

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**IMPLICAÇÕES DOS NOVOS LIMITES E GATILHOS FISCAIS
ADVINDOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 109**

Pedro Henrique Nunes de Oliveira

Rio de Janeiro - RJ

Fevereiro - 2022

Pedro Henrique Nunes de Oliveira

**IMPLICAÇÕES DOS NOVOS LIMITES E GATILHOS FISCAIS
ADVINDOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 109**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr. Luigi Bonizzato.

Rio de Janeiro – RJ

Fevereiro - 2022

N Nunes de Oliveira, Pedro Henrique
N972g Implicações dos novos Limites e Gatilhos advindos
da Emenda Constitucional n 109 / Pedro Henrique
i Nunes de Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2022.
66 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Financeiro. 2. Emenda
Constitucional n° 109. 3. Limites e Gatilhos
Fiscais. 4. Direitos Fundamentais. 5. Supremo
Tribunal Federal. I.
Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

Pedro Henrique Nunes de Oliveira

**IMPLICAÇÕES DOS NOVOS LIMITES E GATILHOS FISCAIS
ADVINDOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 109**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professor Dr. Luigi Bonizzato.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2022

AGRADECIMENTOS

Vim ao Rio de Janeiro com a expectativa de que me tornaria grande, afinal consegui conquistar uma vaga numa das melhores faculdades do País. Mas a juventude e sua pressa faziam-me ignorar várias coisas da vida.

Primeiro, meu conceito de “grande” estava equivocado. Apenas depois, me deliciando das poesias de Manoel de Barros, é que comecei a aprender que o homem metafisicamente grande é aquele que tem o coração mais próximo ao coração de uma criança. Ser grande é saber ser pequeno.

Depois, toda minha intenção de aprender ciência foi ressignificado. Sim, aprendi na academia coisas importantíssimas que me encheram de instrumentos teóricos e práticos para ser um bom profissional. Mas tão importante quanto isso foi adquirir experiência de vida morando no tão belo e disforme Rio de Janeiro. O constante contraste entre o mar e rio, o alto e baixo, o norte e sul, preto e branco, rico e pobre, cidade e morro etc., fizeram-me compreender melhor a breve vida que nos é soprada. Aprender ciência normativa sentido a realidade dessa concisão cultural brasileira com toda a certeza foi essencial para minha formação jurídica.

Sou homem que veio do barro, e por isso devo meu mais profundo agradecimento àquela que me deu e continuamente me dá a vida. Wânia Laurice Nunes de Oliveira, esse é o nome da mulher que me deu e me dá o chão. Mãe, palavras são insuficientes para demonstrar minha gratidão a ti, talvez no dia em que o linguista ou o poeta conseguir abrir-me por completo eu consiga te mostrar o quanto de amor e carinho sinto por ti.

Enfim, meu mais profundo agradecimento à mãe e ao Rio de Janeiro, vocês me fazem crescer a cada dia.

RESUMO

O intuito da presente monografia foi analisar os possíveis efeitos e implicações jurídicas dos novos limites e gatilhos fiscais, que a Emenda Constitucional nº 109 impôs aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Para tanto, valeu-se do método dedutivo, coletando em precedentes e artigos científicos as premissas que deram base às conclusões aqui expostas. A Emenda citada visa desestimular comportamento fiscal oportunista dos Entes Subnacionais, que extraordinariamente em 2020 obtiveram o melhor resultado fiscal da história, colocando novas restrições caso gastem em demasia em despesas contínuas sem a correspondente receita, também contínua. Buscamos situar o tema nos debates teóricos dos bônus e ônus que medidas de restrições fiscais trazem na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Além do mais, confronta as sanções financeiras que a inobservância dos limites provoca com os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, levantando deduções acerca da possível interpretação judicial do novo texto constitucional.

PALAVRAS CHAVES: Emenda Constitucional nº 109; Limites e Gatilhos fiscais; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The purpose of this monograph was to analyze the possible effects and legal implications of the new limits and fiscal triggers, that Constitutional Amendment number 109 imposed on states, Federal District and municipalities. To this end, the deductive method was used, collecting in precedents and scientific articles the assumptions that formed the basis for the conclusions presented here. The quoted amendment aims to discourage opportunistic fiscal behavior of subnational entities, which extraordinarily in 2020 obtained the best fiscal result in history, putting new restrictions if they spend too much in continuous expenses without the corresponding revenue, also continuous. We seek to situate the issue in the theoretical debates of the bonuses and burdens that fiscal restriction measures bring in the search for the effectiveness of fundamental rights. Moreover, it confronts the financial sanctions that the inobservance of the limits causes with the understandings of the Federal Supreme Court, raising deductions about the possible judicial interpretation of the new constitutional text.

KEYWORDS: Constitutional Amendment number 109; Tax Limits and Triggers; Supreme Court.

SUMÁRIO

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1. Direito Financeiro e Limites Fiscais.	10
1.1 As principais leis de Direito Financeiro.	17
1.2 Disciplina fiscal, austeridade e direitos fundamentais.	19
2. O porquê dos Limites e Gatilhos e qual é a relação com os objetivos Constitucionais.	27
2.1. Situação financeira dos entes subnacionais.	33
2.2 Influência dos gatilhos fiscais na persecução dos objetivos constitucionais.	35
3. Implicações jurídicas da Emenda Constitucional nº 109.	42
3.1 Emenda Constitucional nº 109, CAPAG e o jogo do resgate.	43
3.2 Emenda Constitucional nº 109 e a autonomia federativa.	51
3.3 Emenda Constitucional nº 109 e a autonomia das Instituições.	55
3.4 Emenda Constitucional nº 109 e a possível Interpretação do Supremo.	59
Conclusão	63

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa estudar o *novo limite fiscal*¹ e os *gatilhos fiscais*² advindos da Emenda Constitucional nº 109 (EC nº 109).

Para tanto, explicitará a importância do Direito Financeiro e do *fenômeno financeiro* para a análise jurídica da concessão prática dos *direitos fundamentais*. Buscará entender o que são e para que servem as leis de limites e restrições fiscais, relacionando-as com a adoção de políticas de austeridade fiscal e com a necessidade de garantir disciplina política e fiscal para que haja higidez financeira a fim de que recursos sejam disponibilizados para o alcance dos direitos. Ressalta-se desde já que nesse ponto não será exposta opinião ideológica, embora o autor inegavelmente a tenha. Há a necessidade de garantir equilíbrio orçamentário, mas também há a necessidade de garantir equilíbrio socioeconômico.

Trará também à baila a situação financeira dos Entes Subnacionais nesse período de Pandemia e o contexto fiscal que impulsionou a promulgação dessa parte da Emenda (art. 167-A), não deixando de apresentar a *teoria do jogo do resgate*, que faz com que Estados-membros, Distrito Federal e Municípios muitas vezes busquem adiar o compromisso de disciplina fiscal, buscando a salvação pelos braços da União Federal.

Esse *novo limite fiscal* advindo da EC nº 109 impede agora que Estados, Distrito Federal e Municípios gastem em despesas correntes mais que 95% do que é arrecadado em receitas correntes. Caso o limite não seja atendido, os Órgãos Públicos Independentes dessas Entidades Federativas terão que adotar uma série de *gatilhos fiscais* de restrição de *despesas com pessoal, despesas obrigatórias e concessão de benefícios tributários e creditícios*, sob pena da Entidade se ver impedida de *obter garantia ou realizar operação de crédito com outro ente da Federação*.

Nesse sentido, apresentará o impacto que tais *gatilhos* podem ter na consecução dos objetivos constitucionais, trazendo, ademais, sua aparente fricção com o Princípio da Separação dos Poderes, especificamente com a Autonomia Financeira das Instituições.

Mostra inclusive a colisão dos *gatilhos* com vários entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Conforme será mais bem exposto no item 3.6, a Suprema Corte brasileira entende que o Ente Federado não pode ser sancionado por conta de desventuras fiscais realizadas por governos passados, nem por outro

¹ O termo “Limite Fiscal” é adotado nesse trabalho como sendo a restrição imposta aos Estados, Municípios e Distrito Federal, que não poderão mais gastar em despesas correntes mais do que 95% do que é arrecadado em receita corrente.

² O termo “Gatilho Fiscal” é adotado nesse trabalho como sendo as medidas de ajustes fiscais adotadas pelos Poderes e Instituições Independentes, referentes às limitações de atos que gerem *despesas com pessoal, despesas obrigatórias e concessão de benefícios tributários e creditícios*.

Órgão Público que não seja o Poder Executivo. Além disso, o Supremo entende que as restrições fiscais devem curvar-se diante da necessidade de execução das Políticas Públicas e da continuidade dos serviços públicos essenciais.

1. Direito Financeiro e Limites Fiscais.

Conceitua-se direito financeiro como o “*ramo do Direito no qual se estuda como o Estado arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como isso é organizado e controlado, visando a consecução dos objetivos constitucionais*” (SCAFF, 2018, p. 80). É pertinente entender algumas noções de *despesa pública*, seu *controle* e em que medida o novo texto constitucional advindo da Emenda Constitucional nº 109/21 impacta na *consecução dos objetivos constitucionais*.

Ao estudar como o Estado realiza sua atividade fiscal, essa área do Direito cuida de definir os contornos jurídicos do *fenômeno financeiro* e busca alcançar o ponto final dos possíveis caminhos trilhados pela parcela de dinheiro que circula no mundo.

Segundo Aliomar Baleeiro, o Estado tem a principal característica de ser um *sistema orgânico de serviços públicos para satisfazer as necessidades gerais da população*³. O custeio desse sistema restringe a capacidade política e financeira dos governantes, detentores direto do poder estatal.

A Constituição Federal de 1988 inova ao colocar a persecução dos direitos fundamentais no objetivo último do Estado. Mas é preciso estar atento com a realidade a fim de entender melhor o alcance dos direitos. Tratar de finanças públicas é entender que são instrumentos de realização dos direitos, não sendo possível ao jurista ignorar a realidade fática e financeira do País, *in verbis*:

³ “Com o progresso da civilização, acentua-se no Estado e também nas outras pessoas jurídicas de direito público, que o integram, como os Estados federados, províncias, municípios etc., além da função de órgão político, monopolizador do poder, o caráter de *sistema orgânico de serviços públicos para satisfazer as necessidades gerais da população*. Essa noção do Estado, tão vizinha da realidade, traça o conceito nuclear grato a certa corrente do pensamento jurídico e tem por si o fato de os vários serviços públicos, cada vez mais numerosos, absorvem parte considerável da operosidade dos governantes, quaisquer que sejam os regimes políticos dos respectivos países.” (BALEIRO, 2004, p. 3). É importante destacar que Rafael Oliveira, renomado administrativista moderno, expõe que o fundamento do Direito Administrativo sofreu importantes mutações com o decorrer do tempo, mutações essas decorrentes da mudança do conceito e dos objetivos do Estado: “Quanto ao fundamento do Direito Administrativo, o tema sofreu mutações ao longo do tempo, especialmente pelas mudanças no perfil do Estado e da sociedade. Inicialmente concebido a partir da noção de *serviço público*, o Direito Administrativo foi alargado e encontrou fundamento na concepção tradicional do *interesse público*. Atualmente, influenciado pelo fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, parece adequado sustentar que o seu principal objetivo é a satisfação dos *direitos fundamentais*”. (OLIVEIRA, 2020, p. 4)

Os contornos dos direitos fundamentais são traçados pela Constituição e sua precisa definição nas situações concretas da vida exige que se examinem as possibilidades semânticas do enunciado normativo, a realidade fática subjacente e a necessária harmonização sistêmica com o conjunto da Constituição. (BARROSO, 2020, p. 508)

Assim sendo, para manter todo o aparato pessoal e material necessário à consecução das necessidades públicas e à manutenção do poder, o Estado depende da obtenção de recursos junto à população. A *ciência das finanças* é esse aspecto do Estado – a obtenção e o emprego de meios materiais e serviços para a realização de suas finalidades.

A atividade financeira desenvolveu-se para a expressão monetária da retribuição estatal dos bens e serviços de que precisava dispor para a realização de seus fins. Outrora o Estado dispunha dos serviços daqueles indivíduos que perdiam as guerras e os bens eram requisitados dos particulares de forma compulsória. O conceito de *despesa pública* veio substituir a ideia arbitrária do financiamento dos gastos estatais.

Agora obtém-se a maior parte dos recursos mediante o poder de tributar, que significa a exigência compulsória de uma parcela do patrimônio da população para o custeio do grande plano coletivo. Patrimônio esse que deve ser expresso em dinheiro ou bens imóveis (avaliados em dinheiro), pois é com dinheiro que se paga os bens e serviços classificados como *despesa pública*.

Além dessa parcela pecuniária obtida pelo Estado mediante seu poder “imperial” (*ius imperium*) de cobrar tributos de quem realiza determinados fatos econômicos, obtém-se recursos quando o próprio país realiza eventos econômicos, como a exploração monopolial ou competitivo de determinado mercado. Sem falar na exploração patrimonial de seus bens, como as preciosidades e energias contidas em suas terras, rios, mares, plataforma continental etc.⁴

Luís Roberto Barroso, ao exemplificar o conceito de interesse público primário e secundário, lembrando a doutrina de Renato Alessi, nacionalizada por Celso Antônio Bandeira de Melo, dispõe que *interesse público primário* é aquele referente à realização da justiça, do bem-estar social e da garantia dos direitos fundamentais, devendo inclusive ser dotado de supremacia: “O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema

⁴ “Assim, conforme o vínculo que as origina as receitas podem ser: a) *Patrimoniais ou Originárias*: São aquelas cujo vínculo remonta à exploração de bens e serviços que compõe o patrimônio público. Podem decorrer da exploração de indústrias, de recursos naturais, agropecuárias, de serviços etc. b) *Decorrentes do Poder de Império ou Derivadas*: São aquelas cujo vínculo é o poder de império do Estado. São frutos do exercício da soberania estatal sobre a população que ocupa o território onde essa soberania é exercida. Essas receitas podem ser caracterizadas como tributárias (decorrentes da cobrança de impostos, taxas e contribuições), bem como podem decorrer da imposição de penalidades pela sanção de atos ilícitos, sejam estes administrativos, penais, fiscais etc.” (SCAFF, 2014, p. 71)

constitucional e democrático.” (BARROSO, 2020, p. 87). Por outro lado, o *interesse público secundário* diz respeito ao interesse patrimonial e financeiro das entidades federativas, *in verbis*:

O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – que se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (Ibidem, p. 86).

Concluindo que num conflito de interesses, o *interesse público primário* nunca pode ser preterido em razão do *interesse público secundário*, *in verbis*:

Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la. (Ibidem, p. 86-87)

Ademais, ao analisarmos uma situação de escassez de recursos, o *interesse público primário* de salvar vidas, promover educação, proteger a propriedade privada e garantir a segurança de todos, aparentemente entra em confronto com o *interesse público secundário* de poupar recursos públicos mediante medidas de corte de gastos.

Todavia, isso representaria apenas uma perspectiva acerca do papel das finanças públicas. Vista como atividade instrumental à realização dos objetivos constitucionais, as finanças como interesse do erário limitada ao equilíbrio financeiro não representa sua verdadeira finalidade, Mizabel Abreu Machado Derzi com precisão cirúrgica escreve, *in verbis*:

A justiça é uma e a eficiência dos valores constitucionais depende da atuação concertada de todo o Direito, em especial, do Direito Financeiro, do Direito do Trabalho e Social, mas ainda do Direito privado. E mais, as demais ciências sociais humanas devem trabalhar em conjunto com o Direito, sob pena de frustração recíproca, decorrendo daí que os **planos econômicos e sociais adotados, que levem ao desemprego, à recessão e ao aumento da pobreza, ainda que implementem maior equilíbrio orçamentário, são inconstitucionais**. De longa data ALIOMAR BALEEIRO afirmou que o orçamento público deve buscar o **equilíbrio econômico-social** (redução das desigualdades e da miséria), e **não apenas o equilíbrio contábil-financeiro**. (DERZI, 2014, p. 647, grifo nosso).

O Estado depende de dinheiro. Para prestar serviços públicos ou para concretizar direitos fundamentais, é inegável a necessidade de financiamento público, pois certo está que não existe um direito no mundo capaz de se concretizar no mundo fático sem que haja recurso financeiro, ou como escrevem Stephen Holmes e Cass Sunstein: “Diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros

floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto.” (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 77)

Somos um Brasil de “Brasis” e apesar da aparente dualidade política, temos vasta diversidade social, econômica, geográfica, cultural, étnica, histórica e política. Optamos, assim, por dividir o poder político do ambiente terrestre em três níveis, formando uma Federação. Os três níveis referem-se à União, Estados-membros (também o Distrito Federal) e Municípios.

Difícilmente a divisão do poder político poderia se sustentar se não fosse também outorgado às entidades federativas poderes autônomos de seus habitantes elegerem seus representantes, de administrarem serviços públicos de sua competência e de manejarem o dinheiro público conforme suas conveniências. É a autonomia dos entes federativos que compõe a base do Federalismo⁵.

No que toca ao manejo do dinheiro público, há uma série de prerrogativas constitucionais que garantem aos entes subnacionais a aquisição de seus recursos. Além de serem dotados de *competência tributária*, que é irrenunciável e não pode ser exercida por qualquer outro ente, possuem direito constitucional de receberem repasses financeiros obrigatórios das entidades maiores.

Ao administrar os serviços públicos que a Constituição os entregou e para fazer cumprir os direitos, os entes federados precisam gerenciar seus recursos financeiros. Precisam planejar a forma pela qual os objetivos constitucionais serão atingidos, colocando na lei orçamentária todo o planejamento público financeiro⁶. Posteriormente necessitam executar esse planejamento e conseqüentemente gastar o dinheiro público. Nesse momento, destaca-se que o Estado precisa atender uma variedade de necessidades públicas, que varia conforme a época e o local. Assim, é preciso definir com a máxima precisão possível quais serão as metas a serem atingidas.

⁵ “Primeiramente, a adoção da forma federativa do Estado brasileiro significa a existência da descentralização política do poder entre os diferentes níveis de governo. O Estado Federal brasileiro reconhece a existência de três níveis de poder político: federal, estadual e municipal (art. 18 da CFRB). A autonomia dos Entes Federados pressupõe a concentração de três características: a) Auto-organização: os Entes possuem diploma constitutivo e competências legislativas próprias; b) Autogoverno: cada Ente organiza o respectivo governo e elege seus representantes; c) Autoadministração: capacidade de organização e prestação de serviços administrativos, a partir da divisão constitucional, bem como a previsão e receitas tributárias próprias.” (OLIVEIRA, 2020, p. 68)

⁶ “O orçamento é uma das leis mais importantes em qualquer país, pois é através dela que são alocados os recursos arrecadados de toda a sociedade e estabelecidos os gastos a serem realizados em determinado período de tempo, usualmente de um ano. Só o fato de ser uma *lei temporária* já demonstra sua peculiaridade em face das demais, pois indica sua sazonalidade diretamente implicada com a governabilidade e com a conjuntura econômica.” (SCAFF, 2018, p. 233)

Necessidade pública é aquela que apenas pela ação coordenada de um grupo é capaz de ser satisfeita. Diferencia-se, porém, daquelas que são coletivas ou comuns, mas que não têm aceitação do grupo político. É um conceito que varia de acordo com o momento que a sociedade passa e de como ela o absorve. O conteúdo especial do conceito de necessidade pública é o Estado. A necessidade será pública apenas se os órgãos diretos do Estado prestarem os serviços adequados para suprir tais necessidades ou delegarem a particulares tal prestação, aí com a efetiva e constante supervisão, *in verbis*:

Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o conteúdo inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos. (BALEIRO, 2004, p. 4)

Também, a depender da conjuntura política e econômica, será preciso a obtenção de empréstimos para que o ente público consiga realizar suas atividades. Assim, buscará financiamento de seus projetos junto a instituições financeiras, recebendo prontamente o capital (dinheiro) e pagando em parcelas o montante emprestado, sendo os juros a remuneração dessa disponibilização imediata de recursos.

É o conceito de crédito público, figurando o Estado como adquirente dos recursos e devedor contratual, conceituado no exemplo (b) no livro de Marcus Abraham, *in verbis*:

Portanto, podemos conceituar o crédito público numa operação de empréstimo sob suas óticas: a) crédito público como sendo um instrumento de intervenção na sociedade, em que o Estado, agindo como credor, oferece recursos financeiros ao particular de maneira menos onerosa que o mercado, para que este possa desenvolver alguma atividade econômica ou social de interesse público; b) crédito público como fonte de receita públicas, em que o Estado toma emprestado recursos financeiros do particular, para que possa atuar diretamente na realização das suas atividades, fazendo frente às despesas públicas. (ABRAHAM, 2021, p. 196)

No entanto, caso o Distrito Federal (DF), ou algum Estado ou Município deseje obter um vultoso empréstimo junto a alguma instituição financeira, poderá ter algumas implicações. Outrora, quando não havia muitas regras jurídicas de responsabilidade fiscal, os entes subnacionais buscavam empréstimo junto aos bancos públicos ou privados, internos ou externos⁷, sem qualquer limite ou restrição. Quando faziam isso, buscavam transferir o custo

⁷ “Por sua vez, na ótica da sua territorialidade, podemos identificar o **empréstimo público interno**, quando credor e devedor encontram-se na mesma esfera territorial da captação dos recursos (em geral considerado no mesmo país, mas pode-se estender o conceito para se realizado dentro do território do próprio ente federativo: Estado ou Município), ao passo que o **empréstimo público externo** ou internacional ocorre quando o local da captação dos recursos não é nacional, sendo normalmente celebrado com uma pessoa estrangeira, seja com outro país, com uma empresa estrangeira sediada no exterior ou em outro mercado financeiro que não o brasileiro. Registre-se que essa classificação pode comportar não apenas o elemento territorial da captação dos recursos, mas também a nacionalidade da moeda, das partes ou do local de celebração do contrato.” (ABRAHAM, 2021, p. 203)

dessa imediata disponibilidade financeira para as próximas gerações, ocasionando a gradativa corrosão das contas públicas.

Os bancos, cientes do risco de inadimplemento do empréstimo por parte do Município ou Estado-membro brasileiro, podem exigir que um ente maior garanta que os entes subnacionais pagarão esse empréstimo, cobrando o respectivo saldo devedor da pessoa jurídica que garantiu o acordo contratual, tornado a União ou o Estado-membro avalistas do contrato de financiamento. Além disso, como ente central e garantidor da disciplina fiscal dos demais entes, a União condiciona o acesso ao crédito público externo à sua autorização e à sua garantia contratual.

Assim, caso o empréstimo não seja pago pelo ente que contraiu o empréstimo, será o ente garantidor o responsável pelo pagamento. Sendo o custo da operação de crédito transferido geograficamente para a população de outros Estados ou Municípios.

É que num cenário de escassez, uma suposta saída da crise financeira seria adotar medidas de austeridade fiscal, aumentando a carga tributária e diminuindo as despesas. Porém, o custo político e social dessa medida é muito grande, escolas deixarão de ser construídas, faltarão medicamentos nos postos de saúde, os preços dos bens subirão e os serviços públicos perderão financiamento, entre vários outros percalços.

Difícilmente um governo assumirá abertamente tal política. E por isso, caso não haja restrições fiscais, politicamente é mais interessante obter empréstimos, deixando esse custo para os próximos governos ou, no caso do regaste financeiro por outro ente federativo, o custo é transferido geograficamente.

A lei complementar nº 101 de 2000 (LRF) trouxe vários requisitos e previsões no que tange à realização de operações de crédito⁸ e prestação de garantias⁹. Agora, para que haja prestação de garantia em empréstimos tomados pelos entes federativos, devem ser seguidas as normas do art. 32 da LRF, que trata sobre as condições para a realização das operações de

⁸Art. 32, § 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições: I – existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica; II – inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita; III – observância dos limites e condições fixadas pelo Senado Federal; IV – autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo; V – atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição; VI – observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar. (LC nº 101/00)

⁹ Art. 40, § 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à **adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas**, observado o seguinte: I – não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente; II – a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida. (LC nº 101/00, grifo nosso)

crédito, também deve ser atendidas as normas emitidas pelo Ministério da Economia (antigo Ministério da Fazenda) e a resolução nº 43/2001¹⁰ do Senado Federal, que cumprindo o disposto no inciso VII e VIII do art. 52 da Constituição Federal, dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização.

Além disso, a entrega dos repasses constitucionais obrigatórios pode ser condicionada ao ressarcimento desse montante pago pelo ente que garantiu e pagou a dívida¹¹.

São justamente a *prestação de garantia* e a *tomada de operação de crédito com qualquer outro ente da federação* que ficarão proibidas caso todos os Poderes e órgãos independentes do ente federativo não adotem os todos os *gatilhos fiscais* previstos nos incisos do art. 167-A da Constituição Federal, no caso da excedência do novo limite fiscal constitucional pelo ente federativo (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

Agora, caso a despesa corrente supere 95% da receita corrente, *todos* os gatilhos *deverão* ser acionados *todas* as Instituições Independentes caso o ente federativo deseje realizar operações de crédito ou receber garantia para tomar empréstimos (§ 6º, I e II, art. 167-A, CF/88).

A redação do *caput* do art. 167-A é de que será *facultado* aos Poderes e órgãos acionar os gatilhos no caso desse limite ser superado por Estados, Municípios e DF, porém a facultatividade de trilhar os dois caminhos possíveis (adotar ou não todos os gatilhos fiscais) pode levar a uma sanção financeira, como será melhor explicado mais à frente.

¹⁰Art. 7º As operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios observarão, ainda, os seguintes limites: I - o montante global das operações realizadas em um exercício financeiro não poderá ser superior a 16% (dezesesseis por cento) da receita corrente líquida, definida no art. 4; II - o comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada, inclusive relativos a valores a desembolsar de operações de crédito já contratadas e a contratar, não poderá exceder a 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida; III - o montante da dívida consolidada não poderá exceder o teto estabelecido pelo Senado Federal, conforme o disposto pela Resolução que fixa o limite global para o montante da dívida consolidada dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Art. 9º O saldo global das garantias concedidas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios não poderá exceder a 22% (vinte e dois por cento) da receita corrente líquida, calculada na forma do art. 4. Parágrafo único. O limite de que trata o caput poderá ser elevado para 32% (trinta e dois por cento) da receita corrente líquida, desde que, cumulativamente, quando aplicável, o garantidor: I - não tenha sido chamado a honrar, nos últimos 24 (vinte e quatro) meses, a contar do mês da análise, quaisquer garantias anteriormente prestadas; II - esteja cumprindo o limite da dívida consolidada líquida, definido na Resolução nº 40, de 2001, do Senado Federal; III - esteja cumprindo os limites de despesa com pessoal previstos na Lei Complementar nº 101, de 2000; IV - esteja cumprindo o Programa de Ajuste Fiscal acordado com a União, nos termos da Lei nº 9.496, de 1997. (NR) (Resolução nº 43/2001 – Senado Federal)

¹¹ Art. 40, § 9º Quando honrarem dívida de outro ente, em razão da garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento. (Lei nº 101/2000)

1.1 As principais leis de Direito Financeiro.

É a lei nº 4.320/64 que estabelece as normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, antiga e nascida como lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição Federal como lei complementar. Sendo a lei que fornece instrumentos jurídicos para a elaboração do orçamento, sua execução e o controle das *finanças públicas*, abarcados nessa perspectiva a conceituação jurídica da despesa pública e suas formalidades classificatórias.

É essa lei que expõe, em seus artigos 12, 13, 16 e 17, o que são *despesas correntes*, e em seu artigo 11, o que são *receitas correntes*, Abraham explica o que se conceitua por *despesas correntes*, *in verbis*:

As **despesas correntes** caracterizam-se por serem contínuas, rotineiras ou periódicas. São dotações destinadas, por exemplo, ao pagamento do funcionamento ou manutenção da estrutura estatal (máquina administrativa), a remuneração de inativos, ao pagamento de juros etc. Essas despesas podem ser subdivididas, por sua vez, em despesas de custeio e transferências correntes. (...) As **despesas de custeio** referem-se àquelas dotações em que há uma contraprestação ao pagamento que o Estado realiza periodicamente, tais como as despesas relacionadas à remuneração dos servidores públicos civis e militares, pagamento aos fornecedores de bens e serviços prestados ao Estado etc. Incluem-se nesse conceito de despesas de custeio, segundo o próprio § 1º do art. 12 da lei n. 4.320/1964, as despesas destinadas a atender às obras de conservação e adaptação de bens imóveis. A Lei nº 4.320/1964 (art. 13) relaciona suas espécies como sendo: pessoal civil; pessoal militar; material de consumo; serviços de terceiros; encargo diversos. (...) Por sua vez, as **transferências correntes** referem-se a despesas igualmente periódicas, porém caracterizadas por não gerarem uma contraprestação específica e direta em bens ou serviços, inclusive servindo para atender a outras entidades de direito público ou privado. Como exemplo de transferência correntes temos o pagamento de juros da dívida pública, de aposentadorias e pensões de servidores públicos inativos, as transferências financeiras entre os entes federativos e, também, as subvenções sociais, que se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, e as subvenções econômicas, que se destinam a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial ou rural. A Lei nº 4.320/1964 (art. 13) relaciona suas espécies com sendo: subvenções sociais; subvenções econômicas; inativos; pensionistas; salário-família; juros da dívida pública; contribuições de previdência social; diversas transferências correntes. (ABRAHAM, 2021, p. 224, grifo nosso).

Continuando, após esclarecer que a Lei nº 4.320/1964 define **receita corrente** como as receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes, o professor ressalta, *in verbis*:

Pode-se dizer que o fator caracterizador das receitas correntes é a sua *estabilidade* como fonte de recursos, ou seja, considera-se que essas receitas fazem parte da arrecadação estatal de forma ordinária e não eventual. Assim, as receitas correntes são consideradas continuamente pelo Estado na elaboração do seu orçamento, já que

estas possuem um caráter estável e definido no sistema financeiro, como no caso dos tributos. (Ibidem, p. 143-144)

Também tratando sobre as finanças públicas, mas agora no viés de implementar um modelo de responsabilidade da gestão fiscal, na qual o cuidado e zelo com o dinheiro da República são exigências teleológicas, adveio a Lei Complementar nº 101 de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O brilhante professor Regis Fernandes de Oliveira ao comentá-la, relata que a lei veio disciplinar os art. 163, inciso I¹² e art. 169 da CFRB¹³, relata também sua gênese internacional, sendo um *código de boas práticas para a transparência fiscal* exigido do Brasil pelo Fundo Monetário Internacional¹⁴. Apesar de concordarmos com o autor, ressaltamos que o entendimento não é pacífico na doutrina. O conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Mato Grosso, Moisés Maciel, por exemplo, não vê a origem da LC nº 101/00 fundada na determinação do FMI¹⁵.

Apesar de uma suposta interferência do FMI na soberania nacional, em virtude do exigir um código de transparência e controle fiscal dos Estados-nações, é importante reconhecer que no começo do século, tal como agora, mas com causas e efeitos diferentes, a economia mundial estava drasticamente desequilibrada, sendo os impactos da indisciplina fiscal captados no dia a dia dos cidadãos brasileiros. Marcus Abraham comenta a crítica situação financeira internacional que permeava os países e que foi decisivo para a adoção de regras de responsabilidade fiscal pelo Brasil, *in verbis*:

As sucessivas crises no mercado financeiro internacional, que geraram a contração do crédito global ao longa da década de 1990; o crescente endividamento do setor público, que alimentava o fantasma da moratória por uma temida impagabilidade das dívidas interna e externa; os elevados índices de inflação existentes no período, que camuflavam a deterioração das contas públicas e que representavam uma forma

¹² Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas.

¹³ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

¹⁴ “Adveio a Lei de Responsabilidade Fiscal por exigência do Fundo Monetário Internacional/FMI, que, por meio do Comitê Interino, entendeu que, “graças à sua experiência na área da gestão de finanças públicas e à universalidade de seus Países-membros, o FMI está bem situado em liderar a promoção de uma maior transparência fiscal. Assim, o Comitê Interino procura estimular os Países-membros a aplicarem o presente Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal”. Sendo assim, no “pacote” de transações financeiras com o Brasil o FMI exigiu a aprovação de texto normativo que desse visibilidade às contas públicas.” (OLIVEIRA, 2019, p. 648)

¹⁵ “A previsão constitucional, todavia, ficou 10 anos sem direcionamento, mas passou a ser uma exigência parlamentar, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998: Art. 30. O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda. Dessa forma, diferente do que muito se debate, a LRF não foi uma imposição feita pelo Fundo Monetário Internacional e sim pelo Parlamento.” (MACIEL, 2020, p. 384)

perversa de financiamento do setor público, ao impor o chamado “imposto inflacionário” às camadas menos favorecidas da população, que não tinham acesso à moeda indexada; e o galopante déficit nas contas previdenciárias, que estava por inviabilizar o pagamento de aposentadorias e pensões – todos estes foram fatores político-econômicos decisivos para a criação de normas para disciplinar o ajuste fiscal tão necessário diante de um iminente esgotamento de recursos financeiros imprescindíveis para a execução das políticas públicas. (ABRAHAM, 2021, p. 405)

Vivíamos em crise, tanto em razão da desestabilidade monetária, do desequilíbrio econômico internacional, quanto em razão da ausência de normas que disciplinassem limites à assunção de dívidas. Os entes federativos clamavam socorro e mais do que isso, a população via a miséria se alastrar pelas classes sociais. O dinheiro perdia valor no decorrer do dia em razão da inflação, o Estado não era capaz de fornecer serviços públicos adequados ao povo e o risco de não-pagamento dificultava ajuda externa.

A promulgação de restrições fiscais pela LRF seguiu esse contexto, e entre outras disposições, fornece classificações jurídicas de eventos financeiros¹⁶, exige instrumentos fiscais de planejamento, tanto na arrecadação quanto na despesa governamental, também, *ponto importante para o desenvolvimento deste trabalho*, estabelece limites para gastos de pessoal¹⁷.

1.2 Disciplina fiscal, austeridade e direitos fundamentais.

¹⁶ Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: III - **operação de crédito**: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros; IV - **concessão de garantia**: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada; § 1º Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16. (LC nº 101/00)

¹⁷ “Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a **despesa total com pessoal**, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento).”. Tais limites desdobram-se em limites setoriais para as Instituições Públicas: “Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I - na esfera federal: a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União; II - na esfera estadual: a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados; III - na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo. (LC nº 101/00)

Os limites fiscais visam resguardar a saúde financeira dos entes federados. Apesar de alguns economistas defenderem os gastos estratégicos do Estado¹⁸, mediante a obtenção de dívida pública, visando o desenvolvimento econômico e social brasileiro, posição essa que também adotamos, é preciso cautela ao gastar irrestritamente mais do que é arrecadado, pois nenhuma finança, desde a familiar até o de uma grande corporação, subsistirá no tempo caso haja frequentes e abundantes gastos que extrapolem a capacidade de pagamento.

É preciso gastar, mas com consciência estratégica e intergeracional. Direitos precisam ser financiados, tecnologia e inovação necessitam de subsídio, desenvolver os serviços, as indústrias e a produção nacional, subsidiar um plano de exploração patrimonial de matérias-primas e gerar emprego e tributos só poderão ser possíveis mediante o gasto público.

Não há um tamanho ou limite ideal para a intervenção do Estado na economia¹⁹, mas certo está que quanto mais se buscar proteger e prover direitos fundamentais, mais haverá respeito à democracia, república e fornecimento de liberdades iguais, *in verbis*:

Nesse sentido, a *liberdade igual* ocorrerá quando houver a mais ampla isonomia entre as pessoas, e é a partir desse tratamento identitário que se assegurará *em concreto* o efetivo gozo de *liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora*. Em breve palavras: para que haja *liberdade igual* é necessário que os indivíduos tenham assegurado *em concreto* a oportunidade de efetivo gozo de direitos fundamentais. Em uma sociedade desigual, as liberdades para grande parte da população são apenas discurso vazio. É através de um tratamento isonômico que se chegará ao efetivo gozo das liberdades. (SCAFF, 2018, p. 180)

Cass Sunstein e Stephen Holmes trazem o conceito do *custo dos direitos*, ressaltando que até mesmo os direitos ditos “negativos”, que na teoria exigem a abstenção do Estado de intervir na vida privada (direitos civis e políticos), dependem intrinsecamente da atuação estatal positiva, por meio do financiamento de tais direitos, *in verbis*:

Os adversários incondicionais do poder estatal não podem defender com coerência os direitos individuais, pois os direitos constituem uma uniformidade cogente imposta pelo Estado e custeada pelo público. A igualdade de tratamento perante a lei não pode ser assegurada num vasto território sem órgãos burocráticos centralizados relativamente eficazes e honestos, capazes de criar e fazer valer direitos. (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 44)

¹⁸ “onde os gastos públicos promovem ou, de fato, são essenciais para o crescimento futuro da economia – produção, nível de emprego e renda maiores com que sustentar as receitas públicas futuras -, contrair empréstimos é perfeitamente aceitável. Isso não pode ser considerado um ônus para as gerações futuras. (...) As gerações futuras deverão pagar pelo que usarão.” (*apud* - GALBRAITH, 1996. p. 61-63. in SCAFF, 2018, p. 322).

¹⁹ “Ora, se o Direito é, simultaneamente, o principal regulador social de comportamentos e o instrumento da política com aspirações de justiça, uma estratégia regulatória eficiente no âmbito financeiro deve ser moldada sob as seguintes premissas: (...) (iii) não existe resposta inequívoca, baseada na ciência econômica ou na experiência, a respeito de qual é o tamanho ótimo do Estado na economia, especialmente em setores econômicos mais relevantes, o que também é influenciado por fatores históricos e conjunturais; (...)” (ERLING, 2015, p. 72-73)

Os autores ressaltam que a teoria da separação dos poderes trazidos por Montesquieu visava exatamente estruturar o Estado de maneira que os abusos e intromissões indevidas fossem reprimidos por sua própria estrutura, assim, para exigir direitos “contra” o Estado, é necessária a atuação do próprio Estado, *in verbis*:

Portanto, a proteção “contra” o governo é impensável sem a proteção oferecida “pelo” governo. É exatamente isso que Montesquieu tinha em mente quando afirmou que a liberdade só pode ser protegida mediante um sistema de freios e contrapesos entre os diversos poderes do Estado³. Nenhum sistema jurídico é capaz de defender o povo contra as autoridades sem defendê-lo por meio de outras autoridades. (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p. 150)

O país precisa ter dinheiro para que direitos existam, não importa qual direito seja. Um país pobre não é capaz sequer de garantir o direito mais liberal de todos, o da propriedade. Sem o financiamento das Forças Armadas, sem o subsídio de seus órgãos policiais e sem a fiscalização de suas fronteiras, haverá constante esbulho de bens por pessoas não proprietárias. Além disso, se não houver financiamento do Poder Judiciário, não haverá meio de se socorrer ao Estado, que detém o monopólio da força, a fim de que dite e faça cumprir o Direito.

Nem se fale nos direitos sociais e na persecução dos objetivos constitucionais, como erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3, III, CF/88). É preciso coordenação alocativa de recursos públicos e estruturação de eficientes políticas públicas para fazer valer *toda* a constituição.

Destacando-se a função redistributiva²⁰ do Estado, que tem como ideal oferecer mais àquele que paga menos, é visível a tensão entre o Direito e a Política, pois apesar dos direitos distributivos serem frutos de um acordo político consagrado em 1988, esse acordo virou rocha inabalável em certas matérias.

Claro que não existe direito absoluto, mas a ideia redistributiva não pode retroceder, pois como materializaram-se em mandamentos constitucionais, devem ser efetivados em sua máxima potencialidade, de acordo com a teoria da “força normativa da Constituição”.

O poder político muitas vezes determina o rumo das políticas públicas de acordo com sua visão ideológica. No campo do Direito Financeiro, essa tensão é clara quando

²⁰ “Finalmente, políticas redistributivas são aquelas em que alguns recebem mais em serviços do que pagam em impostos, ou em que alguém recebe um benefício sem ter contribuído para ele. É o caso típico dos programas do *welfare state*, como moradia ou aposentadorias e que são explicáveis com base nas classes sociais ou na oposição ricos/pobres, burguesia/proletariado. Nesses, “há um conflito estável e contínuo que só pode ser compreendido em termos de classe” (LOWI, 1964). E aqui não há como negar o peso da política na orientação do Estado e das próprias políticas públicas. **Um governo conservador não produz políticas progressistas** (ainda que o mundo jurídico possa creditar à Constituição essa capacidade).” (BUCCI, 2019, p. 814, grifo nosso)

investigamos o gasto público, tomando este como condição essencial à materialização dos direitos inscritos nas leis e na Constituição²¹.

Ademais, o gasto público tendente a diminuir as desigualdades e a cumprir as políticas públicas sociais devem seguir a lógica inversa da capacidade de contribuir com tributos, seguindo a ideia da *capacidade receptiva*²², cumprindo a tarefa constitucional de diminuir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza (art. 3, III, CF/88), sendo óbvia a necessidade de hígidez financeira do Estado para fazer cumprir os direitos fundamentais.

Além disso, estar “quebrado” dificulta a realização de operações de crédito com juros baixos pelo Estado, pois na análise de crédito o que se busca é justamente auferir o grau de confiança que o tomador do empréstimo tem de pagar suas dívidas.

Pois bem, além de subsidiar um ambiente econômico-financeiro sustentável com a finalidade de que os direitos sejam realizados, limites fiscais visam conter o abuso financeiro da máquina pública.

O Brasil é um país de riqueza imensurável, mas a ausência de restrições fiscais pode abrir brechas para o oportunismo dos políticos que alcançam o poder. Muitas vezes preterindo a população, os representantes do povo utilizam a máquina pública como retribuição àqueles que financiaram suas campanhas, *in verbis*:

O sistema eleitoral faz com que os eleitos sejam mais fiéis aos financiadores de suas campanhas do que aos eleitores que neles votam. Os financiadores são identificados, já o eleitorado é difuso, e obtêm-se votos a partir de locais e de bandeiras eleitorais que não se sabe ao certo se geraram os votos esperados. Não há como medir com exatidão essa correlação entre o voto difusamente concedido, em diversas circunscrições eleitorais, se não for adotado algum mecanismo que permita melhor identificação entre o eleitor e o candidato – e, mesmo assim, a disputa por verbas apenas se repetirá, presume-se que em menor escala. (SCAFF, 2021, p. 152)

Assim, tanto na utilização do poder regulamentar e conformador do Estado na economia, quanto na utilização de recursos públicos para fazer frente aos custos e políticas governamentais, o executivo e legislativo pode se esquecer da população quando aloca suas verbas.

²¹ "A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para o atendimento e a realização das políticas públicas. **O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política do gasto.** Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha." (OLIVEIRA, 2019, p.413, grifo nosso).

²² “É a *capacidade receptiva* dos grupos vulneráveis que deve nortear o gasto público, visando a realização de uma política pública republicana, isonômica e universalizável – isto é, para todos os que se encontrem em igual situação fática, e não para um indivíduo isoladamente. *Aqui se insere o conceito de políticas públicas sociais, e não de concessões individualizadas de benefícios.* É preciso que a política pública seja universalizável para todos que se encontrem em situação de carência – um exemplo disso são as políticas de vacinação de crianças e idosos, pois se referem a grupos específicos que necessitam dessa atuação governamental.” (SCAFF, 2018, p. 288-289)

Pode haver inchaço da máquina pública mediante contratação imoderada de pessoal a fim de beneficiar apadrinhados ou “fazer média” com a população²³, pode ocorrer contração extrapolada de dívidas para fazer frente aos interesses obscuros que não beneficiam a população, visto que aumentar a carga tributária induz à desaprovação da sociedade e dificuldade de reeleição²⁴, pode acontecer de no final do mandato os agentes políticos resolvam gastar em demasia, já que será o próximo governante que arcará com a conta, enfim, pode surgir interesse em não mudar o modo de fazer política no País.

As normas de restrições e limites fiscais situam-se num muro de difícil definição. De um lado há a contenção de políticas suicidas que enforcam a saúde financeira do Estado, de outro há o risco de utilização das restrições para que credores do Estado consigam recuperar o que emprestou para o ente público, fazendo que os limites se apliquem à parcela mais carente da população, cortando despesas com educação, saúde, assistência social, financiamento de moradias, alimentação e outros gastos sociais.

É aí que se insere as políticas de austeridade fiscal. Ricardo Lodi Ribeiro escreve sobre as medidas de austeridade, tomando essas como medidas fiscais destinadas a diminuir salários, serviços sociais e gastos públicos no geral, afetando seletivamente os mais pobres, dependentes do gasto público estratégico, *in verbis*:

Quando os serviços públicos são cortados por causa do discurso dos gastos perdulários, que embala a adoção da política de austeridade seletiva, não serão as pessoas no topo da distribuição de renda que deverão apertar os cintos, mas sim aqueles que se encontram na parte inferior, quase sempre recebedores de salários sem aumento real há muito tempo. Estes são os cidadãos que dependem de serviços públicos e que vêm tomando uma enorme quantidade de dívida. É por isso que a austeridade é antes de tudo um problema político de distribuição e não um problema econômico da contabilidade. (RIBEIRO, 2019, p. 161)

Em tese, a diminuição do custo financeiro de manutenção do Estado aumenta a confiança dos investidores e promove o saneamento das contas públicas, assim como a diminuição da enorme dívida pública.

Ocorre que esse raciocínio possui efeitos nefastos no combate à desigualdade e não induz ao resultado fiscal esperado. Ao se diminuir o gasto público social, torna-se difícil o

²³ “(...) Há Municípios que se endividam ou fazem política mesquinha de inchaço dos quadros públicos na expectativa sórdida de “fazer média” utilizando os recursos públicos. A prática remonta ao coronelismo, dando margem ao surgimento do compadrio, do “filhotismo” e do nepotismo, o que arruína os cofres públicos. (...)” (OLIVEIRA, 2019, p. 695)

²⁴ “(...) pretendem maximizar os benefícios e minimizar os custos de suas decisões políticas. Deve-se considerar que um ajuste fiscal sempre impõe custos ao ente subnacional, tanto à sua autoridade como à sua população, uma vez que, em regra, tal ajuste é realizado mediante o aumento de impostos e/ou a redução de gastos públicos. Nesse contexto, como já discutido, o ente subnacional irá procurar redistribuir tais custos pelos demais entes da federação.” (ECHEVERRIA e RIBEIRO, 2018, p. 649)

crescimento econômico e o cumprimento das metas sociais. O nível de emprego e bem-estar social ficam sujeitos à vontade e confiança empresarial.

O gasto público estratégico é essencial para o combate da recessão econômica, medidas de austeridade apenas aumentam a recessão. Ao se arrecadar e gastar de forma redistributiva, a própria arrecadação cresce junto à economia, ocasionando a diminuição da dívida pública. Investir em determinadas despesas é também uma medida de sanear as contas públicas, *in verbis*:

Por isso, não só a austeridade não é o caminho para o desenvolvimento econômico, como o aumento de despesas públicas pode se traduzir na saída para a crise de demanda, como outrora se verificou no New Deal e na reconstrução europeia após a Segunda Guerra Mundial. Tais iniciativas são baseadas no princípio do multiplicador do orçamento equilibrado, que consiste no seguinte: se o Estado aumenta os tributos e a despesa ao mesmo tempo para que o déficit atual permaneça inalterado, a economia é estimulada, ainda que a elevação da carga tributária isoladamente considerada tenha o efeito de amortecê-la, a efetivação de despesas a estimula. De acordo com Joseph Stiglitz¹, se há uma escolha criteriosa sobre as receitas e despesas que serão elevadas, o incremento do PIB pode ser de duas a três vezes o aumento dos gastos, e ainda que o déficit não seja alterado de imediato, a dívida nacional é reduzida a médio prazo em razão das maiores receitas decorrentes do crescimento econômico. (RIBEIRO, 2019, p. 168)

Além disso, para garantir o fornecimento dos direitos fundamentais, as Instituições Públicas devem estar suficientemente estruturadas, com recursos bastantes ao atendimento de suas finalidades.

Garantir um Judiciário livre de pressões políticas e financeiras é essencial à separação dos Poderes e à garantia de sua livre e imparcial atuação jurisdicional. Suprimir recursos financeiros do Ministério Público significa amesquinhar sua atuação de proteção da ordem jurídica e do regime democrático, além de dificultar seu papel de defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Desmantelar a já dificultosa atuação da Defensoria Pública pela supressão de seu financiamento é aprofundar desigualdades econômicas e sociais, além de restringir o acesso à justiça àqueles que possuem recursos financeiro. Não possuir um Tribunal de Contas independente e autônomo, com dinheiro suficiente a sustentar sua atuação, é dificultar todo o papel fiscalizatório dos recursos públicos e da atuação administrativa do Estado. A própria proteção dos direitos humanos não pode prescindir do direito aos Procedimentos e às Instituições²⁵.

²⁵ “Essa categoria é corolário dos direitos à prestação, mas com o traço distintivo de focar a estrutura administrativa e institucional do Estado, o que, para tal classificação, é também importante para a efetividade dos direitos humanos. A consequência dessa classificação é justamente permitir que determinadas *condutas do Estado voltadas a dismantelar uma instituição essencial* para a efetividade dos direitos humanos seja passível de questionamento por, em última análise, representar uma *violação do direito que aquela instituição zelava.*” (RAMOS, 2021, p. 64-65)

Certa vez questionou-se no STF a possibilidade de controle judicial do orçamento público, votado no Poder Legislativo, que reduzia as verbas transferidas inicialmente previstas e enviadas pela Justiça do Trabalho²⁶, momento no qual o Supremo, em 30/06/2016, por unanimidade, aprovou tese fixada nos seguintes termos, *in verbis*:

Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal. (STF, Tribunal Pleno, ADI 5468 – Distrito Federal 0001063 – 15.2016.1.00.0000, Rel. Min. Luiz Fux, Dje-169 02/08/2017)

O controle judicial mostrou-se deferente em razão do delineamento constitucional do “legislador orçamentário”²⁷, embora seja também constitucional o princípio da autonomia financeira do Poder Judiciário. Claro ficou o conflito entre princípios constitucionais, quando é a ponderação da situação fática que será usada como método de resolução²⁸.

Apesar da discussão sobre a diminuição de verbas às Instituições Públicas ter girado em torno da crise econômica que permeava o cenário daquela época, houve grande alvoroço no que se referia ao maior corte à Justiça especializada em razão de seus julgamentos “pró-trabalhador”, Fernando Scaff comenta a interferência política na supressão de verbas da Justiça Trabalhista, *in verbis*:

O caso tem contornos muito peculiares, considerando que o relator do Projeto de Lei Orçamentária para 2016, Deputado Ricardo Barros, no relatório que apresentou à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional, declarou expressamente que a proposta de corte no orçamento daquele ramo do Judiciário não era a realidade financeira e econômica da União, mas a necessidade de que aquele ramo da justiça especializada revisse seus posicionamentos a fim de desestimular a judicialização de causas trabalhistas. Esse depoimento foi o cerne da ação judicial, pois demonstrava que estava sendo

²⁶ A Lei Orçamentária Anual de 2016 (Lei nº 13.255/2016) previu corte de 25% nas despesas de custeio e de 90% nas verbas de investimento no dispêndio com a Justiça do Trabalho.

²⁷ “Dentre os cargos públicos cujo provimento se dá através de eleições diretas e periódicas, pelo sistema democrático, destacam-se o de Chefe do Poder Executivo e o dos componentes do Poder Legislativo, em todos os níveis da federação brasileira. Estas duas funções eletivas exercem predominância na elaboração das leis em geral, o que pode ser analisado através da complexa sistemática do processo legislativo, e, em especial, para fins especificamente orçamentários, sendo, *predominantemente*, o Poder Legislativo o *legislador orçamentário* e o Poder Executivo o *gestor orçamentário*. Diz-se que isso ocorre de forma *teórica*, pois, em algumas matérias do sistema orçamentário brasileiro, essas funções se deslocam, tornando-se o Poder Executivo o verdadeiro *legislador orçamentário* – em especial no que se refere às *cláusulas pétreas orçamentárias*. Por ora, o foco será na forma de provimento desses cargos eletivos, sob a ótica do direito financeiro, pois será o *legislador orçamentário* que determinará as escolhas políticas do que será arrecadado e gasto, sempre sob a égide da Constituição. Tal *legislador orçamentário*, como regra, encontra-se no Poder Legislativo – embora, como mencionado -, em algumas situações isso seja *deslocado normativamente* para o Poder Executivo.” (SCAFF, 2018, p. 245)

²⁸ Luís Roberto Barroso escreve que em casos difíceis, como a colisão de normas fundamentais, a ponderação deve ser a premissa artesanal da decisão: “A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. (...) Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante a ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende à vontade constitucional. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete.” (BARROSO, 2020, p. 299)

utilizado o orçamento para sufocar financeiramente a Justiça do Trabalho, em razão de suas posições pró-trabalhador. (SCAFF, 2018, p. 313)

Percebe-se, portanto, que a manipulação das verbas públicas repassadas aos Poderes e órgãos públicos pode ter caráter político, em detrimento dos reais aspectos econômicos, jurídicos e financeiros. Suprimir verba da Justiça do Trabalho prejudica claramente os direitos trabalhistas e a necessária proteção do trabalhador pelo Estado, como parece ter sido a intenção da lei orçamentária de 2016.

Essa tese reforça o que vem sendo exposto, as Instituições necessitam de dinheiro público para fazer cumprir os direitos fundamentais. Mas tudo deve ser analisado com cautela, também não é viável que toda a arrecadação pública seja destinada à manutenção das Instituições. É preciso financiar as políticas públicas. Agora as despesas contínuas, classificadas como *correntes*, gastas por todos os Poderes e órgãos independentes, sofrem nova limitação constitucional²⁹.

Deixando para outro momento a análise crítica dessa nova regra fiscal e focando por enquanto na perspectiva expositiva, é necessário esclarecer que todas as Instituições deverão possuir visão harmônica e sistêmica desses gastos.

Isso porque toda a entidade subnacional deverá respeitar o limite, sob pena de obrigatoriedade de adoção dos *gatilhos fiscais* por cada um Poder e órgão independente, gatilhos esses que são restrições de administrativos que gerem *despesas com pessoal*, limitações com *despesas obrigatórias* e com a concessão de *benefícios fiscais e creditícios*, sob pena de todo o ente federativo ser impedido de realizar operação de crédito com entidades públicas ou de obter garantia de outro ente federativo³⁰.

Então, de nada adiantará, por exemplo, que num Estado-membro o Ministério Público e a Defensoria Pública respeitem os limites de despesas correntes se o Judiciário e o Legislativo gastem em demasia em despesas contínuas, elevando o percentual de todo o ente em nível superior ao limite constitucional (despesas correntes não podem ultrapassar 95% das receitas correntes).

²⁹ Despesas correntes não podem ultrapassar 95% das receitas correntes. (caput do art. 167-A da CF/88)

³⁰ Art. 167-A, § 6º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas nele previstas tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada: I - a concessão, por qualquer outro ente da Federação, de garantias ao ente envolvido; II - a tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da Federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento. (CFRB)

2. O porquê dos Limites e Gatilhos e qual é a relação com os objetivos Constitucionais.

As Emendas Constitucionais são elaboradas pelo poder constituído, também denominado Poder Constituinte Derivado. É chamado de “derivado” pois advém do Poder Constituinte Originário, que funda uma nova Constituição Federal, portanto deve respeitar os limites circunstanciais, formais e materiais dispostos pelo Poder que funda a Lei Maior, “(...) É que, na verdade, o denominado poder constituinte derivado situa-se no âmbito do poder constituído ou instituído, estando juridicamente subordinado a diversas prescrições impostas no texto constitucional pelo constituinte originário. (...)” (BARROSO, 2020, p. 157).

Sua existência justifica-se pela mutabilidade da própria realidade social. Para não se tornar letra morta e sem significado prático, as Constituições necessitam prever mecanismos de sua alteração, como magistralmente comenta Luís Roberto Barroso, “As Constituições não podem ser imutáveis. Os documentos constitucionais precisam ser dotados da capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às mudanças da realidade e às novas demandas sociais (...)” (Ibidem, p. 153).

Não obstante a necessidade de alteração formal do texto constitucional a fim de se adequar a realidade fática, é preciso entender que o Poder Constituinte Derivado não é irrestrito e absoluto, e suas deliberações podem ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, visto que o *espírito constitucional* deve ser respeitado, *in verbis*:

Encontrando fundamento na Constituição e sendo por ela disciplinado, o poder reformador é, na verdade, uma competência juridicamente vinculada. Como consequência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, tal possibilidade é mais do que puramente teórica: o Supremo Tribunal Federal já admitiu inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, tendo acolhido diversas delas. (...) (Ibidem, p. 159)

A Emenda Constitucional nº 109 adveio de um acordo entre o Congresso Nacional e o Governo brasileiro. Inicialmente, a proposta de emenda visava apenas estabelecer limites para despesas correntes. Porém o Congresso estabeleceu como condição de aprovação a prorrogação do auxílio emergencial para a população brasileira, mitigando assim as mazelas sociais advindas da pandemia, *in verbis*:

A nova emenda constitucional é fruto de negociações do Congresso com o governo. A princípio, a PEC tratava apenas de mecanismos de limitação de despesas públicas. A proposta foi elaborada pelo Ministério da Economia e apresentada pelo líder do governo no Senado, senador Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE). O retorno do benefício foi uma condição negociada pelos deputados e senadores para aceitar as

mudanças fiscais. Pelo texto promulgado, o governo poderá reservar, em 2021, até R\$ 44 bilhões do Orçamento para pagar o auxílio. O valor ficará fora da regra do teto de gastos e das restrições para endividamento (regra de ouro), além de não contar para a meta de superávit primário do ano. Sem essa flexibilização, proposta pelo Congresso, o governo não teria como dar o benefício. - Agência Câmara de Notícias – disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/736147-congresso-promulga-emenda-constitucional-que-garante-volta-do-auxilio-emergencial>.

Desta feita, para compensar os R\$ 44 bilhões que serão destinadas ao pagamento do auxílio ³¹, a emenda impõe certos “*gatilhos fiscais*” a serem adotados pelos órgãos independentes e Poderes da União³², caso descumpram o teto de gastos advindo da emenda constitucional nº 95 de 2016.

Em relação aos Estados, Municípios e Distrito Federal, foco de análise desta monografia, a Emenda Constitucional nº 109, em seu artigo 167-A, estabeleceu um *novo teto de gastos* para essas entidades, mas de maneira diferente do teto da União (EC nº 95), estabeleceu que a *despesa corrente* desses entes não poderá ser superior a 95% da *receita corrente*, sob pena de seus Poderes e órgãos independentes *terem* que adotar os tais “*gatilhos fiscais*”:

Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da (...) (CFRB)

O uso do verbo “*ter*” é utilizado com cautela. É que a redação do artigo constitucional que estabelece esse *novo teto de gastos* (art. 167-A da CFRB) explicita que será *facultativa* a adoção dos *gatilhos fiscais* pelas instituições e Poderes.

³¹ “Para compensar o gasto com a transferência social, a emenda estabelece que, sempre que a relação entre despesas obrigatórias e receitas da União atingir o limite de 95%, entrarão em cena uma série de restrições que visam, basicamente, controlar as despesas com funcionalismo público, como a proibição de reajustar salários e promover concursos. Essas restrições são conhecidas como “*gatilhos*.” - Agência Câmara de Notícias

³² ADCT - Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: I - do Poder Executivo; II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário; III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo; IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; V - da Defensoria Pública da União. (CFRB)

Todavia, mais a frente, no § 6º do art. 167-A, o texto constitucional expõe que caso os *gatilhos* não sejam adotados por *todos* os Poderes e órgãos³³, de acordo com a declaração do Tribunal de Contas respectivo, será *proibido* ao ente federativo obter garantia contratual de outro ente para contrair empréstimos:

Art. 167-A. § 6º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas nele previstas tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada:

I - a concessão, por qualquer outro ente da Federação, de garantias ao ente envolvido; (CFRB)

Também será impedido de realizar operação de crédito com qualquer outro ente da Federação:

Art. 167-A. § 6º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas nele previstas tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada:

II - a tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da Federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento. (CFRB)

Ainda, a emenda dispõe que caso essa relação de despesas dos Estados, Municípios e Distrito Federal ultrapasse 85%, será facultada (agora sim opcional) a adoção dos *gatilhos* por cada Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) e Instituição Independente (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas)³⁴, sendo o ato de submissão facultativa aos *gatilhos* enviado imediatamente ao Poder Legislativo respectivo.

³³ No âmbito municipal pelo Poder Executivo, Legislativo e Tribunal de Contas, onde houver, e no âmbito estadual pelo Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública.

³⁴ Art. 167-A, § 1º Apurado que a despesa corrente supera 85% (oitenta e cinco por cento) da receita corrente, sem exceder o percentual mencionado no caput deste artigo, as medidas nele indicadas podem ser, no todo ou em

Esses *gatilhos fiscais*, que como dito terão que ser aplicados por todos os Poderes e órgãos independentes caso haja extrapolação do teto pela entidade, e estão dispostos nos incisos do art. 167-A da Constituição Federal, podem ser divididos em limitações de três naturezas.

A primeira refere-se a restrições relacionadas a ***despesas com pessoal***, estando cada órgão independente proibidos de realizar:

I - Concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo.

II - Criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa.

III - Alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa.

IV - Admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas:

a) as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa;

b) as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;

c) as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição;

d) as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunos de órgãos de formação de militares;

V - Concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV.

VI - Criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e de militares, ou ainda de seus dependentes,

parte, implementadas por atos do Chefe do Poder Executivo com vigência imediata, facultado aos demais Poderes e órgãos autônomos implementá-las em seus respectivos âmbitos. (CFRB)

exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo. (CFRB)

A segunda natureza dos *gatilhos* está relacionada às **despesas obrigatórias**, ficando limitado a:

VII - Criação de despesa obrigatória e

VIII - A doção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º desta Constituição. (CFRB)

Por fim, a terceira natureza limita ações relacionadas a **concessão de benefícios fiscais e creditícios**, e são proibições para:

IX - Criar ou expandir de programas e linhas de financiamento, bem como remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções;

X - Conceder ou ampliar de incentivo ou benefício de natureza tributária. (CFRB)

Esta monografia foca sua análise nas novas regras fiscais destinadas aos Estados, Municípios e Distrito Federal, assim, é salutar o desbravamento de alguns aspectos.

O tema é sensível pois se analisa uma possível inconstitucionalidade nessas novas disposições constitucionais, é que se esbarram em duas cláusulas intangíveis da Constituição Federal, tidas como limite material ao poder de reforma³⁵.

Será analisado o efeito do limite fiscal e de seus gatilhos sob o enfoque da forma federativa do Estado³⁶, *in verbis*:

³⁵ “Como muitas vezes registrado, as Constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. **Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Essa identidade, também referida como o espírito da Constituição, é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresso em inúmeras Cartas. São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado.**” (BARROSO, 2020, p. 169, grifo nosso)

(...) para que seja inválida por vulneração do limite material ao poder de reforma, uma emenda precisará afetar o núcleo essencial do princípio federativo, esvaziando o ente estatal de competências substantivas, *privando-o de autonomia* ou impedindo sua participação na vontade federal. (...) (BAROSSO, 2020, p. 180, grifo nosso)

Também, os limites e gatilhos fiscais serão analisados sob a óptica da cláusula pétrea da Separação dos Poderes³⁷, visto que serão os Poderes e Instituições Independentes que terão que adotar os gatilhos, *in verbis*:

(...) apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, *se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes* ou suas competências típicas. (Ibidem, p. 182, grifo nosso)

Há jurisprudência farta na Suprema Corte em matéria de direito financeiro sobre o *princípio da intranscendência das medidas restritivas de direito*. Em capítulo próprio será demonstrada a aplicação prática do princípio, sendo pertinente nesse momento apenas expor que o princípio impede que o Poder Executivo ou toda Entidade Federativa seja sancionada por conta de desventuras fiscais de qualquer outro Poder da República ou Instituição Independente.

Assim, o presente trabalho mostra-se pertinente por conta de diversos questionamentos que a Emenda Constitucional nº 109 trouxe. Em que medida os *gatilhos fiscais* influenciam na persecução dos objetivos constitucionais? Houve interferência na autonomia federativa dos Estados, Municípios e do Distrito Federal ao impor o *novo limite fiscal*? Por que foi estipulado esse limite fiscal às entidades subnacionais, visto que a discussão inicial da Emenda era compensar o auxílio emergencial pela União mediante imposição de gatilhos apenas para o ente central? Houve indevida ingerência na independência institucional dos Poderes da República e Órgãos Independentes e conseqüentemente comprometimento no princípio da Separação dos Poderes? Qual é a situação fiscal atual dos entes subnacionais e qual foi a intenção do ente central ao estipular esses limites? Quais os riscos e benefícios desse novo limite fiscal imposto na Constituição? Como o Supremo Tribunal Federal, órgão que fornece precipuamente a guarda da Constituição, pode interpretar o novo dispositivo?

Todos esses questionamentos constituem o cerne desta monografia e serão adiante explorados.

³⁶ Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa do Estado; (CRFB)

³⁷ Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes; (CRFB)

2.1. Situação financeira dos entes subnacionais.

A pandemia mundial advinda da Covid-19 trouxe diversas adversidades. No âmbito financeiro, muito se falou sobre a possível queda na arrecadação tributária em virtude da diminuição dos eventos econômicos geradores de tributos. Na despesa pública, as emergências decorrentes da necessária prioridade na área da saúde podem ocasionar majoração dos gastos públicos.

Com muita riqueza de conteúdo, Regis de Oliveira detalha alguns pontos da Covid-19 e sua relação com o direito financeiro. Devido à diversas mudanças, como a queda da receita pública decorrente do esfriamento da economia e o aumento da despesa, decorrente de gastos extraordinários com saúde, o Estado brasileiro necessita de estratégia para confrontar os efeitos financeiros da crise, que não cessará com o advento da vacina e a eliminação do vírus, *in verbis*:

O advento de possível vacina irá sanar os problemas? Claro que não. Pode se constituir em alívio contra a propagação do mal. Pode ser uma garantia de que estamos ganhando relativa proteção. Pode ser um avanço no conhecimento da etiologia viral e a descoberta de sua cura. O problema é, superado o mal, como farão os Estados para suportar suas finanças. (OLIVEIRA, 2021, p. 10)

Aumentar a tributação sobre riquezas improdutivas e diminuir ou eliminar sua incidência sobre bens essenciais é compromisso antigo do País, que agora vê-se imprescindível para o progressivo desenvolvimento econômico e social brasileiro.

Além disso, o autor relata a falta de coordenação governamental entre os entes federativos na gestão da crise. Municípios, Estados, Distrito Federal e União parecem não falar a mesma língua, cada qual está preocupado com sua província, o que afasta um olhar holístico do problema.

Também, o aumento da pobreza deve ser combatido, os mais prejudicados com a Covid-19 são os pobres. Além da dificuldade de atendimento médico adequado, o fechamento de pontos de trabalho e escolas é sentido na pele de quem é pobre. A escassez do nível de emprego por óbvio acarreta o crescimento da pobreza, sem trabalho não há circulação de dinheiro. O fechamento de escolas e a transposição para aulas virtuais afeta aqueles que dependem da cantina escolar para se alimentar e aqueles que não possuem tecnologia para acompanhar remotamente as aulas. Como consequência, a precarização da educação pública tem efeitos nefastos a médio prazo, dificultando a ascensão social dos mais desfavorecidos.

Regis Fernandes também alerta para a necessidade de rigor fiscal para a atração de investimentos e reaquecimento da economia, deve-se gastar menos do que se arrecada. Não haverá aporte de recursos no País se não houver confiabilidade em sua saúde financeira, *in verbis*:

O princípio básico da Administração Pública é não gastar mais do que arrecada. Qualquer indivíduo que assim aja estará despreparando seu futuro. A desorganização financeira leva a desmandos de toda ordem. Recursos com que o Estado pudesse contar escasseiam ou são recusados. O auxílio não externo não virá. Empréstimos tornam-se difíceis se o país não apresentar suas contas com absoluto rigor financeiro. O orçamento desequilibrado leva à fuga de capitais. Investimentos contam com a seriedade do país. Caso contrário, não aportarão por aqui. Todos querem ver a saúde financeira do ente estatal para poder confiar nele. (Ibidem, p. 14)

Todavia, tal rigor fiscal deve desonerar os pobres³⁸. Não é justo aprofundar a desigualdade brasileira sob o pretexto do contingenciamento da despesa pública, a prioridade deve ser fazer política pública que possibilita a distribuição de renda. Do outro lado da moeda, deve-se repensar a arrecadação tributária, novamente invocando o ideal da justiça, não parece ser correto o pobre pagar a conta da crise e ser onerado com a majoração do preço dos bens de consumo básicos.

Fato curioso e pouco comentado, o ano de 2020 foi peculiar no que tange às finanças públicas.

Enquanto a União teve um ano com o pior déficit de sua história, totalizando R\$ 745,4 bilhões³⁹, Estados e Municípios obtiveram o *melhor resultado fiscal* desde sua existência. Foram R\$ 31,1 bilhões de acréscimo de caixa e equivalentes para os entes subnacionais, totalizando R\$ 42,9 bilhões de resultado primário, conforme relata o Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais⁴⁰, *in verbis*:

Dados do Banco Central indicam que os Estados e Municípios, e suas respectivas estatais, tiveram o maior resultado primário de sua história em 2020, de R\$ 42,9 bilhões. Como resultado, o estoque de caixa e equivalentes de caixa em 2020 desses entes aumentou em R\$ 31,1 bilhões. Uma combinação do crescimento das receitas tributárias dos Estados e Municípios com o auxílio prestado pela União para o combate à pandemia na forma de transferências intergovernamentais gerou um aumento significativo das receitas subnacionais. Ao mesmo tempo, as despesas dos entes subnacionais aumentaram apenas ligeiramente, visto que o aumento das despesas com saúde foi compensado por uma redução ou apenas tímido aumento das despesas com outras funções. (Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais – Outubro de 2021, p. 5)

³⁸ "É importante, pois, que o rigor fiscal não alcance os mais pobres. Obediência ao teto significa cumprimento de metas, o que não proíbe destinação maior de recursos aos menos favorecidos. Apenas assim é que se terá maior combate à pobreza, dando, ao menos temporariamente, dignidade aos pobres e desfavorecidos da sorte." (Ibidem, p. 17)

³⁹ Fonte: Relatório de Avaliação do Cumprimento de Metas Fiscais do 3º quadrimestre de 2020.

⁴⁰ Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-de-financas-dos-entes-subnacionais/2021/114>

E é exatamente por isso que foi estabelecido o novo “teto de gastos” para Estados, Municípios e Distrito Federal, limitando suas despesas correntes em 95% de suas receitas correntes.

Teme-se o descontrole fiscal dos entes subnacionais, tendo em vista que esse acréscimo de caixa pode dar uma falsa impressão de crescimento financeiro e econômico, “a partir de 2022, portanto, o alto caixa acumulado por causa de uma conjuntura favorável poderá ser utilizado para contratação de gastos continuados, podendo criar desequilíbrios estruturais.”

Assim, segundo o Boletim, a Emenda Constitucional nº 109, especialmente na parte que trata dessa limitação e desses gatilhos fiscais, visa evitar o descontrole fiscal dos entes subnacionais, levando em consideração esse aumento de receitas oriundo da inflação no preço dos bens de consumo e dos repasses voluntários da União para evitar crises fiscais provindas da Covid-19 podem provocar aumento de despesas contínuas que mais a frente pode se mostrar insustentável, *in verbis*:

Como forma de minimizar esses riscos, diversas mudanças normativas foram feitas recentemente. A Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, em conjunto com a Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2021, criaram regras para reduzir divergências contábeis no cálculo da despesa com pessoal para fins de apuração do limite de despesa com pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). O Regime de Recuperação Fiscal (RRF) e o Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal (PAF) foram reformados. Criou-se o Programa de Promoção do Equilíbrio Fiscal (PEF) e **uma nova regra fiscal constitucional que limita a contratação de operação de crédito e a edição de atos que provoquem aumento da despesa com pessoal caso o Estado ou Município possua valores altos de despesas correntes em relação às receitas correntes.** (...) (Ibidem, p. 5, grifo nosso)

2.2 Influência dos gatilhos fiscais na persecução dos objetivos constitucionais.

Ao analisar as *cláusulas pétreas orçamentárias*, tidas essas como o montante que é orçamentado para gastar com *pessoal e seus encargos, pagamento do serviço da dívida, pagamento de precatórios e o percentual de receitas vinculadas para o custeio de alguns direitos fundamentais*; Fernando Scaff dispõe sobre cada uma delas sob a óptica do princípio republicano, tomando esse como o modelo que o Estado foi juridicamente estruturado de modo a permitir que o governo aja em prol do bem comum, aplicando à coisa pública uma função social, em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Desse modo, é importante expor o que diz o professor em relação aos gastos com *pessoal e seus encargos*, pois, apesar de não tratar especificamente sobre a limitação de atos administrativos que causam aumento de gastos com pessoal trazida pela EC nº 109, caso haja

seja ultrapassado o limite constitucional⁴¹, expõe sua opinião sobre a busca da efetivação dos direitos fundamentais mediante esse gasto específico.

Como o escopo desse trabalho é também questionar como os gatilhos fiscais⁴² influenciam na persecução dos objetivos constitucionais, segue o que entende o professor, *in verbis*:

Com os olhos voltados a essa definição, constata-se que o gasto público com pessoal e seus encargos, como regra, não se referem diretamente à efetivação dos direitos fundamentais em prol do bem comum, mas no interesse dessas categorias de servidores. Diz-se “como regra” pois o governo necessita gastar com pessoas e encargos, para executar os serviços e políticas públicas que lhe incumbem, porém a petrificação do preceito afasta a deliberação parlamentar sobre a matéria. Logo, aqui não se trata diretamente de uma cláusula pétrea em prol de um gasto republicano, mas de um obrigatório gasto corporativo. Com essa afirmação não se procura reduzir a importância de servidores públicos na busca da efetivação dos direitos fundamentais através do Estado, todavia se pretende demonstrar que o bloqueio efetuado ao legislador orçamentário não obriga a realização de um gasto público em prol do interesse social, mas em prol dos interesses corporativos dos servidores públicos, com especial relevância para os servidores públicos dos órgãos políticos – Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público, Tribunal de Contas e, mais recentemente, a Defensoria Pública. (SCAFF, 2018, p. 386-387)

Pois bem, os gastos com pessoal não estão *diretamente* relacionados com a persecução dos direitos fundamentais, pois *diretamente* visam garantir a uma corporação de pessoas o pagamento de suas remunerações em virtude de seus trabalhos prestados ao Estado.

Mas tais gastos *indiretamente* influenciam na persecução dos direitos fundamentais, visto que é preciso garantir toda a estrutura orgânica, com seus postos de trabalho exercidos pelos servidores públicos devidamente qualificados, para que os direitos fundamentais se realizem.

⁴¹ Despesas correntes seja superior a 95% das receitas correntes.

⁴² Os gatilhos relacionados à limitação de atos administrativos e legislativos que ocasionam despesas com pessoal são os dos incisos I a VI do art. 167-A: *Caput*: Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da: I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo; II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas: a) as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa; b) as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios; c) as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 desta Constituição; d) as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunos de órgãos de formação de militares; V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV deste caput; VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e de militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo; (CRFB)

Nesse gasto específico, é preciso análise clínica. Isso porque, no Brasil, ainda sobram resquícios de uma *Administração Pública patrimonial*, na qual se busca beneficiar apadrinhados, amigos e parentes ao invés de garantir racionalidade e profissionalização dos servidores selecionados por suas capacidades por intermédio da impessoal seleção por concurso público, *in verbis*:

(...) em detrimento dos esforços burocráticos, os cargos públicos ainda encontram brechas legais que possibilitam casos de predomínio de vontades particulares, relações pessoais de favorecimento e nomeações como moeda de troca política, de modo que práticas atuais, como a modificação dos limites de ocupação de cargos na esfera federal, reforçam, atualizam e ressignificam a apropriação patrimonialista dos cargos públicos. (LIMA e ARAUJO, 2021, p. 92)

Esse modo de preenchimento de cargos públicos ocasiona majoração antirrepublicana dos gastos públicos com *despesas de pessoal*, despesas essas que também se classificam como *despesas correntes*.

Na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, para 51 vereadores e 1007 servidores efetivos, são 1168 servidores exclusivamente comissionados, que ingressaram na Câmara por livre nomeação⁴³. Na Câmara Municipal de Cuiabá a situação é ainda mais alarmante, de 25 vereadores e 79 servidores efetivos, 410 são servidores exclusivamente comissionados, que entraram no legislativo cuiabano mediante indicação política⁴⁴.

Limitar o preenchimento de cargos públicos de livre nomeação e exoneração deveria ser o primeiro *gatilho fiscal* a ser adotado no caso de extrapolação do limite constitucional de *despesas correntes*.

A contratação de servidores efetivos é compromisso antigo da República e pode, além de proporcionar a impessoalidade e o acesso do cargo à população, trazer benefícios diretos à população mediante atuação do Estado por servidores profissionalizados e capacitados para entregar os bens públicos ao povo.

Quanto às *despesas obrigatórias*⁴⁵, é coerente que o *gatilho fiscal* limite sua criação, visto que ao extrapolar o limite fiscal de despesas correntes, resta óbvio que não será possível contrair novas dívidas.

⁴³ Dados obtidos em <http://transparencia.camara.rj.gov.br/recursos-humanos/quadro-atual-de-servidores> - acesso em 07/01/2022.

⁴⁴ Dados obtidos em https://www.gp.srv.br/transparencia_cuiabacm/servlet/contrato_servidor_v3?1 - acesso em 07/01/2022.

⁴⁵ Os gatilhos relacionados à limitação de atos administrativos e legislativos que geram despesas obrigatórias são os dos incisos VII e VIII do art. 167-A: *Caput*: Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da: VII - criação de despesa obrigatória; VIII - adoção de medida que

É importante ressaltar que o gatilho não impede o pagamento de despesas obrigatórias, pois o próprio princípio da segurança jurídica impede que o Estado assumira uma obrigação e posteriormente se negue a cumpri-la. O que está limitado pelo gatilho fiscal é somente a *criação e reajuste* de despesas obrigatórias.

Ressalta-se também que *despesas obrigatórias* não são necessariamente *despesas contínuas*. O art. 17 da LRF ensina que *despesas obrigatórias de caráter contínuo* são as “despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.”⁴⁶.

Como os gatilhos previstos nos incisos VII e VIII apenas se referem a despesas obrigatórias, entende-se que a limitação não será apenas para despesas obrigatórias de execução superior a dois exercícios financeiros, mas para quaisquer despesas obrigatórias.

Segundo o Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais de Outubro de 2021, o fato dos Estados e Municípios obterem o maior resultado fiscal da história em 2020 pode ocasionar a contratação imoderada de *despesas obrigatórias de caráter contínuo, in verbis*:

A partir de 2022, portanto, o alto caixa acumulado por causa de uma conjuntura favorável poderá ser utilizado para contratação de gastos continuados, podendo criar desequilíbrios estruturais. (Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais – Outubro de 2021, p. 5)

Dessa feita, a alteração constitucional que prescreveu o limite fiscal visou justamente conter o risco de desequilíbrios estruturais ocasionados por contração de despesas obrigatórias contínuas, que mais a frente pode se deparar com ausência de recursos para se financiar, visto que esse aumento de caixa dos entes subnacionais é fato atípico e extraordinário.

Discutir a obrigatoriedade de realização de gasto público inscrito na lei orçamentária é debate longo e minucioso que deixaremos para outra oportunidade, se o orçamento público é autorizativo ou impositivo é campo para calorosas discussões. Entendemos que o que foi previsto na lei do orçamento deve ser obrigatoriamente executado, *in verbis*:

A sistemática do orçamento impositivo atende mais diretamente à noção de controle político e aparentemente é bem-vindo quando se está diante de instituições executivas pouco confiáveis. **Para garantir o cumprimento das escolhas orçamentárias chanceladas pelos representantes da sociedade, vincula-se as decisões orçamentárias do Poder Executivo às determinações disposta na lei orçamentária.** (BLIACHERIENE, 2014, p. 59, grifo nosso)

implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º desta Constituição; (CRFB)

⁴⁶ “Desta norma decorre a imprescindibilidade de que a despesa ocorra por no mínimo três exercícios, uma vez que a lei expressamente menciona período *superior* a dois exercícios.” (OLIVEIRA, 2019, p. 407)

Difícil será compatibilizar esse entendimento com o *gatilho fiscal* de limitação de despesas obrigatórias. Dentre variados caminhos hermenêuticos, visualizamos que como o *gatilho* se refere à *criação* e ao *reajuste* de despesas obrigatórias e não ao impedimento de realizar a despesas naquilo que já é obrigatório, não se deve flexibilizar o orçamento público no que se refere às despesas que mediante lei já se obrigou.

Assim, parece-nos que a Constituição agora proíbe novos atos administrativos e legislativos que criem despesas obrigatórias a sejam realizadas.

Quanto à influência desse gasto na persecução dos objetivos constitucionais, não há uma resposta precisa, porquanto despesas obrigatórias podem ser de qualquer tipo.

Pode haver despesas obrigatórias de pagamento de serviços médicos e educacionais, de realização de eventos, saneamento básico, subsídio para o mercado, construção de moradias, aumento de remuneração, construção de rodovias, parques etc. Como tudo o que for previsto na lei orçamentária é obrigatório, todo e qualquer gasto público previamente planejado será também obrigatório.

No que se refere aos gatilhos de *vedação à concessão de benefícios fiscais e creditícios*⁴⁷, é importante esclarecer que benefícios fiscais e creditícios são importantes mecanismos de intervenção indireta do Estado na Economia, induzindo e fomentando comportamentos, *in verbis*:

A intervenção estatal na ordem econômica pode ocorrer pela atuação direta do Estado, pela edição de normas jurídicas que estabeleçam a atuação dos particulares e pela atividade de *fomento*. Esta é a atividade administrativa que estimula o particular, mediante contrapartida pública, para assumir atitudes que atendam ao interesse público. (OLIVEIRA, 2019, p. 231)

Assim, para aquecer ou estimular determinado setor produtivo, o País lança mão de instrumentos fiscais. Isentar, remir, parcelar ou diminuir a alíquota ou base de cálculo de determinado tributo pode ser importante mecanismo estratégico de intervenção econômica tendente a aumentar empregos, circulação de renda, aumento de consumo, entre outros objetivos, *in verbis*:

O normal de qualquer governante é que diligencie o recebimento de todas as receitas. Com elas é que se podem atingir as metas a que se propôs e prestar bons

⁴⁷Os gatilhos relacionados à limitação de atos administrativos e legislativos que concedem benefícios fiscais e creditícios são os dos incisos IX e X do art. 167-A: *Caput*: Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da: IX - criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; X - concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária. (CFRB)

serviços à coletividade a que deve servir. Ocorre que, por razões políticas, até importantes, o governante é levado a abrir mão de parte de sua arrecadação para estimular outras políticas. Por exemplo, a renúncia do IPTU para um Município, em relação à instalação de indústrias em seu território, pode redundar em aumento da mão de obra, redução do desemprego, maior consumo – o que beneficiará o Município. Assim, a renúncia de receita operada através de incentivos, como o não pagamento do IPTU etc., pode significar importante passo no desenvolvimento de determinada localidade. (Ibidem, p. 675)

Nesse sentido, se o benefício fiscal estiver relacionado com a promoção do pleno emprego ⁴⁸, desenvolvimento social e regional, aumento da circulação econômica, distribuição de renda, aumento do consumo e outros princípios relacionados aos direitos fundamentais, resta claro que o gatilho fiscal ao limitá-lo obstará a persecução dos objetivos constitucionais.

O mesmo se diga dos benefícios creditícios. Subsidiar financeiramente determinado projeto social apresentado por entidades sem finalidades lucrativas mediante concessão de crédito com juros mais baixos pode ser imprescindível para alcançar a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza, melhora na qualidade ambiental, equidade nas oportunidades educacionais e culturais, dentre variados projetos.

Também, oferecer créditos com juros baixos a setores estratégicos do mercado pode estimular o direito à alimentação, moradia, vestuário, entre outros. Por exemplo, oferecer tal crédito privilegiado à pequenos produtores rurais pode fornecer abastecimento alimentar para o consumo nacional, dispor empréstimos rentáveis à empresas que fornecem moradias populares pode fomentar e facilitar a aquisição de casa própria pela população.

Portanto, é verificável que concessão de benefícios fiscais e creditícios, *se utilizados de maneira a fomentar interesses e direitos fundamentais*, é essencial à persecução dos objetivos fundamentais.

Todavia, nem sempre tais benefícios são utilizados de maneira a perseguir direitos fundamentais, muitas vezes ocorrem privilégios odiosos quando o Estado lança mão desses benefícios, *in verbis*:

(...) Outrora a isenção amparava odiosos privilégios e tinha cunho político. A infiltração de poderosos nos desvãos do Estado facilitava a obtenção de favores inconcebíveis. Privilégios como isenções em importações, não tributação de supérfluos etc. (...) (Ibidem, p. 263)

⁴⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VIII - busca do pleno emprego; (CFRB)

Conceder benefícios fiscais e creditícios àqueles que possuem poder econômico de influenciar a tomada de decisão política do Estado, sem contrapartida para população é situação muito contrária à persecução dos objetivos constitucionais.

Isso porque não promoverá todos esses princípios fundamentais exemplificados anteriormente, mas de maneira anti-isonômica beneficiará apenas algumas poucas pessoas em detrimento de várias.

Assim, a adoção irrestrita do *gatilho fiscal* de vedação à concessão de benefícios fiscais e creditícios também deve ser analisada com cautela. Melhor seria uma auditoria permanente acerca do retorno social e econômico de cada benefício concedido pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, de forma a eliminar concessões creditícias e tributárias que não influenciam no asseguramento dos direitos fundamentais.

E no caso de extrapolação do limite fiscal (despesas correntes superando 95% das receitas correntes), ideal seria se apenas privilégios odiosos fossem vedados, tudo mediante minucioso estudo econômico-financeiro.

Isso porque ao se estimular a economia mediante certos benefícios fiscais e creditícios estratégicos, a própria arrecadação tributária pode crescer. Se o benefício concedido estimular o combate ao desemprego e o aumento do poder de compra, haverá arrecadação tributária em outras áreas, como na tributação sobre o faturamento, folha de salário e consumo, podendo ocasionar aumento na própria *receita corrente*, fazendo com que o ente subnacional supere o próprio limite fiscal.

Enfim, todos os três tipos de *gatilhos fiscais* (*despesas com pessoal, despesas obrigatórias e benefícios fiscais e creditícios*) podem limitar a persecução dos objetivos constitucionais, mas podem também serem racionalmente direcionados para limitar despesas ilegítimas e antirrepublicanas.

Caberão aos entes subnacionais e aos Poderes e Instituições Independentes interpretar o dispositivo. O art. 167-A da CRFB não especifica nem diferencia a qualidade e legitimidade do gasto a ser cortado, deixando a entender que serão todos restringidos caso o ente federativo extrapole o novo teto de despesas correntes. Ao assim dispor, ignora a peculiaridade regional, política e financeira das entidades federadas, deixando ao intérprete o trabalho hermenêutico de definir o quanto os *gatilhos* influenciam no asseguramento dos direitos fundamentais.

3. Implicações jurídicas da Emenda Constitucional nº 109.

A citada Emenda Constitucional, especificamente na parte que trata dos novos limites e gatilhos fiscais (art. 167-A da CFRB), esbarra em vários princípios e interpretações constitucionais.

Como será demonstrado a seguir, a fórmula matemática do limite fiscal que os Entes Subnacionais deverão observar⁴⁹ já é adotado pela União quando verifica a capacidade de pagamento dos Estados, Municípios e Distrito Federal, a fim de lhes conceder aval e garantia em suas operações de crédito. A fórmula é importante pois visa restringir a tomada de empréstimos irresponsáveis pelos Entes.

A coercitividade das regras financeiras é também tema de debate. Não raro encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brechas que possibilitam a mitigação dos mandamentos financeiros. O ente público é despersonalizado e visa alcançar o bem comum, relacionar essa afirmativa com o fato de os governantes serem seres humanos é tarefa árdua. Não parece razoável punir toda a população de um Município com medidas de austeridade fiscal por conta de uma gestão inconsequente, além do mais, transcender a sanção e fazê-la alcançar Órgãos e Poderes que cumprem as regras fiscais também não parece ser medida eficaz.

Contrapondo essa afirmativa, liberar aventuras fiscais perniciosas pelos eleitos claramente não é o caminho. O ditado popular “aqui se faz, aqui se paga” pode ser absorvido pelo Direito Financeiro. Um governante crente que “seus” imensuráveis compromissos financeiros vão ser pagos pela gestão seguinte ou pela entidade federativa maior certamente verá lacuna de oportunidade imprudente.

A nova restrição fiscal também será ponto de debate teórico, referentemente à Autonomia Federativa e à Separação dos Poderes. Isso porque os Limites são destinados aos Entes Federados Subnacionais e os Gatilhos aos Poderes e Instituições Independentes. Saber se restou violado algum desses princípios constitucionais é demasiado importante.

Para tudo o que foi exposto, será feita uma dedução levando em conta os precedentes do intérprete máximo da Constituição Federal, embora não único, Supremo Tribunal Federal. Seus julgados recentes mostram uma possível interpretação dos novos Limites e Gatilhos que a Emenda Constitucional nº 109 trouxe.

⁴⁹ Despesas correntes não podem ultrapassar 95% das receitas correntes.

3.1 Emenda Constitucional nº 109, CAPAG e o jogo do resgate.

Essa fórmula de limite de despesas advinda da Emenda Constitucional nº 109 (despesas correntes não podem ultrapassar 95% das receitas correntes) já é adotado pela União quando utiliza o CAPAG.

O CAPAG é um sistema que a União utiliza para analisar a capacidade de pagamento dos Estados, Municípios e do Distrito Federal que querem contrair novos empréstimos com sua garantia, a fim de verificar o risco de crédito para o Tesouro Nacional.

A metodologia de cálculo dessa capacidade de adimplência dos entes subnacionais é estabelecido na Portaria MF nº 501/2017⁵⁰ do Ministério da Fazenda, e um dos critérios é a *poupança corrente*⁵¹ dos entes subnacionais, que atribui notas de A, B e C conforme seja a relação entre despesas e receitas correntes. Destaca-se que a nota C será atribuída ao ente subnacional que tiver despesa corrente superior a 95% da receita corrente, tal como está agora restringido pela EC nº 109.

O referido Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais, de Outubro de 2021, categoriza os 26 Estados e o Distrito Federal de acordo com essa relação entre receitas e despesas correntes, existindo 5 Estados ultrapassando o limite constitucional⁵², estando o Rio de Janeiro incluído, pois a relação de sua despesa corrente/receita corrente ajustada é de 95,97%.

Fugindo um pouco da tecnicidade da questão, é importante discutir um tema pouco explorado no Brasil. É preciso entender uma outra questão que motivou o estabelecimento desse limite aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A União está se comprometendo a não oferecer garantias e a impedir operações de crédito com outro ente da federação àqueles entes subnacionais que ultrapassarem os limites

⁵⁰ Art. 1º A classificação da capacidade de pagamento (CAPAG) do Estado, do Distrito Federal ou do Município pleiteante de garantia ou aval da União será determinada com base na análise dos seguintes indicadores econômico-financeiros: I - Endividamento; II - Poupança Corrente; e III – Liquidez.

⁵¹ Indicador de Poupança Corrente (PC = Despesas Correntes / Receita Corrente Ajustada), tendo como finalidade verificar se o ente está gerando poupança suficiente para absorver um eventual crescimento de suas despesas correntes acima do crescimento das receitas correntes.

⁵² Segundo o citado Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais de Outubro de 2021, dentre os Estados-membros que estão ultrapassando o limite constitucional e, portanto, receberam “**nota C**” no quesito Poupança Corrente estão: Rio Grande do Sul = 101,06%, Minas Gerais = 101,04%, Rio de Janeiro = 95,97%, Goiás = 95,96%, Rio Grande do Norte = 95,93%. Entre os Estados-membros que receberam “**nota B**” estão: Sergipe = 94,81%, Tocantins = 94,60%, Pernambuco = 94,23%, Maranhão = 94,00%, Distrito Federal = 93,98%, Bahia = 92,83%, São Paulo = 92,52%, Santa Catarina = 92,40%, Paraná = 92,30%, Acre = 91,39%, Piauí = 91,22%, Amazonas = 90,77%, Ceará = 90,74%, Pará = 90,29. Entre os Estados que receberam “**nota A**” estão: Paraíba = 89,47%, Mato Grosso do Sul = 89,26%, Mato Grosso = 86,91%, Alagoas = 85,78%, Rondônia = 84,52%, Espírito Santo = 83,83%, Roraima = 80,98%, Amapá = 78,53%.

fiscais da EC nº 109, com o intuito de forçar os entes menores a promoverem o ajuste fiscal necessário.

Andrea de Quadros Dantas Echeverria e Gustavo Ferreira Ribeiro publicaram em 2018, um artigo⁵³ na Revista de Estudos Institucionais da UFRJ e trouxeram calorosas discussões que são pertinentes a esse tema.

Os autores trazem à baila a teoria do *jogo do regate* a fim de explicitar alguns vícios fiscais do nosso sistema federalista fiscal. Segundo os autores, a federação traz vantagens políticas e econômicas. No âmbito político, a federação catalisa a prestação de contas dos governantes ao âmbito local, fornecendo mecanismos à população para que verifiquem, fiscalizem e cobrem ações públicas de quem está gerenciando a máquina pública local, *in verbis*:

Politicamente, a descentralização de poder funcionaria como um catalizador da *accountability*, ao deslocar para o âmbito vertical todas aquelas vantagens propugnadas por Montesquieu quanto à tripartição de poderes e a instituição de freios e contrapesos. Confere-se assim uma maior proteção aos direitos individuais contra o Leviatã estatal. (ECHEVERRIA e RIBEIRO, 2018, p. 645)

No âmbito econômico, a federação consiste num complexo contrato entre os entes federativos, que divide prerrogativas e responsabilidades legislativas, administrativas e financeiras a fim de proporcionar serviços públicos eficientes ao povo, *in verbis*:

Sob o aspecto econômico, o sistema federalista pode ser visto como um complexo contrato entre os entes federados. O aumento da eficiência seria resultado de sua capacidade de resolver tanto os problemas de alocação de recursos, assimetria de informação e externalidades, quanto de prevenir comportamentos estratégicos, como no clássico dilema dos prisioneiros. (Ibidem, p. 645)

Ademais, há o alerta de que a Federação deve contar com o fortalecimento do governo central ao mesmo tempo da descentralização política dos entes subnacionais. Isso porque apenas o governo central pode forçar o equilíbrio fiscal dos entes subnacionais, ao mesmo tempo que possui visão sistêmica necessária à eficiente coordenação das políticas públicas a fim de mitigar disparidades regionais.

Dessa forma, um dos riscos do federalismo é o orçamento flexível que entes subnacionais podem possuir. Caso esse tipo de orçamento seja uma possibilidade, não haverá controle dos gastos públicos, visto que não será preciso cumprir e executar o que foi devidamente planejado. Políticos regionais e locais aprovarão as leis orçamentárias de uma forma, mas ao executá-la procurarão transferir o custo de suas ações governamentais geograficamente, ao ente central, ou temporalmente, aos próximos políticos, *in verbis*:

⁵³ (ECHEVERRIA e RIBEIRO, 2018) - Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/249>

A flexibilidade orçamentária é a capacidade de determinado ente federado manipular seu acesso a recursos, além do orçamento previamente determinado (*apud* - CABRAL, 2015, p. 244). Ela é apontada como uma das principais causas de indisciplina fiscal e do aumento desordenado do gasto público dos entes subnacionais. (Ibidem, p. 647)

Nos anos 90, era latente a indisciplina fiscal dos entes subnacionais. Não havia necessidade de governar com responsabilidade fiscal pois caso “quebrassem”, sempre havia a União para socorrê-los. Além disso, visto que não havia muitas regras que limitassem operações de crédito, havia sempre a possibilidade de adquirirem vultuosos empréstimos, transferindo às próximas gerações o custo da política de agora.

Parte-se dos pressupostos de que a eficiente alocação de recursos exige que todos os custos e benefícios da ação política sejam internalizadas e de que o ente central deve ser o responsável por induzir os governos subnacionais a fornecerem o nível eficiente de serviços públicos (*apud* - INMAN, 2003, p. 36). O deslocamento de custos torna-se uma variável indispensável na análise do endividamento dos entes subnacionais e das conseqüentes crises fiscais. Tal traslado pressupõe que quem arcará com os custos daquela opção política não serão os atuais residentes de determinado ente federado, o que gera uma externalidade negativa. Essa externalidade pode ocorrer tanto na esfera geográfica, quando os custos de determinada ação serão suportados por cidadãos não residentes; como no âmbito temporal, em que se posterga para um período futuro o pagamento de tais custos. (Ibidem, p. 647)

Continuando o raciocínio, os autores, embasados na teoria de Jonathan Rodden⁵⁴, expõem o que se identifica por **jogo de resgate** (*bailout game*).

Nesse jogo, no qual os jogadores são os entes subnacionais e o ente central, o que se deseja é *não arcar com o custo de uma disciplina fiscal*, visto que significará aumento de tributos e diminuição de gastos públicos.

Inicialmente, o ente subnacional em crise fiscal tem duas possibilidades, ou opta pelo imediato ajuste fiscal, arcando assim com o custo político dessa ação, ou opta pelo pedido de socorro ao governo central, tentando transferir e dissolver esse custo a toda Nação.

Nesse segundo momento, porém, o governo central tem a opção de socorrê-lo imediatamente e realizar o regate ou de manter-se inerte a fim de forçar o ajuste financeiro pelo ente menor. Ao não socorrer imediatamente, o ente central sinaliza que ou é resoluto (não efetuará o resgate) ou é irresoluto (poderá resgatá-lo).

Analisando as peças e regras do jogo, o governo subnacional poderá realizar o reparo fiscal ou continuar pedindo socorro, na tentativa de transferir o custo social desse reparo. Assim, caso entenda que o governo central é irresoluto (poderá resgatá-lo), continuará a

⁵⁴ *Apud* - capítulo 3 (Rodden, 2006, p. 50-55).

tentar o resgate. Caso opte por não efetuar o reparo e o governo central mantenha-se inerte, a última jogada será a decretação de falência pelo ente subnacional.

Pode se observar que o protagonista desse jogo, governo subnacional, fará suas jogadas baseadas na probabilidade de o governo central efetuar ou não o resgate, *in verbis*:

Desse modo, nas primeiras rodadas do jogo, diante da incerteza da espécie de ente central, o ente subnacional deverá decidir sua ação com fundamento na probabilidade de resgate por parte do ente central. Ou seja, se o ente subnacional acredita que o ente central irá realizar o resgate, ele arriscará e não realizará o ajuste; caso contrário, se há indícios suficientes de que o ente central é resoluto e não irá resgatar, a tendência é que o ente subnacional realize o ajuste, ainda que de forma tardia. No limite, o ente subnacional poderá decretar sua falência, como *ultima ratio* na tentativa de forçar um resgate do ente central, que poderá ou não realizá-lo. A efetiva falência do ente subnacional somente deveria ocorrer quanto esse se equivoca quanto à espécie de ente central. (Ibidem, p. 651)

No primeiro momento, diante da negativa do governo central de resgatar o governo subnacional, são três as opções de ajuste fiscal mais usuais. Pode *ocorrer* o aumento ou instituição de tributos, a realização de empréstimos ou a transferência voluntária de verbas.

O aumento ou instituição de tributos dirigirá ao imediato custo social e político de um ajuste fiscal, dificultando uma possível reeleição do governante instituidor da política. Além disso, é mais importante falar-se em autossuficiência financeira do que autonomia tributária. É a autossuficiência financeira que facilitará o controle social dos atos do governante, proporcionando o fortalecimento da *accountability*.

A autonomia em realizar empréstimos também é fator a se considerar na estrutura fiscal do federalismo. Diante da irrestrita possibilidade de realizar empréstimos junto a bancos públicos ou de realizar empréstimos com organismos internacionais sem o aval ou garantia da União, os entes subnacionais buscarão postergar o ajuste fiscal, transferindo os custos financeiros e sociais para os governantes posteriores.

Também, a dependência financeira dos Estados e Municípios aos recursos federais pode dificultar a prestação de contas a fim de responsabilização social dos eleitos e pode torná-los dependentes de auxílios e resgates da União. A transferência voluntária de recursos é importante mecanismo de mitigação das desigualdades regionais, abrandando o desequilíbrio federativo ocasionado pelas diferenças entre os variados pontos do território nacional. Todavia, caso não seja utilizado da maneira correta, os entes subnacionais não possuirão autonomia necessária a fim de prestar seus serviços públicos e sempre saberão que caso haja dificuldade financeira ou decretação de falência, a União estará a todo momento disposta a resgatá-los.

Assim, conclui os autores que o mais pernicioso para o federalismo fiscal é a combinação entre a autonomia em obter empréstimos e a dependência de recursos federais, *in verbis*:

Observa-se que o equilíbrio entre os movimentos centrípeto e centrífugo é tão tênue que tanto o excesso como a falta de autonomia tendem a gerar o mesmo efeito perverso. Entretanto, pode-se afirmar que o mais perigoso desequilíbrio é aquele gerado pela combinação de autonomia financeira para obter empréstimos com um alto desequilíbrio vertical fiscal, que torna o ente subnacional ao mesmo tempo dependente de transferências de recursos do ente central, mas autônomo para contrair dívidas (*apud* - RODDEN, 2006, p. 93). Nesse caso, tem-se a ocorrência simultânea de dois mecanismos de deslocamento de custos, sem os instrumentos fiscais de controle necessários para impedir o aumento desordenado de gastos públicos. (Ibidem, p. 653)

Continuando a análise, os autores partem ao desbravamento do delineamento constitucional do federalismo, alertando que além da configuração teórica e legal, o sistema federalista deve contar com ampla discussão de seus contornos políticos e econômicos, pois apenas mediante ampla discussão holística que será possível mitigar riscos de desequilíbrios verticais e horizontais.

Construída com os entulhos de uma ditadura centralizada, a redemocratização manteve ampla centralização legislativa nas mãos da União, com o argumento que matérias importantes deveriam conter disposições uniformes, *in verbis*:

Diante da ausência de maiores disputas no âmbito das subcomissões responsáveis pela definição de competências legislativas, manteve-se a tendência de centralização de tais competências na União, a qual possuía a maior quantidade de competências exclusivas, sob o argumento da indispensável uniformização de regras. (Ibidem, p. 654)

Ainda, a Constituição de 1988 conferiu certa autonomia tributária aos entes subnacionais a fim de possuírem certa independência para prestar os serviços públicos de suas competências, mas manteve as competências arrecadatórias mais rentáveis com o ente central. Assim, como forma de conferir suficiência financeira, optou-se por um sistema de transferências obrigatórias e voluntárias de verbas, também visando conferir maior equidade horizontal entre as desiguais regiões do País⁵⁵.

⁵⁵ “As transferências intergovernamentais constituem instrumentos essenciais de eficiência nos gastos do poder público, mas devem possuir delineamentos claros e específicos. Segundo Anwar Shah, o sistema de repartição de receitas deve ser elaborado de forma que se estabeleçam atribuições básicas para preencher seis amplos objetivos. Os objetivos apontados por Shah são os seguintes: a) preencher a lacuna fiscal vertical (situação em que o grau de descentralização das responsabilidades de despesas é superior ao das receitas); b) lidar com os desequilíbrios financeiros regionais e locais por meio das transferências de equalização fiscal (lacuna fiscal horizontal); c) adotar padrões mínimos nacionais na prestação de serviços públicos; d) influenciar as prioridades políticas locais; e) lidar com as deficiências de infraestrutura e criar estabilidade macroeconômica nas regiões mais pobres; e f) criar compensações para as externalidades.” (RIBAS e MASCARENHAS, 2021, p. 93 - *apud* - SHAH, 2007, p. 16-17)

Nem tudo que reluz é ouro, o perigo desse sistema federativo é que a ausência de autonomia financeira reduz a prestação de contas para fins de responsabilização política desses recursos e torna os entes subnacionais dependentes de resgates financeiros da União, *in verbis*:

Criou-se assim uma perigosa simbiose entre os entes estaduais e a União, uma vez que a descentralização dos recursos não foi seguida da indispensável transferência da responsabilidade fiscal sobre tais recursos, tanto pela ausência de autonomia arrecadatória como também de instrumentos de controle fiscal, concretizando, dessa forma, o paradoxo que seria a semente das futuras crises fiscais. (Ibidem, p. 656)

Como não havia restrições à obtenção de empréstimos dos entes federados pelos bancos estaduais e existia dependência da transferência dos repasses obrigatórios, o gasto descontrolado de recursos públicos se acentuava. A União tornou-se garantidora última de qualquer aventura fiscal dos entes subnacionais, terminando o ano de 1998 com um terrível cenário fiscal, *in verbis*:

As crises fiscais dos Estados brasileiros não tardaram a eclodir. De fato, a ampla autonomia dos Estados para contrair empréstimos em conjunção com a sua alta dependência das transferências de recursos do ente central gerou uma insustentável dívida estadual e municipal, que culminou com o resgate de 25 dos 27 Estados e mais de 150 dos maiores municípios, ao custo aproximado de R\$ 100 bilhões de reais, que representava, em dezembro de 1998, 11,3% do PIB e 77,9% da dívida líquida dos Estados e municípios (Ibidem, p. 654 - *apud* - RIGOLON e GIAMBIAGI, 1999, p. 132)

Todo esse cenário reforçava a necessidade de alteração legal para induzir a disciplina fiscal dos entes subnacionais. Com isso, nos anos 90 foram introduzidas várias mudanças constitucionais⁵⁶ e legislativas para atingir essa finalidade, como a importante promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A mudança da estrutura federativa do *jogo do resgate* foi alterada. Tornou-se mais difícil a obtenção de recursos pelos entes subnacionais mediante a privatização dos bancos estaduais, além disso, a União firmou sua posição de não-resgate ao estabelecer várias

⁵⁶ Marcus Abraham expõe: “A Emenda Constitucional nº 10 de 1996 criou o Fundo de Estabilização Fiscal, dando continuidade ao Fundo Social de Emergência, que se extinguiria no final do ano de 1995, instituído dois anos antes para sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e estabilizar a economia nacional, destinando seus recursos ao custeio de ações nas áreas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, além de servir para a liquidação de passivos previdenciários e para o custeio de outros programas de relevante interesse econômico e social. A Emenda Constitucional nº 19/1998 introduziu a denominada “reforma administrativa”, modificando o regime e as normas da Administração Pública, dos seus servidores e agentes políticos, além de ampliar o controle de despesas e das finanças públicas, especialmente com pessoal ativo e inativo. Através dessa emenda, extinguiu-se o denominado “regime jurídico único”, modificaram-se as regras sobre estabilidade e sobre a remuneração de pessoal no serviço público, descentralizaram-se funções das entidades administrativas e introduziu-se comando para a elaboração de normas sobre a participação do usuário na Administração Pública. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 20/1998 foi instituída com o objetivo de solucionar os problemas do sistema previdenciário brasileiro, repleto de desigualdades e com um desequilíbrio financeiro excessivamente elevado, não apenas pelo lado dos benefícios, mas também na sua face do custeio.” (ABRAHAM, 2021, p. 411)

condicionantes para o acesso aos recursos mediante transferência voluntária e ao seu aval para que Estados e Municípios tivessem acesso ao crédito externo.

Tudo isso fortaleceu o arcabouço legal de disciplina e transparência fiscal, *in verbis*:

Houve ainda um aumento do controle da utilização dos recursos públicos, tanto pela redução significativa das rendas próprias dos Estados, alterando parcialmente aquele movimento descentralizador de recursos previsto na Constituição Federal, como pela introdução de uma série de mecanismos de controle dos gastos públicos, os quais vinculavam o acesso a novos recursos (transferências voluntárias e operações de crédito) à comprovação da correta utilização das verbas federais anteriormente repassadas (art. 25 da LRF). A restrição dos gastos públicos foi ainda objeto de importantes limitações promovidas pela LRF, destacando-se tanto a inserção da “regra de ouro” fiscal, que impede o endividamento para custeio de despesas correntes, como a instituição de limites globais para gastos com pessoal. (Ibidem, p. 658-659)

Assim, a imposição de restrições fiscais visava desconstruir a matriz de incentivos e resgates que de forma tão perniciosamente ocasionou o gasto descontrolado de recursos públicos.

Pelo novo sistema normativo, não era mais possível deslocar o custo social de um saneamento das contas públicas para o próximo governante, nem para a União. Era preciso comprovar a ausência de dívidas e pendências ao ente central para receber transferências voluntárias e contrair empréstimos internacionais, visto que seria necessário a garantia do ente central para realizar operações de crédito externo, também ficou mais difícil obter empréstimos internos pois os bancos estaduais foram privatizados⁵⁷.

Portanto, o sistema legal advindo da LRF parece ter alegrado aqueles que advogavam pela disciplina fiscal dos Estados e Municípios e queriam um basta ao aumento irrestrito e descontrolado dos gastos públicos. Porém, a continuidade de descontrolado dos gastos e da indisciplina fiscal dos entes subnacionais merece ser analisada pela introdução de um outro fator até então desconsiderado.

Como o título do artigo sugere, os autores apontam as causas e consequências de introduzir um novo participante desse jogo de resgates, o Poder Judiciário, *in verbis*:

Nesse contexto, entende-se que a estrutura até aqui apresentada tenha ignorado um terceiro elemento essencial, qual seja, o juiz. De fato, o Judiciário possui como função primordial garantir o cumprimento dos acordos privados (os contratos) e dos acordos políticos (as leis) (*apud* - GICO JR., 2013, p. 441). Teoricamente, o Judiciário representaria uma garantia de que toda a estrutura de incentivos estabelecida originariamente nos acordos seria efetivamente implementada, reduzindo o problema da desconfiança recíproca. De outro lado, acaso o Judiciário decidisse por negar ou reduzir a normatividade da lei, a matriz poderia se alterar completamente. (Ibidem, p. 600-601)

⁵⁷ “Nesse sentido, a privatização dos bancos estaduais reduziu drasticamente a autonomia dos Estados para contrair empréstimos internamente, extinguindo o que era considerado um dos fatores essenciais do endividamento dos entes subnacionais (*apud* - RODDEN, 2006, p. 292; RIGOLON; GIAMBIAGI, 1999, p. 124).” Ibidem (p. 658)

Assim, ao analisarem a posição do STF como garantidor desse grande acordo público de disciplina fiscal, verificaram os autores que as condições para a transferência voluntária e para o acesso ao crédito externo mediante aval da União que a LRF trouxe⁵⁸ estão sendo desconsideradas pela jurisprudência da Suprema Corte, conforme será melhor demonstrado adiante em capítulo próprio.

O Supremo Federal tem a competência de decidir conflitos federativos, qualquer pedido relacionado ao federalismo fiscal e a consequente transposição de verbas entre as entidades.

Restaura-se os incentivos para a indisciplina fiscal que precederam a LRF. Como dito, outrora os entes subnacionais transferiam o custo de suas ações para a União ou para os governos seguintes, pois sempre sabiam que ao final o ente central iria socorrê-los. Não havia limites ou condições para que Estados e Municípios arcassem com o custo de seus gastos desmedidos.

Houve toda uma mudança legislativa que conferiu à União as rédeas da disciplina fiscal dos demais entes, mediante condições à obtenção de garantia para contrair empréstimos externos e para receber transferências que não fossem para saúde, educação e assistência social. Todavia, essas restrições foram gradativamente suprimidas pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Como já ressaltado, referida lei estabeleceu inúmeras condicionantes fiscais para que o Estado acesse novos recursos, seja por meio de transferência voluntária, seja por obtenção de crédito externo. Entretanto, ao ser acionado para decidir acerca da possibilidade da União se recusar a efetuar os repasses de verbas com fundamento nas restrições impostas pela LRF, o STF deferiu as liminares em aproximadamente 92,6% das ações em que o pedido cautelar foi analisado, determinando o repasse de verbas independentemente da existência de pendências legais. Quase dez anos depois, o STF julgou, pela primeira vez, o mérito da questão estabelecendo importantes restrições à incidência da LRF. (Ibidem, p. 664)

⁵⁸ Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. § 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: I - existência de dotação específica; II - (VETADO) III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição; IV - comprovação, por parte do beneficiário, de: a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos; b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal; d) previsão orçamentária de contrapartida. § 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada. § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social. (LC nº 101/00)

Mais à frente será mais bem discutido qual será a provável posição do STF no que tange à aplicação dessa restrição fiscal que a EC nº 109 trouxe, levando em consideração construções jurisprudenciais da Suprema Corte. Como reiteradamente está sendo escrito, os gatilhos fiscais advindo da Emenda são novas restrições fiscais que deverão ser adotadas pelos Poderes e órgãos independentes caso o ente subnacional não respeite o *novo teto de despesas correntes*, sob pena de ser proibida a obtenção de garantia e a realização de operações de crédito junto a órgãos públicos junto a outro ente da Federação.

Ademais, conforme já se anotou anteriormente, no Brasil é plenamente possível o exercício do controle de constitucionalidade sobre emendas constitucionais, exauridos pelo poder constituinte derivado, tendo como parâmetro as regras e princípios constitucionais anteriores à promulgação da emenda, condizente com a clareza do julgamento da ADIn 830-7, DJU, 16 SET. 1994, Rel. Min. Moreira Alves, *in verbis*:

Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – no caso a n. 2, de 25 de agosto de 1992 - impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas.

3.2 Emenda Constitucional nº 109 e a autonomia federativa.

A autonomia das entidades federativas está inserida no conceito de Federação⁵⁹, que no Brasil aconteceu quando o poder imperial foi descentralizado, no momento em que a República foi instaurada, em 16.11.1889.

Diferentemente dos Estados Unidos da América, que teve a Federação instituída quando as antigas 13 colônias resolveram se unir, fazendo um movimento centrípeto de congregação do poder, no Brasil, a Federação aconteceu num movimento centrífugo, quando o poder foi repartido territorialmente entre as antigas províncias.

Quase 100 anos após 1889, nossa atual Constituição Federal foi promulgada, em 05.10.1988, mantendo a forma federalista de Estado.

A federação comporta a união e cooperação de esforços a fim de concretizar os direitos fundamentais. Sendo três as características principais desse sistema: a *repartição de competências*, a *autonomia de cada entidade* e a *participação na vontade nacional*⁶⁰.

⁵⁹ Impõe-se lembrar que a forma de estado Federativa é cláusula pétrea constitucional: Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa do Estado; (CRFB)

⁶⁰ “De forma sumária, a caracterização do Estado federal envolve a presença de três elementos: a) a *repartição de competências*, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) a *autonomia* de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; e c) a *participação* na vontade do ente global, do poder nacional, o que

Relembrando que dependendo da maneira que se interpreta, diz-se que os Municípios possuem posição institucional mais reduzida⁶¹, em virtude da ausência de sua participação na vontade nacional.

Pois bem, foi distribuído entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios o poder político, o administrativo e o legislativo, surgindo o que atualmente se chama de auto-organização, autogoverno e autoadministração, significando todas essas características a autonomia político-administrativa que as entidades federativas possuem.

Podem então eleger seus próprios representantes sem indicação ou intervenção de outro ente federativo, instituírem seu amplo sistema normativo e suas leis de regência, como a lei-orgânica (no caso dos Municípios e do Distrito Federal) e as constituições estaduais (no caso dos Estados-membros) e administrarem seus recursos públicos a fim de prestarem os serviços de suas competências.

A Emenda Constitucional nº 109 referiu-se exatamente sobre a autonomia administrativa (ou financeira) dos Estados, Municípios e Distrito Federal, porquanto estabeleceu a essas entidades, novos limites de despesas correntes.

Conforme vem sendo exposto, a emenda estabeleceu que tais entes federativos não podem gastar, em suas despesas contínuas, mais do que 95% de suas receitas correntes.

Caso superem esse limite, suas instituições internas (incluindo Poderes e órgãos independentes) *terão* que adotar uma série de *gatilhos fiscais*, sob pena de receberem duas sanções financeiras, a primeira sendo a **impossibilidade de adquirirem garantia** de qualquer outro ente federativo “art. 167-A, § 6º: I - a concessão, por qualquer outro ente da Federação, de garantias ao ente envolvido” e a segunda a **impossibilidade de realizar operação de crédito** com qualquer órgão de ente federativo diverso, a não ser que a operação seja referente a financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento, *in verbis*:

art. 167-A, § 6º: II - a tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da Federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento. (CFRB).

tradicionalmente se dá pela composição paritária do Senado Federal, onde todos os Estados têm igual representação.” (BARROSO, 2020, p. 180)

⁶¹ O constitucionalista também escreve: “A Constituição faz menção expressa aos Municípios como entes autônomos e integrantes da Federação: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Desfrutam eles, no entanto, de posição institucional mais limitada, por não terem Poder Judiciário nem representação federal.” (Ibidem, p. 180)

Pode-se eventualmente questionar sobre a constitucionalidade dessa emenda em virtude da suposta agressão ao princípio federativo. A falta de representação política dos Municípios na vontade nacional e a limitação da União em estabelecer normas gerais de Direito Financeiro⁶² torna sensível o estabelecimento de qualquer matéria que disponha sobre limites financeiros específicos aos demais entes federados.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também estabeleceu restrições de despesas aos Municípios e aos Estados, especificando o limite que cada entidade e cada Poder e órgão independente dos entes federativos pode gastar com *pessoal*. O dispositivo foi questionado no STF, em virtude da suposta agressão ao princípio federativo, tendo o Supremo entendido, por seis votos a cinco que o art. 20⁶³ da lei é constitucional (ADI 2.250, rel. Min. Ilmar Galvão).

Regis Fernandes de Oliveira projeta-se veementemente contra o dispositivo e a interpretação da Suprema Corte. Para o renomado jurista, houve inegável afronta à cláusula pétrea constitucional do pacto federativo. Caso levasse em consideração apenas os limites gerais de 60% para despesas com pessoal dos Estados e Municípios⁶⁴, seria menos grave a interferência, mas a partir do momento em que se desce a minúcias e se estabelece limites setoriais aos órgãos e poderes de outras entidades federativas, resta clara a inconstitucionalidade, *in verbis*:

Há manifesta agressão ao princípio federativo (inciso I do § 4º do art. 60 da CF), uma vez que em matéria de direito financeiro compete à União, apenas e tão somente, o estabelecimento de normas gerais. É natural a dificuldade em se estabelecer o que se entende por norma geral, uma vez que se vale a Constituição da denominada linguagem natural, ou seja, não teórica. Conforme escrevemos em trabalho anterior, evidente está que “um governo não pode limitar a ação do outro. A União não pode interferir nos Estados, sob pena de agredir a autonomia que lhes é assegurada. Logo, apenas preceitos amplos e genéricos

⁶² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito financeiro; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (CFRB)

⁶³ Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I - na esfera federal: a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União; II - na esfera estadual: a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados; III - na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo. (LC nº 101/00)

⁶⁴ Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento). (LC nº 101/00)

poderão obrigar as unidades federadas”. Apenas estão sujeitos Estados e Municípios aos princípios equiparados às normas gerais. O princípio é norma que orienta a elaboração de outras normas de primeiro grau, extraída, por dedução, do ordenamento normativo, operando limitação das próprias normas e autointegração do sistema. Logo, em direito financeiro a União não pode, ainda que por lei complementar (não basta dizer que é complementar a lei para que nela possa caber qualquer norma limitadora das demais entidades federativas), fixar limites específicos a Estados e Municípios. **Na medida em que estabelece percentuais da receita para definir limites de gasto com pessoal, descendo a minúcias de cada órgão de poder, a lei agride o princípio da Federação.** Por mais moralizadora que seja a norma, não pode invadir a esfera íntima de Estados e Municípios. Se se entende que fazem parte da estrutura do Estado Federal, têm que ter sua intimidade preservada. (OLIVEIRA, 2019, p. 687, grifo nosso)

Todavia, há autores já citados que entendem ser o pacto federativo uma forma de estado em que o Poder Fiscal deve ser mantido pelo ente central, na missão de restringir e de disciplinar situações de desequilíbrio e de prover interesses gerais, *in verbis*:

Não se pode falar sobre federalismo sem se citar os clássicos artigos Federalistas, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (1993). Os autores defendem as vantagens da estruturação de um sistema que permitisse um equilíbrio entre um governo central forte e a manutenção da autonomia aos Estados. Os Federalistas afirmavam que essa descentralização deveria contar com um ponto de ancoragem, que seria o governo central, responsável por “certos interesses gerais que só uma autoridade central pode prover de forma útil” (ECHEVERRIA e RIBEIRO, 2018, p. 646 - *apud* - TOCQUEVILLE, 1961, p. 81)

Sob a perspectiva do limite e dos gatilhos fiscais que a EC nº 109 trouxe, é verificável que a restrição de despesas correntes não foi setorial, mas de toda a entidade federativa, são os Estados e Municípios e todos os seus órgãos da Administração Direta (aparentemente) que não deverá gastar em despesas contínuas mais do que 95% das receitas correntes. Assim, sob o enfoque da discussão aqui proposta, não se vislumbra inicialmente inconstitucionalidade no estabelecimento desse limite, em virtude do pacto federativo e a autonomia das entidades subnacionais.

Tal como o limite geral de 60% para as *despesas com pessoal* para Estados e Municípios, levando em consideração a *receita corrente líquida* que a LRF trouxe em seu art. 19⁶⁵, a EC nº 109 trouxe também limite geral a Estados, Distrito Federal e Municípios, que agora não podem gastar mais de 95% em *despesas correntes*, levando em consideração as *receitas correntes*.

Como não desce a minúcias estabelecendo limites setoriais aos órgãos e Poderes da entidade federativa, não se vislumbra inconstitucionalidade, na linha de pensamento exposto por Régis Fernandes de Oliveira.

⁶⁵ Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento). (LC nº 101/00)

Porém, como será demonstrado a seguir, a análise fica mais sensível quando se verifica que **TODOS** os Poderes e Instituições dos entes subnacionais deverão adotar os *gatilhos fiscais* de contenção de atos administrativos e legislativos que gerem despesas com pessoal, despesas obrigatórias e concessão de benefícios fiscais e creditícios.

Com outras palavras, o Poder Judiciário por exemplo, pode se ver obrigado a adotar os gatilhos fiscais caso o Ministério Público gaste de maneira tal em despesas correntes que o limite de determinado Estado-membro ultrapasse 95%, levando em consideração o que é arrecadado em receitas correntes.

É sobre esse quesito que agora focaremos.

3.3 Emenda Constitucional nº 109 e a autonomia das Instituições.

O princípio da separação dos Poderes⁶⁶ atribui a cada Poder a prerrogativa de exercer por si todas as atribuições descritas no texto constitucional. Apesar de exercerem de forma atípica uma parcela das atribuições de outros poderes, há um núcleo que não pode ser violado, sob pena de desvirtuamento da Constituição.

Embora possa instituir decretos autônomos e medidas provisórias, o Executivo não pode legislar fora os casos excepcionados. Legislativo não pode executar políticas públicas, embora tenha a atribuição de controlá-las externamente. Judiciário não pode elaborar lei, não obstante possa entendê-las inconstitucionais e possa também consolidar entendimentos jurisprudenciais a serem seguidos pelo Executivo e pelo próprio Judiciário. Todo esse sistema é condizente com o conceito de *freios e contrapesos* que estrutura os Poderes. Além do mais, apesar de serem separados, os Poderes devem atuar de forma *harmônica*⁶⁷.

É perceptível que além dos clássicos Três Poderes, algumas outras Instituições não se subordinam a nenhum outro órgão e só estão sujeitos aos controles recíprocos previstos no texto constitucional, são eles o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de

⁶⁶ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (CFRB), a Constituição Federal também insere o princípio da Separação dos Poderes em suas cláusulas de intangibilidade: Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes (CRFB)

⁶⁷ Na música, uma harmonia ocorre quando notas diferentes são tocadas simultaneamente, fazendo nascer um acorde, que é justamente essa união de diferenças. Os acordes podem ser *consonantes* ou *dissonantes*. Serão consonantes aqueles que trazem uma sonoridade agradável, trazendo sensação auditiva de paz, tranquilidade ou alegria. Já os dissonantes são aqueles que trazem tensão, como se algo tivesse que ser resolvido, são aqueles que aparentam estar desafinados. Atuar de forma harmônica não é trabalhar de forma unânime e igual, mas ajustando e resolvendo as diferenças.

Contas⁶⁸. Sobre as *Instituições Independentes* e sua definição nos termos do Direito Administrativo, Rafael Carvalho Resende Oliveira ensina:

a) órgãos independentes: são aqueles previstos na Constituição e representativos dos Poderes do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), situados no ápice da pirâmide administrativa. Tais órgãos não se encontram subordinados a nenhum outro órgão e só estão sujeitos aos controles recíprocos previstos no texto constitucional (ex.: Casas Legislativas: Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara dos Vereadores; Chefias do Executivo: Presidência da República, Governadorias dos Estados e do DF e Prefeituras municipais; Tribunais Judiciários e Juízes singulares, Ministério Público e Tribunais de Contas). (OLIVEIRA, 2020 p. 89 - 90)

Não é momento de questionarmos se deve haver reescritura da separação dos poderes a fim de incluí-los como Poderes, mas tão somente de considerarmos a grande autonomia que vem sendo reconhecida a essas Instituições.⁶⁹

Todas essas Instituições (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) tem a aptidão de programar e administrar⁷⁰ o dinheiro público que lhes é repassado mediante o “duodécimo”⁷¹, visando sempre o atingimento de suas finalidades constitucionais. Sendo essa aptidão chamada de Autonomia

⁶⁸ Apesar de divergências doutrinárias acerca da Independência Institucional do Tribunal de Contas, visto que para alguns está subordinado ao respectivo Poder Legislativo, entendemos que os Tribunais de Contas são autônomos e independentes, possuindo posição institucional privilegiada pela Constituição Federal: “(...) inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais e possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispendo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico (...)” (STF, ADI nº 4.190/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10.03.2010.)

⁶⁹ Ministério Público (art. 127, § 2º), Defensoria Pública (art. 134, § 2º/§ 3º, ADPF’s 307/DF, 339/PI, 384/MG, 504/MT) e o Tribunal de Contas (com autogoverno reconhecido pelo STF no julgamento das ADI’s 5323/RN, 4643/RJ e 4191/RJ).

⁷⁰ “Fato é que todos os Poderes exercem, em alguma medida, função administrativa (o executivo de forma típica e os demais Poderes de forma atípica). A partir da premissa de que o Direito Administrativo tem por objeto o estudo da função administrativa, a organização administrativa é um tema relacionado não apenas ao Poder Executivo, mas, também, aos Poderes Judiciário e Legislativo. Tanto isso é verdade que o art. 37 da CF/88 dispõe que a Administração Pública Direta e Indireta de “qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (OLIVEIRA, 2020, p.69)

⁷¹ Essas Instituições têm o direito constitucional de receberem mensalmente, até o dia 20 (vinte) de cada mês, o chamado “duodécimo”, que nada mais é do que o montante da dotação financeira prevista nas leis orçamentárias, repassada pelo Poder Executivo e proveniente das fontes de receita não-vinculadas do Estado (impostos, recursos da exploração de seu patrimônio, repasses obrigatórios, entre outros), conforme se analisa pela inteligência do artigo 168 da Constituição: Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (CF/88)

Financeira⁷², matriz imprescindível para a execução de seus objetivos finalísticos mediante a administração desses recursos.

As institucionais garantias administrativa e funcional dos Poderes e Instituições apenas podem ser garantidas mediante a Autonomia Financeira. Autonomia significa a capacidade de se autogovernar, autoadministrar e de propor projetos de lei que dizem respeito à sua estrutura orgânica e funcional. Independência institucional, por sua vez, é mais abrangente, pressupondo autonomia administrativa, funcional e financeira, *in verbis*:

Há de se reconhecer que, efetivamente, os conceitos de independência e autonomia confundem-se, mas, admitindo que independência é “o estado de quem tem autonomia”, e sendo a autonomia a “faculdade de se governar por si mesmo”, é razoável admitir-se que o conceito de independência é mais abrangente, sendo a autonomia um instrumento por meio do qual se atinge a independência, uma característica intrínseca da independência, um verdadeiro elemento que compõe o conceito de independência. (CONTI, 2019, p. 58)

Independência quer dizer justamente o núcleo inviolável da separação de funções. Claro que cada Poder deliba parcela de atribuições dos demais, mas não pode afastá-los e arrogar-se em funções que não é sua. Ainda nesse sentido, também sobre pressupostos da autonomia financeira, mas escrevendo especificamente sobre o Poder Judiciário, Conti aduz, *in verbis*:

Pressupõe, ainda, a capacidade para elaborar sua proposta orçamentária nos termos do art. 99 da CF, bem como a observância dos valores que lhe foram destinados no orçamento, **sem possibilidade de redução durante sua execução**. Os recursos que cabem ao Poder Judiciário devem ser entregues tempestivamente, na forma do art. 168 da CF, devendo ter liberdade para administrá-los, observadas as disposições constitucionais. (Ibidem, p. 155, grifo nosso).

Ao impor limites à *despesa corrente* dos entes subnacionais e impor sanções à toda entidade federativa no caso de não atendimento de *gatilhos fiscais por cada órgão*

⁷² “A autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer que, sem ela, não há autonomia alguma. Sem recursos para se manter, as entidades estão fadadas ao fracasso. Não poderão exercer as funções que lhes competem e passarão a depender de terceiros para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua.” (CONTI, 2019, p. 153). Nesse sentido, aplicando no caso concreto o princípio da Autonomia Financeira, o STF, ao analisar a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendeu que a previsão legal que possibilitava o Poder Executivo de limitar o empenho e a movimentação financeira das demais Instituição Independentes no caso de frustração de receita (art. 9, § 3º) é inconstitucional, visto que essa disposição seria uma afronta à autonomia financeira que a Constituição resguardou a certos órgãos públicos: “EMENTA: 4. ARTIGOS 9, § 3º, 23, § 2º, 56, CAPUT, 57, CAPUT. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE COM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS. 4.1. A norma estabelecida no § 3º do referido art. 9º da LRF, entretanto, não guardou pertinência com o modelo de freios e contrapesos estabelecido constitucionalmente para assegurar o exercício responsável da autonomia financeira por parte dos Poderes Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, ao estabelecer inconstitucional hierarquização subserviente em relação ao Executivo, permitindo que, unilateralmente, limitasse os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias no caso daqueles poderes e instituição não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput. A defesa de um Estado Democrático de Direito exige o afastamento de normas legais que repudiam o sistema de organização liberal, em especial na presente hipótese, o desrespeito à separação das funções do poder e suas autonomias constitucionais, em especial quando há expressa previsão constitucional de autonomia financeira.” (ADI 2.238/DF, Plenário, Dje 24.06.2020)

independente, o novo texto constitucional (art. 167-A) inova e adentra na autonomia financeira de cada Instituição citada (Poderes Executivos, Legislativos, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) mediante o estabelecimento de novos parâmetros de controle fiscal.

É que a autonomia financeira das Instituições em executar as despesas previstas nas leis orçamentárias está agora condicionada à arrecadação corrente dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Embora se diga que os gatilhos fiscais são opcionais⁷³, a entidade federativa pode encontrar dificuldades em realizar operações de crédito com entidades públicas⁷⁴. Ademais, a proibição de obter garantia de outras entidades federadas⁷⁵ pode frustrar a obtenção do crédito público.

Sob esse enfoque, é possível analisar uma possível inconstitucionalidade na linha do que se expôs no pensamento de Régis Fernandes de Oliveira⁷⁶. A Emenda estabeleceu obrigatoriedade de adoção dos *gatilhos* por cada Órgão Independente, descendo a minúcias e interferindo na autonomia financeira dos Poderes e Instituições.

Assim, pouco importa por exemplo se foi o Poder Executivo, o Judiciário, o Tribunal de Contas ou o Legislativo que ocasionou a extrapolação do limite fiscal fazendo com que o Estado-membro gaste em despesas correntes mais do que 95% das receitas correntes, Defensoria Pública e Ministério Público, mesmo que administrando os recursos públicos repassados com responsabilidade fiscal, deverão também adotar os gatilhos.

Além do mais, há uma outra questão a ser debatida. Como os gatilhos são direcionados às Instituições, é necessário perquirir como cada uma delas (Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) os adotarão.

⁷³ Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *é facultado* aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da (...). Grifo nosso (CFRB)

⁷⁴ Art. 167-A - § 6º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas nele previstas tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada: II - a tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da Federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento. (CFRB)

⁷⁵ Art. 167-A - § 6º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas nele previstas tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada: I - a concessão, por qualquer outro ente da Federação, de garantias ao ente envolvido; (CFRB)

⁷⁶ “(...) **Na medida em que estabelece percentuais da receita para definir limites de gasto com pessoal, descendo a minúcias de cada órgão de poder, a lei agride o princípio da Federação.** (...)” (OLIVEIRA, 2019, p. 687, grifo nosso)

No que se refere aos *gatilhos* relacionados às *despesas com pessoal*, verifica-se que todas as Instituições possuem possibilidade jurídica de adotar a vedação de atos administrativos que ocasionem tais despesas, como a realização de concursos públicos, nomeação de servidores, envio de projeto de lei para aumentar a remuneração etc.

Todavia, a situação é diferente quando se trata das *despesas obrigatórias* e dos *benefícios fiscais e creditícios*.

Isso porque apenas o Poder Legislativo pode *criar e reajustar despesas obrigatórias*, mediante promulgação de lei, sempre por intermédio de iniciativa privativa do Poder Executivo ou mediante emendas parlamentares na lei orçamentária. O mesmo se diga quanto aos *benefícios fiscais e creditícios*, apenas o Poder Executivo possui a competência privativa de propor a concessão dos benefícios.

Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade jurídica do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas adotarem os *gatilhos fiscais* de vedação de *criar e reajustar despesas obrigatórias*, nem de conceder *benefícios fiscais e creditícios*.

Resta agora debater como a Suprema Corte brasileira irá interpretar o dispositivo, levando em consideração os apontamentos levantados.

3.4 Emenda Constitucional nº 109 e a possível Interpretação do Supremo.

Trazendo de volta a discussão acerca do *jogo do resgate*, as alterações normativas realizadas na transição do século presente buscaram restaurar a disciplina fiscal dos entes subnacionais (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), visto que os entes subnacionais eram governados com indisciplina fiscal, confiando sempre que o Ente Central (União) iria resgatá-los.

Todavia, o STF foi gradativamente autorizando o rompimento do acordo de disciplina fiscal federativo pelos entes menores. Cumpre expor quais foram os argumentos que possibilitaram a mitigação das regras de disciplina fiscal e sua possível influência na interpretação judiciária quanto da aplicação da *nova regra fiscal* esculpida no art. 167-A da Constituição Federal.

Primeiramente, expõe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que é necessária a tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União para restringir o acesso de Estados e Municípios a novos recursos federais, conferindo contraditório e ampla defesa no processo controlador das contas públicas, *in verbis*:

Direito constitucional e financeiro. Agravo interno em ação cível originária. Inscrição de ente federativo em cadastros federais de inadimplência. 1. **A inscrição de Estado-membro nos cadastros federais de inadimplência antes da instauração e do julgamento de tomada de contas especial viola o devido processo legal.** Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF, ACO 2910 MS 4003324-79.2016.1.00.0000, Relator Roberto Barroso, Data de Julgamento: 29/06/2020, Tribunal Pleno, grifo nosso)

Também, o Supremo vem mitigando as restrições fiscais da LRF quando o bloqueio de repasses possui o condão de prejudicar a prestação de políticas públicas, possibilitando que, mesmo descumprindo os limites fiscais, os entes federados possam realizar operações de crédito e obter garantias *com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade, in verbis:*

(...) BLOQUEIO DE RECURSOS CUJA EFETIVAÇÃO COMPROMETE A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes organizados e mantidos pela União, **tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.** Precedentes. (STF - AgR ACO: 1848 MA - 9954341-20.2011.1.00.0000, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, grifo nosso)

Por último, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o *princípio da intranscendência das medidas restritivas de direito*. O princípio significa que a punição de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, público ou privada, não pode ultrapassar o real infrator da norma.

No que toca à aplicação do princípio aos Órgãos Públicos, o Supremo o vem utilizando em duas situações. As medidas de restrições fiscais podem agora ser mitigadas no *aspecto temporal*, caso a infração fiscal for cometida pelo governante anterior. Ou em *aspecto setorial*, se for cometida por outro órgão público que não seja o Poder Executivo, assim, Defensoria Pública não pode ser punida por inobediência fiscal do Legislativo, Judiciário não pode ser sancionado por indisciplina do Ministério Público, e por aí vai...

Com relação à aplicação do princípio em relação a infração do gestor anterior destaca-se a súmula nº 615⁷⁷ do STJ e o seguinte julgado do STF, *in verbis:*

⁷⁷ Súmula 615-STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA VIA ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA SUBJETIVA DAS SANÇÕES. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 6. **O princípio da intranscendência subjetiva das sanções inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos.** Precedentes: (ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/2014; ACO 1.612-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, grifo nosso)

No que toca à outra aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções, em seu aspecto setorial, os Tribunais Superiores vêm entendendo que caso algum ente da Administração Indireta (como autarquias e empresas públicas) ou algum órgão da entidade federativa (Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público etc.) descumpra os limites fiscais, o Poder Executivo não pode ser sancionado com a restrição de obter favores fiscais da União, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. ART. 23, § 3º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. RESTRIÇÕES PARA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA. PENDÊNCIAS ORIUNDAS DO PODER LEGISLATIVO, TRIBUNAL DE CONTAS E MINISTÉRIO PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES. ACO 1.612-AGR, REL. MIN. CELSO DE MELLO, PLENO, DJE DE 13/2/2015. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal uniformizou o entendimento no sentido de que o Estado só pode sofrer restrições nos cadastros de devedores da União por atos praticados pelo Executivo. Em consequência, atos do Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e dos entes da Administração Pública indireta (como as autarquias e as empresas públicas) não podem gerar sanções da União contra o Estado, diante da ausência de ingerência direta do Executivo sobre eles.** (ACO 1.612-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 13/2/2015). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR ACO: 2099 MA - MARANHÃO 9930211-92.2013.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, grifo nosso)

Difícil será compatibilizar os entendimentos jurisprudenciais expostos com o *novo limite fiscal* e a obrigatoriedade de adoção dos *gatilhos* pelas Instituições.

Primeiramente, apesar da necessidade de adoção dos *gatilhos* por TODOS os órgãos independentes, ou seja, pelo Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas para que o ente subnacional possa obter garantias e realizar operações de crédito com outra entidade pública no caso de ultrapassagem do limite (despesas correntes superiores a 95% das receitas correntes), a jurisprudência da Suprema Corte é que o *ente federado apenas pode sofrer restrições fiscais por atos praticados pelo Executivo*, prejudicar o Município e o Estado-membro com as restrições do §6º do art. 167-

A por conta de irresponsabilidade fiscal de outros Poderes que não o Executivo é *transcender as medidas restritivas de direito*.

Essa tese reforça o que se expôs sobre apenas o Poder Executivo ser juridicamente competente para adotar dois dos três grupos dos gatilhos fiscais. Apenas esse órgão pode acatar a vedação de propor ao Legislativo a *criação ou reajuste de despesas obrigatórias* e de propor *concessões de benefícios tributários e creditícios*. Portanto, o artigo 167-A parece ter sido direcionado principalmente ao Poder Executivo.

No outro lado da moeda, obrigar todos os outros órgãos públicos a limitarem *atos de pessoal* por desventura fiscal do Poder Executivo que faça as despesas correntes extrapolarem o limite parece ser justamente a *transcendência de medidas restritivas de direito*, impedido pela jurisprudência do Supremo.

Também, na aplicação do princípio apresentado em seu *aspecto temporal*, é razoável interpretar que sempre que a nova gestão ingressar na direção do órgão público e realizar diligências para punir os responsáveis do aumento desmoderado de despesas correntes ou a diminuição oportunista de receitas correntes, poderão as restrições do § 6º do art. 167-A serem deixadas de lado.

Por último, segundo o julgado acima apresentado, sempre que a proibição de realizar operações de crédito e de obter garantia puder prejudicar a execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos essenciais, as proibições serão relaxadas.

O mesmo se diga quanto à aplicação dos gatilhos fiscais. É que *proibir a contratação de pessoal* para áreas essenciais como saúde, educação e assistência social, *impedir a criação de despesas obrigatórias* que impliquem em melhoria das condições de habitação, locomoção pública e alimentação e *bloquear a concessão de benefícios fiscais e creditícios* estratégicos que aumentem emprego, consumo e distribuição podem claramente prejudicar a execução de políticas públicas e a prestação de serviços públicos essenciais.

O intuito dos gatilhos é louvável e vem ao encontro à disciplina fiscal que os entes subnacionais deverão adotar pós-covid/19, além do mais, conforme já se expôs, as vultuosas transferências voluntárias da União aos Estados, Municípios e Distrito Federal para conterem o avanço do vírus e o aumento da arrecadação tributária ocasionado pela inflação nos preços dos bens de consumo pode estimular os entes subnacionais a contraírem despesas obrigatórias contínuas, que após esse período excepcional podem não possuir receitas suficiente para suportarem-nas.

Vislumbra-se que dificilmente o artigo 167-A será declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas certamente as restrições de seu § 6º serão mitigadas caso o Supremo não altere seu entendimento em matéria financeira.

Conclusão

As leis financeiras buscam controlar a indisciplina e irresponsabilidade no manuseio do direito público, que é de todos arrecadado. No início do século, várias leis de restrições financeiras foram promulgadas, visando desconstruir a constante irresponsabilidade fiscal dos Entes Subnacionais, que transferiam o custo financeiro de suas desventuras aos governantes futuros ou ao Ente Central. Por isso a exigência de que os entes públicos respeitem as restrições fiscais, pois como em qualquer finança, não se pode gastar mais do que se ganha.

Mas é preciso estar alerta a um detalhe, diferentemente das finanças corporativas e familiares, as finanças públicas visam assegurar o cumprimento dos objetivos constitucionais, mais do que meramente um equilíbrio contábil e matemático, as finanças públicas devem ser direcionadas à oportunização dos direitos fundamentais para toda população, o movimento de constitucionalização dos ramos jurídicos por óbvio também alcança o direito financeiro.

E é nesse contexto que se debateu os *novos limites e gatilhos fiscais* advindos da Emenda Constitucional nº 109, especificamente no novo artigo 167-A da Constituição Federal.

Ao trazer o limite de despesas correntes limitadas a 95% das receitas correntes para os entes subnacionais, a Emenda visou evitar o descontrole fiscal de Estados, Distrito Federal e Municípios, visto que, em contraponto ao desaquecimento da economia causado pela Covid-19, em 2020 houve o maior resultado primário fiscal da história desses entes⁷⁸. Esse aumento de caixa, estimado em R\$ 31,1 bilhões, pode estimular a contratação desvairada de despesas contínuas.

⁷⁸ “Dados do Banco Central indicam que os Estados e Municípios, e suas respectivas estatais, tiveram o maior resultado primário de sua história em 2020, de R\$ 42,9 bilhões. Como resultado, o estoque de caixa e equivalentes de caixa em 2020 desses entes aumentou em R\$ 31,1 bilhões. Uma combinação do crescimento das receitas tributárias dos Estados e Municípios com o auxílio prestado pela União para o combate à pandemia na forma de transferências intergovernamentais gerou um aumento significativo das receitas subnacionais. Ao mesmo tempo, as despesas dos entes subnacionais aumentaram apenas ligeiramente, visto que o aumento das despesas com saúde foi compensado por uma redução ou apenas tímido aumento das despesas com outras funções.” (Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais de Outubro de 2021, p. 5)

Todavia, a confusa redação do novo dispositivo constitucional parece esbarrar em várias construções jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Primeiramente, apesar de dispor que a adoção dos *gatilhos* por cada Órgão Independente do Ente Federativo será *facultativa*, impõe mais à frente a restrição fiscal de impedimento do Ente obter garantia ou realizar operação de crédito com outro Ente Público até que *todos* os Órgãos Independentes adotem todos os *gatilhos*.

Dessa forma, colide com o *princípio da intranscendência das medidas restritivas de direito* reiteradamente afirmado pela Suprema Corte em matéria financeira. O Ente Federado não pode ser sancionado por atos fiscais realizados por Órgãos Públicos que não seja o Poder Executivo. Também, a nova gestão não pode ser prejudicada por atos realizados pela gestão anterior.

Além do mais, tanto a restrição de obter garantia e operação de crédito com outro ente da federação quanto a adoção irrestrita dos gatilhos fiscais pode chocar com o entendimento do Supremo de que restrições fiscais *não podem impedir a execução de políticas públicas, nem a continuidade de serviços públicos essenciais*.

Resta-nos esperar e analisar como será aplicado o novo dispositivo constitucional.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro** – 6. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Agência Câmara de Notícias – disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/736147-congresso-promulga-emenda-constitucional-que-garante-volta-do-auxilio-emergencial>

ARAÚJO, A. L. G; LIMA, T. L. **Patrimonialismo e profissionalização da função pública no Brasil**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 21, n. 248, p. 77-96, out. 2021.

BALEIRO, A. **Uma introdução à ciência das finanças** – 16ª ed. Ver. E atualizada por Dejalma de campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BLIACHERIENE, A. C. **Orçamento Impositivo à Brasileira**. Em Horvath, Estevão; Conti, José Maurício; Scaff, Fernando Facury (Org.) **Direito Financeiro, Econômico e Tributário: Estudos em Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira** – São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 50-71.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**.

BRASIL. Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 43/01. **Dispões sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providencias**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/582604>. Acesso em: 01 de Janeiro de 2022.

CONTI, J. M. **A autonomia financeira do poder judiciário** [livro eletrônico] -- 1. ed. -- São Paulo: Blucher, 2019

DERZI, M. A. M. **O Princípio da Não Afetação da Receita de Impostos e a Justiça Distributiva**, in Horvath, Estevão; Conti, José Maurício; Scaff, Fernando Facury (Org.). **Direito Financeiro, Econômico e Tributário: Estudos em Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira** – São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ECHEVERRIA, A. Q. D e RIBEIRO, G. F. **O Supremo Tribunal Federal como árbitro ou jogador? As crises fiscais dos Estados brasileiros e o jogo do resgate**, JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 2 (2018) Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 642-671, 2018.

ERLING, M. L. G. **Regulação do sistema financeiro nacional**: desafios e propostas de aprimoramento institucional – São Paulo, Almedina, 2015

MACIEL, M. A **LRF como pressuposto para a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil**. In: FIRMO FILHO, Alípio Reis; WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (Coord.). Responsabilidade na gestão fiscal: estudos em homenagem aos 20 anos da lei complementar nº 101/2000. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 379-397. ISBN 978-65-5518-034-3

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de direito administrativo**. – 8. Ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, R. F. **Curso de direito financeiro** – 8. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2019.

Portal Transparência Câmara Legislativa do Rio de Janeiro, disponível em: <http://transparencia.camara.rj.gov.br/recursos-humanos/quadro-atual-de-servidores> - acesso em 07/01/2022

Portal Transparência Câmara Legislativa de Cuiabá, disponível em: https://www.gp.srv.br/transparencia_cuiabacm/servlet/contrato_servidor_v3?1 - acesso em 07/01/2022

RIBAS, L. M. e MASCARENHAS, C. G. **Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado**: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 280, n. 1, p. 89-119, jan./abr. 2021.

RIBEIRO, R. L. **Austeridade seletiva e desigualdade**. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, v. 7, n. 8, janeiro/junho, 2019, p. 158-172

SCAFF, F. F. **A ilusão do livre mercado**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 133-155, set. 2020/fev. 2021.

SCAFF, F. F. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual** – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, F. F. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários / Fernando Facury Scaff. – 1. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, C. R. e HOLMES, S. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos / tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.