos e imediatos sobre temas tão controversos como perfil do Estado e extensão da rede de proteção social. Nesse ponto, pode-se dizer que a Constituição sempre consagrou algum viés ideológico em seus dispositivos acerca de direitos socioeconômicos. Dessa forma, o estabelecimento, nela, de um outro ponto de vista refletiria, de fato, uma inflexão, mas não chegaria a ser uma novidade. A questão, todavia, é que, como visto, os direitos socioeconômicos são inerentes à própria concepção de Estado de direito. O viés ideológico, nesse caso, seria o mesmo que recomenda o distanciamento do autoritarismo ou da anarquia.³⁹¹ De todo modo, mesmo concedendo ser tal contra-argumento frágil, em face de opiniões que não vinculam esses direitos a uma concepção de Estado de direito,³⁹² há que se considerar que a força normativa deles, pelo menos no que tange à ação estatal, é muito menos intensa do que os comandos do NRF. Os dispositivos que tratam dos direitos socioeconômicos são, tipicamente, de eficácia limitada.³⁹³ Eles, via de regra, apenas estabelecem diretrizes programáticas para a ação estatal, a qual depende de regulamentação legislativa e de disponibilidades orçamentárias.³⁹⁴ Ao contrário, o NRF goza de eficácia plena, independente da mediação

³⁹⁰ Constituição, art. 60, § 2º (três quintos dos votos dos membros da Câmara e do Senado, separadamente, com dois turnos de votação em cada Casa).

³⁹¹ Para Jeff King, a antítese do estado de direito seria a anarquia, não a tirania. KING, J. *The Social Dimension of the Rule of Law. Op. cit.*, p. 3.

³⁹² RAZ, J. *Op. cit.*, p. 211.

³⁹³ SILVA, J.A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 86, 135-141.

³⁹⁴ *Idem*.

de qualquer ato infraconstitucional. Desse modo, a opção pelo encastelamento, no texto constitucional, de tema tão polêmico, tanto mais quando dotado de eficácia direta e imediata, evidencia a inadequação da forma eleita para dar vida ao NRF.

É possível argumentar que semelhante problema atinja também dispositivos como os que prescrevem a destinação de percentuais mínimos de receita às áreas de saúde e de educação.³⁹⁵ De fato, a fixação de certos quantitativos na Constituição pode não representar a melhor solução em matéria de planejamento público. Na linha da crítica aqui tecida ao NRF, o desenho das políticas governamentais deve permitir a sua periódica avaliação, mormente no que toca à adequação das despesas a contingências de momento e às prioridades expressas no jogo democrático. A comparação, no entanto, entre o caso do NRF e o dos quantitativos mínimos para saúde e educação mostra diferenças que minimizam o argumento. No que toca à extensão, no primeiro caso, o impacto dá-se sobre o conjunto total de receitas e despesas primárias, enquanto que, no segundo, sobre uma parcela delas. Além disso, é razoável especular que a aplicação mínima de recursos em saúde e educação seja resultado de uma visão mais consensual do que a que levou à adoção do NRF. Tal inferência decorre do fato de que nem mesmo a proposta que originou esta medida sugeriu a retirada dos limites mínimos do texto constitucional, restringindo-se, no tema, à mudança na forma de cálculo.³⁹⁶ De todo modo, concordando ou não com essas relativizações, o possível equívoco quanto à constitucionalização dos níveis mínimos para saúde e educação não justificaria o outro, consistente no estabelecimento de metas de despesa também pela via constitucional.

Em terceiro lugar, a constitucionalização da medida e o prazo excessivo para sua revisão não se coadunam com os ciclos do planejamento estatal. De acordo com o marco legal aplicável à matéria, compete ao Poder Público editar um Plano Plurianual (PPA) a cada quatro anos, por meio de lei, para organizar a sua atuação no decorrer do quadriênio seguinte.³⁹⁷ Com base nesse plano, são fixadas, anualmente, na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), as metas e os limites a serem observados durante a elaboração e

³⁹⁵ Constituição, arts. 198, § 2º, e 212.

³⁹⁶ ADCT, art. 110.

³⁹⁷ Constituição, art. 165, § 1º, e ADCT, art. 35, § 2º, I.

a execução do orçamento público em certo ano.³⁹⁸ Dessa breve digressão, nota-se a periodicidade dos instrumentos de planejamento governamental, periodicidade essa compatível com as necessidades de ajustes decorrentes das opções dos eleitores e das oscilações nas variáveis econômicas. Nesse caso, por exemplo, procede-se, todo ano, ao estabelecimento da meta de resultado primário (diferença entre as receitas primárias e as despesas primárias), na LDO, como baliza para a execução do orçamento do ano seguinte.³⁹⁹ Ademais de periódica, a renovação desses instrumentos e, por conseguinte, dos marcos financeiros aplicáveis às despesas que sustentam a rede de proteção social tem caráter obrigatório. Em momento predefinido, o chefe do Poder Executivo tem necessariamente de enviar ao Legislativo, conforme o caso, projetos de lei do PPA ou de diretrizes orçamentárias.⁴⁰⁰ No caso dos limites fixados pelo NRF, a revisão por lei complementar, passado um decênio, constitui-se em uma liberalidade do presidente da República, podendo, nesse caso, ocorrer ou não.⁴⁰¹ Por tudo isso, o NRF atropela o caráter periódico dos instrumentos de planejamento e orçamento, esvaziando as possibilidades de manifestações democráticas sobre os seus conteúdos.

A crítica que aqui se faz ao NRF não discute a eventual pertinência do modelo de controle de gastos por limites de despesa e nem a necessidade de um ajuste fiscal em decorrência da crise iniciada em 2015. De acordo com um dos argumentos em defesa da nova sistemática, as metas de resultado exigidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e fixadas anualmente na LDO teriam sido insuficientes para manter a trajetória das despesas primárias em níveis sustentáveis.⁴⁰² Tais metas, ao fixar determinado teto de despesa em função da arrecadação, permitiram o contínuo crescimento dos gastos primários enquanto as receitas primárias também cresciam.⁴⁰³ O problema, contudo, é que o incremento da despesa, muitas vezes, está associado a obrigações legais, sendo difícil de ser revertido.⁴⁰⁴ No momento em que a arrecadação

³⁹⁸ Constituição, art. 165, § 2º, e ADCT, art. 35, § 2º, II.

³⁹⁹ LRF, art. 4º, § 1º.

⁴⁰⁰ Constituição, arts. 84, XXIII, e 165, §§ 1º e 2º, e ADCT, art. 35, § 2º, I e II.

⁴⁰¹ ADCT, art. 108.

⁴⁰² VOLPE, R.A.; BIJOS, P. *Op. cit.*

⁴⁰³ *Idem.*

⁴⁰⁴ *Idem.*

despencou, em decorrência da crise econômica, a saída foi aumentar o endividamento público para fazer frente ao patamar elevado dos gastos primários.⁴⁰⁵

A partir desse diagnóstico, optou-se por introduzir no ordenamento financeiro as metas de despesa mais diretas, em relação ao controle de gastos do que as de resultado.⁴⁰⁶ Razoáveis como possam ser essas considerações, o que se questiona, repita-se, é o impacto da medida sobre as discussões em torno das políticas públicas que, no final das contas, viabilizariam o fortalecimento da sociedade em face dos novos paradigmas do sistema produtivo.

4.2.4 Uma proposta para a revisão periódica do ajuste fiscal

O diagnóstico sobre o NRF permite apontar algumas soluções para contornar o problema da legitimidade democrática. Idealmente, o marco normativo a embasar a imposição de limites sobre a despesa deveria constar de uma lei complementar, conforme os arts. 163, I, e 165, § 9º, da Constituição. Isso poderia ser feito por meio da revogação dos arts. 106 a 114 do ADCT e pela inclusão de dispositivos sobre o tema na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo. A nova regulamentação, quanto ao conteúdo, deveria ser diferente da atual. Ela não fixaria os limites, mas remeteria o assunto a algumas das leis de planejamento público, renovadas periodicamente. O PPA, em bases quadrienais, talvez se apresentasse como uma boa opção. Tais providências dariam a chance para, num cenário de crescimento econômico e de bom comportamento da arrecadação, o legislador avaliar o grau adequado de represamento dos gastos, levando em conta também as necessidades de atendimento às demandas sociais. Na sistemática do NRF, o contingenciamento constitucionalizado pode, em algum momento, ficar muito além do razoável, em decorrência do descasamento entre o limite imposto à despesa primária, função apenas da atualização monetária dos valores de 2016, e o aumento da receita.⁴⁰⁷ Finalmente, na hipótese de se querer dar mais força aos limites impostos, evitando relaxamentos casuísticos ao longo

⁴⁰⁵ BRASIL. *Op. cit.*

⁴⁰⁶ VOLPE, R.A.; BIJOS, P. *Op. cit.*

⁴⁰⁷ Sobre a “constitucionalização do contingenciamento”, ver PINTO, E.G. Novo Regime Fiscal e a Constitucionalização do Contingenciamento das Despesas Primárias Obrigatórias. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1097-1101, 2016.

do quadriênio, bastaria, na mesma Emenda Constitucional que revogasse o NRF, inserir, na Constituição, dispositivo exigindo maioria absoluta para aprovação do PPA ou, de forma um pouco mais contundente, vedando a sua alteração. Essas propostas, ou outras na mesma direção, seriam suficientes para promover o controle das contas públicas sobre leito mais democrático.

Nos próximos vinte anos, os desafios impostos por uma economia mundial, cada vez mais baseada em ativos intangíveis e em processos automatizados, exigirão investimentos em pesquisa e desenvolvimento e aperfeiçoamento da rede de proteção social. Contra os riscos de desemprego e de aprofundamento das desigualdades de poder econômico e político, será necessário criar condições para a inovação no setor produtivo, para a qualificação educacional das pessoas e para o aumento da participação popular na esfera pública. Tudo isso passa pelo fortalecimento da dimensão social do Estado de direito. A Constituição brasileira dá os fundamentos para tanto no que diz respeito à sua lista de direitos socioeconômicos. A leitura é menos otimista, porém, quando se verifica que os meios de concretização desses direitos podem ser comprometidos pelo NRF. Ao imporem por vinte anos uma visão particular de condução do Estado, os arts. 106 a 114 do ADCT afastam as bases do jogo político da democracia deliberativa, na qual as “opiniões políticas podem ser revisadas pela discussão com outros cidadãos”. A saída, por fim, consiste em devolver aos processos decisórios sobre os recursos empregados nas políticas governamentais a característica da renovação periódica.

5. Conclusão

A 4ª Revolução Industrial, somada à crescente importância dos ativos intangíveis, envolve oportunidades e riscos. Aquelas relacionam-se aos ganhos de escala que podem ser auferidos pelo uso de processos automatizados e pela exploração de bens não rivais. Os riscos, por seu lado, consistem no aumento do desemprego, sobretudo de pessoas menos qualificadas profissionalmente, na precarização das relações de trabalho e no aumento das concentrações de renda e de riqueza.

Na tentativa de preparar a população para o novo cenário, ganha relevância a compreensão da dimensão social do Estado de direito. Num país marcado por suas desigualdades históricas, a

atuação direta ou coordenadora do setor público revela-se fundamental para incentivar a pesquisa e a inovação e a melhoria da educação em todos os níveis; mais ainda, de uma forma geral, para a construção de uma “infraestrutura democrática”, no intuito de dar aos cidadãos maiores condições de participação no jogo político.

Nessa linha, a coletânea de direitos socioeconômicos da Constituição constitui norte seguro para a atuação estatal. Há considerável risco, entretanto, de que esse norte encontre-se comprometido pela adoção do Novo Regime Fiscal (NRF). Independentemente da necessidade de ajuste fiscal, em decorrência da recente crise econômica brasileira, a questão que se coloca diz respeito à adequação entre os fins colimados e os meios para tanto fixados. O congelamento das despesas primárias da União, em termos reais, por um período tão longo (vinte anos), gera o fundado receio de que ocorram graves atrasos no enfrentamento dos desafios que a economia do futuro impõe. O mais importante, no caso, está relacionado às limitadas possibilidades de revisão do ajuste, em verdadeiro congelamento do processo democrático, elevando o risco de que, mesmo num cenário de razoável conforto, mantenha-se o estrangulamento das despesas que viabilizam as políticas sociais. Dessa forma, sugere-se a alteração da forma pela qual o ajuste foi implementado, fazendo-o constar de normas sujeitas a renovações periódicas. Isso poderia ser feito por meio da revogação da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, e pela fixação das balizas fiscais pertinentes no Plano Plurianual (PPA).

6. Bibliografia

AMARAL, N.C. PEC 241/55: a “Morte” do PNE (2014-2024) e o Poder de Diminuição dos Recursos Educacionais. RBPAAE, v. 32, n. 3, p. 653-673, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/rbpae/article/view/70262>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BARBER, N.W. Must Legalistic Conceptions of the Rule of Law Have a Social Dimension? *Ratio Juris*, v. 17, n. 4, p. 474-488, dez. 2004.

BRASIL. EMI nº 83/2016 MF MPDG. Exposição de motivos na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que deu origem ao NRF (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4870E-033C889A198E9452A40393EFB6F.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NBC TG 04 (R4) – Ativo Intangível. Disponível em <[http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTG04\(R4\).pdf](http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/NBCTG04(R4).pdf)>. Acesso em 26 mar. 2018.

FERRAZ, O.L.M. Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2010/2011.

FOX-DECENT, E. *Sovereignty's Promise: the State as Fiduciary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FREY, C.B.; OSBORNE, M.A. The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation? 17 set. 2013. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

GARDELS, N. When Robots Take Our Jobs. *The World Post*, 2 fev. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/theworldpost/wp/2018/02/02/automation-jobs/?utm_term=.b5e5936bebea>. Acesso em 19 fev. 2018.

GONÇALVES, C.M.C. *Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

HASKEL, J.; WESTLAKE, S. *Capitalism without Capital: the Rise of the Intangible Economy*. Princeton: Princeton University Press, 2018. Edição eletrônica (e-book).

HAYEK, F A. *Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. 1. ed. London: Routledge, 1998, v. 1.

KING, J. *Judging Social Rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

_____. The Social Dimension of the Rule of Law. 28 jul. 2017. Artigo disponibilizado no âmbito do Mestrado em Direito (Master of Laws, LL.M) da University College London. Não publicado.

MCCHESENEY, R.W.; NICHOLS, J. *People Get Ready: the Fight against a Jobless Economy and a Citizenless Democracy*. New York: Nation Books, 2016. Edição eletrônica (e-book).

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, J.M. O Que Há de Bom na Proposta do Novo Regime Fiscal? *Consultor Jurídico*, 22 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/contas-vista-bom-proposta-regime-fiscal>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

PAIVA, A.B. et al. *O Novo Regime Fiscal e Suas Implicações para a Política de Assistência Social no Brasil*. Brasília: IPEA, set. 2016. Nota técnica n. 27. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28588:nota-tecnica-2016-setembro-numero-27-disoc-o-novo-regime-fiscal-e-suas-implicacoes-para-a-politica-de-assistencia-social-no-brasil&catid=192:disoc&directory=1>. Acesso em: 30 mar. 2018.

PINTO, E.G. Novo Regime Fiscal e a Constitucionalização do Contingenciamento das Despesas Primárias Obrigatórias. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1097-1101, 2016.

RAMÓN P. *Notícias de Maracaibo: o Dia a Dia da Crise Venezuelana*. Piauí, Rio de Janeiro, n. 138, mar. 2018.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

_____. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROSSI, P.; DWECK, E. Impactos do Novo Regime Fiscal na Saúde e Educação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, n. 12, p. 1-5, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SANCHES, O.M. *Novo Dicionário de Orçamento e Áreas Afins*. 1. ed. 2013. Edição do autor.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (Org.) *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, J.A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, J.R.P.; BITTENCOURT, F.M.R. Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto

da União, e considerações sobre sua implementação. *Orçamento em Discussão*, n. 34, 2017. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529648/OED0034.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

VIEIRA, F.S.; BENEVIDES, R.P.S. *Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil*. Brasília: IPEA, set. 2016. Nota técnica n. 28. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em: 30 mar. 2018.

VOLPE, R.A.; BIJOS, P. *Novo Regime Fiscal: um Passo à Frente em Direção ao Equilíbrio das Contas Públicas*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18469&revista_caderno=4>. Acesso em: 28 mar. 2018.

Orçamento Impositivo Das Emendas Individuais e os Instrumentos de Governança Orçamentária

Luiz Fernando de Mello Perezino

1. Introdução

Esse estudo tem por objetivo discutir a alteração constitucional que estabeleceu o orçamento impositivo das emendas individuais e seu vínculo com a governança orçamentária praticada. Nele será demonstrada a completa discrepância entre a Emenda Constitucional aprovada (EC 86/2015) e sua intenção original. A proposta inicial preconizava obrigatoriedade de execução de todo o orçamento. No entanto, foi aprovada execução obrigatória apenas para um subconjunto do universo das programações orçamentárias, correspondente às emendas individuais.

O que pode explicar uma mudança de rumo tão destoante da proposta original, a ponto de constitucionalizar matéria passível de ser tratada em legislação infraconstitucional, como o foi na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para 2014 (LDO/2014)? Quais as razões, motivações e efeitos decorrentes da aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais, após 15 anos de tramitação da matéria no processo legislativo? É o que discutirá este artigo. Ademais, o tema envolve reflexões e análises sobre o processo de alocação de

recursos, a credibilidade do orçamento público e o relacionamento entre os Poderes nesse ambiente.

Para contextualização, repercussão e compreensão do que circunda o tema, serão abordados os seguintes pontos: histórico de tramitação; planejamento e execução orçamentária anual; o excesso de autorizações legislativas para o gasto público; emendas individuais e barganha política; governança orçamentária e suas relações com a aprovação da proposta; e os efeitos fiscais subjacentes do novo mandamento constitucional. De modo bastante central ou peculiar, serão apresentados e comentados mecanismos de governança orçamentária que afetam a alocação de recursos públicos e que contribuíram para que o Congresso Nacional, por ampla maioria, aprovasse a alteração constitucional em comento.

Será também enfrentada a tese de que parte das motivações que culminaram na modificação constitucional fizeram parte das argumentações atinentes ao processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff e à recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU) ao Congresso Nacional (CN) de rejeição às Contas do Governo, pertinentes ao exercício de 2014.

O orçamento impositivo das emendas individuais foi o resultado final da aprovação de uma proposta de emenda constitucional formalmente iniciada em 2000 (PEC 22/2000), pelo então senador Antônio Carlos Magalhães. Na sua concepção original, o objetivo era de que todo orçamento fosse impositivo e que o Executivo manifestasse os motivos a eventualmente impedir ou inibir a execução de determinadas ações orçamentárias. Após um longo tempo de tramitação e vários engavetamentos da proposta, no ano de 2013 houve um amplo sentimento de inconformismo reprimido e extravasado em um subconjunto de substitutivos à proposta original, que culminaria na aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ As discussões e manifestações sobre a insatisfação parlamentar serão bastante citadas nesse estudo, especialmente no item 8.1.

O estudo revelará que a possível seletividade equivocada do Poder Executivo na execução das emendas individuais, como poder de barganha política, parece ter deixado insatisfeitos representantes dos mais diversos partidos ou correntes de pensamento político com representação no Congresso Nacional. Desse modo, a proposta, que na origem diligenciava convergir despesas programadas com os gastos efetivamente executados em um exercício financeiro, migrou repentina e definitivamente, a partir de 2013, para a constitucionalização do orçamento impositivo das emendas individuais.

2. Histórico de Tramitação da Proposta

2.1 Comentários Iniciais

O orçamento é uma lei anual, que exprime as decisões sobre o destino dos recursos públicos. Por isso mesmo, devido às características especiais desse normativo, como escassez de recursos para demandas intermináveis e o seu caráter temporal e prazo limitado de tramitação, é possível verificar, com bastante intensidade, os conflitos de interesses alusivos ao processo político de aprovação dos gastos públicos.

O orçamento impositivo das emendas individuais circunscreve-se a esse contexto. A proposta primária⁴⁰⁹ objetivava fosse impositivo todo o orçamento⁴¹⁰. Os obstáculos na execução seriam explicitados pelas informações prestadas pelo Executivo sobre os motivos que impediriam ou inibiriam a execução de determinadas ações. A consequência dessa alteração transformaria a percepção disseminada no parlamento de que o orçamento era uma peça de ficção.

⁴⁰⁹ Proposta de Emenda à Constituição – PEC 22/2000, apresentada no Senado Federal pelo Senador Antônio Carlos Magalhães. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44289>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴¹⁰ Segundo a justificativa da proposta, a impositividade do orçamento aprovado resultaria em credibilidade, ao menos em tese. Mais adiante serão analisadas incoerências na justificativa da PEC 22, de 2000, que fragilizam, já na origem, qualquer preocupação ou motivação que sugerisse um orçamento verdade em 1º lugar da escala de prioridades ou interesse parlamentar. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44289>. Acesso em: 21/3/2018.

2.2. Origem

Em 2000, foi apresentada a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) nº 22, cuja ementa resumia: “*Altera os arts. 165 e 166 da Constituição federal e acrescenta os arts. 35-A e 35-B ao ADCT, tornando obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica*”.

A alteração crucial, que traria profundas modificações no capítulo das finanças públicas, ofertava a seguinte proposta:

“Art. 165-B. A programação constante da Lei Orçamentária Anual (LOA) é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do presidente da República, de cancelamento ou de contingenciamento, total ou parcial, de dotação.”

310 **311**

A justificativa que fundamentou a apresentação da PEC já explicitava dois argumentos bastantes relevantes e complementares:

a) a proposta teria sido inspirada em procedimentos semelhantes existentes nos EUA:

Lá, sempre que o Poder Executivo não pode executar uma programação ou, por razões de naturezas outras, pretende diferir a execução (executá-la posteriormente), o presidente da República é obrigado a submeter essa decisão à aprovação de uma das Casas do Congresso, que a acolherá ou rejeitará.⁴¹¹

b) a proposta explicitava o entendimento de que o orçamento era uma peça de ficção e um instrumento de barganha para incentivar a disciplina parlamentar nas votações de interesse do Executivo:⁴¹²

As nossas leis orçamentárias, tal como vêm sendo postas em prática, não passam de uma grande ficção. Pouco, ou nada, valem os esforços de mobilização dos órgãos competentes para montagem de um projeto coerente a ser encaminhado ao Congresso Nacional; o tempo despendido pelas lideranças partidárias em intermináveis negociações para conciliar os justos e legítimos pleitos das bancadas com assento no Congresso Nacional, nada

⁴¹¹ Retirada da justificativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44289>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴¹² Em tópicos posteriores, especialmente o item 5, será melhor detalhado tanto o fato de o orçamento ser uma peça de ficção como instrumento de barganha política.

disso é levado em consideração pelo Poder Executivo na hora de executar a programação orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional.

.....

Na verdade, a programação orçamentária tem se prestado mais como instrumento de barganha política do que realmente como instrumento de solução dos graves problemas que afligem nossa população. Quando o Poder Executivo tem interesse em aprovar, no Congresso Nacional, projetos que se mostram altamente polêmicos, logo surge a possibilidade de liberação de recursos para execução desta ou daquela obra, sob o argumento de que as reivindicações são meritórias.

.....

De tudo isso, pode-se concluir que a interpretação unilateral da matéria orçamentária no texto constitucional pelo Poder Executivo tem resultado no entendimento de que *a execução da lei orçamentária tem caráter meramente autorizativo*”. (grifamos)

É interessante já deixar assentado que tais alegações parecem refletir antigas e costumeiras narrativas, insatisfações e práticas orçamentárias que se perpetuaram e, até mesmo, aperfeiçoaram-se nos anos subsequentes⁴¹³, como as de que: a) o orçamento é uma peça de ficção; b) o orçamento é uma peça de caráter autorizativo; c) a execução das emendas parlamentares é importante instrumento de barganha política; d) as emendas individuais são muito importantes para a visibilidade e maximização do retorno eleitoral do mandato; e) havia seletividade ilegítima na execução das emendas individuais.

Essas impressões, com fundamento inicial nas justificativas evidenciadas na PEC, serão abordadas em considerações semelhantes durante os mais de 14 anos de tramitação da matéria, que culminaram com a aprovação de um texto completamente dissociado da proposta original.

⁴¹³ Essas argumentações serão repetidas e intensificadas a partir de 2013, até a aprovação final do orçamento impositivo das emendas individuais em 2015.

2.3. Tramitação no Congresso Nacional

A proposição tramitou lentamente no Senado e foi aprovada e encaminhada para a Câmara dos Deputados em 3.8.2006⁴¹⁴.

Nessa Casa, a PEC foi numerada como PEC 565/2006, tendo tramitado por 7 anos, até sua aprovação e encaminhamento ao Senado em 29/8/2013.⁴¹⁵

O Substitutivo à PEC 22/2000 proveniente da Câmara foi considerado proposta nova, devido às profundas alterações, e foi numerado no Senado como PEC 22-A/2000. Era nova porque não se referia mais ao orçamento impositivo, mas somente recairia a obrigatoriedade de execução sobre as emendas individuais.⁴¹⁶

As alterações mais significativas, introduzidas no Senado em relação ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados em agosto de 2013, foram as seguintes:⁴¹⁷

- a) o montante das emendas individuais aumentou de 1% da receita corrente líquida (RCL) para 1,2% da RCL;
- b) foi introduzida obrigação de que metade desse novo valor fosse destinado para o setor de Saúde;
- c) foram introduzidas regras que estabeleciam o valor mínimo a ser aplicado anualmente pela União em ações e serviços públicos de saúde;
- d) a execução das emendas individuais que destinam recursos para o setor de saúde passava a ser computada no montante mínimo que a União deveria aplicar nesse setor;
- e) a transferência de recursos oriundos das emendas individuais para os entes subnacionais fica dispensada da exigência de adimplência do ente da Federação, uma das exigências disciplinadas no art. 25

⁴¹⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44289>.

⁴¹⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332451>.

⁴¹⁶ Conforme os documentos sobre a tramitação da emenda constitucional, “A Presidência recebeu da Câmara dos Deputados o Substitutivo da Câmara à Proposta de Emenda à Constituição nº 22, de 2000 (nº 565/06, naquela Casa), tendo como primeiro signatário o Senador Antonio Carlos Magalhães. O Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 22, de 2000, que acaba de ser lido, é considerado proposta nova, foi numerado como 22-A, de 2000, e vai ao exame da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, estando sujeito às disposições específicas dos arts. 354 e seguintes do Regimento Interno”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114143>.

⁴¹⁷ Essas alterações já teriam sido acordadas previamente com a Câmara dos Deputados, conforme será comentado no item 3.

da LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 2000) para o recebimento de transferências voluntárias da União.

Em 12/1/2013, o Senado aprova a matéria em 2º turno e a encaminha para a Casa revisora. A Câmara considera a redação procedente do Senado como texto novo e a renúmeramos, em 13/11/2013, como PEC 353/2013.⁴¹⁸

Em 28/11/2013, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CJC da Câmara, há um desdobramento dessa PEC em duas, uma tratando do orçamento impositivo (art. 165 e 166) e outra do mínimo constitucional da saúde (art. 198), surgindo respectivamente as PECs 358 e 359.⁴¹⁹

Em 28/11/2013, ainda na Câmara, essas proposições são apensadas e volta-se à versão aglutinada do texto, agora sob o nº PEC 358/2013.⁴²⁰

Em 10/2/2015, na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição nº 358/2013 é aprovada em segundo turno, com 452 votos favoráveis e apenas 18 contrários. Em 17/3/2015, a Emenda Constitucional é promulgada como EC 86, de 2015.

3. Inserção dos gastos mínimos com saúde

Entre as alterações ou aperfeiçoamentos produzidos no Senado, é importante tecer alguns comentários sobre a parte referente à inserção dos gastos mínimos com ações e serviços de saúde.

Com toda a dificuldade de financiamento do setor público e já com sinais de esgotamento do modelo de governança orçamentária existente, o Congresso Nacional aprovou mais duas vinculações constitucionais: a) orçamento impositivo das emendas individuais; e b) ampliação dos gastos mínimos em ações e serviços de saúde.

As emendas individuais não eram de execução obrigatória. Portanto, pertenciam ao universo das despesas que poderiam ser

⁴¹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332451>

⁴¹⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600980>

⁴²⁰ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602633>.

executadas conforme a discricionariedade do governo. A aprovação de sua execução compulsória significa a inauguração de mais uma vinculação constitucional, além das já existentes.

O assunto referente à saúde não tem qualquer relação ou proximidade mínima com o objeto da PEC. Foi inserido no Senado, em comum acordo entre as lideranças partidárias, para mitigar ou anestesiar eventual impacto negativo da aprovação de matéria, cujo interesse era de recompensa individual imediata para os detentores de mandato parlamentar federal⁴²¹. A inserção da saúde dispersaria, também, as análises sobre os esforços de os congressistas tratarem de tema com repercussão e interesse nacional, de modo que, na futura aprovação, a importância da nova fórmula do financiamento das ações e serviços de saúde sufocasse qualquer mácula advinda da aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais. O mencionado voto em separado do senador Pedro Taques (PDT-MT) dirime qualquer dúvida sobre a inclusão dessa matéria no Senado:⁴²²

Além disso, o Relatório inclui matéria absolutamente diversa, o percentual mínimo de aplicação federal em ações e serviços de saúde. Trata-se de estratégia que alguns classificariam de sutil, outros de oportunista: tentar desviar a atenção do debate sobre a proposição agregando-lhe matéria completamente distinta, na tentativa de fazer com que o consenso nessa última ofusque a rejeição à primeira.

A PEC nº 565/2006 foi aprovada na Câmara em 2º turno de votação, no dia 27/8/2013, somente com a parte referente ao orçamento impositivo das emendas individuais. Não foi inserta a redação referente à saúde por razão regimental, facultada no art. 57, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Com apoio nesse dispositivo, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania decidiu pelo desmembramento da proposição⁴²³. A

⁴²¹ Essa assertiva tem fundamento no voto em separado do Senador Pedro Taques, adiante citado.

⁴²² Voto em Separado, entregue na Comissão de Constituição e Justiça em 1º/10/2013, p. 2. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/114143>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴²³ A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados decidiu desmembrar a parte da saúde, com fundamento no inciso III, do art. 57, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “III – quando diferentes matérias se encontrarem num mesmo projeto, poderão as Comissões dividi-las para constituírem proposições separadas, remetendo-as à Mesa para efeito de

inserção da parte referente à saúde seria operada no Senado, conforme acordo entre as lideranças partidárias das duas Casas legislativas, noticiado, inclusive, pela Agência Câmara:⁴²⁴

O acordo costurado pelas lideranças partidárias que ajudou a viabilizar a votação em primeiro turno, sobre a vinculação de parte dos recursos à saúde, será votado primeiramente pelo Senado, devido à falta de amparo regimental na Câmara. Isso ocorreu porque nenhuma emenda sobre o tema foi apresentada na comissão especial que analisou a PEC.

A Agência Câmara, também publicou, em 11/2/2015, o seguinte comentário:⁴²⁵

A destinação de parte dos recursos para a saúde foi incluída pelos senadores conforme acordo fechado na Câmara quando da primeira votação na Casa. A ideia inicial dos deputados era de 40%, mas acabaram vingando os 50%, defendidos pelo governo, com aumento do total da receita corrente líquida para as emendas, que passou de 1% na primeira versão para 1,2%.

O relator da matéria no Senado, senador Eduardo Braga (PMDB-AM), assim se manifestou sobre uma emenda apresentada pelo senador Aluísio Nunes, que visava ampliar a vinculação de recursos para a saúde:⁴²⁶

A Emenda nº 8-PLEN também não merece acolhida, uma vez que a inclusão dos investimentos decorrentes da PEC na apuração do montante de investimentos mínimos em saúde fez parte do consenso que permitiu a aprovação do Substitutivo neste Colegiado, não se afigurando recomendável a alteração deste ponto.

O deputado Chico Alencar (PSOL-RJ), no mesmo sentido, declarou na sessão plenária de 13/8/2013: “Já sabemos que o Senado vai fazer emendas, também positivas, no sentido de garantir recursos obrigatórios para a saúde. Aí nós receberemos o projeto e o aperfeiçoaremos aqui. Portanto, é uma vitória.”⁴²⁷

renumeração e distribuição”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600980>.

⁴²⁴ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/450475.html>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴²⁵ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481683-CAMARA-APROVA-PEC-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO-EM-2-TURNO.html>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴²⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/114143>. Acesso em: 21/03/2018.

⁴²⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332451>. Acesso em: 21/3/2018.

O discurso do deputado José Guimarães (PT-CE), líder do PT na Câmara dos Deputados, em 13/8/2013, deixa registrado as intensas negociações políticas para a inserção da saúde na proposta de emenda constitucional cuja aprovação era iminente:⁴²⁸

... nós fizemos um grande esforço, e a bancada do PT, seguindo a orientação de ontem à noite da presidente Dilma Rousseff, trabalhou em parceria com vários líderes para fecharmos um acordo em torno da votação do chamado orçamento impositivo. As reuniões se realizaram, os avanços foram enormes. Eu diria que nós chegamos a 95% de pontos acordados com a ministra Miriam Belchior e com a ministra Ideli Salvatti, sob a orientação do Governo. Trabalhamos uma proposta, desde ontem à noite, de destinar 50% dos recursos das emendas impositivas – essa era a minha posição, a posição da bancada – para a saúde e para a educação neste momento importante da vida política nacional.

316 **317**

O pronunciamento do líder do PT revelava a tendência do resultado da tramitação. O acordo demonstrava a adaptação da agenda do Executivo no Legislativo. O caminho conciliado, que incluía agora a parte da saúde, demonstrava, naquele momento, a irreversibilidade da aprovação da matéria com o orçamento impositivo das emendas individuais.

O trecho do pronunciamento do líder do PT só demonstra que era questão de tempo a aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais. A modificação constitucional já era dada como certa ou inevitável. As intervenções visavam reduzir um pouco do impacto fiscal e dos recursos orçamentários adicionais necessários ao provimento da futura vinculação. A atenuação seria advinda da vinculação da metade do montante das emendas individuais e o valor fosse destinado e contabilizado na já existente vinculação mínima de recursos à saúde. Foi a “governança orçamentária criativa”⁴²⁹ originando a vinculação da vinculação.

⁴²⁸ Idem.

⁴²⁹ O termo criatividade orçamentária e suas adaptações como “governança orçamentária criativa” será utilizado como manipulação ou adaptação dos dispositivos constitucionais e legais referentes ao gasto público, onde o agente público utiliza-se das flexibilidades e omissões da legislação para finalidade diversa do que fora positivado. A criatividade orçamentária produz o efeito de deturpar, fragilizar ou mitigar a coercibilidade da norma.

4. Orçamento Autorizativo x Orçamento Impositivo

Esse tópico vai comentar sobre a coercibilidade da programação estabelecida na lei orçamentária. A prática, no Brasil, é considerar que o orçamento é um documento de caráter autorizativo. A prática foi crucial para os resultados sobre a governança orçamentária a que se refere o item 6 deste artigo. Contribuiu, conforme será assentado, fortemente para as argumentações que envolveram a aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais, o processo de impeachment e o parecer prévio do TCU pela recomendação ao Congresso de rejeição das contas do governo de 2014.

4.1 Conceito

De forma bastante objetiva, conceituamos o orçamento autorizativo como aquele que prevê a realização de despesas, sem, contudo, obrigar os administradores públicos a executá-las. Nesse modelo, o orçamento apenas estabelece os gastos máximos que podem ser realizados, mas sua efetiva execução dependerá da discricionariedade dos gestores, à exceção das despesas obrigatórias legais ou constitucionais, cuja impositividade não decorre da sua previsão no orçamento, mas de outras regras constitucionais ou legais alheias à lei orçamentária.

Por outro lado, orçamento impositivo é o que prevê as despesas públicas para determinado exercício e exige que elas sejam executadas.

Há uma forte percepção sobre a prática do orçamento autorizativo no Brasil. Parlamentares já manifestaram diversas vezes sobre o tema, conforme citações adiante reproduzidas e também constantes no item 8.1. Piscitelli, em 2006, já explicitava a discussão e concluía que a prática adotada era a do orçamento autorizativo:⁴³⁰

Nos últimos anos uma grande discussão se travou na área de Finanças Públicas em nosso país, em torno do caráter meramente autorizativo ou efetivamente impositivo do orçamento público. Tem prevalecido a corrente majoritariamente representada

⁴³⁰ PISCITELLI, Roberto Bocaccio. Orçamento Autorizativo x Orçamento Impositivo; p. 3. Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1636>.

na área econômica do governo, que entende não ser viável a adoção do orçamento impositivo. Isto, na prática, levou a que o Poder Executivo disponha livremente sobre o grau de execução das despesas constantes do orçamento.

Predomina, portanto, o entendimento, resultado da prática, de que a Lei Orçamentária Anual (LOA) (LOA) é de caráter autorizativo, isto é, ela permite a execução das despesas, mas não determina obrigatoriamente sua realização. Tal entendimento decorre de interpretação da CF, a qual não define literal e nominalmente o caráter da LOA quanto à obrigatoriedade da execução orçamentária nos termos em que esse debate é verbalizado na controvérsia “impositivo versus autorizativo”. No entanto, a CF dispõe que a despesa é fixada e o planejamento é determinante para o setor público⁴³¹. Essas disposições alicerçam uma interpretação diversa da prática vigente.

A prática do Executivo é considerar que o orçamento é autorizativo. Uma mera intenção de gastos. Políticos e acadêmicos comungam dessa certeza: “A lei orçamentária é autorizativa, mas não mandatória. Isto é, o Executivo necessita de autorização legislativa para efetuar qualquer gasto, mas não precisa fazer todos os gastos que estão autorizados”⁴³². Nesse sentido, o Deputado José Genuíno (PT-SP) manifestou-se quando da apresentação de voto em separado à PEC 565/2006:⁴³³

Na concepção original – e repita-se, imutável – do equilíbrio entre os Poderes, é inquestionável que a lei orçamentária tem caráter autorizativo, para que o Poder Executivo, no exercício da função administrativa que lhe é intrínseca, possa em cada caso avaliar e dar resposta às contingências do exercício governamental.

⁴³¹ “Art. 165, § 8º A Lei Orçamentária Anual (LOA) 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” (grifamos)

^A redação do art. 174 da CF é incisiva quanto à obrigatoriedade do planejamento governamental: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁴³² FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão, p. 32. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

⁴³³ Voto em separado, apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 20/3/2013, referente à tramitação da PEC 565/2006. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=332451. Acesso em: 21/3/2018.

4.2 Coerência e harmonia dos dispositivos constitucionais

A CF/88 inaugura profundas alterações na matéria orçamentária. Até então, cabia ao Poder Legislativo apenas aprovar ou rejeitar o orçamento, pois eram irrisórias as possibilidades de emendas ao orçamento ou qualquer outra forma de participação do Congresso Nacional na aprovação dos gastos públicos⁴³⁴. A Constituição vigente resgatou as prerrogativas do Poder Legislativo. Restou estabelecida uma intenção de vigorosa vinculação entre planejamento governamental e os orçamentos públicos⁴³⁵. A concepção, delineada em termos genéricos no texto constitucional, de um ciclo orçamentário harmonizado, integrado no tempo e hierarquizado contempla a elaboração e aprovação de três leis: Plano Plurianual (PPA), Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). A LOA tem que estar compatibilizada com o PPA e a LDO. Essa, por sua vez, deve estar compatível com o PPA.⁴³⁶

A CF atribui responsabilidades distintas aos Poderes Legislativo e Executivo. O art. 165 estatui que a iniciativa do PLOA cabe ao Presidente da República e, de outra parte, cabe ao Poder Legislativo aprovar a solicitação, com amplas possibilidades de alteração da proposta original por intermédio das emendas. Sob o aspecto democrático, isso significou o retorno das prerrogativas congressuais de participação no destino da alocação dos recursos públicos, pois o art. 166, § 2º, admite possa ser emendado o PLOA com restrições apenas na indicação de recursos para o atendimento das emendas parlamentares e que as emendas sejam compatíveis com o PPA e a LDO⁴³⁷. A submissão dos instrumentos de

⁴³⁴ Conforme o art. 67, § 1º da CF/1967, que disciplina quase que a impossibilidade de o Congresso Nacional emendar o projeto de lei orçamentária: “§ 1º – Não serão objeto de deliberação emendas de que decorra aumento da despesa global ou de cada órgão, projeto ou programa, ou as que visem, a modificar o seu montante, natureza e objetivo”.

⁴³⁵ Conforme o art. 174 da CF, por exemplo.

⁴³⁶ Art. 165 da CF.

⁴³⁷ “Art. 166

§ 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I – sejam compatíveis com o Plano Plurianual (PPA) e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO);

planejamento, quanto à iniciativa e aprovação congressual, revela um dos princípios constitucionais de maior relevância para o Estado Democrático de Direito: a autorização legislativa prévia da despesa. O preceito constitucional é cristalino: o Executivo inicia, propõe os limites de gastos e delimita a discussão, e o Legislativo autoriza ou não a despesa pública.⁴³⁸ Autorizar significa aprovar. Portanto, autorizar o orçamento impede concluir que o orçamento é autorizativo. É uma interpretação literal de dispositivos que realmente preceituam o termo “autorização legislativa”, mas não o relacionam com outros que, no mesmo sentido, utilizam palavra derivada do verbo aprovar. A assertiva é ilustrada e alicerçada no confronto das disposições sobre créditos adicionais insertas no art. 165, § 8º; art. 167, III.⁴³⁹

A liturgia constitucional para aprovar ou autorizar o orçamento, combinada com o caráter determinante do planejamento governamental a que se refere o art. 174 da CF, reveste de plausibilidade a tese de o orçamento já ser impositivo.

Portanto, sob essa ótica constitucional, aliado à legislação complementar vigente, seria totalmente admissível a tese de o orçamento já ser impositivo.

Planejado, programado e executado estariam refletidos tanto na elaboração, quanto na execução orçamentária. O contingenciamento não seria a regra. Seria instrumento prudencial e excepcional, constatada a insuficiência de receitas, estabelecido de

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III – sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei”.

⁴³⁸ A Constituição utiliza a palavra autorização como sinônima de aprovação. Exemplos: art. 165, § 8º; art. 167, III.

⁴³⁹ “Art. 165, § 8º A Lei Orçamentária Anual (LOA) 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.

Art. 167. São vedados: ... III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.”

forma vinculada com regras perfeitamente definidas sobre como e quando ocorreria, consoante preconiza o art. 9º, da LRF⁴⁴⁰.

A lei orçamentária deveria ser, portanto, o documento fidedigno do programa de trabalho da administração pública por intermédio de razoáveis estimativas de receitas e confiáveis propostas de despesas fixadas, consoante os mandamentos constitucionais.

De outro modo, a legislação complementar, impregnada de orientações que buscam a higidez, seriedade e transparência do gasto público, é utilizada também para alicerçar o fundamento de que o orçamento é autorizativo. Com efeito, tanto a Lei nº 4.320/64, quanto a LRF trazem dispositivos que são usados para inferir a hipótese que sustenta a tese do orçamento autorizativo.

A Lei nº 4.320, de 1964, facultava ao Poder Executivo a prerrogativa de limitar a realização do gasto em função das necessidades de controle de caixa, mediante a programação de cotas trimestrais de despesa⁴⁴¹. O objetivo principal visava manter, durante o exercício e na medida do possível, o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de caixa.

A LRF, verdadeiro Código de Conduta Fiscal, por sua vez, prevê⁴⁴² o contingenciamento com regras para adequação da despesa ao efetivo fluxo de receitas. É acrescentado mais um importante e salutar objetivo de o gestor público observar o cumprimento de metas de resultado primário e nominal, estabelecidas em um documento denominado Anexo de Metas Fiscais.

O mesmo art. 9º citado, criado para compor práticas condizentes com a gestão fiscal responsável, impregnada de credibilidade, confiabilidade e previsibilidade, foi utilizado para respaldar a prática do orçamento autorizativo.

Desse modo, a existência de regras claras sobre o contingenciamento, sempre que verificada a possibilidade de frustração da receita estimada, foi a argumentação principal para a prática do

⁴⁴⁰ Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

⁴⁴¹ Arts. 48 e 49 da Lei 4.320/64.

⁴⁴² Art. 9º.

orçamento autorizativo⁴⁴³. Isso porque havia um excesso enorme de autorizações legislativas, conforme explicado no item 5, especialmente na parte referente aos restos a pagar. O excesso era administrado com o inevitável contingenciamento, mesmo que as previsões de gastos anuais aprovados fossem compatíveis com a receita arrecadada.

O que fora criado para auxiliar os novos mecanismos de disciplina e responsabilidade fiscal inaugurado pela LRF, tornou-se fundamento ou alternativas para as opções e não fixação de gastos. Nesse âmbito, Oliveira⁴⁴⁴ entende que

A discussão “orçamento impositivo vs. orçamento autorizativo” acaba por colocar o debate em termos inadequados, pois faz pressupor que o orçamento constitucional institui o “orçamento autorizativo” e, portanto, para torná-lo “impositivo” é necessário alterar a Constituição. A Constituição não institui nem o “orçamento autorizativo” nem o orçamento “impositivo” (...)

É da natureza das leis que suas prescrições sejam cumpridas, sejam determinativas. (...) Apenas em situações excepcionais justificam o não cumprimento das leis, caso a caso analisadas.

Durante o processo de impeachment, essa prática foi intensamente questionada, pois o excesso de autorizações legislativas, inclusive as futuras autorizações decorrentes de créditos adicionais, influenciaram a tendência do descumprimento da meta fiscal estipulada na LDO. A tendência de descumprimento estava prevista no art. 4º, da LOA/2015. O depoimento do ministro da

⁴⁴³ Essa afirmação encontra fundamento, por exemplo, no depoimento do ex-Ministro da Fazenda Nelson Barbosa externado durante o processo de impeachment e citado no item 7. Outra argumentação referente à assertiva é o fato de a cada início de novo exercício financeiro, o governo edita um decreto de contingenciamento, independentemente da possibilidade de frustração ou não da receita. Verificar, também, o item 9.2 – Autorização Orçamentária acima das Disponibilidades Efetivas – da Nota Técnica Conjunta Nº 9, referente ao PLOA 2015, elaborada pelas Consultorias de Orçamento da Câmara e do Senado e disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/503094>. Acesso em 21/3/2018.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Weder de (2013). Curso de Responsabilidade Fiscal: direito, orçamento e finanças públicas. Volume I. Belo Horizonte: Fórum, p.408.

Fazenda na Comissão Especial, em 29/4/2016, foi no sentido da prática orçamentária^{445,446}

[...] não há que se falar em irregularidade desses decretos em relação à meta, porque a meta, senhoras e senhores, é uma meta anual. Não existe uma meta fiscal trimestral, mensal ou quadrimestral. O aferimento do cumprimento da meta fiscal é feito ao final do ano. É ao final do exercício que se verifica se a meta foi ou não cumprida.⁴⁴⁷

Em outro momento, no relatório de recebimento da denúncia, o ministro se pronunciou pela naturalidade de ampliação das opções de gastos. Esse era o raciocínio da prática orçamentária:⁴⁴⁸

O SR. NELSON BARBOSA – [...] Por se tratar de um crédito suplementar que não tem impacto sobre a meta – seja a meta vigente, seja a meta proposta –, não foi considerada a meta de resultado primário; foi considerado um crédito suplementar para dar mais liberdade para a alocação de um valor já disponibilizado, lembrando que, naquela época, esse decreto foi editado após um aumento do contingenciamento. [grifamos]

Sobre esse depoimento, o relator, senador Antônio Anastasia (PSDB-MG), contraditou em seguida, de forma condizente com as manifestações de insatisfação parlamentar sobre a governança orçamentária.⁴⁴⁹

Tal linha de raciocínio subverte por completo o significado histórico do orçamento público como peça de controle aprovada pelo Congresso Nacional. O orçamento público jamais pode ser associado, ainda que por figura de retórica, a uma instância formal

⁴⁴⁵ A meta fiscal anual seria somente um número. Apurar-se-ia ao final do ano, data limite também para alteração da meta. Desse modo, estaria cumprida a LDO.

⁴⁴⁶ Relatório apresentado na Comissão Especial, p. 86. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/05/04/veja-aqui-a-integra-do-parecer-do-senador-antonio-anastasia>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁴⁷ Relatório apresentado na Comissão Especial, p. 86. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/05/04/veja-aqui-a-integra-do-parecer-do-senador-antonio-anastasia>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁴⁸ Relatório referente à admissibilidade da denúncia no Senado, proferido em 4.5.2016, p. 69. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/02/relatorio-do-sen.-antonio-anastasia-referente-a-pronuncia>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁴⁹ Idem.

imune à restrição fiscal, que oferta ao gestor público um rol de opções de gasto. [grifamos]

Foi desvirtuada toda a harmonia e coerência, tanto dos mandamentos constitucionais, quanto da legislação complementar para robustecer essa prática, que trouxe como resultado: a) o excesso de autorizações legislativas⁴⁵⁰, comentado no próximo tópico; b) o completo distanciamento entre o planejado e o executado para determinado exercício financeiro.

O novo regramento constitucional, referente às emendas individuais, trouxe novas argumentações sobre o caráter autorizativo da LOA. Cabe a indagação ou dúvida: com a aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais, é lícito a partir de então asseverar que o restante do orçamento é realmente autorizativo? É totalmente legítima a interpretação de que a aprovação da PEC explicita que o orçamento realmente não seria impositivo. Somente o seria 1,2% da receita corrente líquida (RCL), relacionado ao montante das emendas individuais, além de outras despesas obrigatórias como as obrigações constitucionais e legais. Resultam até contraditórios os diversos argumentos de vários congressistas, alegando os prejuízos e distorções da prática de o orçamento ser um mero documento autorizativo.

O voto em separado do senador Pedro Taques (PDT-MT) traz argumentações nesse sentido:⁴⁵¹

“Todavia, o pior desta PEC não é o que ela não consegue fazer, mas o que ela realmente faz. Porque o seu resultado é a explicitação de que o orçamento não é impositivo (pela primeira vez em toda a história jurídica brasileira). O raciocínio é simples: se um por cento da Receita Corrente Líquida é “de execução obrigatória”, os outros noventa e nove por cento não o são. Ao aprovar esse absurdo, o Congresso estaria legitimando exatamente aquilo

⁴⁵⁰ Autorização legislativa é uma expressão significa determinada a quantidade de recursos orçamentários aprovados pelo Congresso Nacional disponíveis para a execução dos gastos públicos. Esses recursos compreendem o orçamento anual aprovado, os restos a pagar, os créditos adicionais aprovados, inclusive os do exercício anterior reabertos e créditos extraordinários. O excesso de autorizações legislativas é uma expressão que será utilizada várias vezes nesse estudo. A limitação do excesso de despesas aprovadas, ou seja, do excesso de autorizações legislativas aos níveis reais, compatível com a arrecadação, é feita pelo contingenciamento.

⁴⁵¹ Voto em Separado, entregue na Comissão de Constituição e Justiça em 1º/10/2013, p. 22. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114143>. Acesso em: 21/3/2018.

que os defensores da PEC alegam ser a distorção maior do orçamento: o seu suposto caráter de mera autorização ao Executivo em noventa e nove por cento da despesa. [grifamos]

Esse raciocínio não é a melhor exegese sobre a matéria. Seu mérito foi ser parte integrante de uma análise ampla sobre a verdadeira realidade das motivações parlamentares que resultaram em mandamentos que destoam totalmente da citada coerência e harmonia constitucional referente ao orçamento.

A prática orçamentária nociva foi aceita pelos parlamentares até aparecerem sinais evidentes de exaustão do modelo, a exemplo dos temas argumentados no item 8.

Parece factível deduzir o que realmente importava para a maioria parlamentar em relação ao orçamento público: a previsibilidade, credibilidade e confiabilidade de que o orçamento fosse verdadeiro ao menos em relação à previsão e execução das emendas individuais.

4.3 Distanciamento entre o Planejado e o Executado

Não obstante toda a higidez e harmonia dos mandamentos constitucionais e legais, a prática adotada foi a de um orçamento autorizativo. Isso poderia até mesmo não ser interpretado como uma mácula⁴⁵², não fosse o resultado calamitoso dessa prática ter sido exercida de forma desvirtuada, resultando na ampla percepção de o orçamento ser uma peça de ficção e no descontrole da política fiscal em 2014.

Houve, ao longo de vários anos, um completo distanciamento entre o que era planejado e aprovado para um determinado exercício e o que era executado. A discricionariedade excessiva trouxe como resultado um ambiente de amplas alternativas de gastos, além das aprovadas anualmente na LOA.

Isso não representa um monopólio recente de vícios orçamentários. Roure, em sua obra intitulada *Formação do Direito Orçamentário Brasileiro*, de 1916, deixou registrada a criatividade ancestral: “a falta de sinceridade na fixação da despesa e na

⁴⁵² No entanto, essa prática está totalmente dissociada do comando estabelecido no art. 174 da CF: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

previsão da receita, disse-o Poincaré, é o maior mal dos orçamentos”⁴⁵³

Devido ao excesso de autorizações legislativas, é comum, previsível e inevitável o contingenciamento de despesas. Uma das justificativas que alicerçaria essa prática nociva à saúde da administração do gasto público é a necessidade de o Poder Executivo ter flexibilidade na execução orçamentária. A prática funcionava como um remédio de governança orçamentária, pois demonstrava a generosidade de o governo atender as demandas de sua base de sustentação. O Parlamento, de outra parte, não obstaculizava a prática, pois nutria a possibilidade de atendimento futuro mediante os mecanismos de pressão disponíveis durante a execução orçamentária.

A prática do orçamento autorizativo garantia ao gestor ampla margem de manobra e flexibilidade na execução, possibilitando a eleição das programações a serem executadas. As programações não atendidas eram inscritas em restos a pagar, inserindo-se no leque de opções de gastos postergados e compondo o multicitado excesso de autorizações legislativas.

O excesso de autorizações legislativas proporcionou o sentimento de que o orçamento era ou ainda é uma peça de ficção ou carta de intenções, pois o que era planejado para um exercício financeiro não correspondia ao gasto efetivado nas diversas ações de governo.

De outra parte, a discricionariedade aliviava as demandas sempre insaciáveis da base de sustentação parlamentar dos governos. É certo que sempre há fortes pressões e demandas legítimas pelos gastos públicos. Também é certa a dificuldade do convencimento parlamentar, pertencentes a múltiplos partidos, de que os recursos administráveis são escassos. Desse modo, era confortável e até inevitável a sedução para a prática do orçamento autorizativo, como forma de que as autorizações de gastos aprovadas albergassem a maior parcela possível das pressões por gastos e demandas dos diversos setores que necessitam da intervenção do poder público.

Como consequência, cada vez mais distanciava-se o planejado dos recursos disponíveis para o gasto público. Transformava-se o que deveria ser um orçamento programa, como já disciplinado

⁴⁵³ ROURE, Agenor (1916). Formação do Direito Orçamentário Brasileiro, p. 66. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1916.

pela Lei nº 4.320/64, em verdadeira peça de ficção, pois veio a comportar os seguintes elementos de descaracterização do orçamento como instrumento de planejamento confiável das intenções de gasto público: redutor da meta de resultado fiscal; superestimativas de receitas; superestimativas de despesas discricionárias; comprometimento das receitas com os restos a pagar; metas fiscais flexíveis, etc.⁴⁵⁴ Todos esses mecanismos, técnicas ou alternativas disponíveis ao administrador público formatavam a governança orçamentária⁴⁵⁵. O próximo tópico abordará esses instrumentos que acabaram por fragilizar o planejamento da alocação dos recursos públicos.

É pertinente o comentário de Mendonça⁴⁵⁶ sobre a prática do orçamento autorizativo:

A tese de que o orçamento é meramente autorizativo – que não decorre expressamente de nenhum enunciado normativo – faz com que o Poder Executivo possa liberar as verbas previstas na medida da sua discricção. As decisões efetivamente produzidas no orçamento não decidem de fato, admitindo-se que o Executivo possa redecidir tudo e seguir uma pauta própria de prioridades. E tudo isso sem nem mesmo estar obrigado a motivar as novas escolhas. (...)

Assim, o que o orçamento autorizativo permite, na prática, é a inércia. Essa prerrogativa evidentemente esvazia a decisão sobre as prioridades públicas, produzida no processo deliberativo. O Executivo realiza um novo juízo sobre tais prioridades e pode entender que não são prioridades de fato, passando por cima do que fora decidido.

O divórcio entre o que era planejado e o executado impregnou o orçamento de ausência de credibilidade, confiabilidade e previsibilidade. Esse cenário atingiu o seu apogeu negativo ao final de 2014, refletido no déficit primário de R\$ 22,5 bilhões⁴⁵⁷. Foi

⁴⁵⁴ Essas argumentações estão em sintonia com ao item 9 – Transparência Orçamentária – da NTC 9/2014, referente ao Projeto de Lei Orçamentária para 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/2015/tramitacao/notas-tecnicas-e-informativos-conjuntos>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁵⁵ Governança orçamentária – esse tema será melhor explanado no item 6.

⁴⁵⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de (2010). Constitucionalização das Finanças Públicas: Devido Processo Orçamentário e democracia. Introdução de Luiz Roberto Barroso. 1.ed. São Paulo: Renovar, p. 392.

⁴⁵⁷ Conforme explanado no item 5.5.

uma forte motivação, ao menos do ponto de vista constitucional e legal, para o processo de impeachment da presidente Dilma. Foi também forte estímulo para o TCU aprovar a recomendação pela rejeição das contas de 2014.⁴⁵⁸

Até o ano de 2016, poder-se-ia afirmar com tranquilidade tratar-se de uma mera carta de intenções os gastos aprovados nas diversas leis orçamentárias anuais. Digo até 2016, porque após a aprovação da Emenda Constitucional referente ao “Ajuste Fiscal” será necessário fazer as devidas análises sobre a execução orçamentária recente, que não fazem parte do escopo desse estudo. No entanto, até esse momento, é certo asseverar que há um longo caminho a percorrer para que haja alguma convergência entre planejado e executado.

4.4 O precário planejamento plurianual

A distância entre o planejado e o executado já se inaugura na origem do ciclo orçamentário. As últimas leis que estabeleceram o Plano Plurianual (PPA) são documentos de utilidade nula, aprovados apenas para cumprir formalidade constitucional, tanto na parte que determina a elaboração das leis, cuja iniciativa é do Poder Executivo, referentes ao PPA, LDO e LOA (art. 165) quanto na parte inserta no art. 167, § 1º, que dispõe:

§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no Plano Plurianual (PPA), ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

O Plano Plurianual (PPA) vigente⁴⁵⁹ pode ser considerado a ficção da ficção⁴⁶⁰ e isso será demonstrado nesse tópico. Apenas 223 empreendimentos são especificados e valorados⁴⁶¹. Eles são tipificados, porque considerados de grande vulto, por estarem

⁴⁵⁸ Essas duas últimas assertivas, referentes ao impeachment e a rejeição das contas, estão melhor esclarecidas nos itens 8 e 10 respectivamente.

⁴⁵⁹ Lei nº 13.249/2016.

⁴⁶⁰ Partindo da percepção e constatação de que a execução da lei orçamentária não reflete a programação aprovada especificamente para determinado exercício e que o PPA abrange 4 leis orçamentárias, seria lícito inferir que esse documento é a ficção da ficção.

⁴⁶¹ Anexo III do PPA.

acima do valor de referência de seus programas. Nos planos plurianuais anteriores a 2012, os projetos de grande vulto eram os que superavam R\$ 20 milhões. A partir de 2012 é que passou a existir esse valor de referência para cada programa. Acima desse valor é que o empreendimento é individualizado.

Desse modo, somente os empreendimentos acima do valor de referência são especificados em anexo próprio da obscura programação plurianual. Esse valor é apenas um parâmetro monetário arbitrário⁴⁶², sem qualquer valor científico ou técnico. Não há qualquer estudo para a sua escolha.

Todas as outras iniciativas não possuem valor. Como compreender a elaboração de um planejamento integrado, harmonizado e compatível com as mais de 5.000 ações orçamentárias sem dimensionar ou individualizar os custos?

Somente há coincidência e compatibilidade com a nomenclatura orçamentária no nível de programa. Cada programa possui um valor global. O todo deveria ser a soma das partes, mas as partes não estão valoradas.

São 54 programas temáticos. O PPA 2012/2015 continha 65 e o PPA 2008/2011, 321. Há um grau de generalidade muito grande, capaz de produzir reflexos negativos na transparência orçamentária, conforme detectado pela Nota Técnica Conjunta, na parte intitulada “Correlação Precária entre Programações Orçamentárias e Políticas Públicas”, elaborada pelas Consultorias de Orçamento do Senado e da Câmara⁴⁶³:

A partir de 2012, a programação orçamentária da União passou a adotar programas e ações com elevado grau de generalidade e, portanto, de indefinição quanto aos objetos de despesa autorizados pelos respectivos créditos orçamentários. As alterações metodológicas feitas reduzem a transparência da peça orçamentária, o que prejudica a participação do Poder Legislativo no planejamento orçamentário das políticas públicas e a atuação de atores não governamentais que apresentam demandas ao estado ou que se propõem ao exercício do controle social.

⁴⁶² Art. 6, “IV – Valor de Referência, que é o parâmetro financeiro utilizado para fins de individualização de empreendimento como iniciativa no Anexo III, estabelecido por Programa Temático e especificado para as esferas Fiscal e da Seguridade Social e para a esfera de Investimento das Empresas Estatais”.

⁴⁶³ NTC 09/2014, referente ao Projeto de Lei Orçamentária para 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/2015/tramitacao/notas-tecnicas-e-informativos-conjuntos>. Acesso em: 21/3/2018.

Na área de saúde, por exemplo, o PPA nomeia um único programa denominado “2015 – Fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Como o valor de referência foi fixado em R\$ 150 milhões, somente estão identificados no PPA 8 investimentos, como a Implantação do Complexo Integrado do Instituto Nacional de Câncer – INCA, com custo total estimado no referido Anexo III em R\$ 613.816.522. Todos os programas possuem exemplos semelhantes.

A cada PPA foi aperfeiçoado o grau de imprecisão e generalização dos programas. É razoável aventar que ainda não foi encontrado o melhor modelo de planejamento orçamentário. O documento não é referência para os agentes econômicos, analistas e tampouco para as Consultorias de Orçamento do Senado e da Câmara.

Não constam, no plano, as ações de governo. Quais os produtos ou oferta de bens e serviços que serão efetivamente entregues à população. Existe apenas mais uma criatividade orçamentária com o nome de iniciativa⁴⁶⁴.

Como a LDO e a LOA devem ser compatíveis com o PPA (CF, art. 165), o elevado grau de abstração do Plano faz com que tudo o que se possa imaginar integrando a LOA, qualquer ação que se queira faça parte do orçamento, em qualquer período de vigência do plano, estará potencialmente adequada, harmonizada ou compatível com o PPA e com a LDO, cumprindo, dessa maneira totalmente precária e exclusivamente formalística, os dispositivos constitucionais, especialmente o citado art. 167, § 1º. Nesse ponto, também a criatividade orçamentária avançou de forma a impedir qualquer conflito com esse mandamento constitucional ao positivar no art. 14 da Lei do PPA que: “para fins de atendimento ao disposto no § 1º do art. 167 da Constituição federal, o investimento plurianual, para o período de 2016 a 2019, está incluído no Valor Global dos Programas”.

⁴⁶⁴ Lei nº do PPA 13.249/2016, art. 6º, I, c: *Iniciativa: declaração dos meios e mecanismos de gestão que viabilizam os Objetivos e suas Metas, explicitando a lógica da intervenção.*

5. Causas da falta de credibilidade das previsões orçamentárias

Porque foi ou é considerada a Lei Orçamentária Anual (LOA) uma peça de ficção? Porque é possível afirmar sem hesitação a enorme discrepância entre o planejamento governamental anual e a execução orçamentária. O precário planejamento plurianual foi explanado no item 4.4.

Como instrumento de programação, todas as ações constantes do orçamento anual deveriam, em tese, ser objeto de execução pela administração pública durante o exercício financeiro ao qual se refere. Os desvios seriam naturalmente justificados, devido a excepcionalidades que não puderam ser identificadas no planejamento inicial.

O presente tópico aborda, sucintamente, as principais razões de caráter financeiro que condicionam a execução do orçamento federal e que tornam rotineiro e cada vez mais representativo o contingenciamento de dotações, tanto daquelas propostas pelo Executivo quanto das aprovadas pelo Congresso Nacional. Essa ferramenta foi essencial para o êxito da prática autorizativa, resultando, ano após ano, a ampliação do poder discricionário, em matéria orçamentária, nas mãos do Executivo.

É importante observar que até 2017, ainda que as previsões de receita se confirmassem plenamente, garantindo-se recursos financeiros para o pagamento de todas as despesas orçadas, o então arranjo legal orçamentário-financeiro fazia com que as ações governamentais previstas no orçamento da União não podiam, por definição, ser plenamente executadas. Isso ocorreu porque sempre havia, e ainda há, excesso de autorizações para o pagamento de despesas, tornando cronicamente insuficientes os recursos disponíveis. O processo conduz, inevitavelmente, à limitação de empenho e de movimentação financeira, fazendo emergir, já no início de cada exercício financeiro, o chamado contingenciamento da despesa.

Cabe notar que o contingenciamento, previsto no art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000, deveria ser desencadeado, tão somente, para o caso de a arrecadação prevista ser insuficiente para suportar as despesas autorizadas e, ao mesmo tempo, gerar a economia necessária ao cumprimento da meta de resultado primário. O contingenciamento, em hipótese alguma, deveria despontar por conta de excesso de autorizações para o pagamento de despesas, pois esta hipótese não é sequer contemplada na mencionada lei.

As causas que levam a que as autorizações para o empenho da despesa (LOA e créditos abertos e reabertos) e as autorizações para o pagamento de despesas (LOA, créditos abertos e reabertos e restos a pagar) excedam os recursos que possam efetivamente ser utilizados para os pagamentos é o que será comentado nas próximas considerações.

5.1 Superestimativas de receitas

Acontece sempre que parâmetros macroeconômicos muito otimistas fundamentam a elaboração da proposta orçamentária. Volpe e Cambraia⁴⁶⁵ comentam que, além das projeções otimistas que possam advir do Executivo, o Congresso procede a reestimativas para incrementar a receita estimada, visando ao acolhimento de emendas parlamentares:

A projeção otimista da realização de receitas constante na proposta orçamentária enviada pelo Executivo é elevada pela reestimativa de receita, no âmbito do Congresso Nacional, com a finalidade de obtenção de recursos para atendimento de emendas ao orçamento. Tal procedimento acarreta excesso de autorizações, uma vez que a receita estimada dificilmente será realizada.

Esse otimismo foi vigoroso entre os anos de 2012 e 2015, verificando-se as seguintes discrepâncias entre o valor estimado e o valor arrecadado para as receitas primárias, respectivamente (R\$ bilhões): -50; -102; -220; -113.⁴⁶⁶

Projeções otimistas são bastante frequentes e requerem constante atenção e monitoramento. Para 2015, por exemplo, o projeto de lei orçamentária foi encaminhado com parâmetros otimistas, prevendo-se crescimento do PIB de 3%, muito superior ao também impensável e não identificado anteriormente resultado negativo de 3,8%, verificado ao final do ano. Esse foi o pior resultado da economia em 25 anos.

⁴⁶⁵ VOLPE, Ricardo Alberto; CAMBRAIA, Túlio. A experiência do orçamento impositivo na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para 2014. RBPO – Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento, p. 105. Disponível em: http://www.assecor.org.br/files/1814/4769/8419/a_experiencia_do_orcamento_impositivo_na_lei_de_diretrizes_orcamentarias_para_2014_.pdf. Acesso em 23/3/2018.

⁴⁶⁶ Fonte: Siga Brasil.

5.2 Subestimativas de despesas obrigatórias

A subestimativa de despesas obrigatórias acarretará a abertura de créditos adicionais para corrigi-las. Se a fonte de recursos compensatórios for proveniente das despesas discricionárias, significa que haverá cortes nas despesas orçamentárias aprovadas. Assim, resulta esse artifício como mais uma contribuição do orçamento criativo para moderar a credibilidade e confiabilidade da lei orçamentária. Além do contingenciamento, devido ao excesso de autorizações legislativas, há um incremento com os cortes decorrentes de subestimativas de despesas obrigatórias. Como exemplo, entre 2011 e 2015, as despesas com o seguro desemprego foram subestimadas no PLOA em, respectivamente (R\$ bilhões): R\$ 3,6; R\$ 1,0; R\$ 6,4; R\$ 8,0; R\$ 0,5.⁴⁶⁷

5.3 Superestimativas de despesas discricionárias

As superestimativas de despesas discricionárias objetiva acomodar a maior quantidade e possibilidades de programações orçamentárias. Era um reflexo das superestimativas de receita, produzindo despesas que não seriam executadas. Esse procedimento ampliou-se em 2012, chegando a 45% a proporção entre as despesas previstas e as despesas executadas. Em 2005, a diferença entre essas despesas era de R\$ 21,6 bilhões. Em 2011, R\$ 48 bilhões e, em 2012, alcançou-se a diferença mais elevada, no valor de R\$ 96,6 bilhões.⁴⁶⁸

5.4 Redutor da meta de resultado primário

A autorização para elaborar a lei orçamentária com meta fiscal reduzida em relação àquela utilizada na execução é o primeiro fator que determina excesso de autorização para a realização de despesa. Esse excesso pode ser medido pelo valor do redutor da meta de resultado primário.

Por exemplo, para 2013, a meta de resultado primário foi fixada pela LDO em R\$ 108,1 bilhões. O Executivo encaminhou o projeto de lei orçamentária com uma meta reduzida em R\$ 25 bilhões, mas discursando que o seu objetivo era cumprir a meta

⁴⁶⁷ Fonte: Siga Brasil.

⁴⁶⁸ Idem.

estabelecida inicialmente. Isso significou que, já no início do exercício de 2013, e mantidas todas as demais condições e hipóteses, a persecução da “meta cheia” levaria e levou a um contingenciamento inicial de R\$25 bilhões.

A meta reduzida foi utilizada na elaboração e aprovação da lei orçamentária com o propósito de acomodar mais despesas em relação ao montante que poderia ser atendido caso fosse considerada a “meta cheia”. Esse artifício também compõe as opções relacionadas à criatividade orçamentária.

Faria mais sentido a utilização de um redutor apenas durante a execução orçamentária, de modo que, diante de dificuldades financeiras, a União estivesse autorizada a gerar superavit primário menor. Um redutor de meta de resultado primário a ser utilizado, exclusivamente, durante a execução orçamentária, não geraria excesso de autorização de gastos e, portanto, não contribuiria para o contingenciamento.

5.5 Meta fiscal flexível

A LDO tem que dispor sobre o cumprimento de metas anuais de resultado primário e nominal⁴⁶⁹. Ano após ano, esse mandamento foi fragilizado com um artifício de se descontar da meta proposta determinado grupo de despesas. No início, em 2006, eram possíveis descontos em investimentos de grande impacto no montante de 3 bilhões. Com o tempo essa técnica foi se aperfeiçoando de forma negativa, mitigando a previsibilidade, confiabilidade e credibilidade da política fiscal. A cada ano, essa possibilidade era ampliada. Em 2007, por exemplo, a meta poderia ser reduzida em até R\$ 11,3 bilhões; em 2009, R\$ 28,5 bilhões.

Desse modo, era difícil estabelecer qual era a real meta que estava sendo almejada. A banda entre o alcance mínimo e máximo era cada vez maior. Isso chegou ao seu ponto mais elevado e evidente quando da tramitação do PLN 36/2014⁴⁷⁰, que alterava a meta fiscal proposta na LDO 2014.

A LDO foi aprovada com uma meta fiscal de R\$ 116 bilhões. Essa meta poderia ser reduzida em até 67 bilhões, relativos ao

⁴⁶⁹ Art. 4º, § 1º, da LRF.

⁴⁷⁰ PLN 36/2014. O projeto foi apresentado em 11/11/2014 e transformado na Lei nº 13.053, de 15/12/14. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=744763>. Acesso em: 21/3/2018.

Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Com o agravamento da crise fiscal naquele ano e a reversão de qualquer expectativa de cumprimento da meta, o Executivo propôs alteração, incluindo as desonerações de tributos nas possibilidades de redução.

Ao final de 2014, as despesas do PAC atingiram R\$ 57,7 bilhões, enquanto as desonerações tributárias, divulgadas pela RFB, chegaram a R\$ 104,0 bilhões, totalizando uma possibilidade de abatimento no valor de R\$ 161,7 bilhões. Sendo assim, o que era meta de superavit passou a ser alternativa de deficit primário de até R\$ 45,7 bilhões. Encerrado o ano de 2014, verificou-se que o Governo Federal atingiu deficit primário de R\$ 22,5 bilhões. Com a publicação da Lei nº em 15/12/2014, a meta fiscal fora cumprida.

Em 2015, recrudescceu a situação fiscal do país. Procedimento semelhante ao de 2014 fora utilizado para alteração da meta ao final do ano. Foi encaminhado ao Congresso o PLN nº 5/2015, cuja tramitação e aprovação resultou na Lei nº 13.199, de 3 de dezembro de 2015. A meta fiscal passou de R\$ 55,3 bilhões para a possibilidade deficit primário de até R\$ 119,8 bilhões.

A alteração da meta ao final do exercício foi crucial para o resultado do processo de impeachment. Constava da denúncia a abertura de 6 decretos de crédito suplementar entre 27/7/2015 e 20/8/2015, julgados incompatíveis, naquele momento, com a meta fiscal inicialmente aprovada na LDO, em desacordo com o art. 4º da LOA 2015.

Sobre o tema, de forma bastante didática, o Advogado Geral da União, atuando como Advogado de Defesa da Presidente durante o processo de impeachment, assim se pronunciou sobre a alteração da meta fiscal próximo ao encerramento do exercício, lecionando como cumprir rigorosamente a meta de acordo com a LDO:⁴⁷¹

... cumpre notar que as metas fiscais são estabelecidas pelas leis de diretrizes orçamentárias e são anuais em decorrência da expressa determinação do art. 4º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Em face da forte queda de receita, o governo encaminhou projeto de lei ao Legislativo propondo a alteração destas metas. Antes do final do ano este projeto foi aprovado, de tal forma que as metas foram rigorosamente cumpridas no ano de 2015 (Lei nº 13.199, de 3 de dezembro de 2015).

⁴⁷¹ Resumo da defesa, de 2/5/2016, entregue na Comissão Especial do Impeachment, p. 18. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4650453&disposition=inline>. Acesso em 10/4/2018.

5.6 Abertura de crédito adicional à conta de superavit financeiro

A abertura de crédito adicional à conta de superavit financeiro também implica excesso de autorização para o pagamento de despesas.

O superavit financeiro acumula economias produzidas pelos superavits primários gerados em anos anteriores e, por isso, já estaria comprometido com a redução da dívida líquida⁴⁷². A utilização do superavit financeiro para o pagamento de despesas primárias produz o aumento da dívida líquida, pois equivale consumir o caixa da União⁴⁷³. Assim, o uso dos recursos oriundos de superavit financeiro implica expandi-la. Portanto, os recursos que o compõem não estão efetivamente disponíveis para a realização de novos gastos primários sem produzir reflexos no cálculo do superavit primário.

336 **337**

5.7 Abertura de crédito extraordinário sem indicação de fonte

Ainda que a Constituição não exija, formalmente, a indicação de fonte para a abertura de crédito extraordinário, haja vista a urgência, a relevância e a imprevisibilidade de determinados gastos, se a abertura desse tipo de crédito não se dá à conta de excesso de arrecadação ou de cancelamentos compensatórios de programações da LOA, a nova autorização de gasto sempre implica ampliar o contingenciamento.

A LDO não pode obrigar a indicação de fontes, mas poderia e deveria prever que, se não forem indicadas fontes primárias, a meta de resultado primário seja reduzida pelo montante do crédito extraordinário aberto, tendo em mira evitar contingenciamentos.

5.8 Reabertura de créditos extraordinários e especiais

A reabertura de créditos extraordinários e especiais concorre com a receita aprovada na LOA para o exercício a que se refere. A

⁴⁷² Conforme a NTC 9/2014, p. 71, citada, “O fato de o superavit financeiro já estar comprometido com a redução da dívida líquida deve ser tido como óbice à sua indicação como fonte de recursos para abertura de créditos adicionais destinados a atender despesas primárias, em observância ao princípio do equilíbrio fiscal da LRF”.

⁴⁷³ Conforme definido pelo art. 43, § 2º, da Lei nº 4.320, de 1964, “superavit financeiro” corresponde, em essência, à diferença positiva entre o ativo financeiro e o passivo financeiro apurado em balanço patrimonial. Caixa do Tesouro é um dos componentes do ativo financeiro.

despesa é transferida para o ano seguinte, mas desacompanhada dos recursos correspondentes.

Ora, se não há recursos reservados do ano anterior, essas despesas deveriam comprometer o excesso de arrecadação ou exigir cancelamentos compensatórios. Como não há previsões dessa natureza na LDO, a reabertura de crédito conduz à necessidade de contingenciamento.

5.9. Estoque de Restos a pagar

Os restos a pagar são as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, conforme dispõe o art. 36 da Lei 4.320/64.

Ano após ano, cresceu o montante das despesas inscritas nessa modalidade, conforme demonstra a tabela seguinte:

Despesas com Restos a Pagar (R\$ bilhões)

Exercício	Despesa Primária Discricionária (DPD)	Restos a Pagar Inscrito (RPI) ¹	(%) RPI/DPD	RP Pago Primário (RPPP)	(%) RPPP/DPD
2005	43	10	24	8	18
2006	50	18	37	13	26
2007	61	22	36	16	27
2008	71	38	53	24	34
2009	80	52	65	26	33
2010	99	71	71	36	36
2011	103	85	82	44	43
2012	117	89	76	46	39
2013	134	108	81	53	39
2014	155	128	82	61	39
2015	139	121	87	51	36
2016	151	108	71	52	34
2017	126	85	68	33	26

¹ Restos a pagar – RP Fonte: Siga Brasil Painéis

Em 2005, os restos a pagar inscritos representavam 24% do total da despesa discricionária. A partir de 2011, essa razão era superior a 80%.

Isso ocorreu de uma forma relativamente metódica. Procedia-se, inicialmente à limitação de empenho ou contingenciamento

das despesas necessárias ao atingimento da meta fiscal. Depois, ao final do exercício, essas despesas eram inscritas em restos a pagar. Grande parte das emendas individuais fazia parte desses valores inscritos.

O contingenciamento deveria ser medida extrema e excepcional, pois busca assegurar meios adicionais para o cumprimento da meta de resultado primário. Deve-se reconhecer que é razoável haver resíduos passivos a serem pagos no exercício seguinte, em decorrência dos prazos dos atos a serem praticados pela administração pública e por seus credores. Esses resíduos devem estar fundados na despesa legalmente empenhada, a qual representa uma obrigação de pagar após o implemento de condições pactuadas. Mas, a prática nociva do orçamento autorizativo estava fazendo com que os restos a pagar fossem inscritos simplesmente para a possibilidade de postergação da despesa para o ano subsequente.

Desse modo, a inscrição de restos a pagar decorreu do excesso, cada vez maior, de autorizações em relação aos recursos disponíveis, revelando-se expediente para o diferimento da vigência das dotações orçamentárias, que, a rigor, deveriam ser restritas ao exercício financeiro em que foram constituídas. Por essa razão, pode afirmar-se que esse prolongamento representa, na prática, verdadeira autorização de despesa a ser executada em exercício futuro, pois, em muitos casos, sequer ocorre o comprometimento da despesa na forma da celebração de vínculos formais, como em contratos e convênios.

Em um primeiro momento, os restos a pagar sem reserva de recursos decorrem de autorizações de despesas em volume que não respeita o montante da receita prevista, deduzida a economia necessária para a geração do superavit primário. Em um segundo momento, porém, os montantes inscritos passam a ser causa do contingenciamento, uma vez que seu pagamento em exercício posterior concorrerá com as receitas necessárias estimadas para o pagamento de despesas do orçamento aprovado para o exercício a que se referem.

Se os restos a pagar inscritos em um exercício constituem consequência do excesso de autorização, no exercício seguinte passam a ser uma de suas causas, criando-se um círculo vicioso em que o estoque de restos a pagar é crescente a cada exercício financeiro.

Entre 2005 e 2012, o estoque de restos a pagar das despesas discricionárias cresceu a uma taxa média de 25% a.a., passando de R\$ 10,2 bilhões para R\$ 88,5 bilhões. Em 2015, eles somaram R\$ 121,1 bilhões, que significava 87% de toda a despesa primária discricionária executada (R\$ 139,5 bilhões). Em 2005, essa proporção era de 24%.⁴⁷⁴

Esses números são inequívocos em demonstrar que a ficção orçamentária era real. Há um verdadeiro orçamento paralelo. Ou seja, o governo tem, como opções anuais de gasto entre outras comentadas nesse tópico, a Lei Orçamentária Anual (LOA) aprovada e o orçamento dos restos a pagar.

6. Governança e Desgovernança Orçamentária

Todos os instrumentos citados no tópico anterior, que levaram a um excesso de autorizações legislativas a ponto de poder-se afirmar, sem qualquer hipótese de errar, que o orçamento era uma peça de ficção, também eram instrumentos de governança orçamentária. Eram instrumentos que contribuíam para a disciplina da base de sustentação parlamentar e estabilidade das relações Executivo-Legislativo no que se relacionava com a alocação de recursos públicos.

De acordo com o entendimento de Borges⁴⁷⁵, governança orçamentária é definida como “conjunto de regras, princípios, sistemas, comportamentos, formais e informais, que regem o processo de decisão sobre a origem e a aplicação dos recursos públicos, em determinado período, no âmbito do Executivo e do Legislativo”.

Conforme explanado, o modelo de governança orçamentária adaptado à definição acima, foi totalmente orientado para a prática do orçamento autorizativo, dissociando, ano após ano, o planejado e o executado.

Faz intensamente parte da governança a política orçamentária, incluindo as emendas individuais. “A política orçamentária é usualmente considerada a principal via de promoção dos

⁴⁷⁴ Fonte: Siga Brasil Painéis.

⁴⁷⁵ BORGES, Ana Cláudia Castro Silva. Governança orçamentária e gasto público no Brasil: uma abordagem institucional do processo de definição da despesa em âmbito federal. 2015. xiv, 166 f., il, p. 32. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/19835>. Acesso em: 5/3/2018.

interesses eleitorais dos parlamentares, sendo mais importante ainda do que as políticas aprovadas por meio de legislação ordinária”⁴⁷⁶

Essa parte foi identificada pelos cientistas políticos, estudiosos e acadêmicos. No entanto, pode ter sido subestimada a importância das emendas parlamentares como elemento catalizador do apoio da base parlamentar de sustentação do governo⁴⁷⁷. Mais ainda, não foi percebida ou dimensionada a condução equivocada da prática orçamentária, resumida no já citado modelo que primava pelo irresistível e irreversível excesso de autorizações legislativas e o consequente orçamento fictício. O equívoco pode ter sido a intensidade da dosagem quanto à discricionariedade ampla, sustentada pelo excesso de autorizações legislativas e dos outros instrumentos de governança orçamentária citados na sessão anterior.

As emendas parlamentares eram um dos elementos catalisadores do apoio da base parlamentar de sustentação do governo. Além delas, há vários outros a exemplo da distribuição de cargos e desonerações tributárias para setores específicos da atividade econômica. Desse modo, com a aprovação da EC 86/2015, a execução das emendas individuais pode vir a se tornar piso, já que foi mitigada a força coercitiva dessa moeda de troca. Nesse sentido, leciona Pereira:⁴⁷⁸

... no lugar de diminuir a barganha e a discriminação entre os partidos, ... o orçamento impositivo deve gerar mais distorções e dissipação. O risco iminente nessa reforma é de tornar o benefício líquido das relações executivo-legislativo negativo. Os parlamentares internalizarão os ganhos eleitorais provenientes da execução impositiva dos recursos de suas emendas independentemente do apoio político ao presidente. Como consequência, novos recursos tendem a ser demandados para a construção e manutenção de maiorias legislativas, o que necessariamente levaria ao aumento do custo de apoio e dissipação de recursos.

⁴⁷⁶ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão, p. 11. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

⁴⁷⁷ As manifestações parlamentares de insatisfação, e até mesmo insurgência, citadas no item 8.1, por exemplo, sustenta a asserção.

⁴⁷⁸ ^{††}Orçamento impositivo: fim da barganha ou piso mínimo? Artigo de Carlos Pereira, publicado no Valor Econômico em 10/1/2014. Disponível em: <https://cepesp.wordpress.com/2014/01/10/carlos-pereira-orcamento-impositivo-fim-da-barganha-ou-piso-minimo/>. Acesso em: 21/3/2018.

A agenda legislativa do Executivo não é facilmente inibida a ponto de ser ameaçada por uma reprovação parlamentar. O Executivo conta com prerrogativas regimentais para manter ou implementar as ações de governo que integram a sua agenda política. A Constituição dá amplas possibilidades para o Congresso atuar com enorme liberdade no processo de alocação de recursos públicos. O Congresso dispõe de mecanismos regimentais para autolimitar as suas possibilidades de atuação no orçamento. Logo após a Constituição, o orçamento era emendado por mais de 70.000 emendas. Foi após a famosa “CPI do Orçamento” que o Congresso estabeleceu fortes mecanismos regimentais de disciplina e racionalização da atuação individual.

A crise de governança orçamentária, inaugurada a partir de 2013, alterou a força de o Poder Executivo interferir na agenda legislativa do Congresso Nacional. Com a crise de governança, o governo perdeu parte de sua força coercitiva de ditar a sua agenda no Legislativo a ponto de inibir a tramitação de um orçamento impositivo. Por isso, acabou aceitando a injunção de o Legislativo aprovar um subconjunto da proposta original, referente a execução obrigatória das emendas individuais. Também por isso, a exemplo da citação do líder do PT exposta no item 8.1, o governo condicionou a inevitável aprovação da matéria à inclusão de que metade do valor aprovado das emendas individuais fosse destinada à saúde.

O ano de 2013 pode ter sido o marco da fadiga referente ao excesso de discricionariedade do Poder Executivo na alocação dos recursos públicos⁴⁷⁹. Mais adiante, o ano de 2015 resultou marcado na história pelos três fatos políticos fortemente influenciados pelos argumentos defendidos nesse estudo, alusivos ao modo de programar e executar a despesa pública.

Desse modo, a partir de 2013, o que eram instrumentos de governabilidade e disciplina da base de sustentação parlamentar passaram a ser amplamente questionados e foram utilizados como fortes argumentos para a aprovação de três medidas, no ano de 2015, muito significativas para a história constitucional e política do país: a) em 10/2/2015, orçamento impositivo das emendas individuais; b) em 7/10/2015, o parecer prévio do TCU

⁴⁷⁹ É uma hipótese decorrente da ampla adesão e celeridade na tramitação de proposição referente somente ao orçamento impositivo das emendas individuais a partir de 2013.

pela rejeição das contas da presidente referente a 2014; c) em 2/12/2015, o recebimento da denúncia contra a presidente Dilma e o início do processo de impeachment.

O denominador comum nos três eventos foi a deterioração da seriedade referente à programação orçamentária anual. Também nos três episódios, os instrumentos de governança tornaram-se causas de desgovernança. O que remediava tornou-se substância tóxica.

É o que será tratado nos três tópicos seguintes.

7. Governança orçamentária e o processo de impeachment

No caso do impeachment, os mecanismos de governança utilizados para a prática do orçamento autorizativo resultaram no completo descontrole da política fiscal, trazendo reflexos amargos para a economia.⁴⁸⁰

Não se trata aqui de estabelecer os fundamentos políticos e jurídicos que motivaram o recebimento da denúncia, mas sinalizar fortemente que a instauração do processo tinha robustas conexões com a desgovernança orçamentária, cujos reflexos na política fiscal acabaram por contaminar a política econômica.

Governo, Congresso, Tribunal de Contas da União, órgãos de controle interno, analistas econômicos, mídia impressa e falada, entre outros importantes atores, institucionais ou não, relacionados com a fiscalização do gasto público e formadores de opinião, não foram capazes de identificar claramente a contribuição da desgovernança orçamentária para o esfacelamento da política fiscal e econômica. O governo demonstrou total inépcia de conduzir reformas estruturantes para conter o crescimento de despesas obrigatórias⁴⁸¹. Ao final de 2014, essas despesas representavam 90% de

⁴⁸⁰ Fizeram parte desse ambiente também as pedaladas fiscais. Elas eram postergações de dívidas do tesouro com bancos públicos, com o objetivo de “maquiagem as contas públicas”. Elas contribuíram para o adiamento da crise fiscal a partir do final de 2014. Pedaladas fiscais é um termo que se refere a operações orçamentárias realizadas pelo Tesouro Nacional, não previstas na legislação, que consistem em atrasar o repasse de verba a bancos públicos e privados com a intenção de aliviar a situação fiscal do governo em um determinado mês ou ano, apresentando melhores indicadores fiscais. É uma forma equivocada de informar a realidade das contas públicas. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/economia/pedaladas-fiscais/>. Acesso em: 10/3/2018.

⁴⁸¹ Um exemplo muito significativo é a necessidade de a previdência ser reformada. A dificuldade política é enorme. Também há necessidade de revisão do

toda a despesa primária⁴⁸². O governo agia como se a ordem física da natureza, numa concepção harmoniosa e autorregulada, acomodasse uma situação excepcional, como, por exemplo, já ocorrera em anos pretéritos, coincidentes com vigoroso crescimento da economia mundial, de as previsões de receitas serem inferiores aos valores realizados. Entre 2006 e 2008, as receitas arrecadadas superaram as previstas em R\$ 19, R\$ 20 e R\$ 35 bilhões respectivamente. Esse comportamento mudou radicalmente a partir de 2009. Entre 2012 e 2015, conforme elucidado no item 5.1, essa diferença passou a ser exponencialmente negativa.

Esgotaram-se as fontes primárias de financiamento do gasto público, ao mesmo tempo que ampliava na população um sentimento cada vez maior de deficits governamentais na entrega de bens e serviços à população, especialmente sob a forma de saúde, educação, segurança pública e infraestrutura de transportes.

O descontrole da política fiscal ficou evidenciado e amplamente perceptível em diversos segmentos da sociedade a partir do final de 2014 e foi o estopim para o processo de impeachment. A expansão dos gastos foi acompanhada por queda na arrecadação, descontrole da política monetária e aumento acelerado da trajetória da dívida bruta. Toda essa viciosa combinação aguçou a hipótese de solução política para as crises orçamentária, política e econômica.

A parte legal do processo político coube ao descumprimento ou atentado à Lei Orçamentária Anual (LOA) e a dispositivos da LRF, como a fixação da meta de resultado primário, que produzem reflexos na elaboração e execução da LOA.⁴⁸³

A tese da defesa eram os procedimentos usualmente utilizados para a prática do orçamento autorizativo, conforme os

seguro desemprego, abono salarial, benefícios assistenciais, etc.

⁴⁸² Fonte: Siga Brasil.

⁴⁸³ O caput art. 4º da LoA/2015 exigia que a autorização prévia para a abertura de créditos adicionais fosse compatível com a obtenção da meta de resultado primário. A conclusão do processo foi que a Presidente atentou contra a lei orçamentária nesse dispositivo. “Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2015 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais, para o atendimento de despesas.”

seguintes excertos reproduzidos do resumo da defesa entregue pelo Advogado Geral da União, de 2/5/2016:⁴⁸⁴

Feitas essas considerações, cumpre que se demonstre que a edição dos decretos objeto da denúncia estão plenamente adequados ao art. 4º da Lei Orçamentária porque em nenhuma medida se afirmaram com incompatíveis com o atingimento da meta fiscal.

Em primeiro lugar, é importante que se esclareçam que enquanto os Decretos de crédito suplementar são editados no âmbito da gestão orçamentária, a meta fiscal se apresenta no campo da realidade da gestão financeira. Tratam-se de realidades inconfundíveis. A gestão orçamentária engloba atividades de planejamento das despesas e estimativa das receitas. Já a gestão financeira é pertinente à execução do orçamento legalmente previsto. Por esta última se faz o acompanhamento das receitas efetivamente arrecadadas, de modo a que se possa comparar o estimado e o realizado, com o objetivo de que se estabeleça a limitação das despesas por meio de decretos que impedem o uso total das dotações orçamentárias (decretos de contingenciamento). São os decretos de contingenciamento que zelam pelo cumprimento das metas fiscais.

344 345

Isso tudo desabou em 2015, quando restou evidenciado o resultado nefasto de um excesso de autorizações legislativas controlado simplesmente pelo contingenciamento. Ou seja, não importava planejamento algum. Qualquer pressão ou demanda por ampliação de gastos era possível inserir no orçamento. Não se confirmando a arrecadação otimista ou sonhada, procedia-se ao contingenciamento. Essa argumentação fez parte da defesa da presidente Dilma, citada no Relatório de admissão do prosseguimento da denúncia no Senado:⁴⁸⁵

A interpretação a que se refere a defesa, já refutada neste Relatório, consiste no entendimento de que aumentos de dotação orçamentária, por si só, não são capazes de afetar a obtenção do resultado fiscal, tendo em vista que o controle da sua execução é limitado pelo contingenciamento.

⁴⁸⁴ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d-m=4650453&disposition=inline>, p.17. Acesso em 10/4/2018.

⁴⁸⁵ Relatório aprovado sobre a procedência da denúncia contra a presidente, p. 96. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/02/relatorio-do-sen.-antonio-anastasia-referente-a-pronuncia>. Acesso em: 8/3/2018.

Esse é o ponto que merece ser destacado. A prática de o orçamento ser autorizativo, com o passar dos anos, deturpou a utilização dos instrumentos disponíveis ao administrador público para proceder uma gestão fiscal responsável. Se fosse o caso, a legislação deveria adaptar-se à prática, e não o contrário. O que era orçado, deveria refletir o planejado. Mas, cada vez mais fora ampliada, como já explanado, a distância entre planejamento e orçamento.

Portanto, o excesso de autorizações legislativas possibilitava diferir no tempo as decisões sobre a alocação de recursos primários escassos ou limitados, oferecendo várias possibilidades sucessivas de barganha aos parlamentares e ao Executivo. Isso foi bom e confortável para os governos durante muito tempo. Ampliava a sua liberdade na execução dos gastos. De outra parte, diminuía a transparência dos gastos e despertava insatisfação na base de sustentação parlamentar, devido a uma seletividade possivelmente equivocada tanto das emendas executadas como de outras despesas pertencentes ao “leque de autorizações legislativas”. Essa sensação de contrariedade contaminou grande parte da representação parlamentar.

A citação da acusação e da defesa, extraída do Relatório do Impeachment, ilustra bastante a prática dominante relacionada ao orçamento público e o sistema de planejamento:⁴⁸⁶

... Quando se amplia o total das dotações orçamentárias sem receitas globais correspondentes, maior se torna a margem de incerteza do orçamento, pois menos a sociedade saberá sobre o que o governo efetivamente pretende executar do orçamento aprovado. (Acusação)

.....
Devemos estar atentos, portanto, aos riscos inerentes ao afrouxamento do planejamento orçamentário. Na própria peça escrita da defesa, assim se lê (DOC 24, p. 215):

O fato de um órgão receber uma nova autorização orçamentária não significa que ele teve seu limite fiscal ampliado. Neste caso, o órgão apenas foi contemplado com uma nova opção para gastar o seu limite fiscal, que continua limitado pelo Decreto de Contingenciamento”. [grifamos]

⁴⁸⁶ Idem, p. 69.

8. Governança orçamentária e o orçamento impositivo das emendas individuais

Os mecanismos existentes de governança orçamentária disponíveis ao Executivo foram os mesmos que desencadearam uma série de insatisfações, que resultou na aprovação do orçamento impositivo das emendas individuais.

A prática do orçamento autorizativo, cujo ingrediente principal era o excesso de autorizações para gastos, gerou um enorme sentimento de seletividade equivocada na execução das emendas, que ganhou reflexos contundentes na Câmara dos Deputados em 2013. O descontentamento parlamentar com os baixos níveis de execução orçamentária ficou evidenciado pela aprovação, tendente à unanimidade⁴⁸⁷, da EC 86/2015.⁴⁸⁸

O orçamento era uma peça de ficção, mas a parte das emendas individuais não o deveria ser. Esse enunciado enfatiza e sintetiza a principal consequência das argumentações sustentadas nesse estudo.

A possibilidade de constitucionalização das emendas individuais impositivas deu sinais claros de materialidade e arregimentou adeptos e simpatizantes das mais diversas agremiações políticas durante 2013, incluindo o forte e decisivo apoio do PMDB. A rápida sensibilização parlamentar e evolução do intento foi acolhida nas discussões orçamentárias, durante a tramitação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2014 (LDO 2014). O relator Danilo Fortes (PMDB-CE) acolheu emenda, disciplinando nessa legislação ordinária o que se pretendia constitucionalizar, com as seguintes principais argumentações transcritas de seu Relatório.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ A proposta foi aprovada em 2º turno, no dia 10/2/2015, por 452 votos a favor e 18 contrários.

⁴⁸⁸ Para validar essa percepção, uma pesquisa realizada em 2013 voltada aos chefes de gabinetes de deputados mostrou que, para dois terços deles, houve aumento na dificuldade de liberação de emendas individuais, um indicativo do nível de descontentamento político. GREGGIANIN, Eugênio. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Estudo Técnico nº 16, de 2014. Pesquisa de Opinião junto aos Gabinetes Parlamentares da Câmara dos Deputados: Emendas Orçamentárias: Importância para os Municípios, Execução das Emendas, Orçamento Impositivo, Orçamento Participativo. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/orcamentobrasil/estudos/2014/et16.pdf>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁸⁹ Relatório referente ao PLDO/2014, que, após aprovado, transformou-se no Parecer da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos

Assim, em nosso Substitutivo, incluímos a obrigatoriedade da execução orçamentária e financeira, de forma isonômica, da programação incluída na lei orçamentária por emendas individuais. Essa diretriz está de acordo com o Substitutivo da Proposta de Emenda à Constituição – PEC, nº 565/2006, aprovada em primeiro turno pela Câmara dos Deputados, que acompanhamos desde o início.

Nosso objetivo, ao adotar a obrigatoriedade, foi tornar o processo orçamentário mais eficiente e impessoal, libertando o Parlamento da necessidade de permanente negociação política para a liberação de verbas orçamentárias. Dado o entendimento acerca do caráter autorizativo do orçamento público no Brasil, e, conseqüentemente, a discricionariedade de sua execução, mostrou-se premente a criação de mecanismo que garanta a concretização de políticas públicas propostas também pelo Poder Legislativo, que é legitimado constitucionalmente para tanto. A PEC adotou o princípio pelo qual, assim como o planejamento, o orçamento é vinculante para o setor público, o que dá sentido ao sistema de planejamento e orçamento e demais princípios da Constituição.

Nesse sentido, atuamos para que a emenda individual à Lei Orçamentária Anual (LOA), um importante instrumento da vontade popular, manifestada de forma ampla pelos representantes dos mais diversos segmentos do povo brasileiro, possa resultar em benefícios palpáveis à população. (p. 2)

.....

A aprovação da PEC nº 565, de 2006, que trata do orçamento impositivo, representa um novo marco nas relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo na matéria orçamentária. Trata-se, sem dúvida, de um dos temas de maior relevância para a atuação independente do parlamentar, o que permitirá uma execução orçamentária consentânea com os princípios constitucionais, como afirmado no art. 110 da LDO. Como bem lembrou o Deputado Edio Lopes, Relator da PEC, a proposta do orçamento impositivo surge no cenário brasileiro com o objetivo de resgatar a importância do planejamento público e da instituição orçamentária na formulação de políticas públicas de atendimentos aos Municípios. O novo dispositivo constitucional reduzirá a frustração dos parlamentares pelo recorrente adiamento ou falta de execução das emendas incluídas na Lei Orçamentária. A discricionariedade na execução do orçamento concentra atribuições e desloca do Congresso o poder político da seleção de verba pública, instância legitimada na Constituição, para o Poder Executivo. A consequência dessa prática é a necessidade

e Fiscalização. Disponível em: http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/LDO2014/parecer_CMO/01_Relatorio.pdf. Acesso em: 21/3/2018.

permanente de barganha para liberação das emendas aprovadas, que esperamos nunca mais se repita

Diante dessa nova realidade, estamos adequando o texto da LDO para que fique compatível com a implementação do orçamento impositivo. (p. 4) (grifamos)

Essas alegações remetem a algumas semelhantes àquelas manifestadas pelo autor original da PEC 22 em 2000 e podem ser resumidas nas seguintes considerações: a) obrigatoriedade da execução orçamentária, agora, para apenas um subconjunto daquela proposta inicial: as emendas individuais; b) barganha para a liberação de verbas orçamentárias; c) caráter autorizativo da lei orçamentária; d) discricionariedade excessiva na execução orçamentária; e) o orçamento é peça de ficção; e) planejamento e orçamento deveriam ter efeito vinculante.

O PLDO foi aprovado e sancionado na Lei 12.919/2013, cujo art. 52 disciplinava o orçamento impositivo das emendas individuais. Desse modo, a alteração constitucional seria, em tese, desnecessária, não fosse a disposição latente de eternizar, por intermédio da Lei Maior, a vinculação provedora de retorno eleitoral imediato, quase que um direito parlamentar individual adquirido.⁴⁹⁰

348 **349**

8.1 Manifestações Parlamentares de Segmentos Políticos Distintos

É certo que há muito se sabe que a base de sustentação parlamentar é beneficiada na execução orçamentária das emendas individuais. Rennó e Pereira⁴⁹¹ sustentam que:

A execução de emendas é componente central na formação e manutenção de maiorias no plenário da Câmara. Trata-se de um dos instrumentos de ganhos de troca que proporciona equilíbrio do jogo entre Executivo e Legislativo. Em outras palavras, o Presidente ganharia apoio dos deputados às propostas de interesse do executivo na Câmara e os parlamentares seriam recompensados com a execução de suas demandas específicas no

⁴⁹⁰ O presidente da Câmara Henrique Eduardo Alves, conforme citação expressa no item 8.1, quando da votação da PEC 358/2013, em 6/5/2014, professou: “As emendas que nós trazemos aqui são direito nosso”. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁹¹ RENNÓ, Lucio; PEREIRA, Carlos. O que é que o reeleito tem? O retorno: O Esboço de uma teoria da Reeleição no Brasil. 2006. Revista de Economia Política, p. 11. Vol. 27, nº 4. São Paulo. OUT/DEZ de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572007000400010&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 21/3/2018.

orçamento. Portanto, execução de emendas é uma indicação da proximidade do parlamentar com o Executivo.

É certo, também, que a ciência política supunha e tentava explicar que a execução das emendas individuais era, para alguns poderia ser, uma moeda de troca entre as agendas do Executivo e do Legislativo. Bittencourt⁴⁹², em amplo estudo sobre as relações entre Executivo e Legislativo no presidencialismo de coalizão, leciona que existe uma corrente na ciência política brasileira que entende em sentido oposto, ou seja, que afirma que não há agendas isoladas entre um e outro Poder, mas complementares:

Neste sentido, a própria agenda do Executivo é resultado de barganhas protagonizadas pelos mesmos grupos que irão discuti-la dentro do Legislativo. Logo, não há propriamente o que trocar. As agendas são complementares. Afirmamos que, ao liberar as verbas definidas por meio de emendas individuais, o Executivo estaria executando sua própria agenda, à qual parte dos legisladores estaria associada politicamente.

A tese de que as emendas parlamentares são cruciais em sistema de troca de apoio entre o Executivo e os parlamentares interessados em políticas distributivistas como forma de garantir sua reeleição passou a fazer parte do senso comum, tal a ênfase que lhe é dada pelos analistas políticos, sejam eles jornalistas ou acadêmicos.⁴⁹³

A argumentação media-se pela execução das emendas em determinadas situações da conjuntura política com maior ou menor intensidade.

Durante a tramitação da PEC restou explícito não se tratar de suposição ou hipótese. Desabafos de diversos parlamentares demonstraram ampla contrariedade, independentemente de filiação partidária. A barganha entre a emenda individual e a agenda executiva no Legislativo estava sendo implementada de modo injusto na percepção parlamentar.

⁴⁹² Bittencourt, Fernando Moutinho Ramalho; Texto para Discussão Nº 112 – Relações Executivo-Legislativo no Presidencialismo de Coalizão: Um Quadro de Referência para Estudos de Orçamento e Controle, p. 31. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242339>. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁹³ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão, p. 11. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

Em 27/11/2013, na análise de admissibilidade da PEC 353/2013 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, o então deputado Eliseu Padilha (PMDB-RS), relator da matéria, achou necessário deixar assentada as seguintes considerações, “*devido à importância da matéria*”.⁴⁹⁴

Embora o orçamento seja peça fundamental para o destino da nação, no plano formal, as disposições orçamentárias convertem-se em mera promessa, expectativas que, quase sempre, não se realizam. Nesse cenário, o debate acerca do modelo orçamentário impositivo passa a ganhar força. Nota-se uma crescente tendência à limitação da margem de discricionariedade administrativa concedida ao Executivo para gerir os recursos públicos, o que pode ser notado, inclusive, pelo aumento gradativo da criação de vinculações orçamentárias, hoje expostas em vários dispositivos do próprio texto constitucional. (p. 2)

.....

Infelizmente, hoje, os parlamentares acabam condicionados as barganhas políticas com o Executivo, o que prejudica a atuação da oposição e compromete o próprio modelo democrático de Estado. Daí a importância de adotarmos o Orçamento Impositivo para as emendas individuais, que passarão a ser um direito do parlamentar, acabando com as negociações entre partidos e o governo. O chamado orçamento impositivo em contraposição com o modelo concebido como meramente autorizativo, promove o resgate do relevante papel do Poder Legislativo na elaboração e execução orçamentária, como legítimos representantes dos anseios da sociedade. (p. 6)

O deputado Eliseu Padilha foi o mesmo ministro das Relações Institucionais do Governo Dilma que cuidou, alguns meses depois, em 2014, sob a coordenação do então vice-presidente da República Michel Temer, juntamente com representantes do Ministério do Planejamento, da Fazenda e das Consultorias de Orçamento da Câmara e do Senado, da elaboração e futura implementação dos dispositivos aprovados na LDO/2014, referentes ao que se pretendia constitucionalizar, relatado pelo parlamentar.

Já o líder do governo, Deputado Arlindo Chinaglia (PT-SP), em sessão de 27/8/2013, liberou os partidos da base governista de

⁴⁹⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602293>. Acesso em: 21/3/2018.

qualquer orientação específica para votação, em segundo turno, da PEC 565/2006.⁴⁹⁵

Sr. Presidente, quero aplaudir a iniciativa de V. Exa. de tentar patrocinar um acordo quanto às verbas para a saúde, tanto como iniciativa da Câmara dos Deputados, e também envolvendo a votação no Senado.

Sabemos todos que o Governo defende 50%, e vamos tentar isso, respeitando outras hipóteses. Mas, neste momento, eu queria orientar para liberar a posição, em nome do Governo, visto que tem pelo menos uma bancada da base, que é a do PT, que liberou. Prefiro, então, compor com todo mundo e liberar.

É importante citar o pronunciamento do Deputado Chico Alencar (PSOL-RJ), como mais um parlamentar dos partidos considerados de esquerda, para demonstrar a ampla acolhida da proposta no Congresso Nacional, na sessão de 13/8/2013.⁴⁹⁶

Sr. Presidente, colegas, o pessoal é sempre muito crítico, mas não houve dúvida quanto ao apoio à PEC que preferimos chamar de PEC das Emendas Parlamentares de Execução Obrigatória ... De qualquer maneira, entendemos que o toma lá dá cá, tão costumeiro e tradicional, recebeu um belíssimo golpe.

Da parte do Democratas, o líder, Ronaldo Caiado (DEM-GO), em 4/12/2013 esclareceu:⁴⁹⁷

...Várias versões foram dadas. É importante que possamos retratar a verdade, para que não haja nenhuma dúvida em relação a essa proposta de emenda à Constituição, que, quando apresentada pelo Presidente da Casa, Deputado Henrique Eduardo Alves, ***teve o apoio não só dos Parlamentares da base do Governo, como também de partidos de oposição, como o Democratas.***

E, no momento da sua aprovação na Câmara dos Deputados, eu fiz questão de assumir a tribuna e dizer ao Presidente da Casa que aquele era o momento mais importante da nossa vida política, já que estava nos alforriando daquela chantagem, daquele

⁴⁹⁵ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=332451&nm=ARLINDO+CHINAGLIA&p=PT&uf=SP. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁹⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=332451&nm=CHICO+ALENCAR&p=PSOL&uf=RJ. Acesso em: 21/3/2018.

⁴⁹⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332451>. Acesso em: 21/3/2018.

balcão de negócios em que se trocam emendas por votações.
(*grifamos*)

O Deputado referiu-se ao presidente como se fora o autor da proposta, fazendo parecer desconhecer a origem da proposição, iniciada no Senado em 2000, com objetivos totalmente discrepantes.

O Parecer do relator na Câmara, deputado Edio Lopes (PMDB-RR), sintetiza e expressa claramente as argumentações principais que motivaram a aprovação do orçamento impositivo somente para a parte das emendas individuais:⁴⁹⁸

A proposta do orçamento impositivo surge no cenário brasileiro imbuído de duas ideias-força: a primeira, mais ampla, move-se pela necessidade de se resgatar a seriedade e a importância do planejamento público e da instituição orçamentária, na medida em que *contingenciamentos frustram expectativas legítimas da sociedade sobre um orçamento comumente chamado de “peça de ficção”*, incapaz de cumprir suas promessas; a segunda, restrita especialmente ao corpo legislativo, é centrada na frustração de parlamentares pelo recorrente adiamento ou falta de execução das emendas incluídas na LOA, e também pela percepção da manipulação na liberação de emendas como forma de domínio político do Executivo sobre a agenda do Legislativo. (p. 8)

.....

A questão de fundo que motiva o orçamento impositivo encontra-se na forma discricionária como o contingenciamento vem sendo utilizado pela administração. Em função de haver um excesso de autorizações na LOA, além do acúmulo dos restos a pagar, o Poder Executivo fica livre para escolher as dotações que serão executadas, com os recursos que dispõe. (p. 9) (*grifamos*)

.....

A prática política cria uma espécie de segundo turno no que tange à definição das prioridades orçamentárias, subtraindo a eficácia das disposições constitucionais atinentes à matéria, sujeitando-se o Legislativo à necessidade de permanente barganha para liberação das emendas aprovadas. (p. 10)

⁴⁹⁸ Parecer do relator Edio Lopes, apresentado à Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 565-A, de 2006, do Senado federal, que “altera os arts. 57, 165, 166, e acrescenta art. 165-A, todos da Constituição Federal, tornando de execução obrigatória a programação constante da Lei Orçamentária Anual (LOA)”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=585822>. Acesso em: 21/3/2018.

Os presidentes da Câmara também marcaram suas contribuições como compromissos de campanha, entre outros assumidos para a postulação do cargo.

O presidente Henrique Eduardo Alves informou ao Plenário, na sessão de 5/11/2013, a aprovação, pelo Senado Federal, da proposta de emenda à Constituição sobre a implantação do orçamento impositivo: “... o Senado acaba de aprovar a iniciativa da Câmara, de todos nós, por 62 votos a favor e 9 contra, o orçamento impositivo das emendas parlamentares, uma conquista originalmente da Câmara dos Deputados”.⁴⁹⁹ O parlamentar não deixa dúvidas ao afirmar que a iniciativa era da Câmara e, a fim de compartilhar o mérito da iniciativa, “de todos nós” deputados. A iniciativa primária fora então suprimida, sufocada ou esquecida, como aliás já havia manifesto o Líder do DEM, Dep. Ronaldo Caiado, em citação transcrita anteriormente.

Em 13/8/2013, a proposta sendo agora rapidamente encaminhada para votação na Câmara dos Deputados, o presidente professou: “É com muito orgulho que eu defendo, que eu assumo o direito de esta Casa ter, sim, o orçamento impositivo, com respeito ao direito da emenda parlamentar”.⁵⁰⁰

Era a realização de um compromisso de campanha “essa proposta será enviada ao Senado com a cara desta Casa, em nome da altivez do Parlamento”, afirmou quando encerrada a votação em 2º turno da PEC 565/2006.⁵⁰¹

Essa proposta é aquela que não continha a parte da vinculação de emendas à saúde. O Senado, conforme previamente acordado, a incluiria e a Câmara aprovaria definitivamente a nova redação, renumerada como PEC 358/2013.

Em 6/5/2014, ele externou em plenário novamente o compromisso de campanha e o que pensa sobre a relação entre o Parlamento e o orçamento impositivo.⁵⁰²

⁴⁹⁹ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=332451&nm=HENRIQUE+EDUARDO+ALVES+%28PRESIDENTE%29&p=PMDB&uf=RN. Acesso: 31/3/2018.

⁵⁰⁰ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=332451&nm=HENRIQUE+EDUARDO+ALVES+%28PRESIDENTE%29&p=PMDB&uf=RN. Acesso: 31/3/2018.

⁵⁰¹ Agência Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/450475.html>. Acesso em: 21/3/2018.

⁵⁰² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602633>. Acesso: 31/3/2018.

Antes de iniciar o processo de votação, eu tenho o dever de dar uma palavra a esta Casa, até porque, quando candidato a esta Presidência, eu assumi o compromisso desta proposta. Fui verificar outros candidatos e percebi que outros Presidentes tentaram fazer o mesmo: votar a proposta de orçamento impositivo. Tentaram com a melhor das boas vontades, mas não conseguiram. Vários! ... Srs. Parlamentares, quem está nesta Casa há 44 anos sabia que o procedimento de liberação de emendas parlamentares não poderia continuar como estava. Eu, como Líder do PMDB, ... digo que quem mais liberou emenda, pelo tempo, certamente deve ter sido a minha pessoa, ... As emendas que nós trazemos aqui são direito nosso. Esta é uma das propostas mais importantes que esta Casa vai votar e que diz respeito à sua altivez, à sua independência! ... esta decisão hoje diz respeito à nossa dignidade, à nossa vida, à nossa história e, sobretudo, ao Parlamento brasileiro! ... (grifamos)

354 355

Além do conteúdo do discurso, ele revelou que outros presidentes tentaram fazer o mesmo, mas não conseguiram. Isso não teria sido identificado anteriormente, não fosse essa declaração. Ademais, proclama o direito parlamentar à emenda individual. Ou seria melhor interpretar a declaração como o direito individual parlamentar à emenda?

No mesmo sentido é a manifestação do presidente Eduardo Cunha, quando ultimada a tramitação da proposta, no dia 10/2/2015, consoante publicação da Agência Câmara:⁵⁰³

O presidente da Câmara, Eduardo Cunha, ressaltou que, com o orçamento impositivo, o Executivo não poderá mais condicionar a liberação dos recursos de emendas à votação de propostas de interesse do governo. “Não é desse governo, não. Todos os governos fizeram isso. Isso acaba com uma prática, que vai ser enterrada a partir de agora, que é a prática de os parlamentares ficarem reféns de liberação de emendas”, afirmou.

Para Cunha, a aprovação da proposta é um mérito do esforço dos parlamentares, que mantiveram quórum alto durante a sessão. “Pretendemos, ainda nesta legislatura, estender o orçamento impositivo às emendas de bancada”, afirmou, lembrando a atuação do ex-presidente da Câmara Henrique Eduardo Alves em defesa da PEC. Alves compareceu à Câmara nesta terça-feira para acompanhar a sessão.

⁵⁰³ Agência Câmara. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/POLITICA/481683-CAMARA-APROVA-PEC-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO-EM-2-TURNO.html>. Acesso em: 21/3/2018.

Essas citações demonstram o enorme descontentamento decorrente do modo de o Executivo barganhar as emendas individuais em troca da disciplina parlamentar. Demonstraram, também, que não era exatamente o orçamento fictício o que incomodava a representação parlamentar, mas um subconjunto do orçamento. A parte das emendas individuais merecia tratamento diferenciado, conforme o direito parlamentar reivindicado no citado discurso do presidente Eduardo Alves. Foi a execução impositiva das emendas individuais que despertou o interesse da maioria esmagadora da representação parlamentar no Congresso Nacional e não a tentativa de trazer mais credibilidade, confiabilidade e previsibilidade à Lei Orçamentária Anual (LOA).

9. Governança orçamentária e a rejeição das Contas do Presidente referentes ao ano de 2014

O TCU, recomendou a rejeição pela primeira vez, das contas do presidente da República referente ao ano de 2014, conforme o Acórdão 2461, de 7/10/2015⁵⁰⁴. O estudo vai concentrar-se nas contas de 2014, pois o foco não é fazer uma análise detalhada das irregularidades, mas tentar demonstrar algumas fortes conexões em várias delas com o ambiente de desgovernança orçamentária e as motivações que resultaram na rejeição das contas, na aprovação do impeachment e no orçamento impositivo das emendas individuais.

Em ambos os pareceres pela rejeição das contas, de 2014 e 2015, o Tribunal considerou irregularidades graves e, portanto, aptas a ensejar o repúdio das contas, algumas práticas da administração pública referentes a aspectos relacionados à utilização equivocada dos mecanismos de governança orçamentária explicitados no item 5. Nas contas de 2014, foram 12 irregularidades, consideradas gravíssimas, resultado da apuração dos fatos e conclusão de conduta comissiva ou omissiva grave e continuada.⁵⁰⁵ De forma sintética, as irregularidades foram: a) omissão de passivos da União junto a bancos públicos e ao FGTS nas estatísticas da

⁵⁰⁴ As contas de 2015 também foram rejeitadas, conforme Acórdão nº 2523, de 5/10/2016.

⁵⁰⁵ Págs. 826 a 829 do Relatório que rejeitou as Contas do presidente, referente a 2014. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2015_40.pdf. Acesso em: 21/3/2018.

dívida pública de 2014; b) adiantamentos concedidos por bancos públicos e pelo FGTS para cobertura de despesas no âmbito de programas de responsabilidade do governo federal, configurando a realização de operações de crédito em descumprimento a disposições legais; c) ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União, quando já evidente o comprometimento do cumprimento da meta fiscal; d) inscrição irregular de despesas em restos a pagar; e) omissão de transações primárias deficitárias da União; e f) abertura de créditos suplementares contrariando disposições constitucionais e legais.

O Relatório completo é denso, conteúdo de 833 páginas, e não economiza robustez nas fundamentações de práticas administrativas prejudiciais à transparência e gestão fiscal responsável. Na p. 829 do parecer, o relator resume a motivação pela recomendação da rejeição ao Congresso Nacional:

356 **357**

... devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a Lei Orçamentária Anual (LOA), razão pela qual as Contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional.

Toda a análise e conteúdo técnico do Relatório foram acatados integralmente pelo relator e os ministros, conforme a votação unânime pela rejeição das contas e pelas expressas citações do relator, ministro Augusto Nardes.⁵⁰⁶

Algumas das impropriedades identificadas foram objeto de alerta em anos pretéritos, mas o volume de recursos usados de maneira indevida, o aperfeiçoamento da prática considerada como pedaladas fiscais⁵⁰⁷ e o resultado adverso da política fiscal contribuíram para que o Tribunal agisse com o rigor que a situação

⁵⁰⁶ Idem, p. 62.

⁵⁰⁷ As pedaladas foram objeto de análise específica no processo TC 021.643/2014-8, cujo relator fora o ministro José Múcio Monteiro.

demandava⁵⁰⁸. No ano de 2014, houve um descumprimento generalizado e reiterado da LRF⁵⁰⁹.

Não se trata de elencar ou analisar o conteúdo do voto, mas tão somente demonstrar ou mostrar que parte das irregularidades apontadas estavam inseridas no ambiente de desgovernança orçamentária já descrito anteriormente. Logo no início do Parecer, são citadas e consideradas irregulares as “pedaladas fiscais”, analisadas pelo TC 021.643/2014-8, cujo relator fora o ministro José Múcio Monteiro. As pedaladas fiscais fizeram parte de 5 das 12 irregularidades indigitadas para fundamentar a rejeição das contas.

As pedaladas fiscais, conforme já conceituado, foi o jargão utilizado para a prática reiterada de omissões de passivos da União junto a bancos públicos federais e ao FGTS com o objetivo de evidenciar situação fiscal incompatível com a realidade, comprometendo os princípios do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável. Foi mais uma “criatividade orçamentária” e compunha o ambiente de governança orçamentária, já que o artifício auxiliava a compatibilidade com a obtenção da meta do exercício financeiro correspondente a que se refere o citado art. 4º da LOA/2015.

O Acórdão do TCU refere-se ao artifício nesses termos: ⁵¹⁰

... o que se observou foi uma política expansiva de gasto sem sustentabilidade fiscal e sem a devida transparência, posto que tais operações passaram ao largo das ferramentas de execução orçamentária e financeira regularmente instituídas. (grifamos)

Além das pedaladas, uma outra irregularidade considerada grave e que teve reflexos decisivos para o fundamento e desfecho do processo de impeachment foi “a abertura de créditos suplementares, entre 5/11/2014 e 14/12/2014, incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente, em desacordo

⁵⁰⁸ Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-conclui-parecer-sobre-contas-prestadas-pela-presidente-da-republica-referentes-a-2014.htm>. Acesso em: 21/3/2018.

⁵⁰⁹ P. 65 do Relatório.

⁵¹⁰ Idem.

com o art. 4º da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2014, infringindo por consequência, o art. 167, inciso V, da Constituição Federal”⁵¹¹

Os atos normativos editados para a abertura dos decretos, verificada procedente a manifestação do Tribunal, colidem frontalmente com o art. 4º da LOA⁵¹² e, por conseguinte com o art. 85, VI, da CF, que prenuncia como crime de responsabilidade “os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a lei orçamentária”.

A seguir citam-se mais alguns procedimentos equivocados e detectados pelo Tribunal, relacionados à governança orçamentária.⁵¹³

... Contudo, o diagnóstico deste processo, em conjunto com as análises do processo das “pedaladas”, e após exames detalhados das contrarrazões apresentadas, evidencia que diversos procedimentos adotados ao longo do exercício de 2014 afrontaram de forma significativa, além dos artigos específicos, delineados em cada um dos indícios de irregularidade, princípios, objetivos e comportamentos preconizados pela LRF, caracterizando um cenário de desgovernança fiscal.

Os fatos que permeiam as irregularidades abordadas neste capítulo denotam inobservância sistemática de regras e princípios estabelecidos pelo legislador complementar, além de outros aplicáveis à administração pública. Importante enfatizar que tais fatos possuem conexão singular entre si na medida em que repercutiram, todos, sem exceção, de uma forma ou de outra, na condução da política fiscal de 2014 e nos resultados a ela inerentes. (grifamos)

9.1 Sobre as Despesas com Restos a Pagar

Uma das irregularidades que fundamentou a rejeição das contas foi a inscrição irregular em restos a pagar de R\$ 1,3 bilhão referentes a despesas do Programa Minha Casa Minha Vida⁵¹⁴. Além disso, foi desenvolvido raciocínio sobre o crescimento do

⁵¹¹ Irregularidade 17.1.2, p. 580 do Relatório.

⁵¹² O art. 4º da LOA/2014 autoriza a abertura de créditos suplementares **desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário** estabelecida na LDO.

⁵¹³ P. 62 do Relatório.

⁵¹⁴ Item 9.2.11 das irregularidades, p. 580 do Relatório.

estoque de restos a pagar⁵¹⁵, condizente com as argumentações expostas no item 5, referentes ao excesso de autorizações legislativas e aos potenciais efeitos nocivos no planejamento orçamentário. Conforme o diagnóstico do Tribunal:

...esse quadro representa risco para a programação financeira do Governo Federal, com potenciais impactos negativos sobre o planejamento e a execução das políticas públicas. Embora não demande nova dotação orçamentária, o pagamento dos restos a pagar é feito com recursos financeiros dos exercícios posteriores, os quais também necessitam cobrir, cumulativamente, as despesas do respectivo orçamento em curso. Mais do que indicar possíveis falhas de planejamento na execução da despesa pública, um elevado montante de restos a pagar pode configurar uma verdadeira disputa por recursos financeiros, em prejuízo ao ciclo orçamentário regular e ao equilíbrio fiscal.

10. Considerações Finais

Antes de concluir o estudo, cremos seja pertinente fazer algumas breves observações referentes aos seguintes aspectos: a) prejuízos à transparência dos gastos; b) efeitos do orçamento impositivo quanto à impessoalidade, e c) efeitos do orçamento impositivo para a política fiscal.

10.1 Prejuízos à Transparência

A distância entre planejado e executado subtrai fidedignidade do orçamento público quanto a veracidade dos gastos públicos propostos e aprovados. O orçamento deve ter clareza, transparência e credibilidade. É documento primário e fundamental para *accountability*. Os dados orçamentários devem ser acessíveis e compreensíveis aos cidadãos.⁵¹⁶

Sobre a questão, Nota Técnica Conjunta das Consultorias de Orçamento do Senado e da Câmara identificou situações que reduzem a transparência, especialmente as decorrentes de: “a) correlação precária entre programações orçamentárias e políticas

⁵¹⁵ P. 885 do Relatório.

⁵¹⁶ Consultar o item 9, da NTC 09/2014, referente ao PLOA 2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/503094>. Acesso em: 21/3/2018.

públicas; b) autorização orçamentária global excessiva em relação ao montante de recursos efetivamente disponível para pagamento; c) dotação insuficiente ou inexistente para atender necessidades específicas”.⁵¹⁷

Essa percepção também está inserida na compreensão de Alves:⁵¹⁸

A transparência do planejamento e da execução da despesa pública confunde-se com a própria transparência governamental, haja vista que o Poder Público demanda, quase sempre, recursos financeiros para executar suas ações. Portanto, a transparência da despesa orçamentária é condição imprescindível para a *accountability* da atividade governamental, pois vincula o gasto público realizado às ações e programas de governo planejados na LOA.

Para Cavalcante⁵¹⁹, a reconhecida organização internacional IBP – International Budget Partnership – concluiu que o Brasil está bem classificado quanto a disponibilidade de dados, mas isso não é percebido pelo cidadão. Segundo a entidade, ... “o orçamento continua confuso e complexo para entendimento dos cidadãos, a quem os governos deveriam prestar contas”.

Portanto, uma questão crucial para a qualidade dos gastos é a transparência. Boas práticas conduzem ao aperfeiçoamento da transparência. Ao contrário, as práticas que contribuem para a fragilização e credibilidade do orçamento, como instrumento de gestão e controle da ação pública, fragilizam a transparência.

A vulneração da transparência foi consequência da utilização equivocada dos instrumentos de governança orçamentária já comentados, cuja seqüela ocasionou o completo distanciamento entre o planejado e o executado. Isso gerou um ambiente de desconfiança com a oferta de bens e serviços traduzidas no orçamento.

⁵¹⁷ Idem.

⁵¹⁸ ALVES, Gustavo Henrique Tardelli. **O Orçamento Federal entre a realidade e a ficção: um desafio à transparência da despesa pública no Brasil**, p. 3. Disponível em: https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/article/view/7. Acesso em: 21/3/2018.

⁵¹⁹ CAVALCANTE, Roberto Jardim. **Transparência do orçamento público brasileiro: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento-Cidadão**, p. 11. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180153>. Acesso em: 14/3/2018.

Pederiva⁵²⁰ também menciona a necessidade da transparência para aprimorar a responsividade democrática:

Essa maior transparência é necessária, pois favorece a responsividade democrática tendo em vista que ... o acesso à informação pública proporciona uma convergência entre as demandas populares por políticas públicas e as medidas adotadas pelos agentes governamentais encarregados do oferecimento dessas políticas.

10.2 Efeitos do orçamento impositivo quanto à impessoalidade

A EC 86/2015 exige, além da execução obrigatória das emendas individuais, que essa execução seja equitativa. No entanto, deixou para a futura legislação complementar disciplinar o tema⁵²¹. As leis de diretrizes orçamentárias têm suprido a lacuna, a exemplo da LDO vigente, Lei n^o 13.408/2016, que disciplina no art. 62:

Art. 62. É obrigatória a execução orçamentária e financeira, de forma equitativa, das programações decorrentes de emendas de que trata esta Seção.

§ 1^o Considera-se execução equitativa a execução das programações que atenda de forma igualitária e impessoal as emendas apresentadas, independentemente da autoria.

Serão necessários estudos para aferir tanto o cumprimento do dispositivo quanto de possíveis externalidades que se possam refletir nas próximas eleições como bem alerta Pederiva⁵²²: “... ademais, a obrigatoriedade de execução de emendas personalizadas afeta o princípio da impessoalidade e, em tese, cria uma assimetria, nos pleitos eleitorais competitivos, em relação aos candidatos que não exerceram mandato parlamentar”.

⁵²⁰ MENEZES, David Curtinaz; PEDERIVA, João Henrique, p. 7. Orçamento Impositivo: Elementos para Discussão. Disponível em: <http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/749#.Wq-TuiVv-M8>. Acesso em: 10/3/2018.

⁵²¹ Art. 165, § 9^o, inciso III – dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto no § 11 do art. 166.”(NR)

⁵²² Idem, 44.

10.3 Efeitos do orçamento impositivo na política fiscal

Essa parte vai analisar os impactos efetivos do orçamento impositivo no enrijecimento adicional da despesa pública. Para isso, será considerada especialmente a parte executada dos valores aprovados em comparação com o total da despesa primária obrigatória.

Em relação aos valores aprovados, Mendes e Dias⁵²³ concluíram que se a regra fosse para 2012, por exemplo, as despesas obrigatórias teriam um aumento não significativo, passando de 87,9% para 88,7% das despesas primárias aprovadas.

A execução das emendas individuais somente puderam serem aferidas a partir de 2016 com a introdução, na LDO/2015, de um identificador das ações correspondentes⁵²⁴. Conforme dados extraídos do Siga Brasil, em 2016 foram executados R\$ 3,6 bilhões e, em 2017, R\$ 4,2 bilhões. Isso representa 0,5% e 0,6% da receita corrente líquida (RCL) respectivamente⁵²⁵. Em relação às despesas obrigatórias, os montantes executados em 2016 e em 2017 representam 0,3%.

Isso significa que não há incremento substancial nas despesas primárias obrigatórias. Ampliam-se os gastos obrigatórios, mas apenas sob o aspecto quantitativo. Devem ser aferidos os aspectos qualitativos do novo gasto obrigatório em estudos posteriores.

Portanto, não há impacto significativo nos valores absolutos das despesas obrigatórias executadas, à semelhança do raciocínio externado por Mendes e Dias referente aos montantes aprovados.

⁵²³ MENDES, M. J.; DIAS, F.A.C. A PEC do Orçamento Impositivo, p. 9. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2014 (Texto para Discussão nº 149). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 21/3/2018.

⁵²⁴ Art. 7º, §4º, II, d. Esse dispositivo incluía um identificador de resultado primário decorrente de programações incluídas ou acrescidas por emendas individuais denominado “RP 6”.

⁵²⁵ Os valores aprovados representam 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo. Já os valores obrigatórios são executados em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior.

10.4 Conclusão

O orçamento impositivo foi o resultado do inconformismo parlamentar com a seletividade equivocada de o governo executar as emendas individuais.

O documento aprovado foi um subconjunto da proposta original, numerada no Senado Federal como PEC 22/2000. O que se propunha era a compulsoriedade de todo o orçamento, permitindo-se ao Poder Executivo se justificar sempre que impossibilitado de cumprir pontualmente a obrigatoriedade.

Conforme explanado, a prática do orçamento autorizativo levou a percepção e certeza de políticos e estudiosos que o orçamento era uma peça de ficção. O excesso de autorizações legislativas de gasto levou ao completo distanciamento entre programação e execução orçamentária.

A tese que foi considerada nesse estudo é a de que os mecanismos de governança orçamentária, que sustentavam a prática autorizativa, amplamente aceita no período compreendido entre a vigência da CF até 2013, foram os mesmos que provocaram ou serviram de argumentação para a insatisfação parlamentar generalizada, que culminou na aprovação, por ampla maioria, do orçamento impositivo das emendas individuais.

Também foi essa prática que fez parte tanto da argumentação jurídico orçamentária da acusação de crime de responsabilidade alusiva ao processo de impeachment, quanto de parte das fundamentações aduzidas no parecer prévio, proferido pelo TCU, pela recomendação ao Congresso Nacional de rejeição às Contas da Presidente, pertinente ao exercício de 2014.

Quanto às repercussões na política fiscal, a alteração ampliou, em 2016 e 2017, a despesa primária obrigatória em 0,3%. Esse percentual demonstra que não houve acréscimos significativos em valores absolutos dos gastos obrigatórios sob o aspecto quantitativo. É necessário, no entanto, análises mais pormenorizadas sobre a qualidade e impacto desse “direito parlamentar individual” nas políticas públicas.

Objetivos e alcance

Este texto discute as possíveis lições da experiência de implantação do Plano Plurianual (PPA) previsto no artigo 165, inciso I, da Constituição federal, no âmbito do governo federal e de sua relação com o contexto geral de planejamento, a partir da síntese histórico-analítica apresentada no artigo precedente⁵²⁶. A partir desses elementos, identifica-se uma nova configuração possível para o Plano Plurianual (PPA) baseada na tecnologia internacionalmente reconhecida na gestão das finanças públicas. Também neste segundo trabalho, a proposta de PPA é desenvolvida como instrumento de conexão plano-orçamento e de organização da ação governamental no âmbito federal, não alcançando, portanto outras problemáticas vinculadas tematicamente, mas não diretamente correlacionadas a esse papel instrumental, tais como a visão geral do planejamento como ligação entre Estado e desenvolvimento (CARDOSO JR.,

⁵²⁶ O trabalho “PPA, orçamento e planejamento, primeiro ato: três personagens à procura de uma história constitucional”, também publicado nesta edição.

2011; OLIVEIRA, 1981); a estrutura organizacional necessária à implantação dos instrumentos de planejamento (GUARDIA, 1992, págs. 57-58, MARTNER; MATTAR, 2012; COUTO; MAGALHÃES, 2017; GARCIA; CARDOSO JR., 2015); as questões gerais relativas a monitoramento e avaliação de políticas públicas⁵²⁷; e as questões específicas do PPA dos entes subnacionais⁵²⁸.

Parâmetros de desenho para uma proposta

Diante do difícil histórico apontado no artigo anterior, pode-se questionar a própria intenção de discutir propostas alternativas destinadas a superar os obstáculos no sentido de construção de um instrumento concreto de planejamento em observância às disposições constitucionais. Desde logo, a opção por abandonar definitivamente essa pretensão seria a mais fácil de concretizar: bastaria dar continuidade ao modelo atual, redigindo a cada quatro anos um simulacro de plano com declarações retóricas e planilhas com listas de intenções categorizadas sem qualquer relação com a realidade (mudando talvez o estilo literário para adequá-lo ao discurso ideológico do governante de turno). Cumprido estaria o ritual de submeter algum tipo de texto à votação legislativa a título de observância da Constituição, mantendo sub-repticiamente as decisões sobre o planejamento da ação governamental na alçada exclusiva do Poder Executivo.

Não é esse o caminho que este texto pretende trilhar. De um lado, uma leitura talvez ingênua da Constituição faz presumir que, quando a essa matriz do ordenamento jurídico estabelece, de forma muito clara, a previsão de um instrumento específico⁵²⁹, ela pretende que ele exista e produza efeitos reais. De outro, entende-se que planejar ainda é necessário do ponto de vista econômico e social: cada vez mais o mundo contemporâneo coloca

⁵²⁷ Em particular, a discussão da relação específica do PPA com monitoramento e avaliação (ATAIDE, 2005; CALMON; GUSSO, 2002; OLIVEIRA, 2007; SANTOS, 2012; MELO, 2012; SANTOS; RAUPP, 2015).

⁵²⁸ A exemplo de: IPEA, s.d.; SANTOS; SILVEIRA; OLIVEIRA, 2016; VILLAÇA; CAMPOS, 2001; CEGOV, 2013; AMARAL, 2014; E CARNEIRO, 2015.

⁵²⁹ Conquanto admitindo, como discutido ao início do artigo anterior, bastante latitude quanto às formas concretas de implementação dessa exigência, adaptadas às necessidades e possibilidades de cada momento histórico.

incertezas aos países e grupos sociais, e o planejamento é uma forma de enfrentar, da forma possível, a incerteza, e antecipar respostas para viabilizar escolhas; quaisquer alternativas parciais à iniciativa de planejar não substituem o esforço de planejamento abrangente – além do que qualquer desses pretensos substitutos do planejamento encontrará pela frente as mesmas incertezas (MATUS; HUERTAS, 1996, p. 15-17). Contraposto a essa necessidade inexorável, persiste no país o quadro assaz desolador pintado há décadas por Kaplan (1982, p. 105-106), ao descrever o estado geral do planejamento na América Latina em desenvolvimento: oscilação entre planos macroeconômicos de longo prazo e aglomerados de iniciativas parciais de curto prazo, sem integração entre ambos os grupos; indefinição de quaisquer metas em outras dimensões (tais como ocupação, produtividade, qualificação de recursos humanos e distribuição da renda e do poder) que não as de meros agregados; falta de especificação de medidas voltadas aos resultados desejados e de instrumentação dos planos de acordo com políticas específicas (monetárias, cambiais, fiscais, etc.), assim como insuficiência dos mecanismos de intervenção a curto e médio prazo (especialmente investimentos) que permitam concretizar tais planos e políticas.

O quadro conceitual e histórico descrito no artigo anterior permite extrair alguns pontos centrais que servem ao mesmo tempo como síntese das lições que podem ser aprendidas e como parâmetros básicos para o desenho de qualquer proposta de enfrentamento do desafio de integrar plano e orçamento.

Entre Cila e Caríbdis – universalidade e seletividade

O primeiro parâmetro a observar é que qualquer opção de plano tem que alcançar a quadratura do círculo de ser ao mesmo tempo universal e seletiva. Deve ser universal na medida em que submeta ao mesmo processo decisório (previsto na Constituição e envolvendo Executivo e Legislativo) o conjunto de meios, medidas e alocações a serem mobilizados pelo Estado na persecução dos objetivos definidos pelos cidadãos no exercício democrático. Somente assim será possível evitar a existência de canais paralelos e dissimulados pelos quais o poder estatal seja exercido sem submeter-se aos controles possíveis num regime de separação de poderes (fragilizando a *accountability* indispensável ao funcionamento do

regime democrático⁵³⁰). Esta é, exatamente, a lógica do movimento do constituinte em busca da universalidade do orçamento como forma de reconquistar prerrogativas do Poder Legislativo: sem estender a capacidade decisória do Legislativo a todos os meios, não haverá conteúdo concreto em seu papel de instância de “freios e contrapesos” ao poder centralizado no Executivo (GUARDIA, 1992, págs. 49-50 e 74-81; BITTENCOURT, 2016, p. 261-264; BITTENCOURT, 2016, p. 36-45).

No domínio conceitual, algumas das observações de Carlos Matus (MATUS; HUERTAS, 1996, p. 35-36) levam a considerar a necessidade do planejamento mais abrangente, não limitado a setores ou segmentos: lembra esse pensador que aquilo que faz sofrer a população, e em torno do qual trabalha o político, são os problemas (ameaças e oportunidades); os problemas reais (atuais ou potenciais) que afetam uma sociedade cruzam qualquer classificação ou tipologia organizativa (afinal, o próprio conceito de setor ou tema é genérico, criado por imposição analítica)⁵³¹. Ora, identificar tais problemas e responder-lhes adequadamente⁵³² são desafios que não podem ser condicionados a fronteiras de setores, temas ou limitações decorrentes da lógica interna da administração, sob pena de incapacidade de enfrentamento real das demandas⁵³³.

⁵³⁰ Para uma discussão específica da *accountability* no contexto dos processos institucionais que envolvem o planejamento e gestão dos recursos públicos, cf. Bittencourt (2009, p. 5-13)

⁵³¹ No mesmo sentido (a “lógica setorial” do processo orçamentário dificultando o “foco nos problemas”), cf. Rezende (2009, p. 31); mostrando a percepção qualitativa de gestores federais em 2009 de que então o modelo de PPA tentava organizar-se por problemas, mas a estrutura de governo, sendo setorial, trava a condução das políticas públicas, cf. Cardoso Jr. e Matos (2011, p. 437).

⁵³² Mais precisamente, desdobrar os problemas a partir dos “macroproblemas” por meio de relações de causalidade e processar cada problema, ou seja: 1) explicar como surge; 2) planejar atacar suas causas mediante operações; 3) analisar a viabilidade (política e técnica) do planejado; 4) realizar as operações atacando o problema (MATUS; HUERTAS, 1996, 35-36)

⁵³³ Não se trata de limitar esse processo a raciocínios genéricos, ou prescindir do planejamento diretamente operacional dos meios existentes (os quais, como tal, encontram-se inevitavelmente condicionados por todas as restrições materiais e organizacionais). Ao contrário, a chave do êxito seria exatamente a articulação do “planejamento diretivo” (“*planificación directiva*”) que identifica e aborda os problemas com o “planejamento operacional” (“*planificación operacional*”) da mobilização concreta dos meios – a despeito de que a maior debilidade do planejamento na América Latina, segundo o autor, localizar-se na ausência do “planejamento diretivo”, a qual faria com que a ação pública improvisasse o enfrentamento assistemático dos problemas intermediários do siste-

Na dimensão prática, Martner e Mattár (2012, p. 144) relatam a conveniência, evidenciada pela experiência latino-americana, de estender o gerenciamento por meio de orçamento-programa⁵³⁴ a todos os fundos (fiscais e extraorçamentários). A visão mais clara do conceito de universalidade para o PPA é apresentada por Sanches (2007, p. 57), que defende para o plano federal vários traços de universalidade de conteúdo estruturados em três grandes módulos ou componentes articulados entre si:

- a) Um módulo administrativo capaz de abranger tanto as grandes prioridades nacionais para o quadriênio (sob a forma de políticas públicas, diretrizes e programas que contemplem também as formas de participação dos demais agentes públicos e privados e os instrumentos de interação dos mesmos com a União) quanto um plano da ação de toda a administração pública federal em caráter mais detalhado de diretrizes, objetivos e metas⁵³⁵;
- b) A modelagem da “fundamentação econômica e fiscal em que irá basear todas as suas proposições de natureza orçamentária”, contendo, portanto, um marco agregado e vinculativo de receitas e despesas que defina com rigor o espaço fiscal do planejamento administrativo, deixando à LDO o papel de veículo de meros ajustes pontuais e inevitáveis;
- c) A clara regulação institucional do papel, da amplitude e dos níveis de detalhamento dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos no art. 165, § 4º, da Constituição, bem como o conteúdo concreto da sua participação no objetivo de planejamento integrado contido no art. 174 constitucional; em outras palavras, os termos em que os planos de governo atingirão a exigida “consonância com o PPA” e as condições para que as disposições deste condicionem os demais planos e, inversamente, os demais produtos de planejamento sejam considerados na elaboração de futuros planos plurianuais.

De outro lado, a teoria do planejamento, a experiência de sua adoção nas economias em desenvolvimento, e mais particularmente as vicissitudes da implantação do PPA no Brasil sob suas diferentes

ma político sem capacidade de tratar os problemas terminais do sistema social (MATUS, 1987, p. 169).

⁵³⁴ Sendo esse volume uma compilação de textos formulados no fim da década de 1960, quando a fronteira das técnicas de planejamento estava na conjugação das técnicas orçamentárias à planificação macroeconômica anterior, a adoção do orçamento-programa pode ser vista como uma *proxy* do desenvolvimento de técnicas de planejamento governamental.

⁵³⁵ Ressalvando que essa abrangência não significa a necessidade de inscrever no PPA todo o conteúdo informativo ou decisório detalhado na Lei Orçamentária Anual (LOA).

roupagens e concepções, põem de manifesto a necessidade de um ponderado grau de seletividade na antecipação de decisões plasmada no planejamento. As limitações cognitivas, de tempo e de recursos políticos das instituições não permitem, claramente, a ambição de tudo submeter a um racionalismo maximalista que supostamente tudo conhece, tudo calcula e tudo prevê. O próprio histórico do planejamento brasileiro revela que as experiências mais importantes (medidas em termos da capacidade de impactar a realidade social) foram em grande medida intervenções seletivas quanto ao conjunto de ações e meios a serem gerenciados pelos planos de governo.

De um ponto de vista analítico, é necessário considerar os argumentos de Wildavsky (1982) quando contesta a tentativa norte-americana de universalização do orçamento-programa como ferramenta de análise de política e de decisão. Esta teve origem na expansão, para toda a administração federal, da experiência do Departamento de Defesa, que aplicou o orçamento-programa em contextos muito particulares e dificilmente transportáveis para outras áreas de alçada pública⁵³⁶. O ponto crítico de estrangulamento é construir uma estrutura de programas que forneça “uma lista completa dos objetivos da organização e informação sobre o cumprimento de cada um deles” (WILDAVSKY, 1982, p. 204-205) – o que, para todo um governo, é inteiramente irrealizável, produzindo no máximo uma agregação sem critérios ou significado. Uma visão consolidada de todo o governo (ou mesmo de toda uma agência governamental) é insuscetível de ser feita; ao contrário, cada programa governamental específico exige estudos analíticos de grande fôlego. Nessas condições, nenhum administrador consegue visualizar um quadro global de todos os programas de seu departamento, e a lógica dos programas termina por não conseguir captar as relações causais que esses apresentam entre si.

Diante da constatação dessa impossibilidade, a elaboração orçamentária rapidamente volta a ser incremental em relação à

⁵³⁶ O orçamento-programa foi usado na Defesa basicamente para escolher entre alternativas caríssimas de novos sistemas de armas, função que permite investir muito tempo e dinheiro em análise, legítima altas margens de segurança para lidar com imprecisão, gera poucas resistências (num cenário de gasto militar em expansão por causa da Guerra Fria) e, por fim, ao envolver basicamente o desenvolvimento de novos sistemas, não envolve mudanças no microgerenciamento da implementação na linha de frente. As experiências de universalização para toda a administração americana dessas práticas que antes eram aplicadas apenas em contextos inteiramente peculiares foram, segundo Wildavsky, verdadeiramente desastrosas, gerando apenas mais papel, entropia e custos.

consolidação contábil preexistente, só que agora formalmente estruturada pela categoria “programa”, em lugar das classificações tradicionais. O movimento de generalização de orçamentos-programa (e a conseqüente demanda por análises padronizadas e inseridas no curtíssimo prazo do ciclo anual) força até mesmo um desvio significativo da capacidade de análise de políticas públicas: como a obtenção de consenso político no âmbito mais amplo é muito difícil, a análise de políticas para fins de decisão termina por desviar-se das grandes questões, deixadas à mercê de escolhas inerciais *ad hoc*, concentrando-se os estudos mais sólidos em intervenções pontuais sobre objetivos de menor escala que sejam mais fácil e rapidamente aceitos. Além disso, a extensão desse tipo de estrutura para um cenário plurianual (a exemplo de “orçamentos-programa quinquenais”) tem menos sentido ainda: a pouca análise de políticas de médio e longo prazo que existe somente pode ser concebida fora de uma estrutura fixa de programas e classificações.

Em termos de implementação prática, Wildavsky não contesta o valor de formular políticas públicas usando a linguagem orçamentária como forma de especificar os meios a serem alocados – afinal, o orçamento é necessário como forma de dar conteúdo concreto às ações recomendadas pela análise de políticas. Para isso, propõe que a gestão habitual do orçamento seja basicamente incremental, mas qualquer modificação significativa no orçamento de um órgão somente seja permitida com a apresentação do conjunto de análises em profundidade necessárias para a percepção e avaliação de uma intervenção relevante (análises essas que, na proposta de generalização, seriam exigidas para contemplar todos e cada um dos programas, o que seria irrealizável). Essa solução permitiria que o trabalho de análise de políticas públicas fosse direcionado para as reais prioridades de cada departamento ou área de política. A própria escolha política dessas prioridades ocorre num contexto bastante fluido de ambigüidade relativa aos fins, da falta de dados para projetar estimativas acuradas de custos e conseqüências e da incerteza com respeito ao alcance esperado de possíveis mudanças – contexto que se choca frontalmente com as exigências de clareza e objetividade padronizadas necessárias para a definição de uma estrutura programática nos moldes clássicos de um orçamento-programa generalizado.

No âmbito concreto do Plano Plurianual (PPA) brasileiro, a seletividade encontra importantes vozes de apoio. Core (2006, p. 260)

alerta para a necessidade de “ampliar o conteúdo estratégico do plano”, selecionando os problemas que realmente devem ser enfrentados e um subconjunto dos programas previstos no PPA que poderiam ser tratados individualmente para gestão (inclusive com gerentes específicos), ficando os demais integrados ao fluxo de produção normal da estrutura administrativa permanente. Rezende (2011, p. 205) sustenta que o PPA deveria conter “um número reduzido de programas, associados aos objetivos estratégicos do plano”, assegurando a continuidade na sua execução “mediante garantias de inclusão dos recursos necessários para isso nos respectivos orçamentos anuais”. De forma ainda mais precisa, defende para o PPA “conter um número reduzido de programas, que de fato refletissem as prioridades de cada administração para o respectivo mandato, especificar as metas previstas e apresentar, de forma resumida, os recursos a serem empregados para que seus propósitos sejam atingidos” (REZENDE, 2011, p. 213)⁵³⁷. Sanches (2007, p. 58), mesmo defendendo a abrangência universal do PPA, lembra que, para que este seja capaz de tornar-se um real instrumento de escolhas, não pode enumerar senão “um certo número de projetos prioritários por setor de governo” (e não uma lista exaustiva e, como tal, sem significado alocativo). Garcia (2015, p. 76-77), após advertir que todo PPA lançado foi sucedido imediatamente por um programa de ação seletivo que expressava as prioridades reais do novo governo, preconiza que o

⁵³⁷ Essa posição representa uma considerável revisão de posição anterior do mesmo autor que então atribuía ao PPA às funções de um “quadro de cenários” proveniente de um exercício de prospectiva (MATUS; HUERTAS, 1996, p. 12-13) sobre as possibilidades de desenvolvimento de longo prazo:

Assim, o PPA deveria ser substituído por um Plano Estratégico com horizonte superior a uma década, construído a partir de um exaustivo diagnóstico dos problemas e submetido a um amplo processo de discussão com a sociedade brasileira. O objetivo desse plano não seria amarrar as decisões orçamentárias e sim fornecer o pano de fundo que permitiria apreciar vantagens e desvantagens das escolhas a serem feitas com respeito à alocação dos recursos públicos. Para evitar que um plano dessa natureza seja visto como uma camisa de força que impediria mudanças de prioridades diante da transição política, ele contemplaria cenários distintos e explicitaria as consequências de escolhas a serem feitas para o atendimento de metas a serem alcançadas.

Nessa perspectiva, cada administração teria a liberdade para propor suas prioridades e definir quais áreas e metas em que pretendem concentrar sua atenção, dispondo a sociedade de elementos para influenciar nesse processo por meio de seus representantes no Congresso Nacional. Essas prioridades e metas seriam definidas em uma nova Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) que, à diferença do que ocorre hoje, abarcaria o horizonte temporal de cada mandato presidencial e estaria em sintonia com a Lei de Responsabilidade Fiscal. (REZENDE, 2009, p. 24)

PPA divide-se em dois grandes segmentos: um conjunto de programas e ações que contemple as atividades governamentais rotineiras, estruturadas (que são via de regra, obrigatórias), organizadas na forma de um orçamento-programa clássico; e um segundo módulo que concentre o tratamento analítico extensivo dos poucos problemas de alta complexidade entendidos pelo governo como prioritários e merecedores de enfrentamento estratégicos, os quais seriam abordados em profundidade no que tange às causas, operações e recursos orçamentários e não orçamentários a serem mobilizados⁵³⁸. Guardia (1992, p. 72) pede também uma relativa seletividade para que as diretrizes, objetivos e metas restrinjam-se às ações de governo que contemplem direcionamento econômico, político e social do plano, evitando-se detalhamento excessivo.

Este ambicioso objetivo de conciliar os dois aparentemente contraditórios movimentos de cobrir a totalidade das macrodecisões e ao mesmo tempo tornar viável a identificação e consequente gerenciamento intensivo das prioridades somente poderá ser alcançado, portanto, com a utilização seletiva de diferentes níveis de decisão e detalhamento no plano – assemelhando-se à sua divisão por segmentos com alvos diferentes, como a proposta de Sanches

⁵³⁸ O plano de governo é sempre seletivo. Não se deve esquecer que, desde o primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, cada PPA foi imediatamente sucedido por um seletivo programa de ação, que expressava prioridades de cada governante. A administração pública, por sua vez, tem de lidar com expressivas frentes de ação, a maior parte destas de natureza rotineira, estruturada e, quase sempre, referente à manutenção de conquistas sociais ou a problemas de ordem gerencial. São ações que ao governante não é dada a opção de não as fazer. Pode realizá-las mal ou bem, integral ou parcialmente, com maior ou menor intensidade, mas tem de fazê-las: a manutenção da rede viária, das escolas públicas e da rede pública de saúde; o pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais, do funcionalismo e do serviço da dívida pública; entre muitas outras. Todas essas tarefas ordinárias poderiam constar de anexo do PPA, organizadas como programas, com operações, ações orçamentárias e não orçamentárias, metas, indicadores e gerentes, submetidas a rigoroso monitoramento e avaliações necessárias, para as quais se exigiriam máxima eficiência, eficácia, qualidade e oportunidade.

O corpo principal do PPA seria dedicado aos poucos problemas de alta complexidade – e ameaças e oportunidades identificadas e merecedoras de constarem do plano –, demandantes da atenção, da criatividade e do julgamento estratégico da Presidência da República. Teriam sua escolha justificada e para cada problema haveria um programa. Todos os problemas receberiam tratamento analítico situacional, permitindo chegar-se às suas causas críticas; a estas seriam endereçadas operações contendo as ações necessárias e suficientes ao seu eficaz enfrentamento. Todas as ações de natureza não orçamentárias concebidas seriam devidamente apresentadas. Os recursos orçamentários necessários à execução de tais programas seriam detalhados no volume principal deste plano. (GARCIA, 2015, págs. 76-77)

(2007, p. 57), que já descrevemos. De fato, é comum na literatura a advertência de que os instrumentos de planejamento necessitam operar simultaneamente em dois níveis, coordenados entre si: o nível mais amplo do posicionamento estratégico do governo⁵³⁹ e o nível de gestão operacional⁵⁴⁰. A esse respeito, é muito sugestiva a identificação do problema feita em 2016, no bojo de uma avaliação do processo de planejamento quadrienal adotado por alguns departamentos federais norte-americanos, na qual se aponta que a eventual ocorrência de “fadiga de planejamento estratégico” (esgotamento dos esforços de planejamento antes de traduzir seus resultados em dimensões operacionais concretas) leva a que os direcionamentos obtidos transformem-se em pouco mais que retórica:

Recommendation Three: Top departmental leadership and managers of quadrennial reviews should clearly connect reviews to operational planning.

The quadrennial reviews analyzed in this report have generally served more as mechanisms for evaluating long-term trends, considering future scenarios, understanding capabilities, and developing broad vision statements than as mechanisms for generating actionable plans. That would be fine if agency officials subsequently devoted sufficient attention to the translation of quadrennial review ideas into strategic plans and more specific programmatic guidance. But strategic planning fatigue often sets in after the completion of a quadrennial review and the effort to operationalize the review’s ideas is often rushed and far less robust than the review process.

Top departmental leadership and managers of quadrennial reviews should create a calendar for

⁵³⁹ Identificado como “planejamento diretivo” (MATUS, 1987, p. 169) ou “nível macroeconômico” (MARTNER; MATTAR, 2012, p. 150-151).

⁵⁴⁰ O “planejamento operacional” (MATUS, 1987, p. 169) ou a “gestão dos programas” coordenando as ações dentro do orçamento tradicional e aquelas envolvendo o Estado e os entres descentralizados ou empresas estatais (MARTNER; MATTAR, 2012, p. 150-151).

the reviews that allocates substantial time to both strategic assessment and operational planning. For instance, they could allocate nine months to strategic assessment and nine months to translation of the assessment results into an agency strategic plan and more specific programmatic and operational guidance for particular agency components. (TAMA, 2016, p. 24)

Por conseguinte, qualquer proposta de reconstrução do PPA como instrumento terá de considerá-lo como um ser de várias faces: uma delas tem de ser destinada a traduzir a visão política da estratégia de enfrentamento dos problemas (na visão de Matus), ou seja, dos movimentos centrais de transformação que uma determinada pauta governamental pretende promover no desenvolvimento e na sociedade (podendo essa face ser entendida, ao menos num sentido metafórico, como a “tradução em planos concretos do programa do candidato que venceu as eleições”). Outra face, porém, precisa abordar o problema material de coordenação das ações do governo, que terá de ter respostas independentemente das prioridades governamentais, uma vez que toda a máquina administrativa continua a funcionar e receber demandas da sociedade. Esta face diretamente operacional pode, ela também, ser organizada seletivamente, concentrando esforços de gerenciamento em pontos escolhidos como mais críticos ou importantes e deixando o microgerenciamento do conjunto residual de atividades governamentais para os níveis administrativos mais baixos (desde que o impacto global dessa atividade inercial seja considerado quando da distribuição de recursos organizativos e materiais). No caso brasileiro do PPA, tendo em vista a previsão constitucional da existência de vários planos setoriais ou regionais que também orientam a gestão pública nas suas respectivas esferas de ação, o plano global também teria de ter uma face institucional, contendo regras de integração dos demais instrumentos (de natureza preferencialmente obrigatória) voltadas a impedir que a elaboração dos planos venha a ser feita desconsiderando o PPA, e vice-versa⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Idealmente, uma parte dessas regras de integração estaria registrada numa lei de caráter permanente sobre as instituições de planejamento e orçamento, como a longamente ansiada lei complementar exigida pelo art. 165, §9º, da Carta Magna.

A imprescindível integração plano-orçamento

Da seção anterior decorre a absoluta imprescindibilidade de que qualquer instrumento concreto de planejamento contenha em si um forte componente de integração plano-orçamento, ou seja, que consiga traduzir – inclusive quantitativamente – a dimensão financeira do que se planeja: qualquer plano de ação que não apresente os meios materiais para atingir seus objetivos é uma mera declaração de intenções. O orçamento não representa a totalidade dos meios de ação governamental, mas sem orçamento um plano governamental é puro exercício literário – e a experiência histórica do planejamento latino-americano é a de que a dinâmica da decisão orçamentária mostrou-se por vezes um dos mais severos pontos de veto aos esforços de planejamento, por forçar a alocação de recursos para finalidades distintas daquelas preconizadas no plano (LAVALLE, 2011, p. 41)⁵⁴². Isso vale tanto na dimensão estratégica do plano – pois o enfrentamento dos macroproblemas condiciona e é condicionado pelos fluxos macroeconômicos decorrentes da ação do governo na política econômica, e muito particularmente pelos agregados fiscais – quanto na dimensão operacional – dado que as intervenções concretas previstas no plano para cada problema ou responsabilidade estatal dependem da existência dos recursos materiais para tanto, e essa existência depende da consistência das decisões de distribuição de recursos para a totalidade das ações e entre cada uma delas. Ao comentar os motivos para a tentativa de vincular o orçamento ao plano no PPA 2000-2003, Santos (2011, p. 315) propõe que um dos mais importantes seria “garantir o orçamento necessário para a materialização dos desejos expressos no plano”. Já Guardia (1992, págs. 66), antecipando problemas com o modelo

⁵⁴² Dentro de este tercer conjunto de factores negativos deben destacarse las prácticas presupuestarias. La elaboración y las decisiones de presupuestos tienen de por sí suficiente complejidad y siguen procedimientos normalmente avalados por larga tradición. No era fácil que las instituciones públicas admitieran la aplicación de nuevos criterios, particularmente si estos redundaban en menores recursos asignados. Estos criterios se fundamentaban en la consistencia global y la proyección nacional de las distintas actividades y podían entrar en colisión con intereses particulares de sectores sociales, regionales y productivos. En tal caso, se argumentaba para demostrar su legitimidad aunque contradijeran los propósitos del plan. El resultado más frecuente fue que la elaboración de los presupuestos se mantuvo alejada de los sistemas de planificación a pesar de las leyes y normas que establecían que debía haber coordinación y consistencia entre presupuestos y planes. (LAVALLE, 2011, p. 41)

de PPA recém-aprovado na Constituição, alertava que sem uma conexão bem definida entre essas duas dimensões prévia um PPA que seja obstáculo para investimentos nele não especificados formalmente (como decorreria de uma interpretação literal da Constituição) corre o risco de terminar listando um rol total de despesas que seriam incompatíveis com a real capacidade fiscal de gasto. Mais ainda, as duas dimensões (estratégica e operacional) influenciam-se reciprocamente: a experiência da CEPAL dos anos 1960 já apontava que qualquer consistência da intervenção microeconômica do orçamento depende da sua conexão (individual e agregada) com as metas econômicas do setor público e privado, o que exige uma clara conexão plano-orçamento (MARTNER; MATTÁR, 2012, p. 95-96⁵⁴³ e 106).

Naturalmente, um plano não é um orçamento, e vice-versa. Como muito bem lembra Santos (2011, págs. 325-326), há mais no plano do que a decisão orçamentária: por exemplo, existem problemas de política que não têm uma dimensão diretamente de gasto, mas que são componentes essenciais de um programa de transformação social induzida pela ação de governo (tais como uma política de equidade tributária, ou a institucionalização de processos decisórios mais democráticos ou participativos); além disso, a dimensão territorial da ação pública faz com que gastos monetários iguais tenham resultados muito diferentes quando aplicados a regiões diferentes. De outra parte, as microdecisões que o orçamento veicula não são necessárias para a visualização de prioridades e objetivos que deve alcançar o plano (ao contrário, persegui-las impede o plano de concentrar-se em seus propósitos essenciais).

Do ponto de vista de implementação, essa conexão plano-orçamento depende da especificação operacional no plano e no orçamento de estruturas de organização e informação que sejam compatíveis entre si, ou “modulares”, com componentes diferenciados entre si (preservando a natureza de cada um), mas com

⁵⁴³ Por otra parte la formulación del presupuesto del sector público implica una definición muy detallada y precisa de las acciones que para el año siguiente va a realizar el gobierno, estipulando metas físicas cuando corresponda, y en todo caso los costos y requerimientos de insumos de cada uno de los programas presupuestarios. Por lo tanto, la formulación de dichos presupuestos requiere, como antecedente fundamental, la formulación relativamente detallada de las acciones para el año siguiente de la economía en su conjunto, como forma de coordinar las metas del sector público y del sector privado dentro de un marco de política económica concordante. (MARTNER; MATTÁR, 2012, p. 95-96).

pontos de contato que permitam uma correspondência precisa entre ambos os instrumentos (CORE, 2006, p. 249). Neste sentido, os conceitos utilizados para construção do orçamento-programa a nível orçamentário já se encontram definidos com razoável precisão (e incorporados, de alguma forma, ao repertório de práticas e regras estabelecidas na administração brasileira); sendo orientados em torno da busca de produtos e resultados, e estruturados segundo módulos bem definidos, são também de fácil integração com metodologias de planejamento global, como o Planejamento Estratégico Situacional (PES) de Carlos Matus (CORE, 2006, p. 250). Portanto, talvez não seja necessário reinventar a roda: a estrutura de classificação por programas, tantas vezes descartada como obsoleta ou formalística, parece ainda ter o potencial de servir como engrenagem básica de um exercício de integração do conjunto do plano com a totalidade do orçamento, bem como da conexão micro-gerencial de componentes individuais de ambos⁵⁴⁴.

A questão dos prazos

Como parte das críticas gerais ao modelo de PPA, um tema frequente de debate é a adequação ou não do horizonte temporal atribuído aos componentes do sistema. Atualmente, no âmbito federal, o PPA tem vigência de quatro anos, estendendo-se do segundo ano de um mandato do chefe do Executivo ao primeiro ano do mandato subsequente; deve ser proposto pelo Executivo ao Congresso até o dia 30 de agosto do primeiro ano do mandato presidencial e devolvido para sanção até o final de dezembro (mesmos prazos do projeto de lei orçamentária para o exercício

⁵⁴⁴ Pese a crítica de Santos (2011, págs. 326-327) de que “Programa, produto de ação e localizador de gasto (subtítulo) não conseguem, considerando as atuais formalidades e o modo como são construídos, mediar a relação entre plano e orçamento”. Deve-se ressaltar que esta crítica dirige-se a um modelo da “reforma gerencial” que pretendeu abarcar todo o orçamento (exceto as “operações especiais”) com o mesmo mecanismo de concepção e gestão de programas, e que pretendeu inserir a essa mesma totalidade no PPA por meio de uma listagem indiferenciada de todos os programas e ações dentro do plano (listagem esta que consistia no elemento principal do próprio PPA). Deve-se ter em conta a diferença conceitual entre os objetos sob avaliação: uma coisa é esse “pacote” historicamente concreto de utilização do orçamento-programa na “reforma gerencial”; outra será o instrumento conceitual/analítico do programa em si mesmo (passível de adaptação e utilização em outras circunstâncias).

seguinte), enquanto a LDO correspondente a esse primeiro ano de vigência do PPA (o segundo do mandato) deve ter sua proposta encaminhada até 15 de abril do mesmo ano e aprovada até o final do mês de julho desse ano⁵⁴⁵.

Essa sequência temporal é defendida por Sanches (2013, p. 292) em razão de que a discussão e aprovação do plano só são possíveis após a posse do novo governo, enquanto a continuidade administrativa recomenda que o governo entrante tenha que dar continuidade às ações em andamento. Esta última característica de continuidade administrativa é contestada por Mendes (2008, p. 7-8), alegando que a execução por um governo recém-eleito do PPA do governo anterior é de difícil execução em termos políticos, dada a expectativa suscitada pela sua recente eleição, resultando em que o primeiro ano de governo termina sendo de “arrumação da casa” para adaptação às prioridades e escolha dos novos administradores, ignorando o PPA ainda formalmente vigente – na prática, não seria indispensável ter um plano articulador de ações desde o primeiro dia de mandato.

Um aspecto desta sequência, no entanto, é unanimemente questionado (REZENDE; CUNHA, 2005, p. 117; MENDES, 2008, p. 6-7; SANCHES, 2007, p. 59): no primeiro ano, o PPA é entregue posteriormente à sanção da LDO que supostamente deveria obedecer-lhe (e esta é quem direcionaria a elaboração da LOA do segundo ano do mandato); caso fosse observada a vinculação hierárquica literal da Constituição (o PPA condiciona a LDO, que condiciona a LOA), o presidente somente teria um orçamento elaborado segundo o seu próprio planejamento no terceiro ano de seu quadriênio no poder. Para isso, Sanches (2007, p. 59) propõe um cronograma de tramitação que forçasse o PPA a ser aprovado antes da LDO do primeiro ano de mandato⁵⁴⁶, e que os fizesse com que os entes subnacionais tenham, ao deliberar sobre seus orçamentos, conhecimento das definições orçamentárias dos entes superiores (de forma a poder incorporar com exatidão os repasses de recursos e transferências por vinculação de receita)

⁵⁴⁵ Prazos fixados no art. 2º, §6º, incisos I a III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até a edição de lei complementar regulamentadora nos termos do art. 165, §9º, I e II.

⁵⁴⁶ Mencionando o exemplo do Distrito Federal, cujas normas legais antecipam a remessa do projeto de lei do PPA para abril do primeiro ano de mandato (p. 30).

⁵⁴⁷. Por sua vez, Rezende (2011, p. 203) questiona o próprio prazo de vigência de quatro anos como muito curto para o horizonte adequado planejamento (que entende ser de mais de uma década, com revisões periódicas para adaptação a novos cenários).

Independentemente do mérito de cada uma das posições, é preciso reconhecer que a dimensão temporal do plano será inteiramente condicionada pela sua natureza e funções: um plano que represente apenas linhas políticas gerais de ação apresentadas em forma discursiva possivelmente não exigiria qualquer cronograma específico, enquanto um plano que pretenda condicionar a especificação de todo o conteúdo do orçamento teria de observar limites temporais muito mais rígidos para que possa ser conhecido antes da elaboração orçamentária. Portanto, qualquer observação relativa ao problema dos prazos terá de ser feita a partir da definição de algum paradigma de PPA como instrumento de planejamento, o que se discutirá adiante.

Buscando tecnologias: o Medium Term Budget Framework – MTBF

As dificuldades na implementação do PPA como instrumento de ordenação do planejamento e de sua vinculação com o orçamento levam a questionar se existem recursos tecnológicos disponíveis na experiência internacional para concretizar esses objetivos. De fato, resulta existir uma concepção de instrumento governamental com crescente adesão internacional que, nos seus diferentes matizes, propõe-se a enfrentar problemas semelhantes a alguns dos que aqui tratamos: os “cenários orçamentários de médio prazo” – na expressão original Medium Term Budget Framework – MTBF⁵⁴⁸ (BITTENCOURT, 2016, p. 59-62;

⁵⁴⁷ Concretamente, propõe que na União o PPA tenha seu projeto enviado até 31 de março do primeiro ano do mandato e tramite por sessenta dias improrrogáveis, a LDO seja enviada até 17 de maio, com tramitação semelhante, e a LOA enviada até 6 de setembro, tramitando também por sessenta dias improrrogáveis; nos estados e municípios, os cronogramas seriam adaptados a datas posteriores a cada uma das datas de aprovação das leis federais, com as datas estaduais antecedendo também as municipais.

⁵⁴⁸ São encontradas também as expressões *Medium Term Expenditure Framework* – MTEF (BITTENCOURT, 2016, p. 59-62; SCHIAVO-CAMPO, 2006; LE HOUEROU; TALIERCIO, 2002) e *Medium Term Fiscal Framework* – MTFF (LJUNGMAN, 2007), que apresentam instrumentos similares com alguns matizes de incorporação ou não de determinadas informações adicionais (para

SCHIAVO-CAMPO, 2006; LE HOUEROU; TALIERCIO, 2002; BRUMBY; HEMMING, 2013; WORLD BANK, 2013). Na origem desses instrumentos, está uma série de problemas que, embora de natureza fiscal, impactam diretamente qualquer intenção de planejamento governamental, e que exigem a ampliação do horizonte para além da decisão orçamentária anual: (i) a existência de grande volume de despesas obrigatórias pesando sobre o Estado faz com que a possibilidade de ajustes na composição da despesa, quer para gestão macroeconômica da demanda, quer para mobilização de recursos com vistas a promover determinada intervenção em política pública específica, fique limitada a uma pequena parcela do orçamento (exigindo medidas continuadas e cumulativas ao longo de vários exercícios); (ii) a necessidade de considerar e garantir a evolução no tempo do perfil das despesas relevantes (a despesa de manutenção da infraestrutura construída, a manutenção do esforço econômico para preservação de direitos sociais fundamentais que são demandas contínuas da população); (iii) a necessidade de credibilidade das projeções econômicas e fiscais, para que não haja insuficiência de recursos em face das necessidades públicas críticas, nem perda do acesso do crédito público aos fluxos voluntários de capitais, e para que as decisões econômicas do setor privado não terminem comprometidas por expectativas incongruentes lançadas pela política pública.

Para tais finalidades, surgiu gradualmente a prática de construção de um cenário de médio prazo para as variáveis fiscais e orçamentárias. Esse cenário é claramente distinto de um orçamento plurianual: forçosamente, deve contemplar um grau de detalhamento moderado das variáveis que contempla, de forma a permitir a visão dos componentes principais. O primeiro elemento do cenário é um conjunto de estimativas macroeconômicas consistentes que permita deduzir as variáveis fiscais e sua interação com a economia (a exemplo de projeções sobre o nível de atividade, o balanço de pagamentos e a política monetária), explicitado em seus valores, resultados e metodologias como forma de reforçar a transparência e a credibilidade dos pressupostos

uma exposição mais detalhada do entendimento mais recente para cada termo, cf. HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 138; e BRUMBY; HEMMING, 2013, p. 219-220). Como a expressão MTBF corresponde com mais precisão à proposta a ser apresentada (por incluir a especificação total ou parcial da distribuição das despesas projetadas por programas), será aqui utilizada sem prejuízo de propostas de adaptação que possam corresponder mais precisamente a algum desses outros conceitos.

fundamentais da política econômica. O segundo elemento do cenário é uma projeção agregada das receitas futuras e dos custos prováveis do conjunto dos programas atualmente existentes (evidenciando os montantes globais das despesas obrigatórias daquelas que, embora sejam projeção de ações hoje existentes, possam ser desmobilizadas em exercícios seguintes), semelhante a um fluxo de caixa plurianual para um horizonte previsível. Essa especificação dos programas na dimensão fiscal pode ser acrescida de uma revisão seletiva da composição de custos dos principais programas⁵⁴⁹, bem como uma apresentação mais detalhada projetando, além das receitas, as despesas de todos os programas (ou grupos de programas similares) no horizonte do cenário⁵⁵⁰. Esta especificação de grandes agregados permite que o governo visualize o conjunto de recursos disponíveis e, se adotar efetivamente o MTBF como instrumento, organize as grandes escolhas alocativas de forma explícita, distribuindo os recursos entre as diferentes finalidades e adaptando os programas e suas metas ao espaço financeiro disponível. Idealmente, o conjunto de atividades de preparação de um MTBF permitirá uma série de elementos importantes para a atividade do planejamento: dar a conhecer ao governo e ao legislativo o impacto fiscal total em um cenário multianual de uma nova política ou programa antes de sua adoção⁵⁵¹, bem como informar com antecedência o custo e a sustentabilidade das políticas atualmente existentes⁵⁵²; evidenciar de forma mais nítida as escolhas e prioridades que estejam sendo adotadas no nível agregado e informar o montante total

⁵⁴⁹ Recurso que demanda mais tempo e investimento, além da cooperação dos ministérios setoriais (OPM, 2000, p. 3)

⁵⁵⁰ Esta opção por detalhar programa a programa tem sido objeto de críticas por alguns casos malsucedidos que equipararam o instrumento a uma replicação do esforço orçamentário anual (SCHIAVO-CAMPO, 2006, págs. 238-241), sendo considerado mais comum – especialmente no âmbito das economias desenvolvidas – a opção pela apresentação da apenas alocação global das despesas. Esse detalhamento por programas é usualmente entendido como o fator *que diferencia um MTBF (“budget framework”) de um MTEF (“expenditure framework”)* (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 138)

⁵⁵¹ Especialmente importante para lidar com “rolagens” de programas, ou seja, o expediente de comprometer despesas com as fases iniciais de um determinado projeto ou programa cuja despesa já se sabe que virá a aumentar sensivelmente ao longo de seu ciclo de vida, na expectativa de que o fato consumado force o Tesouro a manter a sua continuidade em detrimento de outras operações (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013 p. 140)

⁵⁵² Permitindo orientar a adoção mais tempestiva de medidas corretivas (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013 p. 140).

disponível para as despesas públicas ao longo dos orçamentos seguintes – e portanto o inexorável limite para as escolhas que terão de ser feitas⁵⁵³ (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 140-141). Brumby e Hemming expõem de forma muito nítida a necessidade de que a adoção de instrumentos associados ao cenário de médio prazo esteja integrada a uma estratégia de planejamento mais abrangente:

With both an MTBF and MTPF, fitting agency spending plans into the resource envelope is informed by sector strategies. However, unlike a spending agency that has to focus on priorities within a sector that it understands well, the finance ministry will be faced with having to make judgments and recommendations about priorities across sectors. High-level guidance will often be needed on this, and it would be best if this were provided through some sort of national planning or development strategy endorsed at the highest policymaking levels (e.g., by the head of government, cabinet and parliament). However, this is a weak point in many MTEFs, in that either such a strategy does not exist or, where it does, it is an unconstrained wish list that is quite unhelpful in guiding budget decisions. (BRUMBY; HEMMING, 2013, p. 225).

382 383

Naturalmente, a aplicação significativa do instrumento do MTBF depende da sua adoção como regra de decisão, e não apenas como exercício de projeção especulativa. Caso as decisões alocativas fixadas no MTBF sejam recolocadas a cada momento no jogo orçamentário anual, o instrumento não terá qualquer papel organizador na fixação de prioridades, nem na distribuição de recursos – em outras palavras, não terá qualquer utilidade na vinculação entre plano e orçamento. Neste sentido, as alocações do MTBF devem ser vistas, na maior extensão possível, como tetos (sempre) para programas ou itens de despesa, mas também pisos (em alguns casos) que garantam a alocação das prioridades

⁵⁵³ E tais escolhas serão feitas de alguma maneira, quer de forma deliberada e transparente, quer de maneira opaca no jogo de pressões orçamentárias de curto prazo.

previamente escolhidas diante das pressões de todas as demais⁵⁵⁴ – o que não impede que tal distribuição de recursos seja compatibilizada com os meios disponíveis para o controle das flutuações agregadas da disponibilidade de recursos⁵⁵⁵. De um levantamento entre 24 economias avançadas, sete utilizam MTBFs vinculantes que estabelecem diferentes graus de condições impositivas sobre o perfil de gasto dos orçamentos que abrangem, enquanto 11 utilizam cenários de natureza indicativa que, embora utilizados como documentação de suporte para as decisões orçamentárias, não têm força vinculante. A maioria dos MTBFs (e instrumentos similares) termina por integrar-se fortemente no processo orçamentário, obrigando a discussão anual de receitas e despesas a tomar por parâmetro suas projeções plurianuais; outras implementações limitam a discussão plurianual a determinadas categorias de gasto – deixando outras para serem definidas ano a ano – ou mesmo separando totalmente os processos decisórios do cenário de médio prazo e do orçamento; estas abordagens parciais, no entanto, têm mostrado impacto muito limitado no apoio à priorização de políticas e formulação de escolhas (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 145 e 156⁵⁵⁶).

A cobertura do MTBF, em termos das despesas que abrange, varia em função das escolhas de cada país e da forma inversa ao grau de detalhamento das alocações nele contidas: aqueles que pretendem detalhar o cenário por ministérios ou por programas tendem a retirar mais despesas tidas como imprevisíveis ou alheias à possibilidade de gestão governamental direta, tais como

⁵⁵⁴ Uma revisão – bastante crítica – da aplicabilidade da experiência dos MTEFs aos países em desenvolvimento salienta como um dos principais benefícios que pode oferecer essa tecnologia (capaz de aumentar a probabilidade de sua aceitação), e que parece ter ocorrido em países como a África do Sul, é exatamente a possibilidade de aumentar a previsibilidade da alocação de recursos em áreas claramente definidas como prioritárias, a expensas de outras de menor prioridade (OPM, 2000, p. 3)

⁵⁵⁵ Em outras palavras, um MTBF não seria incompatível com uma limitação prudencial de movimentação de empenho como prevê o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) – embora se espere que o seu componente de cenário macroeconômico contribua para reduzir a ocorrência de flutuações imprevistas. A grande diferença seria a fixação explícita, no próprio MTBF, de regras que garantiriam a manutenção das prioridades originalmente previstas no cenário, em lugar de reabrir a disputa por recursos a cada medida contencionista.

⁵⁵⁶ Brumby e Hemming (2013, p. 225-227) lembram que se o MTBF for mantido como um processo diferente do processo orçamentário anual representaria um mero acréscimo de tarefas a uma burocracia fiscal já sobrecarregada, sem ganhos adicionais, com resultados em geral decepcionantes.

serviços de dívida, *entitlements* previdenciários, transferências intergovernamentais automáticas ou, até mesmo, no caso do Reino Unido, gastos militares. Muitos mecanismos operacionais de controle de despesa são necessários para assegurar a observância das decisões dos MTBFs, mas há um de especial relevância para o planejamento: a criação de *buffers* ou parcelas de despesas mantidas em reserva como diferença entre o teto de despesas e a soma das despesas autorizadas, com a finalidade de absorver pressões inesperadas e com regras muito restritivas sobre o acesso a tais fundos (de forma a reduzir expectativas e pressões para captá-los como simples aumento posterior de cobertura para finalidades de gasto dos órgãos orçamentários)⁵⁵⁷. Tais reservas podem assumir a forma de alocações explícitas⁵⁵⁸ ou implícitas (estas por meio de parâmetros conservadores de projeção macroeconômica ou de variação de limites), e tipicamente abrangem parcelas entre 1% e 3% da despesa anual (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 154 e 158-159).

Em relação à capacidade brasileira de absorção dessa ferramenta, o Banco Mundial considera que, a partir de 2001, o Brasil já tem características de um *Medium-Term Fiscal Framework* – MTFF, ou seja, de um cenário vinculante de agregados fiscais que determina a disponibilidade de recursos para a despesa orçamentária e fixa tetos de gasto como base para a execução do orçamento⁵⁵⁹ (WORLD BANK, 2013 p. 26 e 135). Já em 2002, uma avaliação da OCDE apontava essa ferramenta, sugerindo que fosse desenvolvida uma desagregação maior espelhando as grandes decisões orçamentárias, e não apenas os agregados fiscais. (BLÖNDAL; GORETTI, KRISTENSEN, 2003, p. 106). Já Afonso

⁵⁵⁷ Em grandes linhas, esse mecanismo de “reservas embutidas” na alocação distribuída por setores ou programas contempla a filosofia de “plano como aposta” do Planejamento Estratégico Situacional de Carlos Matus: preparando um plano, só se pode enumerar algumas possibilidades futuras (não todas), e nem ao menos atribuir probabilidades a elas. Assim, o plano só seria executável se for montado como cenários (“se acontecer isso, faça aquilo”), identificando-se cenários de “teto” e “piso”. Neste sentido é que o plano é uma aposta sob incerteza: monta-se cenários e um plano para cada cenário, escolhendo-se as opções mais pessimistas ou conservadoras, além de antecipar planos de contingência para frustrações dos parâmetros escolhidos (MATUS, HUERTAS, 1996, p. 56-58).

⁵⁵⁸ Já existe no ordenamento brasileiro figura semelhante, a “reserva de contingência” prevista no art. 5º, inc. III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁵⁵⁹ Em função das metas de resultado fiscal constantes da LDO e vinculantes nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

e Barroso (2007, p. 13-14) sugerem que o PPA assumira exatamente esse papel de marco macroeconômico, associando-o a uma lista de programas a serem controlados⁵⁶⁰. Também, Guardia (1992, págs. 67, 70 e 107-108), logo no início da implantação do atual modelo constitucional, propunha para o PPA a fixação de tetos macroeconômicos por categoria ou função, para limitar a disputa por recursos dentro de limites preestabelecidos, sob pena de reverter a “já conhecida prática orçamentária brasileira de ajustar as receitas às despesas”, insistindo em que esse instrumento teria que compatibilizar planejamento finalístico com gestão da capacidade fiscal (então na forma de metas plurianuais de receita, despesa e resultado em nível macroeconômico, as quais – antes mesmo da formalização do modelo de MTEF/MTBF – já eram realidade praticada em países desenvolvidos).

Evidentemente, trata-se apenas de uma ferramenta. Apesar de oferecer alguns recursos já desenvolvidos e testados, está longe de ser panaceia universal para problemas de planejamento e política fiscal: depende de muito investimento em recursos humanos

⁵⁶⁰ Uma reforma da Lei nº 4.320/1964 deve ter como um dos princípios a harmonização e a coerência efetiva entre o PPA, a LDO e a LOA. Ou seja, não se pode incluir na LOA obras que não estejam de acordo com os eixos do PPA e, tampouco, pode-se aprovar um Plano Plurianual (PPA) que não leve em conta a restrição orçamentária.

Um primeiro passo poderia ser transformar o PPA no que é conhecido na literatura de finanças públicas como *hard-budget constraint*. O plano no nível federal poderia conter um plano para a administração da dívida pública, com metas para a relação dívida/PIB e objetivos de carga tributária e gasto público. Dessas metas e dos demais parâmetros orçamentários, derivar-se-ia o resultado primário e, necessariamente, o nominal, a cada ano, para se atingir as referidas metas. As metas para a evolução da dívida – relação dívida/PIB só poderiam ser alteradas em casos previstos na Lei, como recessões fortes ou por maioria qualificada do Congresso. Já as metas para o resultado nominal seriam ajustadas a cada ano em conformidade com as projeções mais atuais dos determinantes da dívida pública. Ao final de cada ano, o Executivo promoveria uma conciliação entre a trajetória observada da dívida pública e a trajetória efetiva, revendo as metas para os anos subsequentes, caso necessário, de maneira a reconduzir a relação dívida pública/PIB à trajetória desejada. (AFONSO; BARROSO, 2007, págs. 13-14).

No que tange a transparência fiscal e da gestão pública, uma primeira medida é dar grande divulgação às metas do PPA e ao acompanhamento periódico destas. O Executivo deve publicar as metas do plano aprovado e a cada ano deve enviar ao Congresso e publicar documento com o acompanhamento das metas. Esse documento deve mostrar o andamento de cada programa, que porcentual já foi executado, se está atrasado ou adiantado e se houve algum problema na consecução dos programas. Ao final do PPA, o Executivo deve mostrar nesse relatório se todas as metas foram atingidas, justificando aquelas que não foram atingidas plenamente. O Congresso, se achar necessário, teria o direito de convocar os responsáveis por cada programa para prestar esclarecimentos adicionais. (AFONSO; BARROSO, 2007, p. 15).

e técnicos, além de um ambiente político capaz de superar as resistências dos interesses aninhados nos modelos tradicionais e de sustentar os ganhos de racionalidade e transparência que possam ser derivados dos cenários de médio prazo (OPM, 2000; SCHIAVO-CAMPO, 2009). No entanto, na medida em que existem os pressupostos mínimos de sua utilização no país, como relatado imediatamente acima, esse recurso pode contribuir para a construção de um instrumento de planejamento.

Elementos-chave para uma alternativa possível

Depois de percorrer os problemas e deficiências da implementação prática do PPA no Brasil, é mister aplicar essas lições na tentativa de desenhar os contornos de uma possível evolução para o futuro imediato, na tentativa de concretizar o plano como instrumento útil ao desenvolvimento e à governança (escapando do atual vácuo retórico em que se perderam os dois últimos PPAs). Qualquer proposta nestas linhas somente poderá ser feita em traços gerais, sem, contudo, abrir mão de objetividade na forma de mecanismos operacionais, tão isenta de adjetivos ou intenções genéricas quanto possível. Se tais linhas gerais tiverem fundamento lógico e prático, poderão suscitar as extensas atividades posteriores de aprofundamento e construção prática que são indispensáveis ao sucesso de qualquer iniciativa no campo da gestão pública.

386 **387**

As linhas gerais

Esta proposta seguirá o desenho geral antecipado por Sanches (2007, p. 57) de um PPA contendo componentes distintos, mas interdependentes, interligados pela estrutura informacional comum do “programa”. Propõe-se que um novo PPA, quando plenamente desenvolvido, contenha em si⁵⁶¹:

- a) Uma modelagem econômica e fiscal inerente a todas as modalidades de cenário de médio prazo (MTEF/MTBF/MTFF), com

⁵⁶¹ Ao afirmar que “o PPA conterà em si” tais elementos, sugere-se em homenagem aos princípios orçamentários da unidade e universalidade que a lei que o veicular apresente todos esses elementos, naturalmente utilizando-se de anexos, quadros e outros recursos adequados a cada estrutura de informação que se estiver submetendo ao parlamento para deliberação .

um conjunto de estimativas macroeconômicas consistentes que permita deduzir as variáveis fiscais e sua interação com a economia (a exemplo de projeções sobre o nível de atividade, o balanço de pagamentos e a política monetária), explicitado em seus valores, resultados e metodologias, e gestado a partir das decisões dos formuladores das políticas econômicas, resultando em projeções plurianuais agregadas de receitas e despesas que serão vinculantes para os orçamentos dos três anos seguintes⁵⁶²;

b) Um plano geral de governo e desenvolvimento elaborado segundo uma metodologia escolhida para esse fim (preferencialmente baseada nos conceitos do Planejamento Estratégico Situacional de Carlos Matus) que:

b.1) Identifique os principais desafios da ação de governo e traduza-o em problemas intersetoriais, cuja solução se articula por meio de programas;

b.2) Construa os programas desse módulo nos moldes do orçamento-programa tradicional⁵⁶³ e desdobrados em ações, com todos os elementos informacionais e gerenciais que já se desenvolveram para o modelo de gerenciamento dos PPAs da “reforma gerencial” (tais como indicadores, objetivos, gerentes específicos para os programas e as ações, etc.), cujas medidas envolvam todo o leque de ações em mãos do governo federal (gastos orçamentários, tributação, renúncias de receita, intervenção de empresas estatais e bancos públicos, mudanças institucionais e regulatórias, articulação com outros entes federativos e indução/coordenação de investimentos privados); as ações devem individualizar os projetos (a exemplo de obras, projetos de desenvolvimento tecnológico ou organizacional, implantação de sistemas, etc.) considerados prioritários para a consecução dos objetivos dos programas⁵⁶⁴;

⁵⁶² A questão da eventual necessidade de atualização dessas projeções será discutida logo adiante.

⁵⁶³ A menção a “orçamento-programa” envolve, adicionalmente, a continuidade lógica e coordenada dessa estrutura de informação e gerenciamento ao longo do ciclo, até a Lei Orçamentária Anual (LOA). Sanches (2007, págs. 73-75) propõe uma interessante extensão desse gerenciamento na forma de um “demonstrativo de programa de trabalho” simplificado (exigível durante a elaboração e execução da LOA) que resume o conjunto de elementos humanos, físicos e financeiros alocados e aplicados a um programa de trabalho e suas ações, como as respectivas metas finalísticas mais detalhadas.

⁵⁶⁴ Nesse ponto, os programas prioritários estão apresentados em termos da formação de resultado; o grau de detalhamento da despesa (e portanto o encaixe com a alocação orçamentária) será abordado no item “c” adiante.

- b.3 – Estabeleça outras diretrizes, prioridades e metas de caráter qualitativo que devam aplicar-se em caráter sistêmico ou setorial a toda a ação de governo.
- c) Uma programação plurianual de despesas, compatível com o envoltório fiscal desenvolvido no primeiro módulo de cenários macroeconômicos, vinculando para os três anos seguintes a totalidade dos orçamentos fiscal e da seguridade social, desagregados em:
- c.1 – Programas relativos a despesas obrigatórias e automáticas (como dívida pública, obrigações previdenciárias, etc.), no maior detalhamento existente (no mínimo, a nível de ações que contemplem cada subtipo dessas obrigações, como o respectivo fundamento legal);
 - c.2 – Programas prioritários desenvolvidos no planejamento estratégico anteriormente mencionado (item “b”), e respectivas ações, individualmente considerados;
 - c.3 – Programas relativos às demais despesas da administração federal, colocadas com a desagregação desejada pelo governo para fins gerenciais (não sendo obrigatório o seu desdobramento em ações)⁵⁶⁵;
 - c.4 – As reservas consideradas necessárias para absorver eventos imprevistos de receita e despesa mantendo as despesas obrigatórias e os programas prioritários.
- d) Um módulo de regulação institucional do papel, da amplitude e dos níveis de detalhamento dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos no art. 165, § 4º, da Constituição, bem o conteúdo concreto da sua participação no objetivo de planejamento integrado contido no art. 174 constitucional; em outras palavras, os termos em que os planos de governo atingirão a exigida “consonância com o PPA” e as condições para que suas disposições condicionem os demais planos e, inversamente, os demais produtos de planejamento sejam considerados na elaboração de futuros planos plurianuais.

⁵⁶⁵ Portanto, o montante global de cada um dos programas desse grupo tem de ser quantificado, mas não necessariamente por ações; pode ser desagregado apenas por ministérios, ou por “Grupo Natureza de Despesa”, ou por outro critério considerado adequado do governo. Estar-se-á fazendo, conscientemente, um orçamento incremental sob a moldura contábil dos programas como categorias de classificação. Esta programação, por representar uma desagregação na projeção do orçamento de despesa segundo critérios programáticos ou organizacionais, e não mais apenas dos agregados, faz com que o instrumento sugerido aqui passe a guardar semelhança com o *Medium-Term Budget Framework – MTBF*, a versão dos instrumentos de médio prazo que foi mais detalhadamente tratada na seção anterior.

O desenvolvimento dos programas estratégicos de que trata o item “b” representa a natureza de seletividade do PPA: nesta etapa, organizam-se com grande intensidade de planejamento e gerenciamento apenas os programas considerados prioritários pelo plano geral de governo. Trata-se de concentrar os recursos organizacionais (e, como se verá adiante, financeiros) nas prioridades identificadas, enunciadas e debatidas com o Congresso Nacional, debate este que já terá tido como etapa prévia a discussão do espaço fiscal por meio da modelagem econômica que representa o primeiro componente da concepção da proposta. Neste sentido, a concepção programática tem de ser levada a extremos: todo o conjunto de recursos mobilizado para as prioridades necessita ser mapeado na máxima extensão possível, o que implica inclusive em incorporar nesses programas as parcelas de custos fixos que lhes são imprescindíveis (como pessoal e despesas gerais), o que exigiria romper – nesses casos específicos – com a inércia de criar programas administrativos genéricos e neles carregar praticamente todas as despesas fixas⁵⁶⁶.

O elemento possivelmente mais complexo desse instrumento seria a programação de despesas prevista no item “c”. Em relação a ela, propõe-se que cubra todo o montante de despesas orçamentárias, para deixar clara a formulação das escolhas de alocação de recursos. Sua vinculação estende-se pelos três anos seguintes e representa a chave da proposta de elevar a previsibilidade dos recursos para as frentes prioritárias de ação.

A fixação das despesas obrigatórias e automáticas (item “c.1”) tem um caráter de teto, embora sua natureza implique na necessidade de contemplar alterações em função de fatores imprevisíveis (o que significa que tais tetos podem ser eventualmente superados pela evolução de variáveis externas, como a dinâmica populacional, mas impediriam medidas deliberadas que alterassem as opções de políticas no sentido de elevação da despesa). O papel da especificação segregada das despesas obrigatórias é crucial na transparência do plano: qualquer tentativa de subavaliar essas despesas para simular um espaço fiscal inexistente que garanta a inserção de intenções de gasto não sustentáveis ⁵⁶⁷ ficaria mais

⁵⁶⁶ Possibilidade já discutida em Garcia (2000, págs. 30-32), inclusive com propostas desenvolvidas de soluções relativamente simples de rateio de custos com essa finalidade.

⁵⁶⁷ Estratégia clássica reconhecida na teoria orçamentária e recorrente no jogo orçamentário brasileiro (BITTENCOURT, 2016^a, págs. 163-177).

fácil de ser detectada, além do ganho (em relação à situação atual) de se ter um rol exaustivo desse tipo de despesas.

A fixação das despesas dos programas prioritários tem um caráter tanto de teto como, parcialmente, de piso: cada ação prioritária deve ter um montante mínimo assegurado para cada exercício, bem como regras específicas que estabeleçam como se fará a redução de suas alocações no caso de redução do espaço fiscal⁵⁶⁸ frente aos cortes em outras áreas de despesas.

As reservas orçamentárias, como visto no estudo dos MTBFs, têm um papel essencial nesse aumento da previsibilidade do financiamento das prioridades: servem como uma primeira linha de defesa para absorver as reduções inesperadas de disponibilidades. O PPA deve conter regras bastante previsíveis que especifiquem as proporções de incidência das eventuais limitações de empenho e movimentação financeira, ou outros cortes que sejam compatíveis com o ordenamento jurídico, sobre os programas prioritários *vis-à-vis* as demais despesas⁵⁶⁹, bem como o sequenciamento na utilização das reservas ao longo do tempo.

Já o restante das alocações orçamentárias pode ser distribuído na forma considerada mais adequada pela estratégia de gestão: por tipo de despesa (pessoal, administração geral, investimentos), por órgão, ou inclusive segregando programas e ações individuais aos quais o governo deseje aplicar os mesmos critérios de gerenciamento que os programas prioritários. Pode, inclusive, contemplar uma estrutura programática específica para cada um dos planos setoriais ou regionais que pretender desenvolver, dando assim um conteúdo material às ações neles preconizadas. Desta forma, não se sobrecarrega o sistema administrativo com a exigência de desenvolver critérios e práticas de gerenciamento intensivo para a totalidade da despesa, o que excederia a capacidade institucional da administração federal (como já se verificou nas experiências do modelo de “reforma gerencial”) – sem prejuízo de manter um controle mínimo sobre o seu montante global, permitindo-se ao governo de turno suscitar os parâmetros de

⁵⁶⁸ Quer por meio da frustração de receitas, quer por meio do aumento imprevisto das despesas obrigatórias além da capacidade de absorção das reservas orçamentárias.

⁵⁶⁹ Isso significa transformar uma prioridade nominal em prioridade efetiva: não se submete cada projeto prioritário ao jogo incrementalista de curto prazo cada vez que houver restrição fiscal, mas – ao contrário – fixam-se regras específicas de proteção a essas prioridades, que não são renegociáveis a cada nova conjuntura política.

previsibilidade (entre ministérios, ou entre áreas de governo, ou entre problemas) que desejar frente ao jogo orçamentário anual.

Fica claro que está preservado o papel do “programa” na integração plano-orçamento; do lado do plano, ele é o ordenador das atividades previstas para a superação dos desafios/problemas, oferecendo uma moldura para sistematizar as informações de desempenho naquele subconjunto da ação governamental que se considera prioritário a ponto de merecer o esforço dessa gestão aperfeiçoada; de outro, ele é um classificador contábil-orçamentário que permite organizar as projeções do cenário de médio prazo de forma tal que fiquem individualizadas as prioridades (que traz ordenadas do PPA) e os diferentes grupos de despesa que correspondem a diferentes tratamentos em termos de alocação plurianual de recursos (além de poder veicular a individualização dos planos setoriais, regionais ou de outra natureza que sejam formulados, garantindo-lhes uma base informacional para a “compatibilidade” ou “consonância” com o PPA tal como exigido na Constituição). Outro ponto a ser levantado é a questão das vinculações: o orçamento brasileiro tem diversas exigências de vinculação de recursos que têm de ser respeitadas na elaboração anual; ora, o cenário de médio prazo proposto pode ser feito com uma desagregação que inclua não só os programas/ações, mas também as fontes e outros marcadores contábeis que permitam rastrear os resultados agregados das vinculações de recursos. Neste sentido, um PPA como o proposto facilita o acompanhamento e planejamento das alocações em relação ao tratamento das vinculações (uma vez que proporciona um mapa mais agregado dessas origens e destinos, evitando que os debates fiquem perdidos na corrente de detalhamento ao nível de contas individuais).

Resta saber a dimensão temporal de uma ferramenta como esta. A montagem de um cenário de médio prazo (MTEF/MTBF) tem como referência da prática internacional o prazo de um ano inteiro, convivendo com a elaboração orçamentária do exercício seguinte àquele em que é realizada (BRUMBY; HEMMING, 2013, p. 227). Os mandatos presidenciais têm a duração de quatro anos. Uma previsão de um PPA elaborado ao longo do primeiro ano de mandato, com vigência dos cenários vinculantes pelos três anos seguintes, não se afigura desarrazoada: o esforço envolvido em planejar (especialmente nas primeiras implementações, quando

ainda não se tem a capacidade técnico-institucional no quadro permanente) dificilmente permitiria a compressão das tarefas de desenvolvimento do plano para um período menor. Além disso, é pertinente a advertência de Mendes (2008, p. 7-8) de que dificilmente um governo eleito dispõe-se a adotar todo o planejamento do governo anterior no seu primeiro ano, como presume o calendário atual. No primeiro ano de mandato, a prática corrente hoje é a do virtual abandono do PPA anterior (ainda que mantidos alguns grandes números orçamentários), conjugado com um esforço de planejamento sob as novas diretrizes do governo eleito.

Para o primeiro ano do governo seguinte, portanto, o cenário do novo PPA poderia tão somente fixar algumas projeções macroeconômicas agregadas e regras gerais relativas à não interrupção de projetos em andamento, deixando o governo entrante livre para adotar as estruturas gerenciais e alocações existentes ou modifica-las temporariamente durante o primeiro ano⁵⁷⁰. Pode-se argumentar que isso reduziria o horizonte de planejamento de quatro para três anos, retirando a cobertura do PPA para o primeiro ano de governo. No entanto, trata-se de argumento meramente formal: o horizonte atual do planejamento, como demonstrado, é simplesmente zero, já que não existe qualquer ordenação fiscal ou orçamentária dele decorrente; neste sentido, ainda que três anos pareça um horizonte relativamente curto, é bastante mais promissor do que a ausência de planejamento que atualmente se verifica. Além disso, a proposta reconhece um imperativo da realidade, já reconhecido pelo modelo atual: não há possibilidade de elaborar qualquer plano consistente e factível em prazos simbólicos ou excessivamente curtos: os primeiros meses de qualquer gestão são inevitavelmente destinados à organização interna e formulação de estratégias; se acrescenta a vasta abrangência do conteúdo de um PPA federal e a (bem-vinda) necessidade de dialogar e construir consenso sobre ele junto ao Legislativo, um ano parecerá um prazo até mesmo curto para a concretização desse intento.

⁵⁷⁰ Em relação à transição para o novo modelo, um cronograma como esse permitiria que formalmente o primeiro ano de mandato do governante que for implantá-lo já esteja coberto pela vigência de um PPA nos moldes anteriores (o que no atual caso federal tem um sentido exclusivamente formal, pelo efeito irrelevante do PPA atual sobre qualquer aspecto da orçamentação e da gestão).

Limitações da proposta e agenda futura de discussão

Muitos pontos inevitavelmente ficam em aberto a partir desse delineamento geral, e somente será possível resolvê-los a partir de um longo processo de debate e desenvolvimento, caso admitidas as premissas gerais aqui apresentadas. Não se poderia pretender aqui trazer as respostas – ao contrário, se o conceito geral apresentado tiver consistência e praticidade, uma de suas mais importantes consequências será exatamente suscitar esses pontos de uma agenda futura de discussão. Neste sentido, a proposta é apresentada com motivação similar à que Lúcio Costa expressou ao ofertar o Plano Piloto de Brasília:

E se procedo assim candidamente é porque me amparo num raciocínio igualmente simplório: se a sugestão é válida, estes dados conquanto sumários na sua aparência, já serão suficientes, pois revelarão que, apesar da espontaneidade original, ela foi, depois, intensamente pensada e resolvida; se o não é, a exclusão se fará mais facilmente, e não terei perdido o meu tempo nem tomado o tempo de ninguém. (COSTA, 1991, p. 20).

Pensando em termos do modelo apresentado, fica pendente uma das questões mais delicadas e controversas da implantação de planos de desenvolvimento em geral, e dos cenários de médio prazo em particular: a questão da natureza dos valores nele fixados⁵⁷¹. Classicamente, o financiamento dos planos de desenvolvimento e investimento tendia a ser estimado sem a participação das agências governamentais que poderiam assegurar a disponibilidade de receita, e sem considerar a economia política concreta da tributação nas circunstâncias de execução do plano, o que levava rapidamente ao irrealismo das intenções nele demarcadas (MARTNER; MATTAR, 2012, p. 95-98). Problema semelhante ocorre na definição das unidades em que um cenário de médio prazo é formulado: existem experiências de utilizar valores nominais, valores indexados pela inflação, ou valores de produto⁵⁷², e,

⁵⁷¹ Já partindo do pressuposto de que são vinculantes para a elaboração orçamentária anual, como teto e (parcialmente) piso, na forma descrita logo acima.

⁵⁷² Ou seja, o valor no MTBF é o equivalente ao valor necessário à produção de um determinado volume de serviços segundo parâmetros preestimados. Tipicamente, aplica-se aos *entitlements*: o valor alocado no MTBF para o pagamento de aposentadorias é definido pelo volume previsto de aposentadorias multiplicado pelo valor médio fixado para o respectivo benefício.

à medida que se vai de um extremo a outro mais se reduz a incerteza finalística das entregas possibilitadas pelo planejamento, em troca de ver reduzida a precisão numérica dos limites orçamentários (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 153)⁵⁷³. Além disso, fica pendente a extensão da possibilidade de revisão anual desses valores para adaptação a circunstâncias como inflação ou outras variáveis macroeconômicas. Não se tem aqui a pretensão de predefinir uma opção mais adequada a esse respeito: por um lado, o fato de que os orçamentos são elaborados e executados em valores nominais é um forte indutor desse tipo de definição também no PPA proposto; por outro, a distorção que erros na projeção de inflação (outras variáveis como câmbio e preços de *commodities* como petróleo) pode introduzir nos cenários fiscais é de tal monta⁵⁷⁴ que sugere que seja estudada a possibilidade de ao menos parametrizar em função dessas variáveis exógenas alguns dos valores do cenário projetado de receitas e despesas.

Outro tema diretamente relacionado ao planejamento é a capacidade de “projetamento”, ou seja, a capacidade técnica da burocracia estatal de desenvolver e gerenciar projetos concretos de intervenção (obras, sistemas produtivos, processos de inovação, etc.). Essa capacidade é um obstáculo clássico ao processo de desenvolvimento – a CEPAL já falava da “*generación escasa de proyectos*” nos anos 1960, induzidas por certa anomia da política econômica, que caberia ao planejamento romper (MARTNER; MATTÁS, 2012, p. 97); no Brasil atual, tais capacidades desceram

⁵⁷³ *In its most restrictive form, unchanged policy is defined as a nominally unchanged allocation in the medium term. This definition is used as the basis for expenditure covered by the multiannual ministerial ceilings in the United Kingdom and for most subsidy programs in Sweden. In a more accommodating approach, the projected medium-term allocations for unchanged policy are adjusted for parameters such as projected wage and price inflation and demographic factors that affect both the costs and recipient volumes of policies, possibly with a deduction of an efficiency dividend. This approach is used for expenditure in Australia and Sweden. It provides greater certainty to budget actors that policies will be delivered, and puts the onus on policymakers to make explicit policy changes if those policies are becoming too costly, or in Sweden's case, if they are jeopardizing the aggregate expenditure ceiling.* (HARRIS; HUGHES; LJUNGMAN; SATERIALE, 2013, p. 157).

⁵⁷⁴ Escrevendo em contexto de alta inflação, Guardia (1992, p. 73-74) lembra que sem indexação seria absolutamente inviável o funcionamento mínimo de qualquer sistema de planos e projeção fiscal.

a níveis muito baixos⁵⁷⁵. Sem ela, a própria capacidade ordenadora do plano fica muito limitada, pois o PPA pode garantir recursos para projetos que não saem do papel por falta de capacidade de execução, comprometendo toda a lógica do planejamento que dependia dessas entregas. Não será nenhum modelo conceitual de PPA quem resolverá esse gargalo, mas a sua implementação seguramente tem de leva-lo em consideração⁵⁷⁶.

Outro ponto em aberto será a dimensão federativa: é bastante provável que um modelo relativamente sofisticado de planejamento como o aqui proposto seja factível no âmbito federal, mas não possa ser absorvido por todos os entes subnacionais. Sanches (2007, p. 58) já sugere a necessidade de criar procedimentos simplificados para os pequenos municípios. Não há dúvida que a proposta feita para o governo federal não pode ser replicada de imediato para outros entes; a estratégia que parece mais viável, dada a ausência de instrumentos efetivos também nestes entes, seria a de implantar modificações no nível federal e aprender suas lições, derivando a partir daí prescrições mais bem informadas para os governos subnacionais. Em princípio, não haveria problema maior nessa coexistência: para os estados e municípios que,

⁵⁷⁵ Tomando alguns relatos dos próprios gestores federais (transcritos em CARDOSO JR. e MATOS, 2011, p. 440-442):

Ocorre que a capacidade de projetamento do governo federal foi “sucateada”, a qualidade dos projetos é, portanto, ruim. Mesmo no setor privado, tornou-se ruim, pois toda a estrutura de engenharia e de consultoria tinha sido desmontada nos anos 1980, sendo que, antes, era uma referência no plano internacional. Então, não era somente um problema do Estado, do setor público, o próprio setor privado tinha dificuldades de produzir bons projetos. Desse fato, evidentemente, decorrem os problemas de se implantar projetos de baixa qualidade. Não há planejamento sem projeto, e a capacidade de projetamento do setor público brasileiro foi destruída. Há muitos casos em que há dinheiro, mas não há projeto. O processo de decomposição das capacidades de projetamento do Estado criou inclusive problemas de burocratização. Não só falta projeto como há um macroprocesso de projetamento vigente que é pouco racional.

[..]

O Brasil se desaparelhou para o planejamento. Atualmente, há uma preocupação clara de retomar a capacidade de elaboração de projetos do governo, não só a capacidade de planejar, no sentido macro, mas também a capacidade de elaborar projetos ao longo da administração direta como um todo. Discutiuse a possibilidade, por exemplo, da criação de uma Central de Projetos para se avançar na instrumentalização do planejamento. Produzindo projetos bem elaborados, detalhados, com qualidade, pois não se pode confiar apenas no projeto executivo, no edital de licitação, no contrato, para se planejar os resultados pretendidos ou, até mesmo, para se pensar no controle.

⁵⁷⁶ No modelo proposto, a evidenciação da seleção de alguns projetos como prioritários tem o potencial de facilitar a própria alocação de capacidade de “projetamento”, deslocando os recursos humanos e técnicos mais habilitados para os projetos de maior relevância.

porventura, tenham modelos de PPA que agreguem valor ao seu planejamento e gestão, não seriam prejudicados por uma mudança imediata que não considerasse o que de positivo possam estar praticando; para os demais (possivelmente a maioria), a situação atual não mudaria em nada no período seguinte, durante o qual seriam testadas novas possibilidades para seu uso no ciclo posterior. Por outro lado, a articulação federativa baseia-se em uma extensa rede de transferências intergovernamentais de recursos e esta depende da existência de um mínimo de consistência entre os mecanismos de planejamento e orçamento dos diferentes entes. A escolha aqui formulada é a de assumir os riscos de inovar no nível federal (buscando adaptar da melhor forma possível as relações financeiras intergovernamentais para lidar a curto prazo com as fricções inevitáveis dessa mudança) para só então, absorvida a experiência e dominada a tecnologia, pensar em desdobrar os instrumentos de forma customizada aos entes subnacionais. Ainda que não seja isenta de perigos, esta estratégia parece-nos preferível – em termos de custos, riscos e prazos – à tentativa de mergulhar ao mesmo tempo todos os governos (desde a União até o mais precário município) em um processo complexo de inovação.

A última grande questão em aberto é a própria natureza distributivista do processo orçamentário⁵⁷⁷: na medida em que o orçamento seja utilizado para o propósito de captar apoios políticos com base no “atendimento de bases eleitorais e grupos de interesse mediante expansão da despesa” (MENDES, 2008, p. 8), qualquer esforço de planejamento que altere essa lógica e imponha uma priorização segundo outras bases sofrerá profunda resistência de todos os agentes para os quais o quadro atual seja racional do ponto de vista do atendimento de seus interesses práticos. Com efeito, uma das consequências da introdução de um mecanismo eficaz de planejamento seria a inversão da lógica atual, de que o orçamento condiciona *ex post* o planejamento⁵⁷⁸, para uma lógica em que uma parcela muito relevante das decisões adotadas no

⁵⁷⁷ Para uma síntese das visões teóricas sobre o papel do orçamento no presidencialismo de coalizão brasileiro, cf. Bittencourt (2012 e 216^a, págs. 27-68).

⁵⁷⁸ O impacto dessa realidade sobre o sistema orçamentário idealizado na Constituição é que a LOA passa a ser a peça mais importante do processo, deixando de ser um desdobramento natural de um processo de planejamento que se inicia no PPA e passa pela LDO. O efetivo interesse do sistema político está na execução do Orçamento e não na realização de planejamento via PPA. O rabo (LOA) abana o cachorro (PPA). (MENDES, 2008, p. 9)

planejamento passaria a condicionar as alocações orçamentárias, reduzindo o espaço disponível para o jogo distributivista anual.

Daí, podem decorrer duas consequências: a transferência da barganha distributivista para o processo de elaboração do planejamento, na medida em que este passará a alocar recursos que antes eram deixados ao sabor da negociação orçamentária anual; e a pura e simples desconsideração do planejamento (por mais explícito que seja o caráter vinculante de suas alocações) quando da efetiva partilha dos recursos financeiros a cada ano. No primeiro caso, não se estará pior que a situação atual, e ocorrer até um aperfeiçoamento significativo, na medida em que as escolhas centrais ganham maior visibilidade e a barganha – se existir – passa a ser mais transparente em torno de grandes temas e projetos, em lugar de ver-se exclusivamente fragmentada em milhares de alocações parciais ano a ano. No segundo caso, tampouco haverá qualquer mudança, pois é exatamente a situação atual em que o planejamento tem impacto nulo sobre a alocação orçamentária. Neste caso, mesmo que venha a ser posteriormente esvaziada pela simples desobediência à lei, a tentativa de implantar critérios mais racionais de planejamento permitirá avançar um debate mais concreto sobre estratégias de desenvolvimento, além contribuir para o aperfeiçoamento democrático ao evidenciar inconsistências não mais de simples procedimentos técnicos, mas de padrões de governança no mais alto nível institucional.

Referências

AFONSO, José Roberto; BARROSO, Rafael. Uma reforma esquecida. **Boletim de Desenvolvimento Fiscal**. IPEA, Brasília, 5, p. 8-18, jun/2007.

AMARAL, Lucas Alves. **Participação social e conteúdo estratégico nos PPAs estaduais**: Texto para Discussão IPEA nº 1998. Brasília: IPEA, 2014.

ATAIDE, Pedro Antonio Bertone. **Avaliação do Plano Plurianual (PPA): análise das restrições à sua integração ao ciclo de gestão pública federal**. Dissertação (Mestrado em Administração): Universidade de Brasília: Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Brasília, 2005.

BITTENCOURT, Fernando. **O controle e a construção de capacidade de técnica institucional no parlamento – elementos para um marco conceitual**: Textos para discussão, n. 57. Senado Federal/Consultoria Legislativa: Brasília, 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-57-o-controle-e-a-construcao-de-capacidade-tecnica-institucional-no-parlamento-elementos-para-um-marco-conceitual>>. Acesso em 16/03/2018.

BITTENCOURT, Fernando. Relações Executivo-Legislativo no presidencialismo de coalizão: um quadro de referência para estudos de orçamento e controle (Texto para Discussão nº 112 do Centro de Estudos da Consultoria Legislativa). Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-112-relacoes-executivo-legislativo-no-presidencialismo-de-coalizao-um-quadro-de-referencia-para-estudos-de-orcamento-e-controle>>. Acesso 19/03/2018.

BITTENCOURT, Fernando. Instituições e teoria orçamentária – pontos para discussão econômica e gerencial: Série Orçamento em discussão, n. 20. Senado Federal/Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle: Brasília, 2015. Disponível em; <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513740/OED%2020.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2/4/2016.

BITTENCOURT, Fernando. Poderes orçamentários no presidencialismo democrático brasileiro: contribuições aos modelos comparativos. Dissertação (mestrado) -- Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor). Brasília, 2016. Disponível em < <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/31159>>, Acesso em 26/12/2016.

BLÖNDAL, Jón R.; GORETTI, Chiara; KRISTENSEN, Jens Kromann. Budgeting in Brazil. *OECD Journal on Budgeting*, 3 (1). OECD 2003.

BRUMBY, James; HEMMING, Richard. Medium-Term Expenditure Frameworks. In ALLEN, Richard; HEMMING, Richard; POTTER, Barry H. (eds.). *The International Handbook of Public Financial*

Management. London/New York: Palgrave Macmillan, 2013. págs. 219-236.

CALMON, Kátya Maria Nasiaseni; GUSSO, Divonzir Arthur. A experiência de avaliação do Plano Plurianual (PPA) do Governo Federal no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, 25, p. 5-41, jun/dez 2002.

CARDOSO JR., José Celso. **O estado brasileiro e o desenvolvimento nacional: novos apontamentos para velhas questões**. In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil**. Brasília: Ipea, 2011, págs. 487-514.

CARDOSO JR, José Celso **Política e planejamento no Brasil: balanço histórico e propostas ao Plano Plurianual (PPA) 2020-2023**. In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **Planejamento Brasil século XXI : inovação institucional e refundação administrativa : elementos para o pensar e o agir**. Brasília: IPEA, 2015, págs.135-170

CARDOSO JR., José Celso; MATOS, Franco de. **Elementos para a organização de um sistema federal de planejamento governamental e gestão pública no Brasil: reflexões preliminares a partir de entrevistas com dirigentes do alto escalão do Governo Federal em 2009**. In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil**. Brasília: Ipea, 2011, págs. 429-486

CARNEIRO, Ricardo. **PPAs estaduais em perspectiva comparada: processos, conteúdos e monitoramento**. In: CARDOSO JR, José Celso; SANTOS, Eugênio. (orgs.). **PPA 2012 – 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática**. Brasília: IPEA, 2015, págs. 273-304

CEGOV – Centro de Estudos Internacionais sobre Governo. Pesquisa de desenvolvimento de metodologia de avaliação do alinhamento do PPA municipal e aplicação ao caso sul-riograndense: Relatório de pesquisa. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

COSTA, Lúcio. **Relatório do Plano Piloto de Brasília**: elaborado pelo ArPDF, CODEPLAN, DePHA. Brasília: GDF, 1991, p. 20. Disponível em: http://brasiliapoetica.web1509.kinghost.net/wp-content/uploads/midia/relatorio_plano_piloto_de_brasilia_web2.pdf. Acesso 27/3/2018.

CORE, Fabiano Garcia. **Reforma gerencial dos processos de planejamento e orçamento**. In: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José Luiz. (Orgs.). **Planejamento e orçamento governamental: coletânea**. Brasília: ENAP, 2006, págs. 217-261.

COUTO, Leandro Freitas; MAGALHÃES, Álvaro. Iniciativas, funções e estruturas de planejamento federal. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília, 12, p. 37-42, jul/dez 2017.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. **A Reorganização do Processo de Planejamento do Governo Federal: O PPA 2000-2003**: Texto para Discussão IPEA nº 276. Brasília: IPEA, 2000.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. **PPA: o que não é e o que pode ser**. In: CARDOSO JR, José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (orgs.)

Planejamento e avaliação de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2015, págs. 55-80

GARCIA, Ronaldo Coutinho; CARDOSO JR, José Celso. **Subsídios para repensar o sistema federal de planejamento.** In: CARDOSO JR, José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (orgs.) **Planejamento e avaliação de políticas públicas.** Brasília: IPEA, 2015, págs.81-106.

GUARDIA, Eduardo Refinetti. **Orçamento público e política fiscal: aspectos institucionais e a experiência recente – 1985/1991.** Dissertação (Mestrado). Mestrado em Economia – Universidade Estadual de Campinas: Campinas, 1992.

HARRIS, Jason; HUGHES, Richard; LJUNGMAN, Gösta; SATERIALE, Carla. **Medium-Term Budget Frameworks in Advanced Economies: Objectives, Design, and Performance.** In: CANGIANO, Marco; CURRISTINE, Teresa; LAZARE, Michel (eds.). **Public financial management and its emerging architecture.** Washington: International Monetary Fund, 2013, págs. 137-174.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Planejamento e gestão governamental na esfera estadual: uma análise comparativa dos processos, conteúdos e sistemas de acompanhamento dos PPAs: Relatório de pesquisa consolidado.** Brasília, IPEA, s.d. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/redeipea/images/pdfs/termo_referencia/relatorio_pesquisa_relatorio_consolidado.pdf. Acesso 12/3/2018.

KAPLAN, Marcos. **Aspectos Políticos do Planejamento na América Latina.** In BROMLEY, Ray; BUSTELO, Eduardo S. **Política x técnica no planejamento: Perspectivas críticas.** São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 84-121.

LAVALLE, Jorge Leiva. **Instituciones e instrumentos para el planeamiento gubernamental en América Latina.** In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil.** Brasília: Ipea, 2011, págs. 33-176.

LE HOUEROU, Philippe; TALIERCIO, Robert. **Medium-term expenditure frameworks: from concept to practice: preliminary lessons from Africa:** Africa Region Working Paper Series nº 28. Washington: World Bank, 2002. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPEAM/Resources/MTEFfinal.doc>>. Acesso: 18/3/2018.

LJUNGMAN, Gösta. The Medium-term Fiscal Framework in Sweden. **OECD Journal on Budgeting.** Paris, OECD, 6 (3), 2007, págs. 1-17.

MARTNER, Ricardo; MÁTTAR, Jorge (comps.). **Los fundamentos de la planificación del desarrollo en América Latina y el Caribe: Textos seleccionados del ILPES (1962-1972).** Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe/CEPAL, 2012.

MATUS, Carlos. Planificación y gobierno. **Revista de la CEPAL,** Brasília, 31, p. 161-177, abr. 1987.

MATUS, Carlos; HUERTAS, Franco. **O método PES: entrevista com Carlos Matus.** São Paulo, FUNDAP, 1996.

MELO, Patrícia Coimbra Souza. **Monitoramento e avaliação na administração pública federal: os desafios do PPA 2012/2015**. Monografia (Especialização em Orçamento Público): Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor); Controladoria-Geral da União, Secretaria de Controle Interno (SFC); Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal (SOF); Senado Federal, Universidade do legislativo (Unilegis); Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa (ISC). Brasília, 2012.

MENDES, Marcos José. **Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público**: Textos para discussão, n. 39. Senado Federal/Consultoria Legislativa: Brasília, 2008. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-39-sistema-orcamentario-brasileiro-planejamento-equilibrio-fiscal-e-qualidade-do-gasto-publico>>. Acesso em: 16/3/2018

OLIVEIRA, Francisco. **Elegia para uma re(li)gião: SUDENE, Nordeste, planejamento e conflito de classes**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

OLIVEIRA, Hélio Cincinato. **Auditoria governamental como instrumento de avaliação dos resultados dos programas governamentais: Uma análise comparativa SIGPLAN – Relatório de Gestão**. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Universidade de Brasília: Programa Multiinstitucional e Inter-Regional de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da UnB, UFPB e UFRN. Brasília, 2007.

OPM – Oxford Policy Management. **Medium Term Expenditure Frameworks – panacea or dangerous distraction?**: OPM Review, May 2000, Paper 2. Oxford (UK): Oxford Policy Management, 2000.

REZENDE, Fernando. **A reforma orçamentária e a eficiência fiscal: Estado de uma nação – textos de apoio**: Texto para Discussão IPEA nº 1392. Brasília: IPEA, 2009.

REZENDE, Fernando. **Planejamento no Brasil: auge, declínio e caminhos para a reconstrução**. In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil**. Brasília: Ipea, 2011, págs. 177-238.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. **Disciplina fiscal e qualidade do gasto público: fundamentos da reforma orçamentária**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Alguns dos imperativos da reforma orçamentária. **Boletim de Desenvolvimento Fiscal**. IPEA, Brasília, 5, p. 54-75, jun/2007.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Novo dicionário de orçamento e áreas afins**: 1.ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.

SANTOS, Adriana Rodrigues. **Monitoramento e avaliação de programas no setor público: A Experiência do PPA do Governo Federal no Período 2000–2011**. Monografia (Especialização em Orçamento Público): Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor); Controladoria-Geral da União, Secretaria

de Controle Interno (SFC); Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal (SOF); Senado Federal, Universidade do legislativo (Unilegis); Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa (ISC). Brasília, 2012.

SANTOS, Eugênio Andrade Vilela. **O confronto entre o planejamento governamental e o PPA**. In: CARDOSO JR, José Celso (org.) **A reinvenção do planejamento governamental no Brasil**. Brasília: Ipea, 2011, págs. 307-336.

SANTOS, Guilherme Kraus; RAUPP, Fabiano Maury. Monitoramento e avaliação de resultados dos programas governamentais delineados no PPA. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 49 (6), p. 1429-1451, nov/dez 2015.

SANTOS, Geovana Maria Carmo; SILVEIRA, Mauro César; OLIVEIRA, André Correa. Análise de programas estruturadores de saúde do Estado de Minas Gerais por meio de indicadores finalísticos. **Revista do Serviço Público**, Brasília, 67 (3), p. 433-462, jul/set 2016.

SCHIAVO-CAMPO, Salvatore. **Budget preparation and approval**. In SHAH, Anwar (ed.), **Budget and budgeting institutions**. Washington: The World Bank, 2006.

SCHIAVO-CAMPO, Salvatore Potemkin Villages: “The” Medium-Term Expenditure Framework in Developing Countries. **Public Budgeting & Finance**, 29 (2), Summer 2009, págs. 1-26.

TAMA, Jordan. **Maximizing the Value of Quadrennial Strategic Planning**. Washington: IBM Center for the Business of Government 2005.

VILLAÇA, Sérgio Paulo; CAMPOS, Silvia Butters. **Elaboração do Plano Plurianual (PPA)**. Rio de Janeiro: IBAM, 2001.

WILDAVSKY, Aaron. **Salvando a análise de políticas do método de orçamento-programa**. In: BROMLEY, Ray; BUSTELO, Eduardo S. **Política x técnica no planejamento: Perspectivas críticas**. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 195-217.

WORLD BANK. **Beyond the annual budget: global experience with medium term expenditure frameworks**. Washington: International Bank for Reconstruction and Development, 2013.

A Regulamentação do Artigo 192 e a Autonomia do Banco Central na Redução da Incerteza Econômica

Cesar Rodrigues van der Laan

Introdução

A Constituição federal (CF) possui centralidade no ordenamento jurídico doméstico não apenas por ser sua norma fundante, mas também por estar em constante processo de renovação, denotando ser suficientemente maleável e adaptável às novas circunstâncias políticas, econômicas e sociais. Sua valorização como instrumento corrente para a positivação no ordenamento jurídico é constatada pela aprovação de mais de cem emendas constitucionais e emendas constitucionais de revisão desde sua promulgação há trinta anos. Esse efeito expansivo das normas constitucionais, entretanto, não foi verificado no que se refere à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Na verdade, observou-se um movimento contrário a partir da desconstitucionalização do art. 192 por meio da edição da emenda constitucional nº 40, de 2003 (SILVA, 2008).

Assim, no que concerne ao sistema financeiro, passados tantos anos após a promulgação da Constituição e o enxugamento do art. 192 em 2003, observa-se que o potencial de inovação derivado de uma nova lei estruturante do SFN concentra-se na positivação legal da questão da autonomia do

Banco Central (BC). Recorrente na agenda pública, o tema constituiu uma antiga discussão legislativa que ainda não foi fruto de consenso político no ordenamento jurídico doméstico. De fato, a Constituição recepcionou um sistema financeiro até então normatizado por meio de diversos diplomas legais preexistentes⁵⁷⁹ que se encontram ainda em pleno vigor, mostrando-se suficientemente funcionais para abarcar todas mudanças regulatórias que gradativamente foram implementadas no setor. A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, estrutura satisfatoriamente o SFN até hoje. Em paralelo, o sistema financeiro tem sido objeto de inúmeras novas disposições legais e infralegais, como a Lei nº 12.865, de 2013, que veio regular o segmento de cartões de crédito e colocar suas instituições no âmbito da regulação e supervisão do BC. O que demonstra que a legislação já é abrangente e funcional para garantir o funcionamento do SFN. Nesse contexto, ganha destaque a omissão legislativa em relação à autonomia do BC, que é, em nossa visão, a “novidade” que falta para complementar o quadro institucional atinente ao SFN.

Este artigo insere-se nesse contexto para analisar a relação entre a regulamentação do art.192 e a incerteza dos agentes econômicos, via alteração do arranjo institucional do BC que conduz a política monetária. Num mundo incerto, onde decisões de investimento adquirem importância para a sustentação da demanda efetiva, torna-se relevante a adoção de convenções e regras que

⁵⁷⁹ Antes da CF/1988, as matérias relativas ao SFN privado eram somente encontradas na legislação infraconstitucional, entre elas: as Leis nº 4.131, de 3.9.1962, e nº 4.390, de 29.8.1964, que tratam dos capitais estrangeiros; a Lei nº 4.380, de 21.8.1964, que regula o Sistema Financeiro de Habitação; a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que dispõe sobre a política e instituições monetárias, bancárias e creditícias; a Lei nº 4.728, de 14.7.1965, a Lei do Mercado de Capitais, que disciplina o mesmo e estabelece medidas para o seu desenvolvimento; o Decreto-Lei nº 70, de 22.11.1966, que trata da regionalização e funcionamento de associações de poupança e empréstimo; Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966, a Lei dos Seguros, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguro e resseguros; e a Lei nº 6.385, de 7.12.1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

justamente venham a dirimir as incertezas e reforçar o grau de confiança dos agentes, no caso através da figura da autoridade monetária. E é a partir da própria ideia de “socialização de investimento”⁵⁸⁰ keynesiano que a constituição de instituições fortes adquire relevância. Ou seja, a criação e manutenção de um ambiente econômico e social favorável que proporcione aos agentes a tomada de decisões de gasto evitando a liquidez – liquidez considerada inclusive no sentido da retenção de quase-moeda, frente à imediata conversão dos ativos financeiros em moeda.

Assim, organizações, instituições e interesse das pessoas estarão balizados e delineados pelo ente gestor (BC), que regula, administra e monitora a economia monetária na busca da preservação do poder de compra da moeda. O que se aproxima da própria concepção keynesiana de convenção crível que acirra o *animal spirit*⁵⁸¹. Nesse sentido, delineamos como a proposta de regulamentar o art.192 e alterar a legislação pertinente ao BC pode sinalizar uma estrutura institucional mais sólida, a qual garanta um ambiente econômico favorável na economia brasileira.

O texto está organizado em quatro seções principais. A primeira traz uma exposição dos fundamentos teóricos do pensamento keynesiano, relevantes para esta análise. A segunda apresenta uma discussão sobre as relações da política monetária com a economia real. A terceira examina os aspectos de credibilidade, reputação e eficiência de política monetária. Por fim, a quarta seção aborda a política monetária relacionada com o grau de independência do Banco Central⁵⁸².

⁵⁸⁰ Keynes utiliza a expressão Socialização do Investimento para indicar a necessidade da atuação do Estado em proporcionar um ambiente social favorável ao investimento, que faça com que os agentes tomem as decisões de gastos e evitem a liquidez. Dessa forma, pela regulação do sistema econômico, assegurar-se-á uma situação próxima do pleno emprego

⁵⁸¹ Keynes utiliza a expressão animal spirits para representar a dimensão do comportamento humano regida por uma urgência de agir, correspondente ao desejo de ruptura com o comportamento estritamente convencional. É uma manifestação de entusiasmo, de um instinto espontâneo de agir, ao invés de nada fazer.

⁵⁸² Utilizam-se aqui como sinônimos os termos autonomia e independência do Banco Central, seguindo a tradição dos estudos nessa área da literatura.

2. Incerteza e Estado de Confiança em Keynes

A incerteza keynesiana está relacionada à natureza dos acontecimentos futuros, podendo ser delimitada sob a ótica da impossibilidade de se conhecerem os elementos do mundo que ainda não foram criados. Assim, Keynes enfatiza o papel da incerteza não como um risco matemático ou um conhecimento probabilístico, mas como a ausência de conhecimento. Por exemplo, em seu artigo de 1937⁵⁸³, afirma:

“By ‘uncertain’ knowledge, let me explain, I do not mean merely to distinguish what is known for certain from what is only probable. The game of roulette is not subject, in this sense, to uncertainty ... Or ... the expectation of life is only slightly uncertain. Even the weather is only moderately uncertain. The sense in which I am using the term is that in which the prospect of a European war is uncertain, or the price of copper and the rate of interest twenty years hence... About these matters there is no scientific basis on which to form any calculable probability whatever. ***We simply do not know***” (Keynes apud Ferrari & Conceição, 2004, pg.4-5)

406 407

Ou seja, incerteza está na falta de qualquer base científica para um cálculo probabilístico ou, simplesmente, que não se sabe nada a respeito. Um exemplo diferente para Keynes é o caso de roleta russa ou loteria, para o qual o conjunto de eventos possíveis é conhecido e delimitado, ou seja, são “prováveis” e não “incertos”. E a existência de incerteza é a explicação para a volatilidade do investimento e, portanto, para a racionalidade da preferência pela liquidez, causando as flutuações na demanda efetiva e o desemprego.

Assim, numa decisão de investimento, o agente deverá reunir o maior número de informação possível, como as condições de financiamento, de mercado consumidor, a evolução da demanda, e então criar premissas com respeito a mudanças futuras no cenário econômico, que possam alterar os preços relativos, o nível de procura efetiva e quaisquer outros fatores que tenham possibilidade de afetar seu empreendimento. Vale dizer, o empreendedor

⁵⁸³ Artigo original publicado no Quaterly Journal of Economics, fevereiro de 1937 “The General Theory or Employment”, JMK. Reproduzido em MODGRIDGE, Donald (org.). The General Theory and After – II. Defence and Development – CWJMK. Londres, Macmillan, 1973. v. XIV, pg. 109/23.

deverá observar novas evidências para fortalecer sua decisão, para aumentar o grau de confiança em suas premissas.

Aqui Keynes infere sua noção de comportamento num ambiente de incerteza. No capítulo 12 de sua Teoria Geral, afirma que os agentes adotam **convenções** como mecanismo mitigador de incerteza. Ou seja, adota-se um curso razoável de ação supondo que a situação presente irá continuar *ad infinitum*. E em seu artigo de 1937, Keynes expõe três técnicas pelas quais os agentes econômicos lidam com a incerteza, quais sejam: supondo que o presente é um guia para o futuro, melhor do que se mostrou ser no passado; supondo que o vigente estado de opinião baseia-se num sumário correto das futuras expectativas, de maneira que se possa aceitá-lo como tal, a menos de um fator exógeno; e procurando acompanhar o comportamento da maioria ou da média.

Ou seja, o comportamento convencional é uma forma de defesa contra a incerteza, mitigando-a, ainda que sujeita a mudanças repentinas e violentas. Nesse sentido, o estado de confiança constitui-se numa convenção cuja “*essence ... lies in assuming that the existing state of affairs will continue indefinitely, except in so far as we have specific reasons to expect a change*” (Keynes apud Ferrari & Conceição, 2004, pg. 8).

Nesse mundo de incertezas, Keynes dá ênfase aos aspectos psicológicos presentes no processo de decisão. Assim, a força-motriz da decisão de investir não depende de uma expectativa matemática, mas se encontra nas **expectativas** dos agentes, que ligam os planos de investimento à decisão concreta de investir. Keynes introduz a ideia de expectativa, de curto prazo, em seu *Tract on Monetary Reform* (In Ferrari, 1993, pg. 40), afirmando que, “*se (...) o mundo dos negócios espera que os preços decresçam, o processo de produção tende a ser inibido; e se ele espera que os preços venham a crescer, então o mesmo tende a ser superestimado*”.

Mas salienta que o mais importante são as expectativas a longo prazo, as quais definirão o grau de investimento e a demanda efetiva numa economia monetária. Portanto, se a incerteza não pode ser modelada, no sentido de calcular um valor esperado, as decisões dos agentes serão feitas de acordo com convenções. Segundo Keynes,

“It would be foolish, in forming our expectations, to attach great weight to matters which are very uncertain ... The state of long-term expectation, upon which our decisions are based, does not

solely depend, therefore, on the most probable forecast we can make. It also depends on the confidence in which we make this forecast” (Keynes apud Henriques, 2000, pg. 370)

Nesse sentido, Keynes atribui importância ao **estado de confiança** nas expectativas de longo prazo como um fator relevante para sustentar decisões de investimento, mais do que a condições objetivas de longo prazo, que são desconhecidas do agente à época da tomada de decisão. Keynes admite a extrema precariedade da base de conhecimento dos fatores que regularão a renda de um investimento alguns anos mais tarde. Com franqueza, admite que as bases do conhecimento para calcular a renda provável dentro de dez anos de estrada de ferro, uma mina de cobre, uma fábrica de tecidos, a aceitação de um produto farmacêutico, dentre outros, *“pouco significam e a nada levam”*.

É, portanto, central em Keynes que o estado de confiança depende de um cálculo prospectivo dos rendimentos futuros e da confiança nesses cálculos. Ou seja, como são cálculos baseados em previsões sobre cenários econômicos futuros, a rentabilidade esperada – a própria eficiência marginal do capital – também é uma expectativa psicológica, baseada no grau de confiança dos agentes na economia. Keynes ensina que:

“[...] as decisões humanas que envolvem o futuro, sejam elas pessoais, políticas ou econômicas, não podem depender da estrita expectativa matemática, uma vez que as bases para realizar semelhantes cálculos não existem, e que o nosso impulso nato para a atividade é que faz girar as engrenagens, sendo que a nossa inteligência faz o melhor possível para escolher o melhor que pode haver entre as diversas alternativas, calculando sempre que se pode, mas retraindo-se, muitas vezes, diante do capricho, do sentimento ou do azar” (Keynes, 1982, pg. 134)

Assim, esse prognóstico subjetivo em que se baseiam as decisões depende do estado da expectativa de longo prazo e do grau de confiança nessa expectativa. Penrose (1980) também enfatiza o papel das expectativas quando afirma que, *“embora a oportunidade ‘objetiva’ da firma seja limitada pelo que é capaz de alcançar, a oportunidade produtiva ‘subjetiva’ é uma questão do que ela acredita que pode alcançar. ‘Expectativas’, e não fatos ‘objetivos’, são os determinantes imediatos do comportamento da firma...”*.

Dessa forma, por depender das expectativas dos agentes, que podem ser mais ou menor voláteis de acordo com o grau de

confiança na economia e em suas instituições, o investimento agregado está sujeito a oscilações, afetando a demanda efetiva. Segundo Keynes (1936),

“É importante compreender a dependência que há entre a eficiência marginal de determinado volume de capital e as variações na expectativa, pois é principalmente esta dependência que torna a eficiência marginal do capital sujeita a certas flutuações que explicam o ciclo econômico” (Keynes, 1982, pg. 121)

Ou seja, como a maior parte de nossas decisões cujos efeitos necessitam de certo prazo de gestação para se produzirem, a manutenção das condições iniciais esperadas pelo investidor a longo prazo torna-se essencial. Ao contrário, se não existir um grau de confiança dos agentes com referência à condução da economia num cenário estável, então o entusiasmo – o *animal spirit* – é afetado, com reflexos na própria economia.

Portanto, o cálculo da taxa de eficiência marginal do capital⁵⁸⁴ invertido em projetos de longo prazo, que é baseado apenas numa expectativa subjetiva do agente, constitui-se de pouco conhecimento sobre o futuro. E se não existirem instituições ou convenções que reduzam e mitiguem a oscilação, o vazio e a incerteza da economia no futuro, o valor esperado dos rendimentos esperados – e, portanto, o próprio retorno projetado – não será atrativo o suficiente para a consecução do investimento. E com um baixo grau de confiança nessa previsão, “*seria insensato, na formação de nossas expectativas, atribuir grande importância a tópicos que para nós são muito incertos*” (Keynes, 1982, pg. 124).

Assim, um colapso da eficiência marginal do capital leva, *ceteris paribus*, a um declínio da demanda efetiva, sendo que a volta da confiança na economia tende a ser muito difícil. “*É a volta da confiança, para empregar a linguagem comum, que se afigura tão difícil de controlar numa economia de capitalismo individualista*” (Keynes, 1982, pg. 245). Nesse contexto, a decisão será tomada à luz da atitude psicológica relativa às expectativas, de longo prazo, dentro do próprio conceito de *animal spirit*. Ou seja, as expectativas desempenham um papel preponderante na determinação da escala dos novos investimentos.

⁵⁸⁴ Por eficiência marginal do capital entende-se a taxa na qual os empresários estão dispostos a expandir a demanda de investimentos sempre que a taxa de retorno do investimento, expressa pelo fluxo descontado da renda futura, torna-se igual ao custo de reposição do bem de capital.

Num mundo incerto, a escolha de investir em ativos menos líquidos irá demonstrar um elevado grau de confiança no futuro e vice-versa. Assim,

“Our desire to hold money as a store of wealth is a barometer of the degree of our distrust of our calculations and conventions concerning the future ... The possession of actual money lulls our disquietude; and the premium which we require to make us part with money is the measure of the degree of our disquietude”. (Keynes apud Ferrari & Conceição, 2004, págs. 5)

Como moeda e ativos financeiros competem com os ativos fixos, o ritmo dos investimentos em ativos de capital dependerá do estado das expectativas. Assim, as expectativas sobre a lucratividade da aplicação e a preferência pela liquidez são os guias para a implementação de planos de investimento.

De fato, a falta de conhecimento do futuro, por definição não cognoscível, constitui fonte crucial de incerteza, afetando as expectativas dos agentes. Nesse sentido, de o futuro ser incerto e os agentes econômicos seguirem o *animal spirit*, o estado de confiança dos agentes adquire relevância e dependerá de convenções adotadas. Ou seja, num mundo incerto, a adoção de convenções ou instituições sociais constitui-se num mecanismo de mitigação da incerteza como solução parcial adotada pelos agentes.

De outra parte, Keynes não desconsidera as expectativas dos agentes em relação ao comportamento das autoridades e o efeito das políticas econômicas como um dos determinantes que orientam as decisões individuais:

“[...] a prosperidade econômica é excessivamente dependente de uma atmosfera política e social que seja conveniente ao homem médio de negócios. Se o temor de um Governo Trabalhista ou de um New Deal deprime as empresas, isto não é necessariamente resultado de previsões razoáveis ou de uma manobra com finalidade política, é a simples consequência de um transtorno no delicado equilíbrio do otimismo espontâneo” (Keynes, 1982, págs. 133)

Considerando que fatores relevantes para a decisão, como preços futuros, demanda, ação dos concorrentes, mercado de trabalho, inovações etc., são diretamente afetados pela estabilidade da moeda sob as diretrizes de política monetária, é relevante que uma institucionalidade dê sinais aos agentes de que a política monetária seguirá uma rota preestabelecida. Expectativas em

relação à atuação futura da autoridade monetária são, portanto, relevantes na economia. Assim, por afastar políticas discricionárias que foram comuns num Brasil instável com políticas econômicas não críveis, o Banco Central estará sinalizando que perseguirá um quadro institucional de estabilidade, de forma a acirrar o *animal spirit*.

3. Mecanismos de Política Monetária e Relações com a Economia Real

Bancos centrais como o *Federal Reserve System* (Fed) e o *Bank of England* foram criados para gerenciar a oferta de moeda e é esta função que define o sentido mais amplo de um banco central e, em última instância, que articula todas as demais. A principal função de um banco central consiste em adequar o volume dos meios de pagamentos à real capacidade de uma economia absorver recursos sem causar desequilíbrios. O objetivo é controlar a expansão da moeda e do crédito e a taxa de juros, adequando-os ao ritmo da economia, sobretudo objetivando zelar pela estabilidade da moeda. Ou seja, manter o poder de compra da própria moeda.

No Brasil, a operacionalização da política monetária é de competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central, com aprovação do Congresso Nacional. O estabelecimento de diretrizes e normas operacionais da política monetária e creditícia é competência do CMN. O BC atua como órgão executivo, respeitando as diretrizes do CMN, a fim de que sejam alcançadas as metas e objetivos propostos. Para tanto, são utilizados os instrumentos clássicos de política monetária: o recolhimento compulsório⁵⁸⁵; as operações de redesconto ou assistência financeira de liquidez – relacionada com a função de *lender of last resort* do sistema financeiro; e as operações de mercado aberto⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Pela Lei 4.595/64, com a redação dada pela Lei 7.730/89, o BC pode instituir recolhimento compulsório de até 100% sobre os depósitos à vista e de até 60% sobre outros títulos contábeis das instituições financeiras.

⁵⁸⁶ O redesconto e o compulsório são gerenciados pelo Deban (Departamento de Operações Bancárias), enquanto as operações de open market são realizadas pelo Demab (Departamento de Operações do Mercado Aberto). Ambos departamentos são vinculados à diretoria de Política Monetária – Dipom.

Mudanças nos recolhimentos compulsórios como nas operações de redesconto não afetam imediatamente a liquidez, tendo em vista os prazos de adequação dos bancos às eventuais alterações, enquanto que a realização de operações de redesconto depende de apertos de liquidez. Assim, as operações de *open market* constituem-se no principal instrumento do Bacen, utilizado diariamente para controlar a liquidez. Vale dizer, é o instrumento mais versátil para acomodar as variações diárias de liquidez e é, na concepção keynesiana, o seu principal canal de transmissão.

Quanto à definição das metas de política monetária, até 1999, baseavam-se nas definições da Programação Monetária⁵⁸⁷. Após 1999, pelo Decreto 3.088/99, o CMN passou a fixar metas para a inflação, competindo ao BC executar as políticas necessárias para o cumprimento das metas fixadas⁵⁸⁸. Nesse contexto, o BC utiliza a taxa de juros para manter a inflação dentro do intervalo fixado.

O mecanismo adotado de definir mensalmente a taxa de juros decorre do fato de que seu nível afeta a atividade econômica e os preços. A própria expectativa de mudança nos dias que antecedem as reuniões mensais do Comitê de Política Monetária do Banco Central já é suficiente para causar efeitos econômicos, até pelo adiamento de decisões econômicas pelos agentes durante tais períodos.

O BC, via Copom, por seu controle direto sobre a taxa de juros do mercado de reservas bancárias, a taxa Selic⁵⁸⁹, acaba influenciando indiretamente as demais taxas vigentes no mercado financeiro (poupança, empréstimo, financiamento...), pois é a partir da taxa Selic que as demais são formadas. Ao subir a taxa

⁵⁸⁷ A sistemática consistia no presidente do BC submeter ao CMN, no início de cada trimestre, programação monetária para o mesmo, da qual constavam, no mínimo, estimativas de faixas de variação dos principais agregados monetários, compatíveis com o objetivo de assegurar a estabilidade da moeda, análise da evolução da economia nacional para o trimestre considerado e justificativa da programação proposta. Controlava-se o quantum monetário, que deu lugar à definição de juros como ferramenta central.

⁵⁸⁸ As metas são representadas por variações anuais do IPCA, calculado pelo IBGE. Trimestralmente é editado o Relatório de Inflação, por meio do qual o BC apresenta à sociedade as condições da economia brasileira e internacional que influenciaram as decisões do Copom (Comitê de Política Monetária) quanto à condução da política monetária.

⁵⁸⁹ Taxa básica da economia, originada de negociações de títulos públicos federais e considerada de risco nulo. É apurada no sistema Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), criado na década de 1970 justamente para simplificar a sistemática de negociação e custódia dos títulos públicos no mercado aberto.

nominal de juros de curtíssimo prazo, o aumento se propaga por toda a estrutura econômica, principalmente para as taxas de prazo mais curto.

A elevação da taxa de juros influencia a tomada de decisões privadas de investimento, diminuindo-o, o que afeta a demanda efetiva. Também influencia a compra de bens duráveis. Por outro lado, uma queda na taxa de juros estimula a tomada de empréstimos e aumenta a demanda por bens e serviços, o que pode provocar o aumento dos preços (inflação de demanda), se não houver crescimento concomitante na oferta de bens e serviços.

Portanto, ao alterar a taxa Selic, as decisões de política monetária influenciam os níveis de poupança, investimento e gasto dos agentes – pessoas e empresas, que, por sua vez, afetam a demanda efetiva e por último a taxa de inflação. Ou seja, adquire relevância para todos os agentes no contexto nacional. Esta é a lógica subjacente da atuação do Copom, cujo principal objetivo é a obtenção e a manutenção da estabilidade de preços.

Tal política monetária também gera efeitos pelo canal de expectativas. Ao alterar a taxa de juros, o BC altera as expectativas dos agentes econômicos quanto à evolução presente e futura da economia. Ao elevar a taxa de juros de curto prazo para evitar inflação, o BC pode restabelecer a confiança no desempenho futuro da economia e provocar queda nas taxas de juros esperadas para prazos mais longos. Em caso de recessão, a queda na taxa de juros mostra que o objetivo é aumentar o consumo da população, como é correntemente sinalizado pelo Fed americano.

Os pós-keynesianos também ressaltam a necessidade de adoção de convenções para garantir a própria organização de uma economia de mercado. Conforme Davidson (In Ferrari & Conceição, 2004), a existência de contratos monetários futuros define essa organização das economias de mercado. E esses contratos são essenciais por permitir aos empreendedores se defrontarem com as incertezas existentes numa economia de mercado. A moeda nessas economias modernas existe tanto como papel-moeda quanto como seu substituto perfeito, os depósitos à vista, obrigações privadas que possuem a característica de serem trocados quando demandados, ao par. A aceitação desses substitutos, entretanto, depende da confiança que eles irão realmente serem trocados quando demandados, ao par. Assim, o BC surge como a única instituição que pode dar garantia ao sistema, efetuando

operações de redesconto. Ou seja, garantindo a organização de uma economia de mercado.

Keynes acredita que bancos centrais, além de atuarem como emprestadores de última instância, poderiam também ativamente gerenciar a oferta de moeda. Em seu *Treatise on Money* (1930), Keynes afirma que *“the first necessity of a central bank, charged with responsibility for the management of the monetary system as a whole, is to make sure that it has an unchallengeable control over the total volume of bank money created by its member banks”*. (Keynes apud Carvalho, 2003, págs.1). Ou seja, há que se monitorar a criação de meios de pagamento pelo sistema bancário, pelo seu próprio efeito sobre o valor da moeda. *“O efeito primário de uma variação na quantidade de moeda sobre o montante da demanda efetiva resulta de sua influência sobre a taxa de juros”* (Keynes, 1982, págs. 232).

Assim, Keynes utiliza o conceito de economia monetária como aquela *“...na qual a moeda joga papel próprio e afeta motivos e decisões e é, em resumo, um dos fatores operativos na situação, tal que o curso dos eventos não pode ser predito, seja no longo período seja no curto, sem um conhecimento do comportamento da moeda entre o primeiro e o último estado. E é isso que nós podemos dizer quando falamos de uma economia monetária”* (Keynes apud Siscú & Paula, 1999, págs. 284, grifo nosso).

Dentro dessa concepção de economia monetária, onde a moeda não é apenas um véu, mas adquire importância e afeta as variáveis reais de uma economia, Keynes afirma que *“... não existe uma única posição de equilíbrio de longo período igualmente válida sem se considerar a política da autoridade monetária”*. (Keynes apud Siscú & Paula, 1999, págs. 284). Ou seja, pela não neutralidade da moeda, a política monetária tem força não somente nominal, mas também sobre o produto e consequentemente o nível de emprego.

Assim, a partir da concepção de um capitalismo instável por natureza, as decisões econômicas são tomadas num ambiente de incerteza. E as convenções adotadas, ou instituições, adquirem importância, pois podem atuar como meios mitigadores da incerteza e então restringir seus impactos, através da coordenação de mercados.

Nesse contexto, a regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal de 1988 deve buscar a estabilidade normativa da economia, afastando interferências políticas na atuação

do BC, de forma a não prejudicar a confiança dos agentes. Vale dizer, a proposta de alteração, quando aprovada, consolidará a estrutura organizacional do BC, prescrevendo comportamento e desempenho esperado para certas funções e situações e consequentemente determinando as motivações e também o grau de confiança dos agentes. Ou seja, para os agentes, a regulamentação da autonomia operacional constitui-se numa sinalização de garantia contra interferências do Poder Executivo.

Essa separação do Executivo, um ente político que de tempos em tempos troca de comando, provavelmente amenizaria efeitos negativos da política na economia como os proporcionados pelo abandono do centro da meta inflacionária no Governo Dilma (2011-2016). Ou seja, a separação de decisões eminentemente técnicas da área política acaba sendo de difícil percepção pelos agentes.

Nesse contexto, a percepção de uma solidez institucional do BC acabaria se fortalecendo com uma maior autonomia, o que *per se* já é uma sinalização positiva para o aumento do grau de confiança de qualquer economia. Fortalece-se porque sua importância é a de transmitir credibilidade ao sistema econômico, prejudicada quando misturada com o Executivo. Assim, a garantia de políticas mais estáveis amenizaria choques resultantes de troca de governo. Custos eleitorais, como verificados na transição do Governo Lula em 2002 e do Governo Dilma em 2010, acabariam minimizados, pelo menor risco de mudanças da condução da política econômica e, portanto, um menor risco de instabilidade econômica.

Outra sinalização para os agentes está na consolidação de objetivos estatutários específicos, na linha da adoção das metas de inflação, adotadas a partir de 1999, as quais tornaram menos vago seus objetivos institucionais. O acompanhamento dos resultados de política monetária via taxa de inflação acaba sendo mais consistente do que a parametrização da variação da base monetária ou de outro agregado monetário.

4. Credibilidade e Eficiência da Política Monetária

Uma política monetária não será crível se sempre existirem incentivos ao rompimento de regras, no momento em que se misturam objetivos distintos nessa política. Por exemplo, um viés

inflacionário presente com o objetivo de reduzir desemprego corrente via política monetária seria identificado pelos agentes, abalando a confiança na atuação da autoridade. Via de regra, qualquer regra monetária carecerá de credibilidade em economias que não possuam *commitment technologies*⁵⁹⁰, sendo inconsistentes com uma posição de equilíbrio. De acordo com Persson & Tabellini (In Siscú & Paula, 1999), um exemplo de *commitment technology* que disciplinaria a política monetária e eliminaria os incentivos inflacionistas seria justamente a constituição de um banco central independente.

Para Kydland & Prescott (In Siscú & Paula, 1999), os gestores da política monetária, quando contaminados pelo viés inflacionário, podem avaliar de forma circunstancial que resultados imediatos e passageiros sobre o nível de produto são mais valiosos do que a credibilidade nas regras de política monetária. Entretanto, como os agentes considerariam tal política monetária não crível, não se produziria qualquer redução do desemprego. Ou seja, uma política expansionista seria antecipada e anulada em termos reais, com efeitos apenas nominais.

Assim, a falta de credibilidade nas políticas monetárias pode dificultar ou até mesmo impedir que um determinado objetivo seja atingido. O sucesso da política monetária dependeria assim em grande parte da crença pública na sua factibilidade. Ou seja, as expectativas dos agentes em relação a uma determinada política monetária podem determinar seus efeitos.

Com relação à utilização de políticas discricionárias – vale dizer, uma atuação que cause surpresa aos agentes –, benefícios reais são esperados, mas de forma passageira. Tal condução de política monetária ativaria as expectativas inflacionárias dos agentes de tal forma que, no futuro, definiria um patamar mais elevado de taxa de inflação, condizente com tal comportamento pregresso do BC. Ou seja, há um custo futuro como contrapartida de um benefício presente e, por isso, hoje não é bem vista pelos agentes.

Então por meio de movimentos interativos de ação e reação do BC e do mercado, constrói-se uma relação entre as políticas monetárias e as expectativas dos agentes quanto à atitude futura das autoridades monetárias. No caso de uma política monetária considerada equivocada, os agentes imporiam restrições (custos) à implementação de novas políticas, reduzindo a liberdade da

⁵⁹⁰ Expressão de Persson & Tabellini, in Siscú & Paula, 1999, págs. 287.

autoridade para ações futuras. Portanto, a perda de credibilidade da política monetária modifica o estado expectacional dos agentes em um sentido provavelmente conflitante com sua atuação.

Nesse contexto, a independência do BC visa incorporar credibilidade a sua própria atuação. Perseguindo um objetivo não ambíguo, criando o mínimo de espaço de utilização contraditória entre seus instrumentos e os instrumentos de política fiscal, emitindo o máximo de sinais aos agentes, a Autarquia cumpre seu papel institucional, a fim de estimular os agentes a agir no mesmo sentido da sua direção adotada. Conforme frisa Siscú (1999), Keynes teria apresentado tais diretrizes para uma política monetária eficiente, ainda que de forma dispersa em seus escritos.

Assim, políticas monetárias eficientes serão consideradas pelos agentes como factíveis, isto é, críveis, e, de acordo com sua credibilidade, o BC terá maior ou menor dificuldade em implementá-las. Dessa forma, em uma economia em que a moeda não é neutra, tal como definida por Keynes, a credibilidade adquire relevância. Estando associada com o alcance do objetivo do BC, de conter a inflação, também está associada a uma atuação de boa reputação e bem-sucedida. Ou seja, a simples tentativa de manter o poder de compra acaba afetando as expectativas dos agentes quanto à confiança e credibilidade das metas de inflação, gerando um grau de confiança futuro de acordo com o comportamento prévio do BC.

Assim, credibilidade é adquirida e mantida diariamente, numa visão de alcance de longo prazo, de manutenção da estabilidade econômica. A credibilidade representa uma variável nas decisões de política monetária, em função justamente das expectativas dos agentes e de sua interpretação das ações tomadas. É, portanto, um fator inibidor de decisões de política monetária que levam à perda de prestígio e autoridade. Até por uma analogia com grandes marcas mundiais que possuem muito valor *per se*, a ideia é associar essa concepção de uma atuação técnica de controle monetário a uma grande marca – sua própria credibilidade no mercado.

Ainda que a possibilidade de decisões equivocadas sempre exista, no sentido de que o futuro é incerto e apenas previsível o comportamento esperado dos agentes, a busca de credibilidade e a sinalização do governo com a autonomia operacional da autarquia certamente inibem decisões de política monetária que levariam à perda de prestígio e autoridade. Ou seja, inibe-se a discricionariedade, dentro da construção de um cenário econômico

estável de longo prazo, diante do julgamento pregresso e corrente dos agentes quanto à factibilidade das políticas adotadas.

Assim, afasta-se a possibilidade de adoção de uma política considerada ineficiente pelos agentes, a qual afetaria a credibilidade e criaria dificuldades para ações futuras. Nesse sentido, a sinalização de uma maior garantia de autonomia operacional reforçaria a credibilidade e representaria um incentivo à aplicação de políticas eficientes e, portanto, críveis.

Portanto, em um contexto em que se está construindo uma estabilidade econômica com base na estabilidade monetária, credibilidade na manutenção do poder de compra da moeda é um fator importante a ser sinalizado aos agentes, de forma a subsidiar as decisões de investimento que conduzam ao chamado crescimento sustentado na economia real. Essa é a sinalização da proposta da independência do Banco Central.

De fato, Keynes apontou que políticas críveis poderiam tornar mais próxima a situação por ele idealizada, qual seja:

“o dia ... em que os princípios do banco central serão completamente removidos da controvérsia popular e serão considerados como um tipo de técnica benéfica de controle científico, tal como é a eletricidade ou outros ramos da ciência. No presente, o sentimento de todos nós em relação aos problemas do banco central representa, eu penso, um estágio muito primitivo do conhecimento, e se pudéssemos penetrar em um estágio mais avançado do conhecimento, muitos dos medos legítimos [que geram] pressões incorretas ... desapareceriam de forma gradual” (Keynes apud Siscú & Paula, 1999, págs. 292)

Assim, seguindo uma política monetária de estabilização econômica, é possível que um dia, como previu Keynes, a atuação do Banco Central esteja isenta da influência expectacional dos agentes e seja considerada apenas um tipo de técnica positiva de controle da economia.

Hoje, entretanto, muito da atuação do BC depende da qualidade dos sinais que emite e como são recebidos pelos agentes. A ideia é a de estimulá-los a agir no sentido apontado pela Autarquia. A autonomia pode aqui significar maior credibilidade aos sinais emitidos, de forma a aumentar o estímulo aos agentes e reduzir a intensidade de utilização dos instrumentos de política monetária. Portanto, além de sinalizar um objetivo não ambíguo e utilizar instrumentos monetários não conflitantes com os fiscais, é preciso sinalizar a manutenção do caminho trilhado, que

se dá com a busca de uma gestão mais transparente com o mercado, como inclusive vem sendo perseguido pelo BC.

Nesse sentido, uma política monetária anti-inflacionária eficiente deve emitir o máximo de sinais aos agentes, a fim de estimulá-los a agir no mesmo sentido da direção apontada pela autoridade. Um anúncio de métodos anti-inflacionários eficientes, como a perseguição de metas de inflação, entendidas como críveis pelo mercado, tende a estimular a contenção da inflação *per se*. Quanto maior a sinalização do BC, maior seria o resultado nas expectativas dos agentes e menor seria a intensidade e o tempo de utilização dos instrumentos monetários. Ou seja, num ambiente econômico instável, com uma história inflacionária inercial, a construção de um ambiente estável que mitigue a incerteza dos agentes se dá tanto pelo trabalho da Autarquia justamente sobre as expectativas do mercado como pela adoção de uma meta inflacionária que represente a própria inflação esperada friedmaniana na Curva de Phillips Expectacional.

Nesse sentido, Keynes indica como prática mais adequada para o Banco Central inglês que, *“quanto maior for a publicidade de todos os tipos, ocorrerá um melhor entendimento pelo mercado de quais são as intenções do Bank (of England), e isto facilitará que tais intenções sejam realizadas com mais rapidez e com mais certeza”* (Keynes apud Siscú & Paula, 1999, págs.296). Assim, autoridades com credibilidade podem transformar a publicidade de suas ações e intenções em sinais de comando para o mercado, constituindo uma política monetária eficiente, no sentido de alcançar seu objetivo utilizando menos instrumentos e com menor duração.

Por outro lado, no caso de o BC adotar uma política monetária contracionista em contraponto com as políticas fiscais, todas as políticas perdem credibilidade pois seriam consideradas não factíveis e, dessa forma, gerariam incerteza para os agentes privados. E num contexto de incerteza, as expectativas tornar-se-iam mais elásticas. Com uma maior possibilidade de erros expectationais, então a mais racional decisão de investimento seria a não decisão, representando uma ruptura no ciclo econômico. E quando as expectativas são elásticas, o convencionalismo indicado por Keynes torna-se ainda mais válido:

“nós assumimos que o estado existente de opinião expresso em preços e no caráter da produção é baseado em um sumário correto do futuro prospectivo, então aceitamos esse estado existente,

a menos que, e até que, alguma coisa nova e relevante surja no contexto” (Keynes apud Siscú & Paula, 1999, págs. 295)

Ou seja, assume-se o comportamento conjunto do mercado como o melhor a ser adotado, cada um seguindo o caminho que espera que os demais sigam.

Assim, uma política monetária inteiramente crível seria uma política sem objetivos ambíguos, não contraditória na utilização de seus instrumentos e não conflitante com a política fiscal e que estimulasse as decisões privadas consistentes com o objetivo almejado pela autoridade monetária.

5. Política Monetária e Autonomia do BC

420 **421**

O termo “independência do BC” é utilizado para designar a autonomia do Banco Central na execução da política monetária como forma de defender o guardião da moeda de seu próprio acionista controlador: o governo. Ou seja, independência no sentido de separação da política monetária da dominação da autoridade fiscal. Isto porque os objetivos do Banco Central estão associados à estabilidade da moeda, enquanto os objetivos das demais ações do governo estão normalmente associados à oferta de bens ou serviços à população e, portanto, ao aumento de gastos.

Com um maior grau de liberdade na emissão monetária, existe sempre a possibilidade de o governo sacrificar a estabilidade em favor de outros objetivos. Por isso, muitos países⁵⁹¹ têm preferido dar autonomia a seus bancos centrais, de forma a se criar um ambiente institucional de maior credibilidade para a política monetária. Nesses países, a independência do BC é sempre limitada, caracterizando-se por um mandato determinado visando um só objetivo – a estabilidade da moeda ou dos preços. Ou seja, um mandato que é o poder discricionário do órgão para executar a política monetária com um objetivo específico.

Nessa ótica, desenvolvimento e distribuição de renda seriam objetivos para os quais o instrumental de política fiscal – tributação, investimentos, gastos setoriais e subsídios – seria mais adequado, à parte do BC. Nesse particular, a política monetária atua apenas indiretamente de forma a garantir uma infraestrutura de

⁵⁹¹ Vide tabela 01 adiante.

estabilidade favorável aos investimentos. Assim, afasta-se o risco de aumentar a oferta de moeda e crédito para tais propósitos e fomentar a inflação, em substituição ao instrumental da política fiscal.

Considerando que taxas altas de inflação associadas a taxas pequenas de crescimento são bem conhecidas do Brasil recente, a sinalização de uma política monetária crível surge para reforçar a opção brasileira por um cenário econômico de preços estáveis que possibilite a formação de expectativas sólidas dos agentes. Ou seja, é uma opção pelo afastamento da inflação que inibe investimento e piora a distribuição de renda, pelo “imposto inflacionário” associado.

Portanto, a estabilidade monetária contribuiria para a construção de um ambiente social que visse como prioridade permanente o controle da inflação. Esse foco na manutenção do poder de compra da moeda tende a ser mais eficiente quando feito de forma independente de pressões políticas, considerando sua impopularidade a curto prazo diante de interesses econômicos e políticos específicos. Segundo Keynes:

“... uma política monetária que a opinião pública considere experimental em sua natureza **e facilmente sujeita a mudanças** pode falhar no seu objetivo de reduzir consideravelmente a taxa de juros a longo prazo... A mesma política, por outro lado, pode ser facilmente bem sucedida se a opinião pública julgá-la razoável e compatível com o interesse público, baseada em convicção sólida e promovida por uma **autoridade que não corra o risco de ser suplantada**” (Keynes, 1982, págs.162, grifos nossos)

Outrossim, Castro (2000) aponta uma correlação entre independência do BC e estabilidade de preços no longo prazo e que a estabilidade fiscal⁵⁹² é *conditio sine qua non* para a estabilidade de preços a longo prazo, portanto também um pré-requisito para a independência do BC. Sem essa condição, “*não é crível que a independência comportamental da Autoridade Monetária se sustente ao longo do tempo*”.

⁵⁹² Um dos grandes méritos do Governo FHC no sentido da estabilidade econômica e, portanto, redução de incertezas foi a aprovação da Lei nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), sinalizando o compromisso daquele Governo com a estabilidade econômica. Ou seja, consolidou-se o ajuste fiscal implementado como um dos pilares do Plano Real, enfatizando o compromisso do Executivo com essa lei.

Não obstante, o Ministério da Fazenda (2003) aponta a importância da atuação de bancos centrais para que a estabilidade de preços seja alcançada e mantida. Aqui, a maior autonomia dessas instituições é considerada fundamental para viabilizar aquela estabilidade ou para consolidar a já eventualmente obtida. Nesse sentido, apresenta os dados, para as duas últimas décadas, de diversos países que estabeleceram leis para os bancos centrais ou realizaram ampla revisão nas mesmas, visando à concessão, ou ampliação, da autonomia dessas instituições:

Tabela 1. Ano de Adoção de Autonomia ou Independência de Banco Central e Metas de Inflação

Pais	Autonomia e/ou independência	Metas de inflação	Pais	Autonomia e/ou independência	Metas de inflação
África do Sul	nc	2000	Irlanda	1998	nc
Alemanha	nc	nc	Islândia	2001	nc
Austrália	nc	1994	Israel	nc	1992
Áustria	1999	nc	Itália	1998	nc
Bélgica	1993	nc	Japão	1998	nc
Brasil	nc	1999	Luxemburgo	1999	nc
Canadá	nc	1991	México	nc	1999
Chile ^{1/}	2001	1991	Noruega	2001	nc
Colômbia	nc	1999	Nova Zelândia	1990	1990
Coreia	nc	1998	Perú	nc	1994
Dinamarca	nc	nc	Polónia	nc	1998
Espanha	1994	1994	Portugal	1998	nc
Estados Unidos	nc	nc	Reino Unido	1998	1992
Finlândia	1998	1993	República Checa	nc	1998
França	1994	nc	Suécia	1999	1993
Grécia	1997	nc	Suiça	2000	2000
Holanda	1998	nc	Taiilândia	nc	2000

Fontes secundárias: (a) DAUNFELDT, Sven-Olov & LUNA, Xavier de (2002). Central Bank Independence and Price Stability: Evidence from 23 OECD - countries. Umea University e (b) MISHKIN, Frederic S. & Klaus Schmidt-Hebbel (2001). One decade of inflation targeting in the world: what do we know and what do we need to know?. NBER, WP 8397.

^{1/} Lei Orgânica Constitucional del Banco Central de Chile - Enero 2001
nc - dado não conhecido.

422 423

Assim, busca-se nas experiências externas um modelo de gestão que “assegure” a eficaz condução da política monetária, visando ao cumprimento das diretrizes estabelecidas para a mesma. Destaca-se também que o exercício da transparência associado aos procedimentos de responsabilização e comunicação com a sociedade tende a evitar a simples utilização da inflação como ajuste de prioridades de política fiscal e social.

Não obstante, as propostas concentram-se em implementar uma maior “independência operacional” do BC, ou com um termo mais ameno, uma “autonomia operacional”⁵⁹³. O relatório econômico do Ministério da Fazenda de 2003 já apontou, entre outras diretrizes de atuação, a intenção de se implementar uma reforma que assegurasse uma gestão mais eficiente e transparente

⁵⁹³ Siscú (2003) apresenta três formas de organizar a relação do BC com o governo e de dirigir sua atuação: autonomia operacional (liberdade para conduzir a política monetária – determinar a taxa de juros, com o objetivo de alcançar uma meta de inflação determinada pelo CMN); independência do BC (liberdade para determinar o seu objetivo e a política monetária); ou a subordinação à política de gastos do Governo (emitindo moeda sem limites para financiar deficits públicos, causando inflação).

da política monetária por meio da concessão da autonomia operacional ao Banco Central:

“De acordo com essa reforma, o governo define a política econômica, em particular as diretrizes da política monetária a ser implementada pelo Banco Central, cuja gestão pode ser publicamente avaliada pela capacidade de cumprir as diretrizes estabelecidas. Nesse desenho, garante-se maior transparência à política monetária, definida pelo governo, e são criados mecanismos de avaliação da execução desta política pelo Banco Central” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2003, p.13)

O novo desenho eficiente da política monetária buscaria estabelecer instrumentos para garantir a estabilidade de preços como elemento fundamental de uma estratégia de desenvolvimento, assegurando a previsibilidade e o alongamento de horizontes na atividade econômica e protegendo os segmentos mais pobres da sociedade contra o tributo inflacionário.

Assim, esse desenho institucional proposto para a gestão monetária apresenta as seguintes características:

- i) as diretrizes da política monetária são definidas pelo governo com um período mínimo de antecedência;
- ii) o Banco Central terá como objetivo primordial buscar a estabilidade de preços;
- iii) a presidência e as diretorias do Banco Central terão mandatos fixos e escalonados;
- iv) os mandatos de diretores e presidente do Banco poderão ser interrompidos em caso de improbidade administrativa ou insuficiência de desempenho verificado pelo descumprimento das diretrizes fixadas pelo governo.

O que se vislumbra dessa proposta são alterações na organização do BC que terão efeitos práticos mínimos na atuação da autarquia. Após o governo Dilma, pode-se considerar que o BC recuperou sua autonomia operacional, que apenas não é formalizada. A estabilidade de preços também já é uma de suas missões, com a fiscalização do sistema financeiro. Os membros da diretoria colegiada atualmente já podem ser destituídos de seus cargos, apenas não possuem mandatos fixos. Também vivemos governos recentes com presidentes do BC ocupando o cargo por longo período, e o atual governo caminha nos mesmos trilhos de estabilidade na gestão monetária.

Ainda que não se esteja falando de independência de objetivos, como se houvesse um leque de objetivos como os do Fed americano que acaba por ajustar o *tradeoff* entre eles, o fato de anunciar uma meta de inflação tende a disciplinar, balizar e organizar o mercado e suas expectativas. Uma vez que uma meta de inflação tenha sido anunciada para um próximo ano, um novo governo não pode mudá-la significativamente, sendo uma restrição para governos atuarem sem disciplina. O público enxergará exatamente o que está determinado que o BC cumpra.

A ideia subjacente é criar mais estabilidade, reduzir incertezas, aumentar o grau de confiança do mercado local e dos investidores internacionais em relação às medidas de política econômica adotadas aqui dentro. Essa é a leitura da proposta a ser apreciada. Portanto, a independência do BC, como é discutida atualmente, designa basicamente a autonomia formal dessa instituição em relação ao restante do governo, para executar a política monetária, pela concessão de mandatos fixos à diretoria colegiada. Ou seja, concentrando seus efeitos pela redução da ingerência política que aumentará a solidez da política monetária.

Nesse contexto, propõe-se um BC que aja de forma coordenada com o Executivo, mas que tenha o objetivo de auxiliá-lo a manter a estabilidade monetária, como parte da política econômica. Nesse aspecto, Keynes sustenta que a formulação e a gestão da política macroeconômica devem ser abrangentes, englobando ações em diversas áreas, todas coordenadas entre si. Na visão de Keynes, políticas fiscal e monetária devem ser complementares e não substitutas, atuando de forma simultânea e coordenada, ainda que autônomas, e munidas da necessária institucionalidade mais recomendada para garantir eficiência.

Assim, o que se pretende com a autonomia operacional do BC é sacramentar que suas decisões técnicas continuem a serem balizadas prioritariamente pela busca da manutenção do poder de compra da moeda. Nesse sentido, a concessão de mandatos fixos significa tornar mais crível a atuação do BC na perseguição da meta de inflação, constituindo-se em mais uma sinalização aos agentes de que não existem obstáculos a fim de se adotarem os mecanismos necessários à disposição do BC para a consecução da meta. Com uma meta e uma política monetária crível, a inflação esperada torna-se conhecida dos agentes, assumindo que o BC disponha de autonomia para cumpri-la. Pretende-se que os agentes adaptem suas expectativas para a meta anunciada,

o que pode evitar a presença de uma taxa de sacrifício – o desemprego – à sociedade quando da perseguição da meta pela autarquia.

6. Considerações Finais

Esse artigo buscou apresentar um enfoque, a partir dos trabalhos de Keynes, sobre a regulamentação do art. 192 para positivar a independência do Banco Central e aumentar a credibilidade da política monetária. Um foco da análise foi abordar os conceitos de incerteza e formação de expectativas dos agentes diante da proposta de mudança institucional da autarquia.

Numa economia monetária, instável por natureza, os agentes tomam decisões sob incerteza, de acordo com suas expectativas, balizadas pelas informações disponíveis e crenças acerca do futuro. Nesse contexto, um BC crível torna-se fundamental para prover a continuidade e desenvolvimento do sistema econômico, pela estabilidade e aumento do grau de confiança dos empresários na economia.

Como o futuro é incerto, as expectativas são voláteis e sujeitas a mudanças, é importante destacar que a proposta de autonomia operacional do BC busca fortalecer a estabilidade monetária no país, como pré-condição para o modelo de desenvolvimento adotado. Busca-se um quadro institucional mais organizado, dentro de uma estabilidade monetária que se começou a criar com a implantação do Plano Real e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual justamente impõe limites e restrições à ação dos governantes. Busca-se, portanto, afastar a figura de um imposto socialmente regressivo, que é a inflação.

Pode-se considerar que o BC voltou a atuar de forma autônoma a partir do governo Temer (2017-2018), seguindo uma política monetária que privilegia a meta de inflação fixada pelo próprio governo. Entretanto, sua configuração ainda não está consagrada em lei e, por isso, é objeto recorrente de discussão na mídia e nos meios acadêmicos. Assim, da mesma forma que a exigência de saneamento das finanças públicas no Brasil culminou com a Lei de Responsabilidade Fiscal, esse novo Banco Central também está demandando sua própria “Lei de Responsabilidade Monetária”.

O que se persegue é a sinalização de um ambiente de maior comprometimento com a estabilidade econômica, pois atualmente o BC já goza de certo nível de autonomia, mas que ainda acaba em conflito com a política especialmente em anos eleitorais, restringindo sua execução. Nesse sentido, a proposta da reforma está

associada não apenas à busca de uma formalização e de uma maior transparência para a autarquia, mas também propriamente a garantir sua autonomia operacional. Ou seja, a implicação de um “BC independente” – independente operacionalmente, mas subordinado às metas de inflação do CMN – é a consolidação de um arcabouço institucional que possibilite mitigar o ambiente de incerteza econômica, fortalecendo-se uma instituição crível, de visão a médio e longo prazo.

7. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Fernando J. Cardim. Central Banks. In: KING, John (org.). *The Elgar Companion to Post Keynesian Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003

CASTRO, Carlos Eduardo. *Democracia e Reforma Institucional: uma análise da Independência do Banco Central*. Belo Horizonte: Dissertação de Mestrado em Ciência Política junto à UFMG, 2000 (mimeo)

FERRARI, Fernando. A moeda na economia de Keynes: da teoria quantitativa à teoria monetária da produção. *Análise*, vol.01, pg.37-49. Porto Alegre, 1993

FERRARI, Fernando; CONCEIÇÃO, Otávio A.C. *The concept of uncertainty in post keynesian theory and in institutional economics: a possible conciliation?* Porto Alegre: UFRGS, 2004. Disponível em: < http://www8.ufrgs.br/ppge/pcientifica/2004_02.pdf>. Acesso em: 6 mar, 2018

HENRIQUES, Ricardo. *Comportamento Racional e Formação de Crenças em Keynes*. Revista Brasileira de Economia 03/2000, pg. 359-379

KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1982

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Política Econômica e Reformas Estruturais*. 2003, pg.83-85. Disponível em: <http://www.fedesp.org.br/superior/politica_econ_ref_estrut.pdf>. Acesso em: 6 mar, 2018

PENROSE, E.T. (1980). *The Theory of the Growth of the Firm*. Nova York: John Wiley

SCHNEIDER, Vera M. et al. *Banco Central do Brasil*. Brasília, UnB, 2000

SILVA, Rafael Silveira e. A (des)constitucionalização do sistema financeiro. IN: DANTAS, Bruno et al (orgs.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p.473-513

SISCÚ, João. *Independência do Banco Central e estabilidade de preços*. Estudos Econômicos, São Paulo. 26(1), Jan-abr/1996

SISCÚ, J. *Autonomia para o BC?* Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/autonomia_para_o_bc.pdf>. Acesso em: 6 mar, 2018

SISCÚ, João; PAULA, Luiz Fernando (organizadores). *Macroeconomia Moderna: Keynes e a economia contemporânea*. Rio de Janeiro: Campus, 1999

Entre o passado e o futuro Um breve panorama dos marcos e desafios legislativos na defesa do consumidor

Beatriz Simas Silva
José Carlos Silveira Barbosa Júnior

Introdução

Até a edição da Constituição de 1988, embora o debate acerca da necessidade de proteção dos direitos do consumidor já estivesse presente no seio da sociedade brasileira, inexistiam regras específicas para regular as relações entre consumidores e fornecedores. Aplicava-se aos contratos e às relações de consumo as mesmas regras previstas na legislação civil aos negócios jurídicos em geral, sem que se levassem em conta as especificidades desses negócios, como, por exemplo, a usual posição de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor ou prestador de serviço. A legislação sobre consumo era esparsa, sendo composta essencialmente por regras relacionadas à distribuição e venda de produtos, abrangendo questões como regulação de preços, padrões de qualidade e rotulagem, normas de controle sanitário, entre outros.

O objetivo deste artigo é então apresentar um breve histórico da evolução dos direitos no consumidor no Brasil e do mundo, passando pelo momento presente, e traçar algumas perspectivas sobre o que podemos esperar para o futuro e quais os desafios à manutenção da proteção ao consumidor diante dos avanços da economia

digital (segundo uma pesquisa realizada pela empresa de consultoria *Accenture Strategy*, 22,5% da economia é digital⁵⁹⁴).

No que tange ao processo legislativo, a atualização do arcabouço legal é medida necessária a fim de manter e resguardar as proteções conferidas pelo texto constitucional e pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, apresentaremos algumas proposições que, em nossa modesta análise, tratam de temas relevantes e que não são adequadamente contemplados pela legislação vigente, focando principalmente em projetos de lei que tramitaram pelo Senado Federal.

1. O Processo de Evolução dos Direitos do Consumidor no Brasil antes e depois da entrada em vigor do CDC

428 429

No mundo, os primeiros movimentos em prol dos direitos do consumidor⁵⁹⁵ surgiram entre o final do século XIX e o início do século XX, notadamente em países em franco desenvolvimento industrial, como França, Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos. Mas foi apenas a partir da década de 1960 que o consumidor passou a ser visto como “sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado”⁵⁹⁶. Entre os primeiros marcos é possível citar a “Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores”, encaminhada pelo Presidente John Kennedy, em 1962; a 29ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas que, em 1973, reconheceu direitos básicos do consumidor à integridade física, à

⁵⁹⁴ BERTHON, Bruno; DAUGHERTY, Paul; KNICKREHM, Mark; Digital disruption: the growth multiplier – optimizing digital investments to realize higher productivity and growth. Acesso em 6 de abril de 2018. ACCENTURE STRATEGY. 2016. Disponível em: https://www.accenture.com/t00010101T-000000Z__w__/br-pt/_acnmedia/PDF-4/Accenture-Strategy-Digital-Disruption-Growth-Multiplier.pdf#zoom=50.

⁵⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 1.

⁵⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Op. cit.*, p.5.

intimidade, à honra e à informação, entre outros; e a Resolução do Conselho da Comunidade Europeia de 14/4/1975, que dividiu os direitos dos consumidores em cinco categorias: (i) direito à proteção da saúde e segurança; (ii) direito à proteção dos interesses econômicos; (iii) direito à reparação dos prejuízos; (iv) direito à informação e à educação; e (v) direito à representação.

No Brasil a questão começou a ser discutida apenas na década de 1970, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais destinadas a defender os consumidores, dentre as quais destacamos:

- a) no Rio de Janeiro, foi criado em 1974 o Conselho de Defesa do Consumidor (Condecon);
- b) em Porto Alegre, foi criada em 1976 a Associação de Proteção ao Consumidor (APC);
- c) em Curitiba, foi criada, também em 1976, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC); e
- d) em São Paulo foi editado o Decreto nº 7.890, de 6 de maio de 1976, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor.

A despeito desses movimentos para a criação de entidades destinadas a trabalhar na proteção dos consumidores, inexistia no Brasil legislação específica sobre o assunto. Assim, demandas entre consumidores e empresas eram resolvidas por meio das regras do Código Civil e demais normas de direito privado. Contudo, apenas essa legislação não era suficiente para solucionar satisfatoriamente os conflitos que surgiam nas relações de consumo, pois falhavam em tratar uma questão chave: o problema da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. A relação entre consumidores e empresas não é uma relação equilibrada, o consumidor constitui o elo mais fraco, ocupando posição de inferioridade sob diversos aspectos como, por exemplo, poder econômico, acesso a informações, capacidade probatória, etc. É justamente essa assimetria que justifica a necessidade de legislação específica para promover a defesa do consumidor e restaurar o equilíbrio e a harmonia na relação entre empresas e consumidores.

Nesse sentido, foi muito importante para a proteção do consumidor a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata também de outros temas de interesse da sociedade, como proteção do meio ambiente e do patrimônio artístico, histórico e cultural.

Esta lei disciplinou a ação civil pública e lançou as bases para a estrutura processual de defesa coletiva que se completaria com a edição do Código de Defesa do Consumidor, representando até hoje o principal instrumento utilizado pelo Ministério Público e por entidades de defesa dos direitos do consumidor.

A Constituição de 1988 representou um marco de forma até então inédita ao, incluir e conferir importância à defesa do consumidor, consagrando-a como direito fundamental e princípio geral da atividade econômica. O dever do Estado promover, “na forma da lei, a defesa do consumidor”, consta no rol das garantias e direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXII). O art. 24 da Constituição federal estabelece competência concorrente entre União, estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo (inciso V) e sobre responsabilidade por dano ao consumidor (inciso VIII). A defesa do consumidor é alçada a um dos princípios gerais da atividade econômica, na forma do art. 170, inciso V. Por fim, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias estabelecia que o Congresso Nacional deveria elaborar “dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor”. Assim, graças a esse suporte constitucional a Lei nº 8.078 seria então publicada em 11 de setembro de 1990, constituindo o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de cunho principiológico, sendo aplicável a todos os contratos que geram relações de consumo. Destacamos a seguir algumas de suas principais características:

- a) criação da Política Nacional de Relações de Consumo e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, congregando diversos órgãos públicos que devem agir de forma harmonizada na defesa dos consumidores;
- b) reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor;
- c) estabelecimento de um rol de direitos básicos do consumidor;
- d) proteção de direitos individuais coletivos e difusos;
- e) facilitação da defesa de direitos, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor;
- f) responsabilização de todos os elos da cadeia de produção e comercialização pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos do produto ou serviço;

- g) possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que houver abuso de direito;
- h) vedação a práticas abusivas na comercialização dos produtos e a práticas constrangedoras na cobrança de dívidas;
- k) possibilidade da decretação da nulidade de cláusulas contratuais abusivas;
- l) regulação dos contratos de adesão;
- m) estabelecimento de sanções administrativas;
- n) tipificação dos crimes contra as relações de consumo;
- o) estabelecimento de regras para defesa coletiva dos direitos dos consumidores.

Vale ainda lembrar que, após a edição do CDC, outros normativos foram editados com o objetivo de complementar, melhor detalhar e conferir efetividade aos direitos ali previstos. Nesse sentido, destacamos, por exemplo:

- a) o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, *que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;*
- b) a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, *que dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor;*
- c) o Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006, *que regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – regulamenta a informação sobre o preço de produtos e serviços;*
- d) o Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, *que fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC);*
- e) o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, *que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico;*
- f) A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, *que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil – a garantia de privacidade e a adoção*

do princípio da neutralidade da rede⁵⁹⁷ são importantes conquistas para o consumidor;

- g) Normas editadas por diversas agências reguladoras em suas respectivas áreas de atuação como, por exemplo, a regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) sobre os direitos do consumidor de serviços de telecomunicações, as normas do Banco Central do Brasil (BCB) sobre tarifas bancárias e as regras da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) sobre os direitos dos passageiros em casos de atraso ou cancelamento de voos e preterição de passageiros (overbooking).

Observa-se então que a proteção legal ao consumidor brasileiro não está centrada apenas em leis, mas decorre de um sistema normativo escalonado, organizado e harmônico, composto tanto por normas de valor legal quanto por normas infralegais. No âmbito legal, o CDC estabelece regras básicas e princípios gerais, aplicáveis a todos os setores da economia. Na esfera infralegal, a proteção do consumidor é complementada por atos normativos editados por diversas autoridades públicas competentes, o que possibilita que a regulação de aspectos específicos das relações de consumo seja realizada de forma mais célere, flexível e efetiva, bem como faça frente à acelerada dinâmica da atividade empresarial. Assim, imprescindível também é a vigilância constante das agências reguladoras sobre os setores da economia que supervisionam.

3. A Proteção ao Consumidor no Momento Presente

Decorridos vinte e oito anos desde sua edição, o Código de Defesa do Consumidor é uma lei de amplo conhecimento da população, que não hesita em recorrer aos órgãos de proteção ao consumidor e à justiça, quando necessário, a fim de garantir a defesa dos seus direitos.

O CDC consolidou uma ampla gama de direitos dos consumidores e, segundo especialistas, trata-se de uma das legislações de proteção ao consumidor mais modernas do mundo. Contudo,

⁵⁹⁷ De acordo com este princípio, os provedores de conexão não podem discriminar ou privilegiar determinados tipos de conteúdo (por exemplo, cobrar mais de um usuário que utilize a banda larga contratada para acessar serviços de *streaming* de vídeo, como o Netflix).

conferir efetividade a esses direitos, fazer com que eles sejam respeitados pelas empresas, promover uma solução rápida e eficaz dos conflitos continua sendo um desafio. Corrobora essa afirmação o número expressivo de reclamações junto a determinados segmentos de empresas, entre os quais se destacam os setores de telecomunicações (telefonia fixa, celular, televisão por assinatura, provedores de internet etc.), instituições financeiras, grandes lojas de varejo e companhias aéreas⁵⁹⁸. A judicialização de diversos conflitos torna-se inevitável, sendo importante destacar o papel fundamental dos juizados especiais para os consumidores, pois representam uma forma de acesso rápido e simplificado à justiça, na medida em que podem questionar as empresas sem a necessidade de contratação de advogados e mediante isenção do pagamento de custas judiciais e honorários.

Descumprimento dos termos de oferta, dificuldades para realizar a troca ou reparo de produtos defeituosos, problemas na qualidade do serviço prestado, demora na ativação ou cancelamento de serviços e cobranças indevidas ainda são problemas que levam muitos consumidores a registrarem reclamações junto aos órgãos competentes. É preciso pensar em soluções que permitam solucionar esses conflitos de forma rápida e justa para ambas as partes, mas para isso é imprescindível mudar a postura de algumas empresas, bem como coordenar as ações do Poder Executivo, do Poder Legislativo, das agências reguladoras e do Poder Judiciário.

Em 2010, portanto vinte anos decorridos da edição do CDC, a Presidência do Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas com o objetivo de oferecer subsídios para a modernização do CDC. A Comissão de Juristas foi presidida pelo ministro Antonio Herman Benjamin e teve como membros Cláudia Lima Marques (relatora-geral), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Kazuo Watanabe. Foram realizadas diversas reuniões e audiências públicas com os setores interessados, nas quais se buscou ouvir os

⁵⁹⁸ De acordo com o Sistema Nacional de Informações do Consumidor, constata-se uma média próxima de 2.500.000 atendimentos anuais, dos quais metade concentra-se nos serviços financeiros e de telecomunicações. Disponível em: http://sindecnacional.mj.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Asindec2016%3ASINDEC_Atendimento.wcdf/generatedContent. Acesso em: 19 de abril de 2018.

mais diversos segmentos representativos atuantes no direito e na defesa do consumidor.

As diretrizes traçadas pelo pPresidente do Senado Federal foram claras quanto à necessidade de que a reforma proposta representasse avanços significativos na proteção do consumidor, e levasse em conta temas como crédito e superendividamento, comércio eletrônico e processo civil.

Os trabalhos da Comissão de Juristas foram concluídos em 2012, e resultaram na apresentação de três anteprojetos de lei, posteriormente convertidos em três Projetos de Lei do Senado (PLS):

- a) PLS nº 281, de 2012 – tem como objetivo aperfeiçoar as disposições do capítulo I do CDC (determina que as normas e negócios jurídicos devem ser interpretados da forma mais favorável ao consumidor) e dispõe também sobre regras para a proteção do consumidor em operações de comércio eletrônico, que eram praticamente inexistentes quando da edição da versão original do CDC. A proposição foi aprovada em 28 de outubro de 2015 pelo Plenário do Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 3.514, de 2015.
- b) PLS nº 282, de 2012 – tinha como objetivo aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas, valorizando esta modalidade de ação, apresentando propostas para solucionar dificuldades e dúvidas que se estabeleceram no manejo do processo coletivo e reforçando a utilização de meios consensuais de solução de controvérsias. Sem lograr aprovação, o Projeto foi arquivado no final de 2014, ao término da legislatura.
- c) PLS nº 283, de 2012 – tem como objetivo alterar o CDC para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção ao superendividamento. A proposta propõe criar uma nova seção sobre proteção contratual, com a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial. O PLS abarca ainda normas para facilitar a negociação com os fornecedores em caso de cobrança de valores contestados, erro ou fraude cometidos em seus cartões

de crédito e meios de pagamento, bem como busca conferir proteção aos consumidores mais vulneráveis, como idosos e analfabetos, estabelecendo regras básicas para a publicidade de crédito, ao proibir a referência a crédito “sem juros”, “gratuito” e semelhantes, de forma que a publicidade não oculte os ônus da contratação a crédito. Merece ainda destaque a iniciativa de incluir no rol de práticas abusivas a publicidade que tenha cunho discriminatório ou que contenha apelo imperativo de consumo à criança. Na parte processual do CDC, propõe a criação de um novo Capítulo: da Conciliação no Superendividamento, prevendo a conciliação com todos os credores do consumidor superendividado. Inspiraram a proposta normas existentes em outros sistemas jurídicos e práticas adotadas nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco e São Paulo, da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro e da Fundação Procon de São Paulo, nas quais o procedimento de conciliação se dá em audiências globais entre consumidores e fornecedores, o que facilita a elaboração de plano de pagamento para a quitação das dívidas, com preservação do mínimo existencial, permitindo a reinclusão do consumidor no mercado e o avanço da cultura do adimplemento das dívidas. Este Projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 4 de novembro de 2015, e remetido à Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 3.515, de 2015.

4. Perspectivas Futuras para a Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor evoluiu de forma significativa ao longo dos últimos vinte e cinco anos, tanto em função da construção de um arcabouço legislativo robusto quanto pelo fortalecimento das entidades e órgãos dedicados à proteção dos consumidores. A Constituição federal de 1988 representa, nesse cenário, marco fundamental que permitiu o desenvolvimento da legislação consumerista.

Contudo, os altos índices de reclamações demonstram que vivemos uma situação ainda longe da ideal, não sendo possível

qualificar o país como um exemplo de respeito aos consumidores. É necessária uma nova ética empresarial, em que o compromisso e o respeito ao consumidor ocupem papel central no cotidiano, e que se vá além dos discursos. Continuar a investir em meios que promovam uma rápida e justa solução de conflitos, capaz de evitar excessiva judicialização de demandas, permanece sendo prioridade.

Nesse sentido, o Judiciário, o Executivo e as entidades de defesa do consumidor devem atuar de forma harmonizada e buscar o aperfeiçoamento de seus processos, priorizando, sempre que possível, ações preventivas em substituição a medidas repressivas e incentivando o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de disputas, como a conciliação. É fundamental a vigilância constante a fim de impedir retrocessos na proteção aos consumidores.

Outro desafio constante é manter o marco regulatório atualizado, acompanhando a dinâmica da economia, da evolução tecnológica e dos hábitos de consumo, de forma a compreender e identificar novas demandas. Atualmente, seria fundamental a aprovação dos projetos para modernização do Código de Defesa do Consumidor, que tocam em questões bastante sensíveis, como o superendividamento, a proteção do consumidor em operações realizadas por meio eletrônico e a proteção de dados pessoais. Nesse sentido, a aprovação dos já mencionados Projetos de Lei do Senado nº 281 e 283, ambos de 2012, que atualmente tramitam na Câmara, representaria um importante passo à frente. Igualmente, o resgate das ideias contidas no PLS nº 282, de 2012, centradas no aprimoramento da disciplina das ações coletivas, também poderia contribuir de forma positiva para a proteção aos consumidores.

Finalmente, gostaríamos de mencionar um debate que possui relação com operações realizadas por meio eletrônico, mas não exclusivamente, que diz respeito à proteção de dados pessoais dos consumidores.

No momento em que este artigo é escrito, o mundo assiste ao desenrolar do escândalo envolvendo o Facebook, uma das populares redes sociais do mundo, acusada de compartilhar, sem consentimento prévio dos usuários, dados com a empresa de consultoria e análise de dados *Cambridge Analytica*, que teria usado as informações para orientar ações de marketing eleitoral relacionadas à última eleição norte-americana. Ao mesmo tempo,

embora com menos destaque na mídia, uma importante empresa de *ecommerce* brasileira informa ter registrado em dezembro de 2017 o vazamento de dados não bancários de cerca de 2 milhões de clientes. O vazamento chamou atenção do Ministério Público, que notificou a companhia para que comunicasse todos os consumidores afetados. Estes são apenas dois exemplos de como os dados pessoais de consumidores estão cada vez mais vulneráveis, sendo urgente o debate acerca de formas para reforçar sua proteção.

A respeito do tema, uma primeira observação é que a proteção à privacidade do indivíduo encontra-se assegurada, de forma bastante abrangente, pelo art. 5º, inciso X da Constituição federal:

Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A proteção dos dados pessoais dos consumidores em ambiente eletrônico foi tratada inicialmente pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, também conhecida como “Marco Civil da Internet”. Além disso, o Anteprojeto de Lei de proteção de dados pessoais do Ministério da Justiça e o PLS nº 281, de 2012, de modernização do Código de Defesa do Consumidor, conforme será detalhado a seguir, também buscam conferir garantias ao consumidor de produtos e serviços por meio da internet.

A Lei nº 12.965, de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. Em seu art. 3º, reconhece a proteção da privacidade (inciso II) e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (inciso III), como princípios norteadores da disciplina do uso da internet no Brasil. O art. 7º prevê entre os direitos do usuário a inviolabilidade da sua intimidade e de suas comunicações, assegurado o direito de indenização em caso de violações, bem como a necessidade de consentimento prévio para a utilização de informações:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

.....

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

.....

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Na sequência, o art. 8º prevê que cláusulas contratuais violadoras do direito à privacidade devem ser consideradas como nulas de pleno direito. Os arts. 15 a 17 garantem o sigilo e a inviolabilidade das comunicações realizadas por meio da internet, ressalvada a existência de ordem judicial autorizando a quebra do sigilo. Cabe ressaltar que o art. 16 também veda expressamente a guarda de informações na provisão de aplicações da internet sem o consentimento expresso do titular dos dados:

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I – dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II – de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Há, ainda, outros projetos que também tratam da proteção de dados pessoais. O já mencionado PLS nº 281, de 2012, propõe inserir inciso ao art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), incluindo no rol de direitos básicos do consumidor o direito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

.....
XI – a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito ao consumidor a estes e suas fontes.

O mesmo Projeto propõe ainda a inserção de um novo artigo no CDC, estabelecendo regras e limites à obrigatoriedade de prestação de informações por parte do consumidor, bem como requerendo seu consentimento expresso para a requisição de informações além daquelas necessárias para a aquisição do produto ou serviço:

Art. 45-G. Na oferta de produto ou serviço por meio da rede mundial de computadores (internet) ou qualquer modalidade de comércio eletrônico, somente será exigida do consumidor, para a aquisição do produto ou serviço ofertado, a prestação das informações indispensáveis à conclusão do contrato.

Parágrafo único. Quaisquer outras informações, além das indispensáveis, terão caráter facultativo, devendo o consumidor ser previamente avisado dessa condição.

Merece também menção o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais⁵⁹⁹, elaborado pela Secretaria de Assuntos Legislativos e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que foi submetido a audiência pública. O objetivo desse anteprojeto é regular o uso das informações pessoais coletadas por meio da internet, estabelecendo padrões mínimos para controle do uso de dados pessoais. Segundo a proposta, o tratamento de dados pessoais somente é permitido após o consentimento livre, expresso e informado do titular dos dados. Ainda, o consentimento para tratamento de dados pessoais não pode ser condição

⁵⁹⁹ Minuta do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais Disponível no endereço: <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>.

para o fornecimento de produto ou serviço, salvo se os dados forem indispensáveis para sua realização, sendo estabelecidas diversas regras para o registro desse consentimento. É exigido ainda um consentimento especial do titular para o tratamento de dados pessoais sensíveis, assim entendidos como aqueles que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos.

Existem ainda outras proposições em trâmite no Congresso Nacional e que tendem a ganhar maior destaque na medida em que os problemas relacionados a fraudes e vazamento de dados se tornam cada vez maiores, tanto em frequência quanto em volume, demandando ações por parte dos legisladores e reguladores, conforme demonstram os exemplos citados neste artigo. Entre essas proposições, é possível mencionar:

440 **441**

- a) O Projeto de Lei do Senado nº 181, de 2014, de autoria do senador Vital do Rêgo, que *estabelece princípios, garantias e obrigações referentes à proteção de dados pessoais*;
- b) O Projeto de Lei da Câmara nº 6.981, de 2002, de autoria do deputado Orlando Fantazzini, que *estabelece normas para a proteção e tratamento dos dados pessoais e dá outras providências*;
- c) O Projeto de Lei do Senado nº 321, de 2004, de autoria do senador Sérgio Zambiasi, que *dispõe sobre a proteção, o tratamento e uso dos dados pessoais e dá outras providências*;
- d) O Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2013, de autoria do senador Antonio Carlos Valadares, que *dispõe sobre a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais, e dá outras providências*.

Assim, com relação à proteção de dados pessoais do consumidor, o que se pode observar é que o Marco Civil da Internet já confere proteção às informações dos usuários, garantindo o seu sigilo e condicionando a coleta e transmissão de informações a terceiros ao consentimento expresso do titular dos dados. Não obstante, tais proteções carecem de aprimoramento e constituem

hoje uma das questões mais sensíveis quando se fala em proteção de direitos do consumidor.

Atualmente, outro ponto caro à defesa do consumidor é o cadastro positivo, criado pela Lei nº 13.414, de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e a consulta a banco de dados com informações de inadimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito⁶⁰⁰. A ideia da Lei é permitir que bons pagadores tenham acesso a taxa de juros mais baixas no mercado de crédito, colaborando, portanto, com a mais expressiva queda de taxa de juros desde a edição do CDC.

Registra-se a avançada tramitação do PLP 441, de 2017⁶⁰¹, que visa a dispensar autorização prévia das pessoas físicas e jurídicas para a abertura do Cadastro, além de alterar a Lei do Sigilo Bancário para que o compartilhamento de informações pelas instituições financeiras não constitua violação de sigilo. O cerne do Projeto está na adesão ou não ao modelo. Em outras palavras, se o indivíduo aceita expressamente que seus dados sejam integrados ao Cadastro Positivo (*opt-in*) ou se não aceita expressamente que se utilizem os seus dados pelo Cadastro (*opt-out*).

Segundo o Sebrae⁶⁰², por adotar modelo *opt-in*, até dezembro de 2016, aproximadamente 5,5 milhões de usuário aderiram ao Cadastro no Brasil, o que corresponde a menos de 5% do potencial mercado. Entre argumentos favoráveis à mudança, ao se optar pelo modelo *opt-out* – além de mais aderentes – haveria aumento da transparência nas relações entre credor e consumidor; taxas de juros mais justas; maior competição no mercado de crédito; e redução da inadimplência. Entre os contrários à matéria, a adesão automática ao cadastro positivo poderá majorar vulnerabilidades e riscos que já recaem sobre os consumidores, notadamente pela ausência de uma legislação madura sobre a proteção de dados pessoais e os modelos de avaliação e classificação de risco de crédito.

⁶⁰⁰ Além da Lei nº 13.414, de 2011, o Decreto nº 7.829, de 2012 e pela Resolução nº 4.172, de 2012, do Banco Central do Brasil regulamentam a matéria.

⁶⁰¹ Originalmente autuado como PLS nº 2012, de 2017, de autoria do senador Dalirio Beber.

⁶⁰² Material produzido pela Unidade de Assessoria Institucional do Sebrae Nacional. Referências Internacionais: Cadastro Positivo. Out/2017. Disponível em: <http://ois.sebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Cadastro-Positivo-15p.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

Até o momento da elaboração do presente artigo, o PLP 441, de 2017⁶⁰³, aguarda deliberação no Plenário da Câmara dos Deputados, após exame de Comissão Especial criada para esse fim.

5. Supremo Tribunal como Intérprete Final da Constituição Federal nos Possíveis (Ou Prováveis) Conflitos de Competência em Matéria de Defesa do Consumidor

Segundo o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), nosso país constitui-se em Estado democrático de direito, com fundamentos na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o no pluralismo político.

A própria CF elenca seus objetivos fundamentais no art. 3º, quais sejam: (a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (b) garantir o desenvolvimento nacional; (c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito das disposições reservadas às garantias fundamentais, dispõe o já mencionado artigo 5º, XXXII, da Constituição federal, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Na mesma linha, a defesa do consumidor também encontra previsão constitucional expressa no artigo 170, V, e no artigo 48, da ADCT.

Por essa razão, importante identificar em que contexto as modificações promovidas na vida do consumidor interferem no mundo jurídico. Não por isso, Rizzato Nunes⁶⁰⁴ assim entende:

O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional, (...) um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro. (...) Assim, como a Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, ela é prevalente sobre todas as demais normas anteriores, ainda que especiais, que com ela colidirem.

⁶⁰³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160860>.

⁶⁰⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

Assim, a proteção do consumidor, com a Constituição federal, passa a ser interpretada sob o alcance de princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia (entendido como o equilíbrio efetivo entre as partes), e, principalmente, o da informação – entendido essencialmente sob três óticas: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

Os princípios supracitados refletem diretamente na legislação especial, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, quando, ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º), elenca seus princípios: vulnerabilidade (inciso I), interferência estatal (inciso II), harmonização das relações de consumo (inciso III), informação (inciso IV), controle de qualidade e segurança (inciso V), repressão de abusos (inciso VI), melhoria dos serviços (inciso VII) e, o que tomamos a liberdade de chamar de advocacia do consumidor (inciso VIII).

Nesse contexto, o processo legislativo também deve se espelhar. O processo de feitura de leis observa, para sua iniciativa, uma série de competências originalmente estabelecidas na Constituição, no art. 21 (exclusiva da União), art. 22 (privativa da União) e art. 24 (concorrente entre União, estados e Distrito Federal)⁶⁰⁵. No art. 24, que trata da competência concorrente, encontra-se produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor.

Embora aparentemente assuntos atinentes ao consumidor sejam regulamentados por vários entes da federação, na medida de sua competência constitucional, não raro há questões suscitadas e dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal, tais como: a) controvérsia relativa à legitimidade dos sistemas de análise, avaliação e pontuação de risco de crédito ao consumidor, mantidos por instituição de proteção ao crédito, bem como a existência de danos indenizáveis por inserção do nome de consumidor nesses

⁶⁰⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: V – produção e consumo; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

sistemas⁶⁰⁶; b) responsabilidade por danos materiais e morais decorrentes da espera excessiva em fila de instituição financeira⁶⁰⁷; c) legislação municipal que regulamenta atendimento aos consumidores nos supermercados e hipermercados⁶⁰⁸; entre outros.

Ademais, o Supremo também foi responsável por declarar inconstitucionais dispositivos de lei fluminense sobre a obrigatoriedade de informações nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados no estado do Rio de Janeiro e as respectivas sanções por descumprimento (ADI nº 750/RJ). A maioria dos ministros entendeu que parte da lei (que trata da exigência das informações) deve ser declarada inconstitucional, uma vez que ao estabelecer tal obrigatoriedade, o estado dificulta a inserção de bens provenientes de outras localidades em seu mercado, bem como a livre circulação de mercadorias. Nesse último impo-
444 445

porte centrou-se o ponto decisivo do julgamento: preteriu-se um direito aparentemente evidente em defesa do consumidor (ampliação da informação nos rótulos dos produtos) em face das repercussões acarretadas no comércio interestadual e internacional (matéria privativa União, art. 22 da Constituição), justificando-se inclusive a necessidade de preservação do Pacto Federativo.

A mencionada decisão é significativa na medida em que questões que poderiam num primeiro plano estarem adstritas somente à defesa do consumidor, também poderão impactar diferentes atores ou setores da economia. Portanto, não nos parece improvável que haverá novas suscitações de conflitos de competência considerando os diversos temas sensíveis à sociedade, em especial os que tangenciam direta ou indiretamente a defesa do consumidor e o mundo tecnológico.

⁶⁰⁶ O STF entendeu que a matéria deve ser disciplinada por normas infraconstitucionais, sendo apenas reflexa e indireta eventual ofensa a normas constitucionais (ARE 867326 RG/SC – SANTA CATARINA)

⁶⁰⁷ O Supremo entendeu que a matéria não tem estatura constitucional, fazendo-se necessário o exame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 280 e 279 do STF). (ARE 687876 RG/RJ – RIO DE JANEIRO)

⁶⁰⁸ A jurisprudência do STF vem reiteradamente afirmando a competência dos municípios para legislar sobre matéria consumerista quando sobreleva o interesse local, em que a necessidade de um melhor atendimento aos consumidores nos supermercados e hipermercados é aferível em cada localidade, a partir da observação da realidade local (RE 818550 AgR/SP–SÃO PAULO)

6. Conclusão

Procuramos relatar breve histórico da evolução dos direitos o consumidor no Brasil e no mundo, descrevendo o atual marco regulatório e alguns casos apreciados pelo STF quanto à competência legislativa em matérias de direito do consumidor, assim como apresentar alguns desafios que os consumidores possivelmente enfrentarão nos anos vindouros.

Diante de todo o exposto, entendemos que a defesa do consumidor continuará a ser pauta nos principais foros dos três Poderes, especialmente por haver previsão de sua defesa na Constituição federal. Nos próximos anos, as pautas serão tocadas por discussões envolvendo interesses do consumidor em face das inovações tecnológicas, respeito aos contratantes vulneráveis, melhoria institucional dos órgãos de defesa do consumidor e redução de assimetria informacional por parte das Agências Reguladoras (no âmbito das regulamentações), agentes privados e os respectivos usuários dos serviços regulados.

Registramos, por fim, que a despeito de os diplomas atuais necessitem de aprimoramentos diversos, as previsões constitucionais de proteção do consumidor como garantia fundamental e princípio da ordem econômica possibilitaram a criação de uma estrutura principiológica, insculpida no Código de Defesa do Consumidor, apta a dar suporte à resolução de conflitos em matéria de defesa do consumidor.

Introdução

Tradicionalmente, a conveniência e a oportunidade da adoção do instrumento das medidas provisórias (MPV) pelo poder constituinte originário não são vistas de forma muito simpática pela doutrina. Aponta-se, em especial, o problemático reforço do papel do Executivo no exercício da função normativa, o exarcebamento do poder de agenda do Presidente em relação ao Congresso Nacional, além do abuso na edição das MPVs como justificativas para esse balanço pouco favorável ao instituto.

É preciso, contudo, recolocar o problema em seu devido lugar. Inegável o abuso na edição de MPVs por todos os presidentes da República, dos mais variados matizes ideológicos. Vários dos problemas do instituto, no entanto, foram atenuados com a reforma constitucional de 2001, que, entre outras mudanças, trouxe mais rígida limitação de prazo de vigência das MPVs, além de positivar diversas vedações materiais à utilização do instrumento.

O intuito deste artigo é realizar um levantamento crítico da utilização das MPVs nos *primeiros* 30 anos de vigência da Constituição federal de 1988 (CF), a fim de apreciar o que será e o que poderá ser do instituto nos *próximos* 30 anos. A ideia,

portanto, é de levantar a experiência constitucional, com o intuito de sugerir inclusive mudanças e aperfeiçoamentos que permitam às MPVs desempenhar seu papel no sistema constitucional ora em diante.

Partimos de dois pressupostos básicos: a) é preciso assegurar alguma forma de legislação pelo Poder Executivo – em bases excepcionais, claro –, e a MPV tem fornecido essa “saída” exigida em todos os sistemas jurídico-constitucionais atuais; e b) há ainda disfunções na utilização e tramitação da MPV, que exigem algumas mudanças pontuais em seu regime jurídico, a fim de que possa continuar a cumprir sua função.

Por conta disso, principiaremos explicitando a necessidade da legislação pelo Poder Executivo (item 1). Logo após, faremos breve histórico das transformações pelas quais passou a MPV até a atualidade (item 2). Depois, apontaremos algumas das disfuncionalidades que persistem no sistema atual, *pari passu* com a indicação de possíveis soluções (fáticas ou jurídicas) para tais problemas.

1. Antecedentes da Legislação pelo Executivo – da Necessidade das Medidas Provisórias no Sistema Constitucional Brasileiro

As medidas provisórias (MPVs) foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988. Representam, portanto, uma inovação da Carta Cidadã. Porém, o modelo de legislação pelo Poder Executivo não era inédito no mundo, muito menos no sistema constitucional brasileiro.

Montesquieu já defendia que o Executivo não poderia legislar (faculdade de estatuir), mas deveria participar da legislação impedindo determinadas decisões parlamentares (faculdade de impedir, ou veto propriamente dito)⁶⁰⁹.

No Direito brasileiro, são apontados como antecedentes das atuais MPVs os chamados “decretos-lei”. Surgidos em 1937, com o Golpe do Estado Novo e a outorga da Constituição de 1937 (vulgarmente conhecida como a Polaca) por Getúlio Vargas, os Decretos-Lei configuravam uma forma de legislação editada pelo Poder Executivo, com a homologação pelo Legislativo. Todavia,

⁶⁰⁹ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A Sanção no Procedimento Legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

como o Parlamento permaneceu fechado durante todo o período ditatorial (1937-1945), na verdade o Brasil foi regido, inteira e exclusivamente, por decretos editados pelo presidente da República, com força da lei⁶¹⁰.

A figura do decreto-lei foi abolida com a Constituição democrática de 1946, mas ressurgiu com o Ato Institucional nº 2, de 1964, que atribuía ao presidente da República o poder de editar decretos-lei, *ad referendum* do Congresso Nacional, nas matérias relativas à segurança nacional. Com a Constituição de 1967, o campo de edição dos decretos com força de lei foi ampliado, para permitir sua edição também em matérias financeiras e administrativas. Interessante notar, também, que, nessa segunda fase dos decretos-lei, a não apreciação do ato pelo Congresso Nacional no prazo constitucionalmente descrito implicava a aprovação do decreto, que se transformava em lei por decurso de prazo (instituto que não mais existe no Brasil). E, pior, mesmo se o decreto-lei fosse rejeitado pelo Congresso, os efeitos já produzidos continuavam necessariamente válidos, pois a rejeição se dava com efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc* (retroativos)⁶¹¹.

Já no Direito Comparado, o *decreto-legge* italiano é apontado como a principal “inspiração” para a MPV brasileira. A Constituição Italiana de 1947 prevê, no art. 77, a possibilidade de o governo (Poder Executivo) adotar, “em casos extraordinários de necessidade e urgência”, provimentos provisórios ou decreti-*legge* (“provvedimenti provvisori”) com força de lei. Foi nessa fonte que o Constituinte Brasileiro de 1988 bebeu para “importar” a figura das MPVs.

A redação original do art. 62 da nossa Constituição era uma cópia fiel, com pouquíssimas alterações, do texto do art. 77 da Constituição Italiana.

É de se notar que não só a Itália abriga em seu ordenamento a fugira dos *decreto-legge*. Na verdade, essa forma de legislação pelo Executivo é bastante comum na Europa. Como afirma Brasilino Pereira dos Santos, em estudo específico sobre as medidas provisórias no Brasil e no Direito Comparado: “Os decretos-leis

⁶¹⁰ Cf. Constituição de 1937, arts. 11 a 14.

⁶¹¹ Cf. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1288. Contra, considerando que a rejeição poderia ter efeitos retroativos (*ex tunc*), confira-se: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, tomo III. São Paulo: RT, 1973, p. 161.

têm uma certa tradição no Direito Constitucional europeu”. Na Alemanha, a *Grundgesetz* (Lei Fundamental de Bonn, 1949) prevê, no art. 81, a possibilidade de o Chanceler (Chefe de governo) declarar o estado de necessidade legislativa. Na França, existem as *ordonnances* (ordenanças), com força de lei, que podem ser editadas inclusive em casos de necessidade e urgência ou em matéria de finanças públicas. Na Espanha, o art. 86 da Constituição de 1978 (nitidamente inspirado na experiência italiana) permite ao Executivo editar decretos com força de lei, mas ressalva algumas matérias. Por fim, apenas para ficar nos exemplos mais conhecidos, a Constituição Portuguesa de 1976 permite, no art. 201, a edição de decretos-lei que, em algumas hipóteses, sequer precisam ser ratificados pelo Parlamento⁶¹².

Como se percebe, a MPV não foi uma inovação do constituinte de 1988 que derivou de um “rompante” legislativo. Ao contrário, praticamente todos os países do mundo reconhecem alguma forma de legislação pelo Poder Executivo, seja de maneira formal (Itália, Espanha), seja apenas do ponto de vista material (como é o caso do larguíssimo poder normativo das agências norte-americanas). A questão a ser posta, assim, não é sobre se as MPVs devem subsistir em nosso ordenamento, mas sim sobre qual deve ser o melhor tratamento jurídico a lhes ser destinado, especialmente a partir do aprendizado desses 30 anos de experiência constitucional.

2. A “Evolução” das Medidas Provisórias ao Longo dos Últimos 30 Anos

Para que se possa analisar com embasamento o que funciona – e o que não tem funcionado a contento – em relação às MPVs, é preciso analisar em perspectiva histórica as várias modificações legislativas e jurisprudenciais que moldaram o instituto, até que ele chegasse à forma com a qual o conhecemos hoje.

Na redação original de 1988 (e é importante que se tenha essa noção histórica, para que se possa melhor compreender as modificações trazidas pela EC 32/01), as medidas provisórias podiam ser

⁶¹² Cf. toda a exposição detalhada dos decretos-lei no Direito Comparado, especialmente europeu, na citada obra: SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993, pp. 101 e ss.

editadas pelo Presidente da República acerca de quaisquer matérias (pois, em tese, não havia limitações de tema, como também não há na Constituição Italiana). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, se não permitia a edição de MPs acerca de Direito Penal, as admitia quando fossem benéficas ao réu⁶¹³, algo que hoje não mais é possível (CF, art. 62, § 1º, I, “b”).

Também no regime anterior à alteração constitucional na sistemática das medidas provisórias, tais provimentos excepcionais tinham prazo de validade de 30 dias, mas, segundo a Corte Suprema, podiam ser reeditadas pelo presidente da República, sem limite de vezes, dentro do prazo legal, prorrogando-se o prazo constitucional. É o que dispõe a Súmula nº 651 do STF: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”. Isso gerava a situação esdrúxula em que uma medida “provisória” vigorava por longos anos, sem ter sido apreciada pelo Congresso Nacional.

Outra característica que marcava as medidas provisórias no período pré-EC 32 era que a rejeição da MP pelo Congresso Nacional produzia, automaticamente, efeitos retroativos (*ex tunc*), devendo o Legislativo regular a eficácia da medida (por meio de decreto legislativo). Ademais, a apreciação da medida (para aprová-la ou rejeitá-la) era feita conjuntamente por ambas as Casas do Congresso Nacional – o qual, se não estivesse reunido, deveria ser convocado extraordinariamente.

Vejamos agora, brevemente, as principais alterações trazidas pela EC nº 32, de 2001, que trouxe substanciais modificações na normatização das medidas provisórias. O art. 62 tornou-se mais analítico, limitando o poder do Executivo de editar MPVs. Passou-se do “regime da reedição” para o “regime do sobrestamento”⁶¹⁴. Expliquemos. Até a EC 32/01, as medidas provisórias valiam por

⁶¹³ Em julgado anterior à EC 32/01, o STF assim se manifestara: “Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal, extraída pela doutrina consensual da interpretação sistemática da Constituição, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 254.818, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 8.11.2000).

⁶¹⁴ PIRES, Ednilton Andrade. A Medida Provisória e sua Evolução Constitucional. In: Ensaios sobre impactos da Constituição federal de 1988 na sociedade brasileira, vol. 2. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 583.

30 dias, mas podiam, se não apreciadas pelo Congresso, ser reeditadas inúmeras vezes. Após a reforma constitucional, passaram as MPs a ter prazo de vigência de 60 dias, prorrogáveis (automaticamente) por mais 60 dias. Mas, passados 45 dias da edição, a Casa do Congresso em que esteja tramitando a MPV passa a ter a pauta sobrestada (“trancada”): não pode deliberar sobre nenhum outro projeto, antes de votar a MPV. Outra modificação da EC nº 32, de 2001, foi que o prazo da MPV não mais corre durante os recessos do Congresso, que também não precisa mais ser convocado extraordinariamente. Por outro lado, ficou consignado que, em algumas matérias, o presidente não pode editar medidas provisórias. Ademais, a apreciação das MPs passou a ser feita por cada casa do Congresso, de forma isolada. Passou a ser prevista na Constituição a apreciação prévia dos requisitos de relevância e urgência da MPV por uma comissão mista de Deputados e Senadores. Por fim, restou explicitado na Constituição que a MPV rejeitada perde os efeitos *ex tunc*, mas, se o Congresso não regular, em até 60 dias, os efeitos da medida rejeitada, a rejeição valerá *ex nunc*.

Nesse contexto, houve também relevantes alterações de leitura jurisprudencial sobre os limites à edição de MPVs, com o Supremo Tribunal Federal (STF) passando a exercer um maior controle sobre os requisitos de relevância e urgência⁶¹⁵, exigindo a efetiva instalação da comissão mista que deve dar parecer sobre as medidas⁶¹⁶ e proibindo a inserção, via emenda, de matéria estranha ao objeto original da MPV (os chamados “jabutis” ou “contrabandos legislativos”)⁶¹⁷.

3. Para os Próximos 30 Anos: Problemas (E Possíveis Soluções)

Mesmo após essas alterações legais e jurisprudenciais, as MPVs seguem objeto de intensa polêmica, especialmente em relação à quantidade de medidas editadas, aos temas por elas veiculados, e aos incidentes de sua tramitação parlamentar. Ora em

⁶¹⁵ STF, Pleno, Medida Cautelar (MC) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.048/DF, relator Ministro Gilmar Mendes.

⁶¹⁶ STF, Pleno, ADI nº 4.029/DF, relator Ministro Luiz Fux.

⁶¹⁷ STF, Pleno, ADI nº 5.127/DF, relator Ministro Edson Fachin.

diante, passaremos a apontar alguns dos principais problemas que ainda assolam o sistema constitucional das MPVs, seguidos de sugestões para possíveis soluções.

3.1. Primeiro Problema: O Excesso de Edição de Medidas Provisórias (Mesmo após a EC Nº 32, de 2001)

É razoavelmente pacífico o exagero na veiculação das MPVs como instrumento normativo, em detrimento de outros instrumentos “menos radicais”, tais como as leis delegadas (CF, art. 68) e os projetos de lei com pedido de urgência constitucional (CF, art. 64, § 1º)⁶¹⁸ – o que se deve, entre outros fatores, à “importação” de um instrumento do parlamentarismo para um país que adotou o sistema presidencialista de governo⁶¹⁹.

Todavia, também é verdade que, após a reformulação do instrumento normativo das MPVs trazido pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, houve ampliação da intervenção do Legislativo no conteúdo das leis de conversão.

Nesse sentido, Pedro Abramovay, com base em levantamento estatístico sobre o período de 1994 a 2008, conclui que:

Não se pode afirmar que as medidas provisórias representam uma usurpação do poder de legislar por parte do Executivo. Existe uma real participação do Legislativo nesse processo, a qual se dá expressamente na quase totalidade dos casos. O Congresso não apenas se manifesta, como altera e rejeita medidas provisórias enviadas pelo Executivo, demonstrando que o controle exercido pelo parlamento é extremamente ativo.

Do ponto de vista temático, as restrições constitucionais funcionam e os temas tratados nas medidas provisórias são, sobretudo, os temas vinculados diretamente ao exercício do Poder Executivo.

Essas conclusões demonstram que as medidas provisórias são instrumentos que permitem ao Executivo a implementação das políticas públicas para as quais foram eleitos, porém passando por um controle intenso pelo parlamento, que não é mero

⁶¹⁸ Cf., por exemplo, com amplo levantamento bibliográfico, NOGUEIRA FILHO, Valtércio. O Pressuposto Constitucional da Urgência nas Medidas Provisórias. In: DANTAS, Bruno et al (orgs.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 525.

⁶¹⁹ PIRES, Ednilton Andrade. A Medida Provisória e sua Evolução Constitucional. In: Ensaios sobre impactos da Constituição federal de 1988 na sociedade brasileira, vol. 2. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 581.

expectador do processo legislativo, mas protagonista, ao lado do Executivo, na elaboração dessas normas⁶²⁰.

Parte desses argumentos pode ser infirmada, com base no fato de que, mesmo com a participação do Congresso Nacional, a edição de MPV inverte os papéis ordinários do exercício da função legislativa, com o Executivo editando atos que, de qualquer forma, têm vigência imediata, antes mesmo de serem apreciados pelo Legislativo. Ademais, há casos em que falha o controle dos pressupostos de relevância e urgência, o que justifica a intervenção judicial. Cite-se, apenas a título de exemplo, o julgamento preferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Medida Cautelar (MC) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.048/DF, relator ministro Gilmar Mendes, DJe de 22.8.2008. Nesse caso, a Suprema Corte suspendeu cautelarmente MPV que abria créditos extraordinários sem atender aos pressupostos do § 3º do art. 167 da CF – embora a medida tivesse sido aprovada pelo Congresso Nacional e convertida em lei.

Em sentido semelhante, o Tribunal já decidiu que *somente se admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente*⁶²¹.

Pode-se afirmar, assim, existir um quadro de exagerada edição de MPV, não obstante, após a EC nº 32, de 2001, a atuação congressual na aprovação (e modificação) desses instrumentos durante a tramitação dos projetos de lei de conversão tenha-se intensificado.

3.1.1 Possível Solução: O Reforço Fático do Controle Legislativo

Uma possível saída para esse problema seria a modificação constitucional, com vistas a especificar e densificar os conceitos de “relevância” e de “urgência”, para fins de edição de MPV. Tal solução, porém, não nos parece a melhor.

⁶²⁰ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. Separação de Poderes e Medida Provisória. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 87.

⁶²¹ STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 562.353/RJ, relator ministro Roberto Barroso, DJe 8.10.2015.

Em primeiro lugar, porque o próprio texto da CF e a dogmática constitucional apontam elementos para definir razoavelmente bem qual seja a urgência exigida para a veiculação de uma MPV⁶²². Com efeito, o caminho “normal” da legislação é que o presidente da República, como detentor da iniciativa de projetos de lei (art. 61, caput e § 1º), remeta as matérias que julgar pertinentes sejam regulamentadas ao Congresso, por meio de projeto de lei. Nos casos em que considere essa aprovação absolutamente urgente, poderá remeter o projeto junto com a mensagem de urgência, o que fará com que o Legislativo delibere sobre o projeto no prazo máximo de 100 dias (descontados os períodos de recesso), na forma dos §§ 1º a 4º do art. 64. Apenas nos casos em que nem mesmo esse prazo de 100 dias pudesse ser respeitado é que o Presidente estaria autorizado a editar medidas provisórias, com vigência imediata⁶²³.

Por isso, Joel de Menezes Niebuhr considera que *a urgência de medida provisória é aquela que não pode aguardar o procedimento legislativo de projeto de lei com pedido de urgência*⁶²⁴. Em outras palavras: O pressuposto constitucional que justifica a edição de MPV é a chamada *urgência qualificada* – a exigir a *imediata* vigência, não se compatibilizando sequer com o prazo curto do procedimento de urgência constitucional. Nesse sentido, André Ramos Tavares afirma que:

⁶²² Em relação ao requisito da relevância, a situação é bem mais complexa, até mesmo pelo grau de abertura que tem que ser dado ao Presidente da República e ao Congresso Nacional para aquilatarem a necessidade, ou não, de utilização desse instrumento. Na Itália, por exemplo, está previsto que o governo pode editar decreto-legge somente em casos extraordinários, de necessidade e urgência (art. 77). Já na Espanha se permite a edição de decretos-leyes en caso de extraordinaria y urgente necesidad. Muito se discute doutrinariamente sobre o que seria essa “necessidade”, sem grandes conclusões para fins de limitação da edição de atos normativos primários pelo governo. Cf., a respeito, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Medidas Provisórias: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 128.

⁶²³ Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior, que cita ainda o entendimento idêntico de Clèmerson Merlin Clève, Carlos David Santos Aarão Reis e Marco Aurélio Greco (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. Cit., p. 127). Da mesma forma, o Decreto nº 4.176, de 2002, segundo o qual não pode ser editada medida provisória sobre matéria “que possa ser aprovada dentro dos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição” (art. 40, V). Em sentido contrário, defendendo que, mesmo nessas hipóteses, o projeto pode demorar muito no Legislativo: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Medida Provisória e sua conversão em lei. São Paulo: RT, 2004, p. 151.

⁶²⁴ NIEBUHR, Joel Menezes. O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória. São Paulo: Dialética, 2001, p. 94.

(...) se a obtenção da medida pode aguardar o processo de feitura das leis pelo Congresso Nacional, será abusivo o uso da medida provisória. Em outras palavras, havendo prazo assinalado para cumprir e concluir o processo legislativo, devendo-se considerar especialmente, aqui, a existência do regime de urgência, e desde que a disciplina pretendida pelo Executivo possa aguardar o referido trâmite, incabível, porque inconstitucional, sua apresentação pela via excepcional da medida provisória.⁶²⁵

Dessa maneira, é possível afirmar que o conceito de urgência, para fins de edição de MPV, já é suficiente preciso, de acordo com o texto vigente. A aceitação, no ordenamento, de medidas que veiculam temas que não se enquadram nessa categoria deriva mais de questões, a nosso sentir, culturais e políticas (timidez do Legislativo em exercer suas prerrogativas de rejeitar MPV, por exemplo) do que da necessidade de alteração formal da CF.

Um risco da proposta é justamente ampliar a intervenção do Judiciário em temas afetos ao Legislativo.

No Direito Comparado, verifica-se que em países que adotam instrumentos semelhantes à MPV (especialmente Espanha e Itália), os Tribunais Constitucionais aceitam que perante eles seja questionada a validade desses atos, por falta de seus pressupostos constitucionais. Foi o que decidiram o Tribunal Constitucional Italiano (Sentença nº 29, de 27 de janeiro de 1995) e seu congêneres Espanhol (Sentença nº 189, de 2005).

Da mesma forma, a atual jurisprudência do STF considera possível analisar, embora em casos excepcionais, o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência das MPVs, apesar de reconhecer que *se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do presidente da República* (ADI-MC nº 4.048/DF, já citada).

Nesse contexto, a especificação, por meio de PEC, dos requisitos de relevância e urgência pode trazer um efeito indesejado, qual seja, o aumento da (já expressiva e excessiva) intervenção judicial sobre os assuntos afetos ao Parlamento, em geral, e ao Legislativo, em particular.

Essa é a opinião, também, de Gilmar Ferreira Mendes, que, em audiência pública na Comissão Especial sobre Edição de Medidas Provisórias da Câmara dos Deputados, em 2008, afirmou:

⁶²⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1292.

Não acredito em fórmulas que venham a limitar, por exemplo, o conceito de urgência.

Acredito que, nesse caso, o Dr. Toffoli tenha razão, porque o tema vai levar a maior intervenção do Judiciário. (...) Como discutir isso no Judiciário senão aceitar um intervencionismo exacerbado? Parece-me que esse conceito deve ser realmente avaliado no contexto da decisão política. Devemos fugir à tentação de judicialização nesse campo⁶²⁶.

Em suma, consideramos que a proposta de especificar os conceitos de relevância e urgência, além de não resolver o problema do abuso na edição de MPVs, ainda pode causar um indesejado incremento da interferência do Judiciário nos assuntos do Legislativo.

A nosso ver, a solução para o problema do abuso na edição de MPVs reside menos numa alteração normativa e mais numa mudança de postura do próprio Legislativo. Como já citamos, são variados os casos em que o controle parlamentar sobre os requisitos de relevância e urgência falha, ou é exercido de forma meramente burocrática, não obstante a CF exija sua realização em três momentos⁶²⁷. Com efeito, independentemente de qualquer alteração normativa – que teria os riscos já apontados –, certamente o Poder Executivo refrearia o ânimo em utilizar-se da MPV se houvesse a rejeição, por ausência de pressupostos, de uma ou duas medidas sobre questões de interesse do presidente da República. A saída, nesse caso, é muito mais a aplicação dos instrumentos já disponíveis de controle parlamentar do que a especificação dos pressupostos, ou mesmo a criação de novas instâncias de controle.

⁶²⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Por que mudar o rito de tramitação das medidas provisórias. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008, pp. 43-44.

⁶²⁷ A saber: a) na comissão mista, que emite parecer sobre a admissibilidade e o mérito da MPV (CF, art. 62, § 9º); b) no Plenário da Câmara dos Deputados, antes da votação de mérito (CF, art. 62, § 5º); e c) no Senado Federal, antes da votação de mérito (CF, art. 62, § 6º). À exceção de casos pontuais, contudo, não há uma efetiva rejeição de MPV por ausência de pressupostos, sendo mais comum simplesmente seu “abandono”, por decurso de prazo, que, embora também represente uma forma de controle, muitas vezes deriva mais de desinteresse político sobre o tema da MPV do que propriamente por ausência dos pressupostos constitucionais para a edição da norma. Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Processo Legislativo Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2017.

3.2 Segundo Problema: A Persistência da Utilização de Medidas Provisórias em Determinadas Matérias com Ela Incompatíveis

Apesar de a EC nº 32, de 2001, ter trazido um rol extenso de vedações materiais à edição de MPV, ainda sobraram alguns assuntos que, *de lege ferenda*, são incompatíveis com a imediatez do instituto.

É o caso, por exemplo, da possibilidade de edição de MPV para regulamentar assuntos constantes de projeto de lei vetado pelo presidente da República, antes da apreciação do veto pelo Congresso Nacional. Com efeito, a vedação constante do inciso IV do § 1º do art. 62 da CF (redação dada pela EC nº 32, de 2001) atinge apenas a matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso e *pendente* de sanção ou veto. Uma vez vetado o projeto (ou um de seus dispositivos, já que se admite o veto parcial: CF, arts. 66, § 1º, e 84, V), a vedação simplesmente desaparece, mesmo que o veto ainda não tenha sido apreciado pelo Legislativo.

Essa situação cria problemas de ordem prática relevantes, tais como o de saber qual a ordem de apreciação das matérias pelo Congresso: deve-se votar primeiro a MPV ou o veto? No caso de se votar a MPV e aprovar, o veto é considerado prejudicado? A recíproca é verdadeira? São dificuldades, aliás, que não soa meramente teóricas, uma vez que a situação narrada já ocorreu algumas vezes.

Outro problema relacionado à matéria das MPVs diz respeito às normas que instituem medidas, por assim dizer, irreversíveis. Claro que, em algumas situações, essa irreversibilidade é inevitável, como no caso da abertura de créditos extraordinários, para fazer frente a despesas imprevisíveis e urgentes (CF, art. 62, § 1º, I, *d*, c/c art. 167, § 3º). É cada vez mais comum, no entanto, que o Executivo edite, via MPV, uma normatização que se torna fática ou juridicamente irreversível, praticamente obrigando o Legislativo à aprovação do ato – ou, pior ainda, à rejeição dele, mas com a manutenção dos efeitos já produzidos.

Os exemplos aqui são vários: desde MPVs que concediam benefícios fiscais duvidosos, e terminaram sendo rejeitadas, mas com a manutenção dos efeitos já produzidos (um verdadeiro prêmio aos que se enquadraram na situação de obtenção do benefício), até a recente liberação de recursos de contas inativas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Nesse último caso, aliás, a MPV (nº 763, de 2016) terminou por ser aprovada

nos últimos dias do prazo, o que levou ao sincero receio de violação ao princípio da isonomia (pois algumas pessoas só poderiam sacar os recursos em data futura, o que se tornaria impossível em caso de rejeição) e à segurança jurídica (como reaver os recursos já sacados pelos trabalhadores, da ordem de alguns bilhões de reais?)

3.2.1 Possível Solução: Ampliação do Rol de Vedações Materiais, Mediante Emenda à Constituição

Essas situações apontam que, não obstante extenso, ainda é necessário ampliar o rol de vedações materiais às MPVs, constante do art. 62 da CF. Nossa sugestão consiste na aprovação de uma EC, a fim de modificar a redação do inciso IV do § 1º do art. 62, que passaria a ser assim veiculado:

458 459

“Art. 62.
§ 1º
.....
IV – sobre matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção do Presidente da República, ou de apreciação do veto pelo Congresso Nacional;
V – cujos efeitos sejam irreversíveis ou de difícil desfazimento, ressalvado o § 3º do art. 167.
.....” (NR)

Dessa forma, passaria a ser vedada a utilização de MPV sobre matéria constante de veto presidencial, até que o Congresso Nacional apreciasse a oposição governamental – no prazo constitucional de 30 dias, que, ultimamente, em virtude de nova redação dada ao art. 104 do Regimento Comum do Congresso Nacional, vem sendo cumprido razoavelmente a contento.

Sobre a reversibilidade, não se trata de regra nova no direito processual, já que, em sede de processo judicial, várias normas infraconstitucionais já vedam, por exemplo, a tutela provisória antecipada nos casos de irreversibilidade da medida. Trata-se, aqui, de evitar a utilização da MPV para criar “fatos consumados”. Obviamente, tal modificação não tem como ser feita senão com o uso de conceitos jurídicos abertos, mas a introdução dessa norma – espera-se – já poderia representar mais um aspecto de

controle parlamentar e judicial do tema, ampliando a segurança jurídica, especialmente dos destinatários da MPV.

3.3 Terceiro Problema: O Exagerado Trancamento de Pauta

Há um problema reconhecido de forma quase unânime em todos os estudos sobre as MPVs: a inadequação do prazo de sobrestamento da pauta (atualmente 45 dias para ambas as Casas). Isso porque, ao contrário do que ocorre com os projetos de lei (ordinária ou complementar) em regime de urgência constitucional (CF, art. 64, § 1º), o prazo aqui não é de 45 dias para cada Casa, mas sim de 45 dias para a tramitação completa da MPV (parecer da comissão mista, apreciação pela Câmara dos Deputados e apreciação pelo Senado Federal), sob pena de “trancamento” da pauta da Casa onde a MPV estiver tramitando (CF, art. 62, § 6º).

Ora, um prazo assim exíguo é obviamente impraticável, o que termina por gerar duas situações de causar perplexidade: o trancamento de pauta invariavelmente ocorrendo, atingindo com efeitos mais graves o Senado Federal (que, na maior parte das vezes, já recebe a MPV com o prazo vencido), ou, mediante estratégia política, a “morte por inanição” das MPVs que são deixadas à míngua na comissão mista, a fim de evitar o trancamento de pauta das Casas. Foi, entre outros motivos, por essa impraticabilidade do prazo de 45 dias que se “criou”, no âmbito da Câmara dos Deputados – e, depois, do Senado Federal –, a interpretação (exorbitante) de que o sobrestamento de pauta não atingiria diversas proposições normativas, que tratam de objetos não disciplináveis por meio de MPVs, tais como PECs, projetos de lei complementar, etc⁶²⁸.

Essa situação praticamente inviabiliza a efetiva discussão da MPV no Senado Federal – em verdade, não apenas pelo vencimento do prazo de trancamento de pauta, mas também por receber muitas vezes a MPV perto do encerramento de sua vigência. Já houve casos de MPV que chegou à Casa Revisora com praticamente

⁶²⁸ Essa criativa interpretação, que ficou conhecida como “Solução Temer” (por ter sido pioneiramente sustentada por Michel Temer, à época presidente da Câmara dos Deputados), veio a ser surpreendentemente validada pelo STF, no julgamento do MS...

12h para o fim do prazo de vigência, o que obviamente inviabiliza um debate verdadeiro dentro do Senado Federal⁶²⁹.

3.3.1 Possível Solução: Modificação do Prazo de Sobrestamento de Pauta

A solução, nesse caso, passa pela reformulação dos prazos das MPVs. O ideal seria o estabelecimento de prazos (de vigência e de sobrestamento de pauta) para cada etapa do procedimento. Poder-se-ia pensar, por exemplo, em um prazo de vigência total (podem ser mantidos os atuais 60 dias, prorrogáveis uma vez), mas combinado com prazos parciais. Assim, a MPV seria considerada rejeitada se ultrapassasse os 120 dias (prazo total, já contada uma prorrogação), *ou* se fosse ultrapassado o prazo de 60 dias em uma das etapas (análise da Comissão Mista, ou apreciação na Câmara dos Deputados, ou apreciação no Senado Federal). Com essa sistemática, inclusive, desapareceria a necessidade de se fixar um prazo de sobrestamento de pauta, ou este poderia ser fixado em 30 dias *para cada Casa* (30, para estabelecer um prazo menor do que os 45 dias aplicáveis aos projetos de lei em regime de urgência constitucional).

A proposta poderia ser assim redigida:

“Art. 62.
.....
§ 3º A medida provisória perderá a eficácia, desde a sua edição:
I – se não apreciada em até 60 dias de sua edição, prorrogáveis uma vez, por igual período;
II – se não apreciada:
a) pela comissão mista, em até 60 dias, contados da edição da medida provisória;
b) pela Câmara dos Deputados, em até 60 dias, contados da aprovação do parecer da comissão mista;
c) pelo Senado Federal, em até 60 dias, contados da aprovação da medida provisória pela Câmara dos Deputados.
.....

⁶²⁹ Foi o caso, por exemplo, da MPV nº 595, de 2012, conhecida como a “MP dos Portos”, que criava todo um novo marco normativo para o setor portuário brasileiro e que precisou ser “debatida” pelo Senado Federal durante dois turnos (tarde e noite) do último dia do prazo de vigência, sob pena de rejeição tácita.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, entrará em regime de urgência, sobrestando-se, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

.....” (NR).

3.4 Quarto Problema: A Disfuncionalidade da Comissão Mista

O papel da comissão mista é algo que precisa ser analisado com cautela. Afinal, embora previstas desde a EC nº 32 de 2001, tais colegiados só foram efetivamente implementados no Legislativo Federal a partir da decisão do STF na ADI nº 4.029/DF, quando se reconheceu *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de dispositivos regimentais (Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, considerada norma conexa ao Regimento Comum) que dispensavam o parecer do colegiado, caso não fosse (como nunca o era) proferido dentro do prazo. A rigor, as comissões mistas que deveriam analisar a admissibilidade e o mérito das MPVs nem sequer chegavam a ser instaladas, em claro desrespeito ao mandamento do § 9º do art. 62 da CF.

Temos, portanto, pouco mais de 6 anos de efetiva vivência do funcionamento das comissões mistas, o que é pouco tempo, em termos históricos, mas o suficiente para perceber que alguns mecanismos efetivamente não têm funcionado.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer a baixa efetividade *jurídica* do controle realizado pela comissão mista. Politicamente falando, é lá que o *jogo* das MPVs é efetivamente jogado: um parecer contrário da comissão mista (ou mesmo a não emissão do parecer, durante a vigência da MPV) significa de forma quase certa a rejeição da medida, ou de forma expressa (algo relativamente raro) ou de forma tácita, por decurso de prazo, o que ocorre de maneira bastante comum. Tem-se usado, até mesmo, a *morte a míngua* da MPV na comissão mista, sem qualquer deliberação, como forma de fazer escoar o prazo constitucional de vigência da MPV, sem que haja trancamento de pauta do Plenário da Câmara dos Deputados e do Plenário do Senado Federal. Tudo isso significa reconhecer, reiterar-se, a intensa importância *política* do papel da comissão mista. Todavia, em termos estritamente jurídicos, o grau de efetividade de um parecer contrário da comissão é

baixíssimo, uma vez que se trata de manifestação de caráter obrigatório, porém não vinculante.

Para deixar clara a inadequação desse modelo de baixa ou nenhuma eficácia jurídica do parecer contrário da comissão mista, analisemos o seguinte. No âmbito do Senado Federal, um parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) pela inconstitucionalidade da proposição gera o automático arquivamento do projeto – há dúvidas regimentais sobre a aplicação desse dispositivo à tramitação de Propostas de Emenda à Constituição (PEC) –, conforme dispõe o § 1º do art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal. Se o parecer da CCJ pela inconstitucionalidade for unânime, aliás, nem sequer caberá recurso ao Plenário, e a proposição será considerada imediatamente arquivada, com todas as consequências constitucionais e regimentais daí advindas (inclusive a irrepetibilidade: CF, art. 67). Surpreendentemente, tal regra não se aplica às comissões mistas, até mesmo porque a própria CF é clara ao atribuir ao colegiado temporário o papel de *examinar* as MPVs e sobre elas *emitir parecer*, antes de serem objeto de *deliberação* do Plenário de cada Casa. Em outras palavras: a CCJ do Senado Federal – que não possui existência assegurada expressamente na CF – possui, na prática, mais poderes de barrar um projeto de lei ordinária ou complementar (ou, dependendo da interpretação, até uma PEC), poder esse que a comissão mista que analisa as MPVs – expressamente prevista na CF – não possui. Ora, se levarmos em conta que a comissão mista existe justamente para “substituir” todas as comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pelas quais a MPV precisaria passar, não nos parece ser esse o melhor tratamento jurídico para o parecer emitido pelo colegiado.

Esse poder juridicamente fraco atribuído às comissões mistas precisa ser corrigido, até mesmo para permitir um poder terminativo impróprio (arquivamento de proposição, sem necessidade de encaminhamento ao Plenário, quando recebe parecer contrário de comissão) a esses colegiados, evitando-se que possuam poderes menores do que as comissões comuns.

3.4.1 Possível Solução: Alterações Constitucionais e Regimentais para Fortalecer a Fase da Comissão

Consideramos que a atribuição de um poder de rejeição às comissões mistas deveria derivar apenas de rejeição por motivo

de inconstitucionalidade/inadmissibilidade da MPV. Um eventual parecer contrário quanto ao mérito não deveria impedir que o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal analisassem a questão. Todavia, um parecer reconhecendo a inconstitucionalidade da MPV já deveria importar o arquivamento da proposta. Pode-se até mesmo pensar em prever que, se a rejeição ocorre por falta dos pressupostos para a edição de MPV, seja ela transformada em projeto de lei ordinária, como estabelece o texto da PEC nº 11, de 2011, tal como aprovado no Plenário do Senado (e pendente de apreciação da Câmara dos Deputados).

De qualquer sorte, eventual alteração nesse sentido exige PEC, uma vez que, segundo nossa leitura, o papel obrigatório, mas não vinculante, do parecer da comissão mista já deriva diretamente do próprio § 9º do art. 62 da CF.

Sugeriríamos a seguinte alteração:

“Art. 62.

.....

§ 9º Cabe à comissão mista examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional, exceto se o parecer concluir pela inconstitucionalidade da medida, caso em que é imediatamente rejeitada, aplicando-se-lhe o disposto no § 10.

.....” (NR)

4. Conclusão

Em síntese conclusiva, pode-se afirmar que as MPVs são – pode-se assim dizer – imprescindíveis ao sistema constitucional brasileiro, embora ainda persistam alguns problemas. Destes, alguns podem ser resolvidos com uma aplicação mais adequada e efetiva do ordenamento vigente; outros demandariam uma alteração em nível constitucional, para que sejam solucionados. É por esses motivos que apresentamos, em anexo, minuta de PEC a fim de alterar pontualmente o sistema constitucional das MPVs, de forma talvez menos complexa que outras propostas de reforma em tramitação.

ANEXO
Minuta

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO
Nº , DE 2018

Modifica o art. 62 da Constituição federal, para reformular a tramitação das medidas provisórias.

464 465

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 62 da Constituição federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 62.

§ 1º

.....

IV – sobre matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção do Presidente da República, ou de apreciação do veto pelo Congresso Nacional;

V – cujos efeitos sejam irreversíveis ou de difícil desfazimento, ressalvado o § 3º do art. 167.

.....

§ 3º A medida provisória perderá a eficácia, desde a sua edição:

I – se não apreciada em até 60 dias de sua edição, prorrogáveis uma vez, por igual período;

II – se não apreciada:

a) pela comissão mista, em até 60 dias, contados da edição da medida provisória;

b) pela Câmara dos Deputados, em até 60 dias, contados da aprovação do parecer da comissão mista;

c) pelo Senado Federal, em até 60 dias, contados da aprovação da medida provisória pela Câmara dos Deputados.

.....
§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, entrará em regime de urgência, sobrestando-se, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

.....
§ 9º Cabe à comissão mista examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional, exceto se o parecer concluir pela inconstitucionalidade da medida, caso em que é imediatamente rejeitada, aplicando-se-lhe o disposto no § 10.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Sobre os autores

Ana Luiza Backes

Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados. Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialização em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestrado em Ciência Política pela Universidade de Brasília e doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Beatriz Simas Silva

Consultora Legislativa do Senado Federal. Especialista em Direito Econômico e Regulatório e graduada em Direito, ambas pela Universidade de Brasília. Graduada em Administração de Empresas pelo Instituto Brasileiro do Mercado de Capitais. Trabalhou no Banco Central do Brasil, na área de regulação bancária prudencial. É mestranda em Poder Legislativo no Centro de Formação, Aperfeiçoamento e Treinamento (Cefor) da Câmara dos Deputados.

468 **469**

Carlos Alexandre Amorim Rocha

Consultor Legislativo do Senado Federal. Foi Analista de Finanças e Controle Externo do TCU, professor do bacharelado em economia da UDF, do curso de especialização em finanças públicas da ESAFe do curso de especialização em ciência política do ILB. Mestre em Economia (UnB) e MSc in Economics (LSE).

Cesar Van der Laan

Consultor Legislativo do Senado Federal. Engenheiro civil e administrador de empresas, possui especialização em Direito Legislativo (ILB) e doutorado em Economia (UFRGS), com doutorado-sanduíche na Universidade de Cambridge (Inglaterra). Foi analista do Banco Central do Brasil, sendo assessor econômico da Presidência em 2010.

Daniel Chamorro Petersen

Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FEAD, Engenheiro da Computação pela UFRGS, graduando em Filosofia pela UNB.

Fernando Moutinho

Consultor de Orçamento do Senado Federal e professor universitário. Economista, Mestre em Poder Legislativo pelo CEFOR/Câmaras dos Deputados. Tem pesquisas e trabalhos publicados nos campos de Auditoria, Controle, Estudos Legislativos, Orçamento e Finanças Públicas.

Geraldo Magela Leite

Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados. Advogado. Mestre em Direito pela UFMG. Licenciado em Estudos Sociais pela Faculdade de Ciências de Curvelo. Contabilista. Assessor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais junto ao Ministério Público de Contas.

João Trindade Cavalcante Filho

Consultor Legislativo do Senado Federal. Mestre (IDP) e Doutorando (USP) em Direito Constitucional. Advogado. Professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação.

José Carlos Silveira Barbosa Junior

Consultor Legislativo do Senado Federal. Especialista em Direito Empresarial, com concentração em Sociário e Mercado de Capitais (FGV Direito Rio). Especialista em Direito do Consumidor (Damásio).

Luís Otávio Barroso da Graça

Consultor de Orçamento do Senado Federal e advogado. Mestre em Direito (Master of Laws, LLM, University College London), graduado em Direito (UnB), Mestre em Economia (UnB) e engenheiro (ITA).

Luiz Fernando Bandeira de Melo

Consultor Legislativo do Senado Federal e atualmente Secretário-Geral do Senado Federal e Conselheiro Nacional do Ministério Público. Foi Consultor Jurídico e Chefe de Gabinete do Ministério da Previdência. No Senado ocupou cargos de Consultor-Geral Adjunto, Advogado-Geral, Diretor-Geral e Chefe de Gabinete da Presidência. É professor em diversos cursos de pós-graduação em Direito.

Luiz Fernando Perezino

Consultor de Orçamento do Senado Federal. Foi Consultor-Geral de Orçamentos entre 2013 e 2017. Graduado em Economia e Especialização em Direito Legislativo. Analista de Material e Patrimônio da Câmara dos Deputados.

Pedro Fernando de Almeida Nery Ferreira

Consultor Legislativo do Senado Federal. É Mestre e Doutorando em economia pela Universidade de Brasília (UnB) e editor do site Brasil, Economia e Governo.

Renato Friedman

Consultor Legislativo do Senado Federal, com graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e mestrado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Foi assessor econômico da Presidência da Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul (Fiergs), economista da Área Financeira e Internacional do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e assessor econômico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

470 **471**

Roberto Carlos Martins Pontes

Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Eleitoral pela ESA/OAB-DF. Bacharel em Direito pela UnB.

Rutelly Marques da Silva

Consultor Legislativo do Senado Federal. Foi Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, quando exerceu o cargo de Secretário-Adjunto da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda e Coordenador-Geral de Energia. Foi também Conselheiro de Administração da Light S/A, Conselheiro de Administração do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, Conselheiro de Administração da Empresa de Pesquisa Energética, e Conselheiro Fiscal do Banco da Amazônia S/A.

Sobre o organizador

Rafael Silveira e Silva

Consultor Legislativo do Senado Federal. Doutor e Mestre em Ciência Política pela UnB, Bacharel em Ciências Econômicas pela UnB, Especialista em Política e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Atuou como Gestor Governamental no Ministério da Previdência e foi Analista do Banco Central na área de Normas do Sistema Financeiro. É professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e Pesquisador Associado Pleno do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Atualmente é Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal.

Secretaria de Editoração e Publicações

Diretor Fabrício Ferrão Araújo

Coordenação de Edições Técnicas

Aloysio de Brito Vieira

Projeto gráfico

Angelina Almeida, Raphael Melleiro e Rejane Campos

Diagramação

Sheila Veras

Capa e imagens

Serviço de Formatação e Programação Visual

30 Anos da Constituição

Evolução, desafios e perspectivas para o futuro

Volume III

Um texto com a envergadura da Constituição brasileira, ao mesmo tempo que trouxe importantes conquistas à sociedade, hoje e ao longo dos seus trinta anos, sempre enfrentou desafios, revisões e releituras. Para analisar as conquistas do passado e as perspectivas e desafios futuros ligados à Constituição, diversos especialistas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se dedicaram a analisar a Carta Magna, refletindo não apenas um olhar jurídico, mas de diversos outros campos do conhecimento.

A reunião de trabalhos resultou nesta coleção intitulada 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro, organizada em quatro volumes.

Este terceiro volume da coleção, o primeiro que trata sobre as perspectivas e desafios a serem enfrentados pelo próprio texto constitucional e pela sociedade brasileira, trabalha com temas relativos ao processo legislativo e tomada de decisões entre os Poderes da República, sistema eleitoral e sistema partidário a partir da visão do Judiciário, visão interpretativa constitucional com base na visão do legislador, o novo tema dos crimes cibernéticos à luz da Constituição, temas federativos como a criação de municípios e o Pacto Federativo e a defesa do consumidor.

O volume ainda dedica um conjunto de análises com referências econômicas, entre as quais estão os possíveis caminhos para uma reforma tributária, os subsídios cruzados da tarifa de energia elétrica, uma abordagem sobre desenhos alternativos para o FGTS e transformação constitucional, o polêmico tema do Novo Regime Fiscal, a perspectiva do “orçamento impositivo” e uma nova governança de planejamento e orçamento e o recorrente tema da autonomia do Banco Central e a redução das incertezas econômicas.

SENADO FEDERAL

