

ENTRE A AUSTERIDADE FISCAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NEOLIBERAL DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO PODER JUDICIÁRIO

BETWEEN FISCAL AUSTERITY AND PUBLIC SOCIAL POLICIES: ANALYSIS OF NEOLIBERAL JURISPRUDENCE OF THE RESERVATION OF THE POSSIBLE BY THE JUDICIARY

ENTRE AUSTERIDAD FISCAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NEOLIBERAL SOBRE LA RESERVA DE LO POSIBLE POR PARTE DEL PODER JUDICIAL

Manoel Iلسon Cordeiro Rocha*
Francisco Fonseca**

* Pós-doutorando em Administração Pública pela FGV. Doutorado em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Unesp. Docente da Faculdade de Direito de Franca.

** Professor de ciência política na FGV/Eaesp e PUC-SP, Doutor em História Social pela USP, Pesquisador do CNPq.

SUMÁRIO: 1 *Introdução*; 2 *O controle fiscal no recorte temporal proposto*; 3 *A política de controle fiscal e as implicações no sistema jurisdicional e na efetivação das políticas sociais*; 4 *Análise da jurisprudência do STF*; 5 *Considerações finais*; 6 *Referências*.

RESUMO - Trata-se de análise qualitativa de decisões do STF para identificar o posicionamento da corte ante as mudanças de controle orçamentário que afetaram as políticas públicas. Para tanto se fez necessário revisar como premissas: a) o cenário econômico que resultou na política de controle fiscal; b) os direitos fundamentais na Constituição de 1988 e os desafios para a sua efetividade. Entre estas mudanças destaca-se a Regra de Ouro, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Emenda 95/2016, que estabeleceu um teto de gastos. Observou-se o STF na proteção das políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais em conflito com a teoria da reserva do possível. A jurisprudência corresponde ao período dos vinte anos desse processo, esse procedimento auxiliar decorre da análise metodológica dogmática jurídica. O método científico é o dedutivo bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; Austeridade fiscal; Reserva do possível; Controle jurisdicional; STF.

ABSTRACT: This is a qualitative analysis of STF decisions to identify the court's position regarding changes in budgetary control that affected public policies. To this end, it was necessary to review the following premises: a) the economic scenario that resulted in the fiscal control policy; b) the fundamental rights in the Constitution of 88 and the challenges to its effectiveness. Among these changes, the Golden Rule, the Fiscal Responsibility Law and Amendment 95/2016 stand out, which established a spending ceiling. The STF was observed in the protection of public policies for the implementation of fundamental rights in conflict with the theory of the reserve of the possible. The jurisprudence corresponds to the twenty-year period of this process, this auxiliary procedure arises from the dogmatic legal methodological analysis. The scientific method is bibliographic deductive.

Recebido em: 25/05/2024
Aceito em: 14/07/2024

KEYWORDS: Public policies; Fiscal austerity; Reserve what is possible; Jurisdictional control; STF.

RESUMEN: Se trata de un análisis cualitativo de decisiones del STF para identificar la posición del tribunal respecto de los cambios en el control presupuestario que afectaron las políticas públicas. Para ello fue necesario revisar las siguientes premisas: a) el escenario económico que dio lugar a la política de control fiscal; b) los derechos fundamentales en la Constitución del 88 y los desafíos a su efectividad. Entre estos cambios destacan la Regla de Oro, la Ley de Responsabilidad Fiscal y la Enmienda 95/2016, que estableció un techo de gasto. El STF se observó en la protección de políticas públicas para la implementación de derechos fundamentales en conflicto con la teoría de la reserva de lo posible. La jurisprudencia corresponde al período de veinte años de este proceso, este procedimiento auxiliar surge del análisis metodológico jurídico dogmático. El método científico es deductivo bibliográfico.

PALABRAS-CLAVE: Políticas públicas; Austeridad fiscal; Reserva lo que sea posible; Control jurisdiccional; STF.

1 INTRODUÇÃO

A austeridade fiscal dos Estados em desenvolvimento se tornou simultaneamente um totem e um demônio. Há uma queda de braço hercúlea e sem horizonte de desfecho. Há argumentos contundentes em oposição definidos a partir juízos valorativos do papel do Estado. É um debate que pertence ao jogo do poder econômico contemporâneo, definido pela hegemonia do discurso neoliberal com resistência de quem defende o papel social do Estado. O Brasil é central nesse jogo: uma economia forte, mas periférica e desigual, que foi incisivamente confrontado para fazer reformas neoliberais após uma Constituição social e protetiva. Nada de novo até aqui. Não se pretende ao fim dessa pesquisa um julgamento desse confronto, mas sim uma leitura do processo histórico conforme a delimitação do tema.

Na década de noventa do século passado Ricardo Antunes escreveu *Adeus ao Trabalho* (1997), um ensaio que virou uma leitura obrigatória para se entender o início do neoliberalismo no Brasil e até hoje é possível lê-lo com atualidade. Pouco tempo depois veio a Lei de Responsabilidade Fiscal, seguida de outras normas até a Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o teto de gastos para o Governo Federal e agora em 2023 o novo Arcabouço Fiscal, num conjunto bastante homogêneo no sentido do esforço em controlar as contas públicas conforme ditames de uma saúde financeira do Estado em detrimento das políticas públicas para os direitos sociais. Há um desmonte contínuo do Estado Social (um modelo de Estado que no Brasil teve o seu apogeu na Constituição de 88). A cada nova legislação de austeridade fiscal há, em essência, repetições atualizadas dos debates ocorridos desde o governo Collor.

O problema eleito envolve o debate ideológico do modo de produção capitalista em sua face neoliberal diante de um Estado Social constitucionalizado. O movimento global de desregulação econômica chegou ao Brasil e encontrou um Estado com um modelo de regulação inspirado na social democracia europeia. Um modelo que prometeu esperança e dignidade como forma de emancipação (Santos, 2008). Ocorre que ele chega tardio ao Brasil, quando nos países centrais já havia uma crise. Antes mesmo de se instalar plenamente por aqui ocorre o movimento de desmonte. Daí a resistência forte da sociedade civil, frustrada em sua emancipação, porque o modelo significaria uma conquista de liberdades fundamentais.

A opção constitucional brasileira pelo Estado Social é uma repercussão tardia do modelo ocidental, mas a reconfiguração da ordem global sob a batuta do neoliberalismo ocorreu em tempo real, sem o atraso típico da política e da ideologia sobre a periferia do mundo, como o Brasil. Assim não houve tempo para amadurecer e consolidar as políticas públicas sociais, numa sociedade com menos desigualdade, mais desenvolvimento social e mais autonomia da sociedade civil. O Brasil instalou constitucionalmente o Estado Social quando este já era um modelo em crise. A agenda neoliberal chegou ao Brasil e as reformas começaram pouco tempo após a Constituição de 88.

Entretanto, a engenhosidade do Estado de Direito tornou-se um entrave ao desenlace neoliberal no Brasil e um recurso de resistência do Estado Social. Os efeitos das reformas neoliberais são retardados ou mitigados com o emprego do arsenal jurídico-formal de proteção de direitos. A parte da sociedade civil brasileira resistente ao modelo encontrou abrigo no sistema jurídico. A composição dos conflitos funcionou aqui como um mecanismo para evitar o abuso de poder e conjunturalmente equilibrar a oposição acima. Neste cenário se destaca a separação de poderes, entendida não como uma divisão orgânica de funções, mas como um mecanismo de autocontrole do poder pela vigilância recíproca e limitadora dos excessos. No Brasil ela é complexa o suficiente para necessitar um recorte: o legislador constituinte originário elegeu princípios para o Estado brasileiro e nomeou o STF como guardião desses princípios. O legislador ordinário repercute a pressão política e econômica do momento, mas não pode legislar em sentido contrário aos princípios constitucionais. Por outro lado, a interpretação desses princípios é flexível e o STF também está sujeito à mesma pressão política e econômica do momento.

Há o dogma do poder judiciário ser o guardião da legalidade, portanto a última instância de decisão. Para evitar o seu despotismo ocorrem limites sistêmicos como, por exemplo, a decisão colegiada, a distinção entre decisões de repercussão geral e decisões limitadas ao caso, etc. Mas o sistema também conspira para a composição das decisões

num sentido homogêneo e dominante. Trata-se, portanto, de um poder expressivo. É nesse contexto que é relevante saber a posição do STF sobre o fluxo neoliberal, conforme a delimitação proposta.

A adesão dos juízes ao neoliberalismo e ao projeto de Estado mínimo ocorre em boa medida fundada na Teoria da Reserva do Possível, uma teoria para dizer que ninguém é obrigado a fazer o que não é possível, que o Estado também tem limites e especialmente os recursos públicos são finitos. Os defensores do Estado Social, entretanto, afirmam que há muita falácia no argumento. Afirmam que muitas vezes a ausência de recursos para as políticas sociais ocorre em função da eleição de outras prioridades, por exemplo, o refinanciamento da dívida pública. Segundo a Teoria da Reserva do Possível deve haver limitação orçamentária para a Administração Pública diante da demanda crescente dos custos públicos, especialmente consequentes do Estado Social. Implica em atender as demandas sociais nos limites do equilíbrio orçamentário. É originária do Direito Alemão, simbolizada pela jurisprudência **numerus clausus**, de seu Tribunal Constitucional (Sarlet, 2010). O núcleo da teoria é simples, mas suas implicações no sistema constitucional brasileiro não tem a mesma simplicidade. A questão consequente mais polêmica e difícil é exatamente o juízo de justiça e de equilíbrio na oposição entre a garantia de direitos fundamentais e a regra do controle orçamentário. Questão que se desdobra em outras, como a aplicação de juízos de proporcionalidade, juízos de eficácia e efetividade de direitos fundamentais, a garantia de um mínimo existencial, etc. A Reserva do Possível, ainda que não se encontre explícita nas normas, é bastante aceita no meio jurídico e subentendida nos orçamentos.

No lado oposto estão os direitos fundamentais sociais. A Constituição brasileira os contempla amplamente e discutiu-se longamente se são ou não apenas normas programáticas, mas uma vez efetivados são proibidos de retroceder. A posição desses direitos no topo do sistema normativo tem um papel simbólico para além da sua mera existência formal, pois municia o debate político para constranger qualquer tentativa de relegá-los a um pedestal artificial. Soma-se a esta posição uma movimentação articulada e forte na sociedade civil para a sua efetividade. Da mesma forma que o discurso neoliberal da responsabilidade fiscal ganhou adesão e corpo numa parte da sociedade civil brasileira, em outra há adesão e corpo o discurso da responsabilidade estatal pela tutela dos direitos humanos sociais sob o argumento de que eles são os direitos que compõem o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Mas a definição do que caracteriza o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana sofre a influência do processo histórico, alterando-se em cada tempo conforme as condições sociais de riqueza e desenvolvimento. Então a interpretação constitucional torna-se dinâmica no sentido de sua atualização, tanto para ampliar quanto para restringir o alcance do Estado. Nesse sentido há um argumento teórico constitucional absolutamente entrenchado: a proibição de retrocesso. O constitucionalismo atual garante o mínimo existencial ao indivíduo (Miranda, 2008, p.434), (Bonavides, 2007, p.645). Mas o desafio é definir objetivamente o que é ou quanto é esse mínimo, pois se trata de uma perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais, historicamente definida, conforme condições muito dinâmicas. Por fim, se os direitos fundamentais não se encontram amparados por uma perspectiva de concretização mínima se dispersam como uma abstração e como uma idealização, o que é em síntese a perspectiva de serem apenas normas programáticas.

Há, portanto, um campo de batalha, para se definir as prioridades orçamentárias. De um lado a trincheira dos direitos e do outro a trincheira neoliberal. Há a crescente demanda por políticas públicas em função das transformações da vida moderna e há, por outro lado, o forte movimento político-econômico neoliberal, de limitação da despesa pública, especialmente para garantir a rolagem da dívida pública.

Dentro da expectativa liberal clássica, os limites sistêmicos do juiz lhe impõem uma margem estreita de politicidade, em prol da legalidade, da segurança jurídica e da separação de poderes. Em contrapartida, na demonização contemporânea da política a ingênua expectativa de neutralidade do juiz é a saída honrosa para o desejo frustrado de purificação da política, em detrimento da separação de poderes. Então o problema proposto também repercute o debate sobre o papel contemporâneo do juiz.

A análise política das decisões judiciais significa discutir a fronteira entre a hipotética fidelidade do juiz à lei e o direcionamento político das decisões, onde há recorrentes conflitos sistêmicos. A solução dos conflitos entre equilíbrio fiscal e justiça social, especialmente nos efeitos decorrentes da Emenda Constitucional 95/2016 corresponde à leitura da face atual do judiciário.

Esta pesquisa então se desenvolve a partir das seguintes premissas: a) A justiça social é um princípio adotado na Constituição de 88 (artigo 170, caput, CF) relevante para o Estado de Direito brasileiro (Silva, 2006, p.122), com implicações na garantia da paz social e da legitimação do sistema; b) A Constituição brasileira é inspirada no modelo liberal clássico e serve como referência e limite para a solução dos conflitos jurisdicionalizados (Silva, 2006, p.37), especialmente aqueles decorrentes da separação de poderes (Canotilho, 2002); c) A separação de poderes é um mecanismo dinâmico, conforme limites constitucionais maleáveis, moldado para atender o jogo entre os poderes com uma margem de adequação histórica (Canotilho, 2002); d) O poder judiciário, legitimado no arcabouço jurídico-constitucional, especialmente o STF, se move conforme interesses de composição complexa, não somente de ordem jurídica, mas também política, ideológica e econômica; e) As decisões judiciais majoritárias compõem um fluxo que se revela na análise qualitativa da aderência ao discurso ideológico estrutural da sociedade historicamente definido; f) Os atores se comportam majoritariamente em médio e longo prazo conforme um discurso e orientação estrutural da sociedade; h) A reserva do possível é uma teoria jurídica de controle fiscal que pode tanto servir para um discurso de responsabilidade fiscal quanto para o objetivo neoliberal de garantir recursos para o ciclo de refinanciamento das dívidas públicas; j) Entretanto, não se pode alegar arbitrariamente a reserva do possível para escapar de toda circunstância da justiça social, ao mesmo tempo e até com alguma contradição, o discurso do cuidado com o controle e com o limite das contas públicas foi assimilado pelo poder judiciário brasileiro (Sarlet; Figueiredo, p. 27, 2010).

Quanto à estrutura, a pesquisa resultou no seguinte desenvolvimento em capítulos: a trajetória da regulação fiscal contemporânea brasileira; as implicações da política fiscal na garantia dos direitos sociais; a análise de jurisprudência do STF com o propósito de identificar o respectivo posicionamento. Quanto aos procedimentos metodológicos ocorreu uma revisão bibliográfica e uma análise qualitativa de jurisprudências, conforme a eleição de jurisprudências relevantes, emblemáticas e aderentes ao problema. Para a eleição das jurisprudências apresentou-se a palavra-chave **reserva do possível**. Foram selecionadas para amostragem oito jurisprudências do STF de oito ministros diferentes bem distribuídas num período de vinte anos (2004 a 2023) exatamente correspondente ao período em que a questão ganha mais importância, resultando numa amostragem relevante e suficiente.

2 O CONTROLE FISCAL NO RECORTE TEMPORAL PROPOSTO

O controle fiscal atual no Brasil é um capítulo à parte na nossa história econômica. Tem a ver com a conjuntura internacional da economia neoliberal. A razão para o controle é amplamente conhecida a partir da ciência econômica ortodoxa, assim como também a divergência a respeito é amplamente conhecida, pelos herdeiros do keynesianismo, em síntese. O Brasil novamente repercute o movimento da economia internacional, mas possui suas peculiaridades, como por exemplo, o fato de possuir uma economia grande, mas periférica e desigual. Outra observação para o Brasil é a identificação político-histórica de neoliberalização da sua economia, caracterizada pelo confronto entre a neoliberalização e a emancipação tardia da sociedade civil, ocorrida com mais força somente com a abertura democrática e com a constitucionalização ampla de direitos na Constituição de 88.

Desde o governo Fernando Collor há um esforço para atender à pressão do capital neoliberal, principalmente por meio de reformas legais. Mas também há a resistência interna, que pode ser classificada ou rotulada de várias formas: defesa de interesses sociais, jogo ideológico, corporativismo etc., dependendo da perspectiva do intérprete. A Constituição de 88 prometeu um Estado Social, repercutindo o que ocorria majoritariamente na Europa Ocidental

pós-guerra, com um atraso de duas a três décadas. Esse atraso é relevante para entender a peculiaridade da transição neoliberal no Brasil. O Estado garantidor da dignidade humana tem custo elevado e contraria o movimento da economia global do fim do século XX e atual (Santos, 2008). Com a economia conectada ao mundo, o Estado brasileiro passou a boicotar a Constituição, porque o modelo constitucional rígido dificultava a transição. Para tanto foram várias investidas com diversas leis e emendas constitucionais.

O texto constitucional originário já previa o controle fiscal pela Regra de Ouro, indicando que a questão já existia naquele momento, ao proibir a emissão de títulos de dívida para pagamento de despesas correntes; a Lei de Responsabilidade Fiscal (2000) veio em seguida, com a exigência de geração de resultado primário nas contas do governo e limites para o montante da dívida pública; a Emenda 95/2016 é outra norma importante ao estabelecer o teto de gastos e em 2023 temos o Novo Marco Regulatório, que estabelece um teto de 70% da receita para o crescimento de gastos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) limitou o endividamento, impôs maior planejamento fiscal, metas fiscais trienais e maior controle pelos Tribunais de Contas. Entretanto, os entes federativos encontraram inúmeras brechas e contornaram a lei com o passar dos anos. Um exemplo contundente foi o mecanismo da pedalada fiscal, que acabou por envolver Dilma Rousseff no **impeachment**.

A Emenda 95/17 foi a norma que produziu os efeitos e o debate mais recentes, razão por que terá mais atenção. O regime fiscal instituído com a Emenda 95 impôs um limite às despesas primárias totais, de forma individualizada para os três poderes e demais órgãos com autonomia financeira, com vigor para vinte anos. Com início em 2017, com gastos limitados pelo gasto do exercício anterior (2016), corrigidos pela inflação, assim também para os próximos anos, com exclusão de alguns gastos e com possibilidade de revisão após dez anos. Fruto de uma concepção ortodoxa da economia, a medida partiu de pressupostos liberais, onde os gastos em excesso do governo geram inflação e atrapalham as trocas do mercado.

358

De 2008 a 2015, a despesa primária do governo brasileiro cresceu 51% além da inflação e a receita cresceu 15,5% (Brasil, 2016a). De 2013 a 2017 a relação dívida/PIB cresceu de 50,5% para 70,2%. Na justificativa oficial da Emenda apontou-se que o Brasil não se ateu ao momento de baixo crescimento da economia. Justificou-se que a Emenda ocorreu para mais previsibilidade na macroeconomia e mais confiança dos agentes, com efeito na redução das taxas de juros e, conseqüentemente, na redução da dívida (Brasil, 2016b). Os ortodoxos em geral afirmam que o crescimento contínuo da despesa primária leva a um crescimento insustentável da carga tributária.

Para Mendes (2021, p. 11), o crescimento do gasto público no Brasil desde o início da redemocratização foi financiado primeiramente pela receita resultante da inflação e depois do Plano Real pelo crescimento da carga tributária. Também segundo o autor, de 2005 a 2013 fomos beneficiados pelos preços internacionais favoráveis das **commodities** e de 2013 a 2016 a relação entre a dívida bruta e o PIB saltou em 16 pontos, com uma carga tributária num percentual elevado do PIB. Então surgiu a regra do teto, depois de tentarmos uma contenção do endividamento com a regra de ouro, com a Lei de Responsabilidade Fiscal e com a exigência de resultados primários (Mendes, 2021, p. 15). Mendes (2021, p. 16) afirma que a regra do teto tem como vantagem não ser atrelada ao PIB ou à receita, o que se evita um mecanismo procíclico. A adoção de um limite nominal corrigido pela inflação não é procíclico porque segura as despesas nos períodos de boom e evita cortes nos períodos de recessões (Mendes, 2021, p. 21).

De acordo com Machado Segundo (2017, P.37) o teto força uma alocação mais eficiente dos recursos públicos no Brasil. Na sua perspectiva temos mais problemas que qualidade do que de quantidade de recursos.

O estudo de Leite (2018), iniciado ainda ao tempo do projeto de emenda 95, com base em modelagem DSGE, para avaliar a sustentabilidade da dívida pública na relação com o PIB, concluiu que a emenda produziria efeitos positivos no equilíbrio fiscal e manteria a estabilidade da dívida pública e concluiu também que o não cumprimento do teto elevaria o endividamento.

Giabagi e Tinoco publicaram, em 2019, uma análise sobre a emenda avaliando a necessidade de uma revisão. Segundo os autores, o controle das contas públicas é fundamental, mas a regra do teto no Brasil não funcionou

adequadamente porque dependia de uma reforma robusta da previdência e num curto prazo e ela não ocorreu. Então eles propuseram um aumento real modesto na despesa e no investimento público, destacando a importância do timing para esse movimento (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 34). Eles argumentaram que a regra só é viável num cenário de crescimento entre 2,5 e 3% e com um controle de gastos da previdência. Com um crescimento de 1% o teto estrangula o governo (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 9). Por fim, eles concluem que é necessário algum mecanismo de flexibilização que evite o agravamento de problemas com a queda dos investimentos públicos (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 16). O teto afeta principalmente as despesas extraordinárias, já que as vinculadas são prioritárias e obrigatórias. Afeta, portanto, os investimentos públicos (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 21). Assim sugeriram: a) substituir o teto rígido de dez anos por uma flexibilização a partir de 2023, com a criação de dois tetos, um de despesa total e outro de despesa corrente, com porcentagem de reajustes do teto (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 23); b) reformar a regra de ouro do artigo 167, suspendendo-a enquanto durar o teto (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 28); c) excluir as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes do rol das exclusões do teto (Giambiagi; Tinoco; 2019; p. 24).

O estudo de Saraiva (Saraiva et. al., s.d.) analisa o crescimento do bem-estar e a eficiência da economia comparando cenários possíveis de crescimento e de estagnação com a E.C. 95/16 e com políticas alternativas de flexibilização do teto com investimentos governamentais para um período de 10 a 20 anos. O estudo leva em consideração a perda da capacidade de compensar os efeitos dos juros da dívida com o crescimento do PIB a partir de 2011 (Saraiva et. al., s.d., p. 2), o que teria justificado a Emenda. A conclusão foi de que há um efeito positivo de bem-estar com a EC/95. Entretanto, os efeitos seriam bem superiores se ocorrer uma flexibilidade dos gastos com investimentos públicos conforme a modelagem apresentada (Saraiva et. al., s.d., p. 19). Segundo os autores o consumo de investimentos públicos está associado à oferta de bens públicos para família e de capital público às firmas, então o controle de gastos pode afetar o bem-estar e a eficiência da economia (Saraiva et. al., s.d., p. 3). Como resultado há um efeito redutor do bem-estar com a política do teto em todos os cenários de crescimento econômico conforme a modelagem analisada (Saraiva et. al., s.d., p. 19). Numa das políticas alternativas, onde durante o período de 10 a 20 anos as transferências e a dívida permanecem constantes, mas é permitido o investimento público flutuar, os ganhos líquidos de bem-estar são bastante superiores ao que foi adotado com a emenda (Saraiva et. al., s.d., p. 19).

Em estudo sobre o impacto da Emenda na eficiência e na produtividade do serviço público de saúde, Oliveira (2021) analisou 137 municípios do Ceará e comparou a eficiência e produtividade do serviço público antes e depois da emenda. Concluiu, com emprego de metodologias quantitativas, que houve queda da eficiência e melhora da produtividade.

Há que se observar que a ortodoxia é hegemônica nas instituições financeiras internacionais porque privilegia a austeridade garantidora da estabilidade no endividamento público. Quanto à eficácia das teorias percebe-se que depende muito do que se pretende com a riqueza. Em sentido oposto, economistas heterodoxos defendem a regulação do mercado e o estímulo público à economia para ativar o ciclo de receitas numa espiral positiva. O keynesianismo é a principal referência, onde menos investimentos públicos implicam também em menos receita para o setor privado. Investimentos públicos encorajam os investimentos privados e criam demanda. A demanda cria a oferta (Belluzzo; Bastos, 2016). É preciso priorizar o crescimento da receita, pois medidas de restrição de gastos frustram o crescimento econômico e, conseqüentemente, o controle do endividamento público. Os tetos de gastos são medidas possíveis para períodos de crescimento e o endividamento brasileiro é principalmente justificado pelas altas taxas de juros. A recessão também alimenta o endividamento do setor privado, então o investimento público ajuda a conter esse endividamento. Entre os economistas heterodoxos é recorrente a defesa da necessidade de uma reforma tributária que diminua a concentração de renda, por exemplo, taxando lucros e dividendos, grandes fortunas e heranças. Para os economistas heterodoxos é preciso aumentar a arrecadação por meio de estímulos estatais, impulsionando o crescimento econômico, pois as políticas de controle de gastos e de investimentos públicos produzem um quadro recessivo.

Segundo Schumura, em estudo de 2017, o problema maior do teto está na dificuldade do Governo Federal administrar despesas expansivas ou incompressíveis (2017, p. 6). Entre as despesas as que crescem por força de

determinação legal ou constitucional, obrigatórias ou rígidas, como os benefícios previdenciários e de assistência social, atreladas a questões demográficas, ao salário mínimo ou ao comportamento do mercado de trabalho, também as de custeio da educação e da saúde (Schymura, p. 7, 2017). O teto de gastos impõe naturalmente um custo social nas áreas de previdência, salário, educação e saúde. Ocorre que há itens tidos como discricionários que não são facilmente dispensáveis, como o controle do espaço aéreo, manutenção de estradas, dragagem de portos, investimentos em tecnologia etc. (Schymura, p. 7, 2017). São despesas paralisadas que gerarão um preço à economia maior do que o descontrole da dívida. Segundo Schymura (p. 7, 2017), imporá uma paralisia ao governo, caso não ocorra crescimento econômico suficiente. O autor aposta que a pressão popular em decorrência do estrangulamento da máquina pública resultará numa flexibilização do teto.

D'Agostini (2020) utiliza o exemplo da pandemia para demonstrar que o Teto de Gastos é uma opção recessiva e mais danosa. Graças ao auxílio emergencial ocorreu uma transferência de renda e evitou um colapso social. Adverte também que haverá um apagão público, porque a quase totalidade do orçamento está comprometida com despesas obrigatórias (D'Agostini, 2020, p. 18). Com a taxa de crescimento populacional e o congelamento do crescimento real das despesas primárias, haverá uma crise social diante da queda per capita dos gastos com políticas sociais, ampliando a desigualdade social (D'Agostini, 2020, p. 19).

A EC nº 95/2016, conhecida como Teto de Gastos, implantada e executada com base de um pensamento convencional com respeito a política fiscal e monetária, não consegue oferecer ao governo manobras de políticas fiscais contracíclicas à economia em ambiente depressivo, como é o caso da economia brasileira (D'Agostini, 2020, p. 18).

Então o economista conclui contrário ao teto na atual circunstância, afirmando que déficits fiscais são indispensáveis para evitar a continuidade de uma depressão econômica (D'Agostini, 2020, p. 25).

360

Com a Lei Complementar 200/23 houve uma nova regra fiscal, de acordo com o que já estava previsto na Emenda 95/17. É a alteração para um modelo mais flexível, onde os gastos públicos podem crescer, mas de acordo com o crescimento da receita, a regra é manter as despesas abaixo da receita, com as possíveis sobras destinadas apenas a investimentos e com uma alegada gestão sustentável da dívida pública. O crescimento da despesa ficou condicionado a uma combinação de 70% da variação positiva da receita entre crescimento efetivo e inflação. Se ocorrer um crescimento zero acima da inflação o crescimento da despesa poderá ocorrer até 0,6%. Por outro lado, o aumento da despesa é limitado a 2,5% acima da inflação.

A análise recorrente é a de que o controle do endividamento depende agora de um crescimento da economia, porque não há uma previsão de corte de despesas e de aumento de receita fiscal. Segundo Santos e Bittencourt (2023), que analisaram a lei ainda quando era o PL 93/2023, há esforço para ter uma regra fiscal, mas ela padece de duas limitações: não estabelece um resultado substantivo que não dependa da decisão orçamentária e ignora os componentes da equação financeira pública à exceção das despesas e das receitas. Ainda segundo Santos e Bittencourt (2023), o que muda em relação à regra do teto é que agora há um mecanismo com uma estrutura combinada de âncora fiscal e regra operacional. Em outras palavras, não há um objetivo geral fiscal, como é a âncora. A nova lei contém regras operacionais sem se fixar no que pretende obter no futuro com o endividamento e com o tamanho do Estado. Há, portanto, uma aposta, a se definir.

3 A POLÍTICA DE CONTROLE FISCAL E AS IMPLICAÇÕES NO SISTEMA JURISDICIONAL E NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS

Bercovici (2006) afirma que se instalou aqui no Brasil um *Estado de exceção econômica permanente*. Uma condição econômica que condiciona e trava todo o debate político, anula o debate político em torno de um discurso econômico hegemônico.

O Estado de Exceção significa uma ampliação excepcional de poderes do Poder Executivo para se governar por decretos com força de lei (Aganben, 2004, p. 17), em detrimento da separação de poderes. Pois bem, numa variação do Estado de exceção permanente, ocorre atualmente um Estado de exceção econômica permanente, especialmente na periferia do mundo. Conforme Bercovici (2006, p.95) ocorre na América Latina e no Brasil. Este Estado ocorre em razão do “decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro” (Bercovici, 2006, 96). As leis de emergência que no centro capitalista servem para o bem-estar coletivo, na periferia servem para limitar direitos sociais (Bercovici, 2006, 97). A pressão externa para a adequação das políticas econômicas ao padrão neoliberal força o Estado à adoção permanente de medidas de exceção e emergência, tão recorrentes que faz parecer que a exceção tornou-se a regra (Bercovici, 2006, 97).

A perspectiva jurídico-constitucional de Mariano (2017, p. 262) é a de que a Emenda 95/16 foi economicamente antidemocrática, porque inviabilizou a expansão e até mesmo a manutenção de políticas públicas em benefício dos credores da dívida pública. A autora, contrária ao teto, argumenta que há um juízo negativo impróprio do déficit fiscal, sinônimo de incompetência e irresponsabilidade, o que pode ser visto de outra forma, como sinônimo de uma política desenvolvimentista (2017, p. 267). Entretanto, o argumento mais contundente em seu texto é um argumento político: a sociedade brasileira deseja o Estado Social presente na Constituição e isso requer investimento público (2017, p. 268). Em seu artigo a autora faz uma revisão bibliográfica no sentido de apontar alternativas ao teto de gastos. Em síntese ela concluiu que é necessário mudar o ângulo do equilíbrio fiscal, deixando de penalizar os gastos e reformando o sistema de arrecadação com medidas que reduzam a concentração da renda, retirando privilégios públicos a grandes empresas, melhorando a eficiência da tributação sobre as heranças, contendo os abusos dos grandes bancos e tributando os lucros (2017, p. 275).

Para demonstrar como o Teto de Gastos da Emenda 95 afetou as políticas públicas para direitos sociais os exemplos mais importantes são as despesas com saúde e educação. O texto original constitucional estabelece porcentagens da receita para estas despesas. Com o teto estes valores já não são os mesmos, pois estão vinculados à despesa realizada no exercício fiscal do ano anterior (Machado Segundo, 2017, p. 34). Mesmo que ocorra um crescimento da economia não haverá um crescimento da receita para esses serviços, haverá apenas uma correção da inflação. Como são serviços de demanda crescente, a queda proporcional de receita resultará em perda da qualidade do serviço. A arrecadação a mais com o crescimento é para ser destinada ao pagamento da dívida, em detrimento dos serviços públicos.

Mas essa situação ocorre também porque a opção brasileira pelo Estado de Direito garantidor da dignidade da pessoa humana é tardia e por isso repercutiu aturdida e sem chão as revisões dos países centrais sobre o papel do Estado Social. No Brasil, antes de ocorrer sua consolidação de uma estrutura de segurança social incorporada à noção popular de cidadania e preparada para ajustes consequentes do jogo entre a política e a economia já se iniciou a sua desarticulação (Santos, 2008). As reformas no governo Fernando Collor são amplamente conhecidas nesse sentido. E o que se pode dizer, em síntese, sobre essas revisões conceituais do Estado social no que interessa ao problema dessa pesquisa? O ponto de partida é a constatação de que a proteção estatal dos direitos sociais é indissociável do planejamento orçamentário, de onde se deriva o desafio de eleger políticas públicas, de entender a reserva do possível e de compatibilizar essa eleição com a proteção de direitos e com um mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. Formou-se uma encruzilhada na disputa pelo protagonismo na eleição das prioridades sociais. A definição do orçamento é uma competência conjugada entre executivo e legislativo, mas a Constituição garante direitos que o judiciário considera de sua alçada proteger, independentemente do que foi previsto no orçamento. Nesse cruzamento a seguinte constatação: “por definição, todos os recursos valiosos são escassos” (Amaral e Melo, 2010, p. 79) e o principal exemplo brasileiro é a gestão da saúde pública, estrangulada entre os custos da estrutura ofertada genericamente e os custos das respostas judiciais às demandas individuais.

Fattorelli (2019, p. 122) afirma que se instituiu no Brasil um mecanismo de desvio orçamentário pelo modelo de endividamento público que garante a maior parte do orçamento público para o sistema financeiro de créditos de dívida pública em detrimento das políticas sociais: “dados oficiais comprovam que o problema das contas públicas nunca esteve nos gastos sociais, mas sim, no gasto financeiro com juros”, com taxas de juro elevadas e outras medidas cambiais injustificáveis.

Apesar do superávit primário de mais de 1 trilhão no período de 1995 a 2015, a dívida interna federal aumentou de 86 bilhões para quase 4 trilhões no mesmo período. Seguiu crescendo principalmente devido aos mecanismos de política monetária do BC (Fattorelli, 2019, p 123).

Torres (2010, p. 63) afirma que o problema brasileiro para a questão ocorre por não separar os direitos sociais do direito ao mínimo existencial, sendo que aqueles dependem inevitavelmente de previsão orçamentária e de eleição pelo legislador. A confusão entre eles levou a uma judicialização de direitos em detrimento das políticas sociais mais propícias à universalização e à garantia dos respectivos direitos. Para Torres (2010, 74) o mínimo existencial deve ser garantido independentemente da previsão orçamentária. Amaral e Melo (2010) fizeram o seguinte questionamento: há direitos acima dos orçamentos? O que ocorre é que a justiça brasileira vive o dilema de decidir entre um direito como o direito à vida e a questão orçamentária. No momento em que as decisões judiciais passaram a consumir boa parte do orçamento destinado à saúde pública, em detrimento das políticas públicas básicas e em detrimento da maioria da população que faz uso do serviço público de saúde, a questão virou um dilema. Wang (2010) analisou um período de jurisprudências do STF e constatou uma mudança a partir de 2007 com decisões revendo a prevalência do direito à saúde ante o orçamento possível.

A imposição do teto orçamentário agrava o problema, a Administração é estrangulada entre as restrições orçamentárias e as decisões judiciais. A decisão de impor limites orçamentários ocorre por pressão dos diversos setores econômicos e do modelo liberal de gestão pública orçamentária, enquanto que a necessidade de prestação de serviços sociais ocorre por pressão popular. A orientação mais à esquerda ou à direita em cada governo indica o resultado mais provável nessa disputa. O poder judiciário tende a repercutir a opção constitucional de 1988, mas as indicações políticas para as cortes superiores repercutem em alguma medida o jogo ideológico.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A seleção das jurisprudências ocorreu conforme uma boa distribuição no período delimitado, com uma variedade de ministros e a pertinência com a problematização, a partir da palavra-chave “reserva do possível”. A ADPF 45, de 2004, introduz bem a questão. É uma jurisprudência emblemática, discutiu, em essência, a “legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental” (Mello, 2004). A discussão conjuntural foi a garantia constitucional de recursos mínimos no orçamento para a saúde pública por conta de um veto presidencial a um dispositivo da lei orçamentária correspondente à garantia constitucional de recursos para o serviço de saúde. O STF entendeu, pelo voto do Min. Celso de Mello, que a ADPF é o instrumento adequado para tanto, mesmo sendo a discussão sobre o orçamento público um tema essencialmente político. O Poder Judiciário pode, excepcionalmente, atuar para garantir que a Constituição não seja desrespeitada por meio de omissão do Estado. A liberdade de conformação do legislador e a liberdade de atuação do executivo não são absolutas. Entretanto, ao citar a teoria da reserva do possível, o Ministro ressaltou que os direitos sociais devem ser efetivados conforme a disponibilidade recursos e a sua evolução gradual, o que não se confunde com a manipulação artificial do orçamento para evitar a garantia de tais direitos. O Min. recorreu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na gestão pública. Também merece destaque na decisão a conclusão de que a ADPF é um instrumento idôneo e apto para viabilizar a

concretização de políticas públicas previstas na Constituição, ainda que derivadas de conteúdos programáticos, para não incorrer em de inconstitucionalidade por omissão (o que não se confunde, conforme o voto, com a formulação e implementação de políticas públicas). O judiciário não deve intervir no juízo de conveniência e oportunidade das políticas públicas, mas pode, excepcionalmente, combater as arbitrariedades do legislador e do administrador. Por fim, concluiu o Min., a meta central da Constituição é a promoção do bem-estar do homem garantindo o mínimo existencial (Mello, 2004).

Essa decisão revelou uma flexibilização da separação de poderes e se tornou um importante precedente. O ano do julgamento, 2004, também é sugestivo: próximo à Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000. A decisão não versou diretamente sobre essa lei, mas foi um sintoma desse primeiro momento de política de austeridade fiscal versus implementação de políticas públicas constitucionais. É considerada uma decisão emblemática e norteadora de diversas outras e contemplou o debate sobre os limites do Judiciário na definição dos orçamentos. Celso de Mello é citado diversamente nas demais jurisprudências selecionadas aqui, mas sempre com o mesmo sentido: excepcionalmente é possível intervir.

O Min. cravou o critério de garantia do mínimo existencial, o que é a priori coerente com a Constituição, mas não elimina dois desafios sistêmicos: a) qual o parâmetro para eleger o que é minimamente existencial que não seja um juízo arbitrário? b) Na definição do que é o mínimo existencial deve prevalecer, a princípio, uma escolha legal, ajustada pela discricionariedade administrativa e somente em último caso modulada pelo juiz. Então é improvável que o juiz possua uma regra que com serventia definitiva, pois ele atua com o imponderado.

Na ADPF 347, uma importante decisão de 2015, que discutiu a situação carcerária brasileira, o Min. Marco Aurélio de Mello, relator do processo, afirmou que “a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciado” (Mello, 2021, p. 22). Também afirmou o ministro: “Não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentam obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas” (Mello, 2021, p. 13). Na ADPF os autores da ação alegaram que há no Brasil um “estado de coisas inconstitucional”. O “estado de coisas inconstitucional” é um instituto criado no direito colombiano e significa, em síntese, uma violação generalizada de direitos fundamentais. Mas no mesmo voto o ministro relator afirmou o seguinte:

cabe ao tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias (Mello, 2021, p. 12).

O desfecho da ADPF somente ocorreu em 2023, prevalecendo o voto do Min. Barroso e com a unanimidade do reconhecimento do “Estado de coisas inconstitucional” e determinando o prazo de seis meses para o governo elaborar um plano de intervenção e três anos para execução, com políticas públicas que melhorem a situação dos presídios, com monitoramento pelo CNJ e supervisão do STF.

Contribuiu decisivamente para a decisão a situação calamitosa do sistema carcerário brasileiro, mostrando-se uma situação extrema, legitimadora da ingerência do judiciário na competência dos outros poderes. A instrução revelou o que é sabido de todos: uma violação imensurável de direitos humanos pelo Estado brasileiro. Em seu voto o Min. Mello afirma que a responsabilidade é de todos: os três poderes em todos os níveis federativos (Mello, 2021). Cabe aos poderes legislativo e executivo elegerem as políticas sociais na delimitação orçamentária, mas cabe ao poder judiciário apontar as inconstitucionalidades que devem ser superadas por meio das políticas públicas. Neste sentido a decisão da ADPF estabeleceu prazos e parâmetros para ações necessárias dos outros poderes, mas sem definir objetivamente quais serão as políticas. Determinou, por exemplo, a liberação do Fundo Penitenciário Nacional (um recurso para a implementação das políticas públicas).

No voto do Min. Barroso, que prevaleceu, destaca-se o seguinte: trata-se de um julgamento estrutural, “que tem por objeto uma situação persistente de desconformidade do funcionamento burocrático que causa ou perpetua a violação de direitos fundamentais, cuja solução envolve a correção ou formulação de políticas públicas” (Barroso, 2023, p. 22). Os processos estruturais afetam o funcionamento do sistema e condiciona ocasionalmente a rigidez de princípios, como no caso a separação de poderes. Barroso divergiu do relator no seguinte aspecto: defendeu a participação do CNJ na elaboração dos planos governamentais, bem como a necessidade de homologação pelo STF. No voto do Min. há uma orientação rica de como deve ocorrer esse plano. Portanto, mais do que a determinação de efetivação de políticas públicas, a sentença orienta como elas devem ocorrer.

No RE 592.581/RS, de 2015 e de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, onde se decidiu sobre obras de manutenção em presídios, com o recorrente alegando quebra da separação de poderes e afetação da reserva do possível, o ministro indeferiu o recurso e autorizou as obras, com decisão de repercussão geral, mas somente após argumentar que não se tratava de uma afetação à reserva do possível, resumida a seguir:

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. (...). Não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados (Lewandowski, 2015, p. 37-40).

O argumento principal do Min. é a intervenção jurisdicional apenas diante da omissão administrativa que põe em risco grave direito fundamental (demonstrados no processo). Então não é uma hipótese ampla, mas apenas nos casos graves e diante da omissão estatal.

364

Mas também o Min. se esforça para rechaçar a hipótese de oposição entre a reserva do possível e a implementação de políticas públicas no caso sub judice. O ponto de partida para fundamentar a legitimidade de intervenção do poder judiciário diante do quadro de calamidade do sistema prisional brasileiro é o reforço à superação da ideia de normas constitucionais programáticas para direitos fundamentais, uma questão que ainda anima os debates jurídicos. A violação desses direitos supera as discussões sobre as normas programáticas e também a invasão à seara administrativa (Lewandowski, 2015, p. 26).

O Min. também fundamenta a sua decisão a favor da intervenção com base na violação a diversos dispositivos legais, por exemplo, da Lei de Execução Penal, de regulamentos administrativos, de normas internacionais que o Brasil é signatário e condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da situação carcerária. O argumento do Min. é o de que há uma situação generalizada de descumprimento de diversas normas e, portanto, a reserva do possível não pode prevalecer nesta situação.

Convém destacar que foi uma decisão de repercussão geral, portanto uma jurisprudência a se destacar em importância.

No voto do Min. Fachin desse mesmo RE há uma delimitação interessante e esclarecedora da perspectiva do STF à época quanto à teoria da reserva do possível:

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental (Fachin, 2015, p. 23).

Na ADI 6926, de relatoria do Min. Dias Tóffoli, de 2021, referindo-se à prestação do serviço de educação e à destinação de recursos para garantir o acesso à internet a alunos e professores da educação básica pública em virtude

da covid-19, o autor, Presidente da República, alegou que a inconstitucionalidade da Lei 14172/21, por condicionantes fiscais, o teto de gastos e princípios como a eficiência e a proporcionalidade ao transferir recursos da União para os entes federativos. O ministro concluiu o seguinte, julgando improcedente a ADI:

Demonstrada a observância da regularidade orçamentária da proposição legislativa, o cumprimento da meta de resultado primário, da regra de ouro e do teto de gastos deve ser aferido ao final do respectivo exercício financeiro, a permitir que a realização da despesa busque a devida compensação, de forma a garantir a neutralidade do orçamento. A discussão sobre o mérito desse processo de adequação e de escolhas de prioridades, porém, é reservada ao campo político e administrativo, cuja análise escapa à competência do poder judiciário (Tóffoli, 2022).

Mas o Min. em seu voto insistiu na necessidade de adequação das leis que gerem despesas estejam em conformidade com as limitações orçamentárias. Neste caso, na perspectiva do magistrado, não houve problema, uma vez que ocorreu a demonstração de conformidade no projeto de lei. Mas é interessante observar que o direito à educação, que foi ameaçado gravemente pela condição excepcional da pandemia, foi condicionado pela limitação orçamentária. Destoa, portanto, da orientação geral observada nas demais jurisprudências (ressalvado o fato de se referir à criação de uma lei protetiva e não uma decisão judicial de proteção a um direito):

A apresentação da estimativa do impacto financeiro e orçamentário configura uma medida que uma gestão fiscal prudente, ao condicionar a criação ou a alteração de uma despesa obrigatória à demonstração de que a proposta não comprometerá a capacidade do estado de custear as demais atividades que lhe cabem, proporcionando o controle financeiro das opções políticas adotadas pelo Poder Legislativo (Tóffoli, 2022, p. 13).

A Mandado de Injunção 7300, em acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes, discutiu a omissão do executivo federal em fixar o valor do benefício quanto à renda básica cidadã garantida pela lei 10835/04. Decidiu-se que a reserva do possível não pode limitar direitos básicos e nem privar o indivíduo de dignidade considerado o mínimo existencial, julgou-se procedente o pedido fixando o benefício de renda básica em um salário mínimo, até que sobrevenha a regulamentação pelo Executivo. Neste caso cabe destacar que a decisão se refere a um Mandado de Injunção, ou seja, a hipótese do judiciário responder ante uma lacuna normativa. Em outra passagem o Min. complementa que a mera alusão à reserva do possível não justifica suficientemente mudanças prejudiciais a benefícios sociais. Mas também ressaltou, em síntese, que a renda básica em questão se aplica apenas a pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica, porque o programa de renda básica tem de estar de acordo com o grau de desenvolvimento do País e a possibilidade orçamentária (Mendes, 2023). Outra questão neste julgado é que se trata de uma decisão para um caso concreto sem efeito *erga omnis*, ou seja, seu efeito é restrito e não afeta politicamente o debate orçamentário. Fica a dúvida se o STF seria tão incisivo na defesa de direitos numa decisão de alcance mais abrangente.

O Ministro Edson Fachin, no ARE 1269451 AgR/RS, em 2021, referente a obras de infraestrutura de mobilidade urbana (a manutenção de uma ponte entre as ilhas Mauá e Pintada, único acesso por terra a Porto Alegre) decidida em Ação Civil Pública e alegada a afetação da reserva do possível e da separação de poderes, decidiu que não há “violação ao princípio da reserva do possível, visto que não cabe sua invocação quando o Estado se omite na promoção de direitos constitucionalmente garantidos”, o mesmo vale para a separação de poderes nestes casos (Fachin, 2021). A decisão estabeleceu um prazo de dezoito meses para a execução, sob pena de multa. É uma resposta que sintetiza a jurisprudência, num esforço para dissociar a reserva do possível e os direitos fundamentais. Trata-se de uma resposta básica para os casos fáceis.

O Ministro Gilmar Mendes no ARE 1348154 AgR, de 2022 decidiu contrário ao Ministério Público que pleiteava a realização de obras para área de risco de deslizamento de terra em comunidade do Rio de Janeiro. O Min. alegou que ficou demonstrado a realização de medidas pela administração no sentido de solucionar o problema. Mas o Min. argumentou o seguinte: a “jurisprudência consolidada dessa Corte, que admite atuação do Poder Judiciário na determinação da implementação de políticas públicas apenas em situações excepcionalíssimas, notadamente quando

caracterizado grave risco de violação a direitos fundamentais” (Mendes, 2022). Fez também um acréscimo relevante na decisão: a ênfase de que o STF preserva a perspectiva de que os direitos fundamentais prevalecem sobre as demais questões, entretanto, a intervenção jurisdicional para efetivar direitos quando implica em despesa pública ocorrerá somente em atuação excepcionalíssima. O Min. Fachin discordou do voto argumentando que a orientação tradicional da Corte é pela preservação de direitos e as constantes chuvas consequentes das alterações climáticas requerem uma intervenção estatal mais efetiva para situações como esta sub judice (Fachin, 2022). Os demais Min. discordaram sobre a caracterização da excepcionalidade, ao fim o Min. Fachin foi vencido.

Na ADI 6930, de 2023, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, versando sobre a reposição de cargos vagos por entes federados que aderiram ao Regime de Recuperação Fiscal e, conseqüentemente, sobre a inconstitucionalidade da União em regular o teto de gastos dos respectivos entes em função da Lei Complementar 178/21, o Ministro responde:

Responsabilidade fiscal não tem ideologia. Não é nem de direita, nem de esquerda, não é nem monetarista, nem estruturalista. É apenas um pressuposto de economias saudáveis. O descontrole fiscal traz recessão, desemprego, inflação, desinvestimento e juros altos (...). Criação e fiscalização da aplicação de normas fiscais rígidas, que impeçam o crescimento descontrolado das despesas públicas, realização de reformas estruturais, que diminuam paulatinamente o peso das despesas obrigatórias dos orçamentos públicos. (...) A previsão de um teto de gastos como limitador geral do crescimento das despesas públicas é questão política de alta voltagem, razão pela qual a opção por um modelo ou outro insere-se na liberdade de conformação do poder legislativo (Barroso, 2023, p. 1).

366 Não convém aqui discutir o tema central da decisão sobre os desdobramentos do pacto federativo e que motivou a ação, mas apenas a questão conceitual da responsabilidade fiscal abordada paralelamente. Apesar da negativa no discurso do Min., é sabido que a responsabilidade fiscal tem conotação ideológica, atualmente marcada pela maior ou menor flexibilidade no controle dos déficits orçamentários. Normalmente negar essa conotação é aderir a controles mais rígidos. Em outra passagem, mais adiante no julgamento, o Min. afirma que “o Estado brasileiro é gigantesco, ineficiente e frequentemente corrompido, razões pela qual precisa ser enxugado” (Barroso, 2023, p. 14). Não é uma frase retirada do contexto, ela é uma síntese do discurso adotado no voto, pois a apreciação da ineficiência do Estado brasileiro tem vários ângulos e a adoção de uma gestão eficiente não passa necessariamente pelo Estado mínimo. A defesa do Estado mínimo é essencialmente ideológica e na maioria das vezes significa restringir a prestação de serviços públicos sob o dogma ou mantra da corrupção e da ineficiência. Sem atribuir palavras ao Min., normalmente a defesa radical da responsabilidade fiscal é acompanhada pela teoria da reserva do possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na revisão bibliográfica apresentou-se a delimitação do problema de pesquisa e as premissas necessárias: a) o cenário econômico que resultou na defesa radical da política de controle fiscal; b) a opção constitucional de 88 pela incorporação ampla de direitos fundamentais e os desafios para a sua efetividade. Discutiu-se o conflito entre Estado Social proposto na Constituição de 88 e a política econômica de controle orçamentário rígido decorrente do neoliberalismo. Diante das limitações constitucionais à atuação jurisdicional do STF a pesquisa percorreu por um conjunto de jurisprudências no período delimitado com foco na identificação de sua orientação não somente considerando a interpretação do sistema normativo, mas os desdobramentos políticos próprios de uma Corte Constitucional.

Na pesquisa da jurisprudência o filtro foi o conflito entre despesas públicas para efetividade de direitos fundamentais e controle fiscal fundado na teoria da reserva do possível.

Ocorreu no Estado brasileiro uma transição de discurso de um Estado Social para um Estado Neoliberal. Mas o texto constitucional é marcadamente social e o movimento de transição esbarrou na rigidez constitucional. O

problema dessa pesquisa é a identificação do discurso no STF no período em que se adota a transição normativa para o controle fiscal, desde a Constituição de 88 com a regra de ouro até o presente.

O conjunto de decisões judiciais analisadas está distribuído no período principal do debate atual acerca do controle fiscal no Brasil e repercutiu nas políticas públicas de efetivação de direitos sociais. É um período significativo de vinte anos entre decisões de vários ministros que indicam uma resposta homogênea, ora protetiva dos direitos fundamentais, ora aderindo ao controle fiscal.

Verificou-se o seguinte: há uma homogeneidade nas decisões, mas ocorreram duas tensões no seu conjunto: primeira, uma mudança sutil observada no período inteiro a partir da comparação entre as primeiras e as últimas jurisprudências onde a defesa do controle fiscal tornou-se mais acentuada; segunda, derivada da constatação anterior: havia especialmente nas primeiras decisões um dilema subentendido: atingir a habilidade de se obter uma decisão ponderada que não seja acusada de omissão por alguma das partes, num esforço em demonstrar a seguinte mensagem: foi feito o possível no compromisso de guardar a Constituição e ao mesmo tempo atender às demandas da orientação do sistema econômico.

Observou-se que o STF optou pelo juízo de proporcionalidade caso a caso para o jogo conflituoso entre direitos fundamentais sociais e o controle fiscal, pela reserva do possível. A orientação incontestada em todas as jurisprudências analisadas foi a de que prevalece a intervenção jurisdicional sobre a alegação de reserva do possível e a alegação inviolabilidade da separação de poderes quando ocorrer ameaça grave aos direitos fundamentais. O STF reconhece a validade da teoria da reserva do possível, mas ela não pode ser alegada artificialmente e sem uma sólida fundamentação.

Outra constatação mais sutil é a de que houve no período das jurisprudências um movimento tendencioso à defesa do controle fiscal. Registre-se que a escolha das jurisprudências foi aleatória com base na palavra-chave reserva do possível, para escapar de um resultado tendencioso. O que se encontrou foi uma jurisprudência referencial, de 2004, a ADPF 45, com voto do Min. Celso de Mello, com uma defesa enfática dos direitos fundamentais e repercutindo por todas as demais. Já nas últimas jurisprudências, entre 2021 e 2023, com votos de Dias Tóffoli, e Barroso, a defesa do controle fiscal aparece com mais ênfase. Por exemplo, no ARE 1348154 Fachin é vencido amplamente por Gilmar Mendes, diante da situação de risco numa comunidade do Rio de Janeiro. Frise-se que Mendes não contrariou a orientação tradicional, mas flexibilizou a sua interpretação.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, G.; MELO, D. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. Campinas-SP: Ed. Cortez, 1997.

BARROSO, L. R. **ADPF 347** (acórdão de inteiro teor). STF, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>

BARROSO, L. R. **ADI 6930** (acórdão de inteiro teor) STF, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769781013>

BELLUZZO, L. G.; BASTOS, P.P.Z. **Uma crítica aos pressupostos do ajuste econômico** (out. 2016) Folha de São Paulo, São Paulo, 9 out. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/10/1820798-uma-critica-aos-pressupostos-do-ajuste-economico.shtml>. Consulta em: 23.02.2023.

BERCOVICI, G. **O Estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar. Fortaleza, v. 11, p.95-99, fev. 2006. Consulta em 22.05.23. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/780/1640>

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Poder Legislativo. PEC 241, 15 de junho 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 15 jun. 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1468431&filename=PEC241/2016. Consulta em: 23.02.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 241/2016. Proposta de emenda à Constituição. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://www.camara.com.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>. Consulta em: 23.02.2023.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

D'AGOSTINI, L. L. M. **Pandemia do Covid-19 e a urgência da extinção do teto de gastos**. A Economia em Revista. Maio/agosto 2020, v. 28, n. 2, p. 11-29. Consulta em 02.03.2023; disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EconRev/article/view/56954/751375151545>

FACHIN, E. **Recurso Especial 592.581/RS** (voto), STF, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>

FACHIN, E. **ARE 1269451 AgR/RS** (acórdão). STF, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757416287>

FACHIN, E. **ARE 1348154 AgR** (acórdão), STF, 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760120972>

FATTORELLI, M. L. Crise fabricada expande o poder do mercado financeiro e suprime direitos sociais. **Direitos humanos no Brasil 2019**. p. 119, 2019. Consulta em 28.04.2024. Disponível em: http://www.social.org.br/files/pdf/relatorio_dh_2019.pdf#page=120

GIAMBIAGI, F; TINOCO, G. **O teto do gasto público: mudar para preservar**. BNDS: textos para discussão. Setembro de 2019. Consulta em 12.02.23. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/18620/1/PRFol_Teto%20do%20gasto%20publico_BD.pdf

LEITE, A. R. **Trajatória da dívida pública no Brasil: análise de cenários sob a regra do teto de gastos públicos (PEC 55/241) dentro da estrutura de um modelo DSGE**. Salvador: UFBA, 2018. Consulta em 13.02.2023. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/28875/3/tese%20para%20ser%20substituida%20no%20reposit%3%b3rio%20da%20UFBA.pdf>

LEWANDOWSKI, R. **Recurso Especial 592.581/RS** (acórdão), STF, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>

MACHADO SEGUNDO, H.B., **Emenda Constitucional 95/2016 e o teto de gastos públicos**. Fortaleza: Rev. Controle. V.12, N.2, p. 22/40, jul/dez. 2017. Consulta em: 14.06.2023. Disponível em: [file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/392-Texto%20do%20artigo-1075-1-10-20180518%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/392-Texto%20do%20artigo-1075-1-10-20180518%20(1).pdf)

MARIANO, C. M. **Emenda Constitucional 95/2016 e o teto de gastos públicos: Brasil de volta ao Estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre**. Revista de Investigações Constitucionais. Vol. 4. N. 1. Jan. Abr. 2017. Consulta em 15.05.2023. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50289/31682>

MELLO, C. **ADPF 45-9** (acórdão). STF, 2004. Disponível em: [file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/343_204%20ADPF%2045%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/343_204%20ADPF%2045%20(1).pdf)

MELLO, M. A. **ADPF 347** (inteiro teor do acórdão). STF, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>

MENDES, G. **MI 7300** (acórdão), STF, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355407351&ext=.pdf>

MENDES, G. **ARE 1348154 AgR** (acórdão), STF, 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760120972>

MENDES, M. **Regras fiscais e o caso do teto de gastos no Brasil**. INSPER, setembro de 2021. Consulta em 13.03.2023. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/09/Regras-fiscais-e-o-caso-do-teto-de-gastos-no-Brasil-2021_Marcos-Mendes.pdf

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OHLWEILER, L. P. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

OLIVEIRA, A. R. V. **Efeitos na eficiência e produtividade dos serviços públicos de saúde com a implantação da Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Ceará: Fortaleza, 2021. Consulta em 06.02.2023. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/58643/1/2021_dis_aroliveira.pdf

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, R. C. L. F. e BITTENCOURT, F. M. R. Novo arcabouço fiscal – avaliação da proposta do poder executivo (PL 93/2023). Orçamento em Discussão. Brasília, maio de 2023. ISSN 25254898. Consulta em 08.11.2023; disponível em: https://dominiumassociados.com.br/wp-content/uploads/2023/05/orcamento-em-discussao_texto-50.pdf

SARAIVA, A. M. et. al., s.d. **Reformas fiscais no Brasil: uma análise da EC 95/16 (teto de gastos)**. Disponível em: <https://caen.ufc.br/wp-content/uploads/2017/10/reformas-fiscais-no-brasil-uma-analise-da-ec-952016-teto-dos-gastos.pdf> Consulta em: 01.02.2023.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SCHYMURA, L. G. **O teto dos gastos e as turbulências que se aproximam**. Conjuntura Econômica, outubro de 2017. Consulta em: 25.02.2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/admin,+CARTA+DA+CONJUNTURA.pdf>

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÓFFOLI, D. **ADI 6926** (acórdão), STF, 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763856673>

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.