

O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

Ao adentrarmos no controle externo exercido pelo Poder Judiciário, é importante que consideremos algumas especificidades, tais como a inércia da jurisdição, a imparcialidade e a função típica jurisdicional, atividade por meio da qual o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito. Em termos de questões relacionadas ao endividamento público (que compreende as políticas fiscais e monetárias) e admitindo-se as particularidades mencionadas, é preciso reconhecer que o controle judicial é, *a priori*, mais limitado do que o controle exercido pelo TCU.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário direcionar recomendações ou atuar concomitantemente a eventuais interessados em uma atividade colaborativa e de assistência para a resolução de problemas ou para o aprimoramento de medidas. Ao contrário do TCU, não se encontra no rol de competências do Judiciário realizar auditorias operacionais para auxiliar o interessado no cumprimento de metas ou de resultados, apesar da possibilidade de rever qualquer decisão do referido órgão de controle externo, conforme orientação do comando previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, que estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo-se, por conseguinte, o acesso à Justiça sempre que houver lesão ou ameaça a direito.

Cabe, igualmente, ao Judiciário, o controle do mérito das políticas públicas, o que se estende ao controle das políticas macroeconômicas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. É preciso, no entanto, ressaltar que as mesmas dificuldades analisadas no capítulo anterior, referentes mais diretamente ao controle efetuado pelo TCU sobre as políticas fiscal e monetária, também são aplicáveis ao controle judicial, sem olvidarmos as exigências de maior contenção por parte desse último quanto ao direcionamento de suas decisões. A título de exemplo, vimos no capítulo antecedente, que o TCU, ao concluir pela ausência de algum dos subitens do

princípio da proporcionalidade, em vez de direcionar comandos impositivos ou anular determinados atos, pode, por razões de razoabilidade, atuar conjuntamente com o órgão/ente fiscalizado para que a assimetria seja expurgada; o que, em regra, não poderá ser realizado pelo Poder Judiciário.⁴⁸⁵

Adicionalmente, é preciso também considerar que o controle judicial de políticas econômicas é influenciado pela compreensão das normas jurídicas econômico-financeiras, as quais, a depender das correntes interpretativas utilizadas ou mesmo do viés ideológico do intérprete, podem vir a apresentar resultados exegéticos bastante díspares, motivo pelo qual, ainda que de forma muito sucinta, faremos uma breve introdução de suas principais características.

4.1 NORMAS JURÍDICAS ECONÔMICO-FINANCEIRAS

4.1.1 Linhas interpretativas

Sem pretender reduzir em demasia as orientações filosóficas que se debruçam sobre o estudo das normas jurídicas, partiremos de duas escolas de pensamento substancialmente opostas: positivistas; e pós-positivistas.

Tratando-se da corrente positivista, há uma centralização da norma jurídica como o objeto da ciência do Direito, afastando-a de juízos morais, devendo o jurista científico deixar de emitir qualquer concordância ou discordância com os valores embutidos na norma e previamente escolhidos pela autoridade competente. Cabe ao jurista, por conseguinte, apenas a constatação se determinada conduta é conforme ou desconforme ao Direito, abstraindo-se de fazer uso de juízos morais e pessoais sobre o tema em análise.

⁴⁸⁵ O Poder Judiciário, no entanto, vem, gradativamente, priorizando a resolução dialógica dos conflitos, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, nos autos da ADI 7.191/DF, o Plenário do Supremo Tribunal Federal homologou acordo entre a União, os estados e o Distrito Federal para a compensação de R\$ 27 bilhões decorrentes das perdas de arrecadação do ICMS sobre combustíveis, derivadas da Lei Complementar 194/2022, que passou a considerar essenciais bens e serviços relativos aos combustíveis, limitando o valor da alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) ao fixado para as operações em geral. Governadores de 11 estados alegaram que a mudança gerou uma redução abrupta da arrecadação, comprometendo a continuidade dos serviços essenciais prestados à população. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.191/DF*, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.2022). Nessa mesma tendência, o Projeto de Lei 3.640/2023, em trâmite na Câmara dos Deputados, inclui a possibilidade de acordo nas situações de litígios nas ações de controle concentrado (art. 55). (BRASIL. *Projeto de Lei n. 3.640, de 2023*. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2374540>. Acesso em: 4 fev. 2025).

O jurista deve, por conseguinte, restringir-se a conhecer única e exclusivamente o próprio objeto do Direito [a norma jurídica], “mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.⁴⁸⁶ Deve-se, ainda, evitar o denominado “sincretismo metodológico”, “que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” uma vez que, “de um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”.⁴⁸⁷

Questões relacionadas à gestão orçamentária do Estado, quando analisadas sob uma ótica estritamente positivista, a princípio, devem afastar de pronto qualquer juízo subjetivo sobre as escolhas promovidas pelos órgãos competentes para a elaboração das leis financeiras. Nesse sentido, quando o legislador decide priorizar o corte de despesas correntes em detrimento das despesas de capital ou, ainda, quando decide conceder determinados benefícios fiscais em vez de conceder subvenções, não cabe ao órgão julgador, com base em um juízo individual valorativo, questionar as referidas escolhas.

Para essas mesmas situações supradescritas, muito provavelmente, haveria soluções diversas se utilizássemos outra vertente jurídico-filosófica: a pós-positivista.⁴⁸⁸ Essa corrente de pensamento centraliza a concretização de direitos fundamentais, e não normas jurídicas ou conceitos. Ao incorporar os diversos valores em conflito em uma sociedade, o Direito não deve se ater a uma mera busca de coerência formal, mas também aos elementos materiais contidos na norma jurídica, o que acaba por trazer para o âmbito jurídico as escolhas pré-jurídicas de uma concepção de justiça, desde as políticas, passando pelas valorativas até mesmo as ideológicas, exigindo-se, por conseguinte, uma nova postura exegética: o comprometimento da norma jurídica com as finalidades materiais assimiladas pelo ordenamento.

⁴⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

⁴⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

⁴⁸⁸ Encontramos diversos posicionamentos críticos ao positivismo Kelseniano, podendo-se destacar a formulação proposta por Robert Alexy, que apresenta uma teoria do discurso prático racional. Em linhas gerais, a referida teoria alerta para a possibilidade do surgimento de dilemas valorativos concretos no âmbito do discurso, pois a sua solução racional somente pode ser encontrada com a utilização da ponderação de interesses, na medida em que não existe um critério absoluto para a solução de um conflito.

No entanto, com relação aos direitos fundamentais, Alexy assume uma postura Kantiana, ao assegurar uma posição privilegiada para os direitos humanos, o que automaticamente implica uma nova postura interpretativa, que, por sua vez, não é livre, mas, sim, comprometida com resultados materiais (CALIENDO, Paulo. Metodologia em direito tributário. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (coord.). *Direitos fundamentais e estado fiscal*: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 575).

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres ressalta que “o intérprete visa a estabelecer as premissas para o processo de aplicação através do recurso à argumentação retórica, aos dados históricos e às valorizações éticas e políticas, tudo dentro do sentido possível do texto”.⁴⁸⁹ Baseado, portanto, na jurisprudência dos valores, o autor destaca uma perspectiva valorativa da atividade interpretativa, a qual não deve se limitar a um método exegético específico, mas considerar, entre as possibilidades oferecidas pelo sentido literal e o contexto da norma, um resultado que melhor se adeque à intenção reguladora do legislador fundamentada em valores incorporados prévia e, sistematicamente, pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, um modelo interpretativo fundado na jurisprudência dos valores e dos princípios, do pluralismo metodológico e do pós-positivismo.⁴⁹⁰

Pelo singular fato de existirem várias orientações voltadas para a interpretação de normas jurídicas, já se constata sua complexidade, estando todas elas sujeitas a críticas e preferências. Nada obstante, o que se precisa ressaltar, de forma muito clara, é que, a depender do viés utilizado, a atividade interpretativa poderá apresentar resultados substancialmente diversos em dado caso concreto. Um exemplo prático será a seguir considerado para melhor elucidação do ora exposto.

Quando a norma constitucional fala em “sustentabilidade da dívida”,⁴⁹¹ a depender da corrente interpretativa adotada, podemos chegar a conclusões bastante díspares. Muito provavelmente, um autor positivista, que prioriza a forma jurídica sobre a essência econômica do fato jurídico, evitará o disciplinamento de outras ciências para se chegar à compreensão do instituto. Logo, pouco importa que determinada linha de pensamento econômico afirme que a dívida é sustentável mesmo que supere determinado percentual do PIB, se efetivamente o legislador adotou um entendimento em outro sentido, isto é, a adoção de um percentual máximo do PIB para o atingimento da dívida pública, impondo, por conseguinte, um limitador ao endividamento.

Nesse sentido, Alfredo Becker aduz que a justiça nada tem a ver com a Teoria Geral do Direito, mas sim com a Filosofia do Direito, a qual se concentra em um momento pré-jurídico. Já o ordenamento jurídico é um instrumento criado pelo Estado que, por sua vez, é a única fonte do Direito. Logo, o fim do Direito não é

⁴⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

⁴⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155.

⁴⁹¹ A EC 190/2021 incluiu o inc. VII ao art. 163 e adicionou o art. 164-A na CF/1988, no capítulo relativo às finanças públicas, estabelecendo que, no primeiro caso, a lei complementar disporá sobre a sustentabilidade da dívida com as suas especificações e, no segundo, que todos os entes federativos devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis.

atingir a verdade, a qual é objeto de outras ciências que promovem “a colheita e a análise dos fatos físicos, biológicos, psicológicos, econômicos, financeiros, sociais e morais”.⁴⁹² Consequentemente, o jurista comete um erro quando aceita e utiliza empiricamente os conceitos das ciências pré-jurídicas, “sem cuidar de pesquisar o novo e diferente conteúdo (significado) que elas passam a vestir no momento em que entram no mundo jurídico”.⁴⁹³

Logo, a sustentabilidade da dívida pública somente pode ser compreendida pelas razões valorativas do legislador e nunca pelas do intérprete. Nesse sentido, ao se considerar a sistematização das regras fiscais no ordenamento brasileiro, em especial a LRF, que estabelece todo um arcabouço normativo de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, não caberia ao intérprete, a título de exemplo, a possibilidade de exercer nenhuma ingerência em termos de política monetária adotada pelos órgãos competentes, ainda que essa política também possa ocasionar efeitos relevantes no que tange à dívida pública. Mesmo que repute “injusta” a não inclusão dessa política nos limites do controle judicial, não cabe ao intérprete proferir nenhuma decisão além dos parâmetros previamente encampados pelo legislador, *in casu*, nas fronteiras circunscritas da política fiscal.

Solução diametralmente oposta seria obtida por um adepto do pós-positivismo. Posicionamento um pouco mais extremado dessa teoria poderia levar à conclusão de que a dívida pública é sustentável desde que os recursos daí oriundos sejam direcionados ao custeio dos direitos fundamentais, ainda que o montante do endividamento venha a trazer consequências preocupantes para as gerações futuras que arcarão com o pagamento de seus encargos. É indiferente, portanto, que o ordenamento jurídico contenha autorização de realização de empréstimos para esse objetivo, pois poder-se-ia extrair de outras ciências, embasado em um juízo moral e de justiça, o fundamento para a constituição dessas operações, ainda que sem a autorização legislativa devida.

No que tange à consideração do controle de política monetária, tendo em vista que correntes econômicas ressaltam seus efeitos na geração da dívida pública, um seguidor do pós-positivismo logicamente admitiria que questionamentos monetários fossem considerados, ainda que o ordenamento jurídico concentre o referido controle apenas no âmbito da política fiscal. Plenamente possível, por conseguinte, que decisões de política monetária do BC ou do próprio governo de ocasião se submetam à atividade exegética do jurista e, por consequência, ao controle judicial.

⁴⁹² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 22.

⁴⁹³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 41.

Conclui-se, portanto, que peculiaridades de ordem política e econômico-financeiras devem ser consideradas para alcançar – e não para alterar ou corrigir – a determinação da lei, “do mesmo modo como se lança mão de noções de medicina legal ou de ciência atuarial e contábil, muitas vezes, para penetrar o sentido, respectivamente da lei penal ou da legislação sobre seguros”.⁴⁹⁴

Para os pós-positivistas, portanto, diante do processo hermenêutico comum a todos os ramos do Direito e tendo em vista a ausência de univocidade da linguagem textual em função do uso de conceitos jurídicos indeterminados, pode-se extrair, entre os significados semânticos possíveis, orientações que se coadunem com os fins e a intenção do legislador, permitindo-se uma valoração do texto em conexão com a realidade social-econômica e os princípios ético-jurídicos.

Logo, totalmente exequível que a resposta seja pela possibilidade de se incluir, na consideração da “sustentabilidade da dívida”, tanto os contornos da política fiscal como as escolhas de política monetária; não por se estar considerando experimentações empíricas ou conceituais da ciência econômica, mas sim, porque uma leitura abrangente do ordenamento jurídico, no que se refere ao controle de política macroeconômica, permite sua fiscalização de forma ampla e geral pelos órgãos competentes.

Mesmo que os dispositivos da LRF contenham toda uma estruturação canalizada para a contenção de gastos públicos, da renúncia de receitas e pelo equilíbrio das contas públicas, “voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal”,⁴⁹⁵ priorizando-se, por conseguinte, um controle em termos de política fiscal; o fato de competir privativamente à União a emissão de moeda, por meio da faculdade de compra e venda de títulos do Tesouro Nacional pelo BC para regular a oferta de moeda ou a taxa de juros,⁴⁹⁶ permite sua inclusão na atividade fiscalizatória do

⁴⁹⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. Interpretação e integração da lei tributária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 40, p. 24-37, 1955, p. 28.

⁴⁹⁵ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição (BRASIL. *Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 4 fev. 2025).

⁴⁹⁶ Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§ 1º É vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º O Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros (BRASIL. *Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 4 fev. 2025).

Estado, bem como uma exegese no sentido de que também a política monetária tem o condão de promover sérias e relevantes consequências para a sustentabilidade do endividamento público.⁴⁹⁷

4.1.2 A ideologia do intérprete

A dicotomia “positivistas e pós-positivistas”, como não poderia deixar de ser, também encontra guarida no âmbito das regras fiscais. A depender da orientação que se adote, conforme já visto no item anterior, o resultado exegético de uma mesma norma jurídica fiscal pode se apresentar de modo bastante diverso e, em alguns casos, até conflitante. De todo modo, não há como deixarmos de considerar a existência de um pluralismo axiológico presente, hoje, na maior parte das constituições dos países de tradição democrática que intercala valores do liberalismo e do Estado social e que, não raras vezes, exige a combinação das hermenêuticas conflituosas.

As normas jurídicas, como produto das escolhas de uma sociedade em determinada época, expressam visões políticas, sociais, econômicas e mesmo ideológicas daquela realidade. Essa constatação traz consequências para a própria concepção de justiça e, em especial, de justiça fiscal, que pode ser orientada para um tratamento mais adequado ao bem comum ou à garantia dos direitos individuais, acabando por desaguar em uma nova dicotomia entre, de um lado, liberdade e segurança jurídica; e, de outro, solidariedade e igualdade.

Tércio Ferraz Júnior alerta que o jurista teórico não deve desconsiderar os fatores sociais, econômicos ou políticos, mas sim que tem de preponderar o aspecto dogmático tendo em vista as limitações interpretativas que o ordenamento jurídico lhe impõe previamente. Deve-se evitar, no entanto, exageros que resultem em um estudo do Direito demasiadamente restritivo, “formalmente infenso à própria existência do fenômeno jurídico como um fenômeno social”⁴⁹⁸.

Deduz-se, em vista disso, que, ainda que um jurista seja entusiasta de uma teoria normativa pura e compreenda que a atividade interpretativa deva se cingir aos estritos limites do ordenamento jurídico, não poderá deixar de considerar que a criação da norma jurídica não é apartada dos fenômenos sociais, políticos e econômicos que a fundamentaram. Evita-se, assim, o risco de distanciamento progressivo do Direito da própria realidade social que embasou sua criação. Em outras palavras, é permitido ao jurista, a partir dos dogmas do ordenamento jurídico, certa flexibilidade quando de sua interpretação.

⁴⁹⁷ Os efeitos da política monetária para o endividamento público já foram analisados de forma mais aprofundada no capítulo 3, especialmente no item 3.3.

⁴⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 57.

Contudo, não se pode negar que o processo de interpretação de uma norma jurídica, além de permitir essa maior liberdade de criação do intérprete em razão da confluência entre norma e realidade social, estará também sujeito às suas disposições ideológicas.⁴⁹⁹

A consideração ideológica individual do intérprete, no processo de construção da norma a partir do texto legal, potencializa os questionamentos e debates quanto ao tema. Há autores que reconhecem a aptidão da ideologia para interferir, de forma mais ou menos gradual, no processo exegético; outros chamam a atenção para seu uso implícito, mesmo quando o intérprete insista que sua atividade é constituída de neutralidade e, ainda, aqueles que negam veementemente a possibilidade de a ideologia ser um dos elementos orientadores da interpretação.

Martha Toribio Leão está incluída entre os autores que afastam a ideologia da atividade exegética ao fazer vigorosa censura ao que, segundo entende, se tornou usual presentemente: a supervalorização da preferência do intérprete em detrimento “daquilo que a Constituição realmente quer dizer” e, ao mesmo tempo, afastando “os aspectos do texto, da história e da estrutura que não se ajustem à sua preferência”.⁵⁰⁰

Entretanto, a autora destaca, em outra passagem da mesma obra, sua discordância com o viés interpretativo que vincula o princípio da solidariedade “à ideia de maior arrecadação tributária possível”, o que, invariavelmente, poderá implicar “uma exigência de que toda manifestação de capacidade econômica gere tributação”.⁵⁰¹

Assim, apesar de reconhecer que a solidariedade seja um princípio voltado para a promoção do bem-estar social, a autora alerta que não existe uma definição na Constituição quanto aos instrumentos que devem ser utilizados para alcançá-la, refutando de pronto o uso precípua da tributação para esse mister. Para embasar essa conclusão, a autora argumenta que “a arrecadação tributária não é a única fonte de custeio do Estado, na medida em que o Estado tem receitas financeiras

⁴⁹⁹ A expressão “ideologia” é aqui utilizada no seu significado fraco, conforme classificação de Norberto Bobbio entre “significado fraco” e “significado forte” de ideologia. Em linhas gerais, o sentido fraco compreende um conjunto de ideias que orientam comportamentos políticos e coletivos, ou seja, valores que orientam a percepção de mundo de um indivíduo, grupo, movimento, época ou sociedade. Já o sentido forte de ideologia fora, originalmente, encontrado em Karl Marx, que destacava a falsa consciência das relações de domínio entre as classes, beneficiando um grupo específico, *in casu*, os detentores dos meios de produção. Para maiores detalhes, ver: (STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto *et al.* (coord.). *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: UNB, 1987, v. 1, p. 585).

⁵⁰⁰ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 218.

⁵⁰¹ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 135.

decorrentes de sua atuação direta na Economia e da exploração dos recursos minerais e dos bens públicos em geral”.⁵⁰²

Ocorre que, apesar de não existir uma estipulação apriorística dos meios a serem utilizados para a obtenção de recursos por parte do Estado na Constituição, não se pode olvidar que o constituinte originário estabeleceu um título inteiro dedicado à tributação e ao orçamento.⁵⁰³ Ainda que tenham sido estabelecidas diversas limitações ao poder de tributar, isto é, normas voltadas para a proteção do contribuinte; deve-se ressaltar que o referido título constitucional atrela a tributação ao orçamento, sendo certo que há todo um arcabouço jurídico criado para integrar os meios de obtenção de recursos tributários que devem, repita-se, ser orientados pelos princípios que amparam os contribuintes e a forma como essas receitas serão distribuídas para custear as diversas despesas do Estado.

Ademais, há um argumento empírico incontestado no sentido de que, na grande maioria dos países, os tributos são, atualmente, a principal fonte de renda estatal a partir da qual o custeio dos gastos públicos é realizado primordialmente por intermédio de tributos, podendo haver outras fontes de receita pública, como as de *royalties*, que sustentam muitos Estados patrimoniais que ainda existem, a exemplo dos Emirados Árabes. Há, ainda, Estados que se sustentam por meio de outros serviços, como o Principado de Mônaco que explora a atividade de jogo. Apesar dessas exceções, a maior parte dos gastos públicos hoje realizados nos Estados do Ocidente é custeada por tributos.⁵⁰⁴

Cabe, portanto, ao Estado-Legislador e ao Estado-Gestor decidirem qual o melhor meio para arrecadar recursos, por óbvio, dentro dos limites do ordenamento jurídico. Não existe, *a priori*, nenhum motivo para excluir a tributação ou menosprezá-la em face de outros meios de arrecadação.

Além disso, as receitas financeiras não se restringem à obtenção de recursos para os cofres estatais, sendo certo que seu manejo tem o condão de provocar relevantes consequências para as finanças públicas uma vez que interfere diretamente na condução das políticas monetária, cambial e fiscal do país, o que poderá ocasionar índices de endividamento público crescentes, com graves consequências sociais, políticas e econômicas.

No que tange à exploração de bens públicos, a questão da sustentabilidade relativa à exploração de recursos naturais não renováveis se trata de um tema hermético visto estar diretamente atrelada à governança das receitas derivadas desses bens, as quais, se

⁵⁰² LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 140.

⁵⁰³ Título VI: da Tributação e do Orçamento (arts. 145 a 169).

⁵⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury. Crédito público e sustentabilidade financeira. *Revista Direito à Sustentabilidade*, UNIOESTE, v. 1, n. 1, 2014, p. 38.

mal-administradas, poderão comprometer os recursos à disposição das gerações futuras, além de ir de encontro ao denominado “desenvolvimento sustentável”.

Ainda que se possa argumentar que a opção pela tributação seria mais prejudicial ao contribuinte, ocasionando, ademais, restrições ao direito de propriedade e à livre iniciativa; não se deve desconsiderar que a escolha por outros meios também produz sérios reflexos na gestão da política macroeconômica do país e no interesse das próximas gerações.

Outro argumento utilizado pela autora, em sua defesa de que a solidariedade não necessariamente deva ser cumprida por meio da tributação, é o de que “os recursos que permanecem na iniciativa privada são capazes de gerar riquezas e produzir benefícios à sociedade como um todo”, concluindo que “é exatamente a não tributação que melhor promove a solidariedade”.⁵⁰⁵

Da simples leitura de suas premissas, é inegável o viés libertário da autora. Como sustenta Michael Sandel, “os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana”.⁵⁰⁶ Acresce o autor que “apenas um Estado mínimo – aquele que faça cumprir contratos, proteja a propriedade privada contra roubos e mantenha a paz – é compatível com a teoria libertária dos direitos”.⁵⁰⁷

Com ideais antigovernamentais e pró-mercado, libertários rechaçam qualquer tentativa de restrição aos direitos da liberdade e da propriedade que seja direcionada para a redistribuição de renda ou da riqueza. Em vista disso, tributos voltados para a efetivação de funções extrafiscais, como a distributiva, são considerados uma forma de coerção inadmissível.

Nesse sentido, Milton Friedman, ao apontar as distinções entre liberalismo e igualitarismo, defende que “a essência da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, em sua liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas”, sujeitando-se “somente à obrigação de não interferir com a liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo”.⁵⁰⁸

Ao tratar do “problema da pobreza”, Milton Friedman expõe que a melhor maneira para combatê-la é com o crescimento econômico dos países que, por sua vez, se dá com a ampliação e o fomento da iniciativa privada. Logo, uma sociedade mais

⁵⁰⁵ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 140.

⁵⁰⁶ SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* New York/USA: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 61-62.

⁵⁰⁷ SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* New York/USA: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 79.

⁵⁰⁸ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. Chicago/ USA: The University of Chicago Press, 2002, p. 269.

rica e desenvolvida teria mais e melhores meios para o enfrentamento da pobreza, seja mediante a ampliação do número de empregos, seja por meio da caridade privada, que seria o instrumento mais desejável para o atendimento das necessidades das pessoas vulneráveis. Segundo ele, o Estado tende a beneficiar grupos específicos, tais como os benefícios gerais para a velhice ou as leis impositivas de um salário mínimo, o que acaba por distorcer o funcionamento do livre-mercado.⁵⁰⁹

Os tributos, seguindo esse raciocínio, não devem ser orientados para uma função redistributiva, mas tão somente para custear as despesas típicas de um Estado mínimo, o qual, precipuamente, deve resguardar as manifestações das liberdades e das propriedades individuais, culminando em uma segurança jurídica ampla para o funcionamento do mercado e das relações privadas.

A título de exemplo, Friedrich A. Hayek, em veemente crítica à tributação progressiva, dispunha que o processo democrático resulta, inevitavelmente, em que “uma maioria tenha um direito de impor, sobre as minorias, cargas tributárias que ela própria não suporta”, havendo “pouca razão para que isso venha a ser usado apenas para discriminação contra os ricos”.⁵¹⁰

Em acréscimo, o autor assevera que a progressividade da tributação não é o único método mediante o qual uma redistribuição de rendas pode ser realizada, sendo certo que eventual caráter regressivo da tributação poderia ser compensado pelos efeitos redistributivos dos gastos do governo, voltados ao financiamento de serviços que beneficiem os mais pobres ou, ainda, por meio da adoção de políticas para subsidiá-los diretamente.

Embora Martha Toribio Leão não o admita expressamente, ao afirmar que “a solidariedade não necessariamente deve ser cumprida por meio da tributação”, que “os recursos que permanecem na iniciativa privada são capazes de gerar riquezas e produzir benefícios à sociedade como um todo” e, ainda, que deve ser garantida a liberdade aos cidadãos “de manifestar a solidariedade para com os outros de outras formas, como, por exemplo, através da filantropia”,⁵¹¹ a autora está, implicitamente, encampando todos os preceitos do pensamento libertário.

Devemos levar em consideração que não é incorreto ou censurável que um autor tenha preferência ou assuma determinada linha de convicção filosófica, política ou econômica; mas que é praticamente impossível verificarmos um índice de

⁵⁰⁹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. Chicago/ USA: The University of Chicago Press, 2002, p. 263.

⁵¹⁰ HAYEK, Friedrich A. Progressive taxation reconsidered. In: SENNHOLZ, Mary (ed.). *On Freedom and Free Enterprise: essays in honor of Ludwig Von Mises*. England: D. Van Nostrand Company, 1956, p. 265-285.

⁵¹¹ LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 140.

neutralidade irrestrito em qualquer manifestação do pensamento, sendo certo que, ainda que não o justifique de forma expressa, a ideologia pessoal do autor exercerá algum tipo de influência na sua atividade interpretativa.

4.2 COMO INTERPRETAR AS NORMAS REFERENTES AO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO?

Analisamos, no capítulo 1, que o endividamento público, dada sua interdisciplinaridade, compreende, de forma ainda mais intensa, o debate referente à aproximação entre Direito e outros ramos da ciência, em especial a Economia.⁵¹²

Se adotarmos uma separação rígida entre as referidas disciplinas, estaremos admitindo a possibilidade de que premissas e conclusões já alcançadas na Economia não sejam incorporadas ao ordenamento jurídico ou, ainda, que sejam inseridas com significados desconformes aos pressupostos econômicos. Por outro lado, se partirmos do adágio de que os corolários estabelecidos pela Economia não podem ser desconsiderados pelo Direito, aquiescemos com a ideia de que cabe ao legislador a escolha quanto às soluções sugeridas pela tecnicidade econômica.

Outra importante consideração que não pode ser olvidada se refere ao reconhecimento no sentido de que as demais ciências também não são dotadas de verdades absolutas. Artigo publicado em 2010, pelos economistas norte-americanos Carmen Reinhart e Kenneth Rogoff, com base em séries de dados históricos sobre dívida governamental e crescimento econômico, concluiu que uma proporção da dívida pública em relação ao PIB maior que 90% estaria associada a taxas de crescimento significativamente reduzidas. De maneira sucinta, isso quer dizer que altos índices da dívida pública em relação ao PIB, em especial quando o índice atinge o percentual de 90%, são prejudiciais ao crescimento econômico, isto é, quanto maior o percentual dívida/PIB, menor tende a ser o nível de crescimento da economia.⁵¹³

Ocorre que outro grupo de economistas,⁵¹⁴ ao analisar o estudo empírico de Carmen Reinhart e Kenneth Rogoff, demonstrou que os resultados obtidos foram influenciados pela escolha seletiva dos dados, erros de codificação no arquivo “Excel” e decisões não convencionais quanto às ponderações estatísticas, o que deu origem a instigantes debates quanto ao tema na academia, tendo os estudos daí advindos encontrado os seguintes resultados: (i) que, de fato, um limite no rácio

⁵¹² Vide item 1.3.

⁵¹³ REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. Growth in a time of debt. *American Economic Review: Papers & Proceedings*, v. 100, p. 573-578, may 2010.

⁵¹⁴ HERNDON, Thomas; ASH, Michael; POLLIN, Robert. Does high public debt consistently stifle economic growth? A critique of Reinhart and Rogoff. *Cambridge Journal of Economics*, 2013.

dívida/PIB de cerca de 90%, em regra, tende a produzir uma redução significativa dos níveis de crescimento; (ii) com o uso de dados semelhantes aos de Carmen Reinhart e Kenneth Rogoff, porém com métodos parcialmente distintos, concluiu-se que não existe um efeito causal relevante entre o aumento da dívida e a redução do crescimento econômico; e (iii) que as condições econômicas diversas entre os mais variados países devem ser levadas em consideração, o que implica dizer que não existe nenhum limite uniforme além do qual o crescimento tende a declinar.⁵¹⁵

Para alguns, a correlação entre taxa de crescimento e taxa de juros da economia deve ser levada em conta no que se refere à sustentabilidade da dívida pública. Se a taxa real de juros for persistentemente menor do que a taxa de crescimento da economia ($r < g$),⁵¹⁶ um governo pode aumentar os gastos hoje sem necessariamente ter de aumentar os impostos amanhã para arcar com essas despesas adicionais.⁵¹⁷ Assim, o crescimento do país é um fator imprescindível a ser considerado quando se trata de manter a dívida em níveis sustentáveis, e não exclusivamente um limitador quanto aos gastos governamentais. Isso implica dizer que a manutenção do crescimento do PIB acima da taxa básica de juros da economia é fator suficiente para a sustentabilidade da dívida, independentemente do percentual do rácio dívida/PIB.

Pouco importa o acerto – ou não – dos referidos resultados, pois o que devemos destacar é que a Economia, assim como as demais ciências, estabelece caminhos a serem perseguidos, os quais, entretanto, podem gerar resultados circunstanciais com extrema diversidade entre si e que, nem sempre, as consequências estabelecidas cientificamente encontrarão correspondência no mundo dos fatos. Indaga-se, portanto, se caberia ao legislador a livre escolha quanto às soluções econômicas à disposição e, adicionalmente, se tocaria ao intérprete considerar outros resultados não incorporados pela lei.

Em outros termos, considerando os estudos econômicos supramencionados, caberia ao legislador peremptoriamente adotar o limite de 90% em relação ao PIB como limite da dívida pública federal ou poderia optar livremente por outro percentual ou, como terceira possibilidade, não adotar percentual algum? E quanto ao intérprete da norma jurídica criada a partir da preferência legislativa? Poderia, em um juízo hipotético, caso o legislador optasse pelo limite de 90% do PIB para

⁵¹⁵ HEIMBERGER, Philipp. Higher public debt = lower growth? *Journal of Economic Surveys*, Wiley Online Library, Working Papers 211, The Vienna Institute for International Economic Studies, 2021.

⁵¹⁶ Nesta equação, “ r ” corresponde à taxa de juros média real e “ g ”, à taxa de crescimento real do PIB. “ r ” advém da expressão em inglês *interest rate* (taxa de juros); e, “ g ” da expressão *growth* (crescimento).

⁵¹⁷ VELASCO, Andrés; Muci, Frank. O desafio da sustentabilidade fiscal no Brasil. *Revista Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-18, Edição Especial, 2021.

a dívida pública, escolher outro limite “mais adequado”, segundo o seu juízo valorativo, baseado em uma outra vertente econômica ou, alternativamente, declarar a inconstitucionalidade de um limite rígido estabelecido pela norma jurídica?

Um intérprete adepto da “Jurisprudência dos Conceitos”, por certo, não admitiria uma extensão da hipótese escolhida pelo legislador, uma vez que cabe ao criador da lei a faculdade quanto às escolhas técnicas oferecidas pelas ciências pré-jurídicas, devendo o intérprete se ater à matéria essencialmente jurídica e à sua validade em face dos estritos parâmetros estabelecidos apenas pelo ordenamento jurídico. Já um entusiasta da “Jurisprudência dos Interesses” admitiria a elasticidade interpretativa, caso, por exemplo, a condicionasse à política econômica em andamento naquela ocasião, ou seja, se a política econômica adotada pelo governo vigente propusesse uma solução diversa da encampada pela ordem jurídica, seria possível ao intérprete o afastamento dessa última, com fundamento, por exemplo, no sentido de que a política econômica adotada se justifica pela concretização de direitos sociais. Diversamente, um simpatizante da “Jurisprudência dos Valores” poderia considerar a referida norma inconstitucional com fundamento, a título de ilustração, em sua contrariedade à promoção do desenvolvimento econômico previsto na Constituição. Afinal, a norma jurídica criada pelo legislador deve estar em consonância com os demais valores incorporados pelo ordenamento jurídico e se este diz que o desenvolvimento é o que justifica as escolhas de regras fiscais, cabe ao intérprete a investigação da eficácia da norma, isto é, se os seus efeitos estão, de fato, promovendo o desenvolvimento econômico.⁵¹⁸

Ocorre que o estabelecimento de um percentual rígido para determinada despesa pública ou o endividamento público perpassa necessariamente pela questão da liberdade de escolha do legislador quanto a dados e soluções que são oferecidos pelas demais ciências e que ocasiona consequências relevantes no que se refere ao modo como o Direito deve se relacionar com elas. De concreto, repita-se, sabemos que as demais ciências, especialmente as sociais, em regra, não garantem uma verdade absoluta quando oferecem a matéria-prima ou os dados a serem incorporados

⁵¹⁸ Ricardo Lobo Torres, ao distinguir as correntes interpretativas, dispõe que “o positivismo cientificista do séc. XIX apegava-se ao método lógico-gramatical e ao sistemático. A jurisprudência dos Interesses enfatizava o teleológico, de que a interpretação econômica e a evolutiva constituem projeção no campo tributário. Mas a jurisprudência dos valores, nas últimas décadas, vem superando o radicalismo, ao defender o pluralismo metodológico. No Brasil, depois do longo período de polarização entre interpretação sistemática e interpretação econômica, entre primado do direito privado e autonomia do direito tributário e entre jurisprudência dos conceitos e dos interesses, já se nota por parte de tributaristas mais jovens a adesão às ideias básicas da jurisprudência dos valores e dos princípios, do pluralismo metodológico e do pós-positivismo” (TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 155).

pela norma jurídica e que há a criação de uma dificuldade adicional para o intérprete quando este tenta fundamentar a validade de uma norma com base em outras opções dotadas de um conteúdo técnico que foge do âmbito do Direito, o que traz consequências tanto à separação de funções entre os Poderes como à liberdade de conformação do legislador para estabelecer a devida segurança jurídica quando efetivamente opta por uma das soluções possíveis e ofertadas pelas outras ciências.

De início, é importante ter em mente que, no caso presumido em análise, a ciência pré-jurídica disponibiliza ao legislador diversas respostas quanto ao estabelecimento de limites ao endividamento público, isto é, não há consenso quanto a uma solução unívoca na Economia. Além disso, é importante também considerarmos a natureza da norma jurídica em questão.

Uma regra que proíbe que a dívida pública ultrapasse o percentual de 90% do PIB se trata, em verdade, de uma norma de conduta, e não de uma norma-objetivo, a qual estabelece fins a serem perseguidos, independentemente dos meios utilizados para alcançá-los. As normas de conduta são regras voltadas para condicionar comportamentos, seja fomentando-os, seja proibindo-os, e sua eventual concretização em desconformidade com a previsão normativa sujeitará aqueles, a que a norma fora direcionada, a consequências sancionatórias. Logo, se um ente federativo submetido às determinações da regra legal limitadora do endividamento não venha a cumpri-las, estará subordinado às sanções nelas previstas.⁵¹⁹

Eros Grau esclarece que as normas-objetivo estabelecem uma obrigação de resultado, “deixando-se, porém, aos seus destinatários a opção pelos meios e formas de comportamento a dinamizar, na busca de sua realização”. Assim, as normas-objetivo não se confundem com as normas de conduta e com as normas de organização uma vez que “não há nem comportamento, nem estrutura e funcionamento de órgão ou disciplina de processo técnico de identificação e aplicação de outras normas”.⁵²⁰

Percebe-se, por conseguinte, que a regulação do fenômeno financeiro pode abarcar tanto normas de conduta como normas-objetivo. No ordenamento jurídico

⁵¹⁹ Há o estabelecimento de limites à dívida dos Estados e dos Municípios nas Resoluções 40/2001 e 43/2001 do Senado Federal (BRASIL. Senado Federal. *Resolução 40, de 20 de dezembro de 2001*. Dispõe sobre os limites globais para o montante da dívida pública consolidada e da dívida pública mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em atendimento ao disposto no art. 52, VI e IX, da Constituição Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/562458/publicacao/16433576>. Acesso em: 8 fev. 2025; BRASIL. Senado Federal. *Resolução 43, de 2001*. 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, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/582604/publicacao/16433616>. Acesso em: 8 fev. 2025).

⁵²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 126.

brasileiro, especificamente no art. 164-A da CF/1988, encontramos a seguinte orientação: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis”.⁵²¹ Trata-se de uma típica norma-objetivo, direcionando os seus destinatários (legislador e gestor público) no sentido da adoção de políticas fiscais, mas desde que voltadas para perseguir um nível sustentável de endividamento. Nesse sentido, o órgão gestor da política econômica do país poderá, exemplificativamente, optar por uma política fiscal de contenção de gastos primários ou de gastos nominais ou, ainda, optar, não pela contenção de gastos, mas pelo aumento de tributos de modo a incrementar a arrecadação.

Desta feita, o legislador poderá previamente escolher, entre os instrumentos de política fiscal possíveis estipulados pela Economia, por determinado meio a ser seguido ou poderá, ainda, deixar à livre discricionariedade do órgão gestor a escolha do *modus operandi* mais adequado. No caso brasileiro, o legislador optou por estabelecer limites a alguns tipos de gastos públicos. É o que se verifica na LRF quanto à contenção de gastos com pessoal, sendo certo que há o estabelecimento de parâmetros bem-demarcados (períodos de apuração e limites percentuais máximos em relação à Receita Corrente Líquida – RCL) para o cumprimento de seus requisitos.⁵²² Nesse caso, trata-se de uma norma de conduta, a qual estabelece previamente um percentual máximo de gastos com pessoal para cada ente federativo em dado período que, caso não observado, poderá ocasionar sanções institucionais ao respectivo ente, como o impedimento de recebimento de transferências voluntárias.⁵²³

Retornando aos limites da dívida, no caso brasileiro, a Constituição estabelece como uma de suas finalidades a promoção do desenvolvimento nacional, incluindo aspectos econômicos, regionais e sociais (arts. 3º, II; 21, IX; 23, parágrafo único; 43, *caput*; 48, IV; 151, I; 163, VII; 174, § 1º, da CF/1988). Conforme, portanto, se verifica no § 1º do

⁵²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

⁵²² O art. 19 da LC 101/2000 (LRF) estabelece que: “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)” (BRASIL. *Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 4 fev. 2025).

⁵²³ É o que se verifica no art. 25, § 1º, inc. IV, alínea “c”, da LRF.

art. 174, coube ao constituinte a escolha do fim a ser buscado, qual seja, o “desenvolvimento nacional equilibrado” e, ao legislador, o estabelecimento das “diretrizes e bases do planejamento” para seu alcance.⁵²⁴ Em suma, ao constituinte, compete a escolha dos fins; à lei, a escolha dos meios. No entanto, como muito bem assevera Marco Aurélio Greco, “o fim não é justificativa para ampliar o conteúdo da decisão tomada pelo legislador, nem para o intérprete judicial substituir-se ao legislador”.⁵²⁵

Se, entre as opções técnicas ao alcance do legislador, ele fez sua escolha, não cabe ao intérprete judicial “complementar, ampliar, alargar o meio para melhor atingir certo fim”, sob pena de determinado valor constitucional eliminar outro valor igualmente previsto na Constituição. Não poderia o intérprete, com base em seu juízo valorativo de que a escolha do legislador não foi a mais adequada ou, em outras palavras, “a mais justa”, proceder à aplicação de uma solução sugerida por outra vertente econômica diversa daquela escolhida pelo legislador. *In casu*, a segurança jurídica seria completamente afastada em prol de uma possível justiça da decisão ou, melhor dizendo, “o prestígio do valor justiça (por excessivo) implicaria eliminar o valor segurança”.⁵²⁶

Ademais, a Constituição brasileira estabelece outra finalidade com a mesma importância do desenvolvimento econômico, isto é, a limitação dos índices de endividamento público de todos os entes federativos. Nesse sentido, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre o montante da dívida mobiliária federal (art. 48, XIV), bem como é competência privativa do Senado estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, IX) e fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada de todos os entes (art. 52, VI).

Logo, é o próprio constituinte que está determinando que o legislador estabeleça os meios (escolha dos critérios e eventuais limites quantitativos ou qualitativos) para o atingimento de uma finalidade direcionada para a sustentabilidade fiscal, com a efetiva imposição de um limitador da dívida pública. Vê-se, por conseguinte, que são dois valores constitucionais – desenvolvimento econômico e sustentabilidade fiscal – que igualmente se busca proteger, não havendo que se priorizar um deles com o afastamento completo do outro.

⁵²⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

⁵²⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 114.

⁵²⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 114.

Ocorre que ainda não existe nenhuma regulamentação quanto ao limite da dívida federal, mobiliária ou consolidada, mesmo após mais de 30 anos de vigência da CF/1988.⁵²⁷ Já vimos que a técnica econômica estabelece algumas possibilidades quanto ao tema e, entre elas, podemos destacar a que rejeita peremptoriamente a imposição de um limite rígido para o controle da dívida pública e, em outro sentido, a que defende a criação de um limitador como baliza do referido controle. Se considerarmos a primeira corrente, poderíamos concluir, em um primeiro momento, que o legislador optou, validamente, por uma das técnicas sugeridas pela ciência pré-jurídica e que, portanto, sua omissão proposital estaria em consonância com sua faculdade quanto à escolha dos meios anunciados pelas outras ciências; porém, ao analisarmos a segunda opinião, a conclusão seria no sentido de uma provável inconstitucionalidade por omissão legislativa tendo em vista a inexistência de um limite da dívida, a ser estabelecido em lei, conforme determinação constituinte.

Esse debate perpassa, necessariamente, uma questão prévia, qual seja, se a técnica oferecida pela ciência pré-jurídica é dotada de certeza ou não. No presente caso, repita-se, não há uma orientação econômica unívoca quanto ao estabelecimento de limites para a dívida pública correlacionado ao desenvolvimento. Logo, se a ciência econômica não fornece uma solução peremptória para determinado tema, mas, ao revés, oferece uma multiplicidade de respostas, é plenamente possível que o legislador escolha uma delas. Trata-se, essencialmente, de uma escolha política tendo em vista que “o limite das despesas públicas depende de fatores econômicos, quanto à capacidade de absorção das funções do Estado, mas é especialmente uma questão de ordem política, a ser debatida segundo os procedimentos democráticos”.⁵²⁸

Não cabe, portanto, ao jurista formular preferências por esta ou aquela orientação econômica, em relação às quais inexistem sequer consenso científico suficiente quanto a seus resultados.⁵²⁹ Nesse sentido, as escolhas político-ideológicas do legislador não podem ser substituídas pelas escolhas político-ideológicas do intérprete.

⁵²⁷ Com relação aos demais entes, há regulamentação específica quanto ao estoque da dívida no art. 3º da Resolução 40/2001 do Senado Federal, assim como a vedação de que Estados, DF e Municípios procedam à emissão de títulos da dívida pública mobiliária (art. 11 da Lei Complementar 148/2014) (BRASIL. *Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014*. Altera a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal; dispõe sobre critérios de indexação dos contratos de refinanciamento da dívida celebrados entre a União, Estados, o Distrito Federal e Municípios; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp148.htm. Acesso em: 8 fev. 2025).

⁵²⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: Teoria da Constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 140.

⁵²⁹ LIMA, Rodrigo Medeiros de. *Regras fiscais e o controle quantitativo da dívida pública federal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Blucher, 2021, p. 21.

Situação diversa seria obtida nos casos de existência de certeza oferecida pelas demais ciências, em que deve haver a submissão do criador da lei à certeza dos fatos ou à certeza científica, sob pena de o ordenamento jurídico ser dotado de irracionalidade. Essa conclusão suscita questões sensíveis no que tange ao atingimento da certeza pelas demais ciências somente após o momento de elaboração da lei. Regressando ao caso em análise, imaginemos que, com o decorrer do tempo, a ciência econômica obtenha êxito em comprovar, por exemplo, que a imposição de um limite fixo ao endividamento público produza, como consequência, ao contrário do que se pensava antes, desestímulos ao desenvolvimento econômico, isto é, a ciência econômica passe a oferecer exclusivamente uma solução que correlacione a dívida pública e o crescimento econômico, a saber: a impossibilidade de se estabelecer um limite rígido ao montante da dívida.

Um autor como Alfredo Becker, que propugna que os conceitos, princípios, categorias e diretrizes das ciências pré-jurídicas, ao ingressarem no mundo jurídico, passam a ter um conteúdo novo, um conteúdo “jurídico”, diferente do original e que pode, inclusive, provocar tensões entre a conduta imposta pela regra jurídica e a realidade social, certamente continuaria defendendo a validade da norma jurídica, ainda que contrária aos fatos. Não surpreende, portanto, a solução encontrada por ele nos casos de obtenção da certeza pela ciência pré-jurídica após a elaboração da norma, qual seja, o desenvolvimento da Ciência das Finanças Públicas, trazendo algo de novo em determinado setor, “impõe ao legislador a obrigação de examinar se determinadas leis (elaboradas com matéria-prima extraída daquele setor) deverão ser substituídas ou mantidas ou modificadas ou adaptadas”.⁵³⁰

Logo, segundo essa vertente, somente o legislador poderá promover essa mudança, ao decidir incorporar as novas diretivas da ciência pré-jurídica ao ordenamento, por meio da “elaboração de uma nova estrutura jurídica que substituirá parcial ou integralmente a antiga”.⁵³¹ Ao intérprete, cabe unicamente aguardar a alteração a ser realizada em conformidade com o juízo político do legislador, reconhecendo, até lá, a validade da norma jurídica.

Por outro lado, não se pode renunciar à coerência sistêmica do ordenamento jurídico, o qual absorve diversos valores e fins, devendo todos ser considerados na atuação exegética, com o estabelecimento de prioridades de uns em detrimento de outros, a depender do caso concreto; porém, reitere-se, nunca com a eliminação de valores por outros, sob pena de transformação da interpretação em arbítrio. Não se pode perder de vista que a junção de todos os valores previstos no ordenamento contribui para sua

⁵³⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 105.

⁵³¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 106.

racionalidade e que, mesmo nas situações de conflitos entre eles, o intérprete deve, entre as suas funções, compatibilizá-los de modo a garantir a harmonia do conjunto.

Em contrapartida, o legislador, em sua atividade criativa, deve também se empenhar para produzir um sistema coerente e racional. Nesse sentido, Tercio Ferraz Jr. faz alusão à figura do “legislador racional”, que deve possuir alguns atributos que evitem a criação de normas impossíveis de serem executadas, normas sem nenhum propósito, normas imprecisas ou inúteis e redundantes, enfim, normas que não compartilhem um padrão mínimo de racionalidade, uma vez que “ninguém, em sua consciência, poderia desejar o impossível ou o incoerente ou obrigar-se a ele”.⁵³²

De fato, a racionalidade sistêmica voltada para a adequação dos fins é dotada de extrema complexidade até porque, muitas vezes, há possível incompatibilidade entre eles. Como muito bem lembrado por Marco Aurelio Greco, “é preciso conjugar a finalidade da melhoria da Seguridade Social com a do maior controle das despesas públicas; a finalidade da proteção ao patrimônio individual com a finalidade da proteção à livre iniciativa”.⁵³³

Esse exercício de conformação contínua dos valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico não se coaduna com a ideia de neutralidade do intérprete, ou seja, aquele que se limita a repetir o que já está na lei, uma vez que “o intérprete tem papel relevante na construção do sentido e do alcance da norma jurídica” tendo em vista que sofre influência dos valores sociais e culturais do ambiente em que opera.⁵³⁴

No caso em análise, pode parecer, à primeira vista, que o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade fiscal representem finalidades inconciliáveis, porém é preciso pesquisar o que diz a ciência econômica sobre o tema. Se não há uma certeza científica, mas sim o oferecimento de múltiplas soluções, cabe ao legislador a escolha de uma delas, desde que harmonize ambos os valores supramencionados, isto é, se uma das soluções ofertadas pela Economia permite a compatibilização entre desenvolvimento e sustentabilidade, por óbvio, essa é a escolha que trará mais racionalidade ao ordenamento jurídico. Da mesma forma, caberá ao intérprete, após a escolha legislativa, conciliar os mesmos valores com a escolha da exegese mais adequada a eles.

Caso a ciência econômica passe a reconhecer, de forma inequívoca, que o desenvolvimento econômico não está atrelado a um percentual rígido de limitação da dívida pública, tanto o legislador como o intérprete da norma jurídica devem, necessariamente, aceder a essa orientação, sob pena de dotarem de irracionalidade o ordenamento jurídico, afastando o Direito da realidade social. Assim, se o

⁵³² FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 295.

⁵³³ GRECO, Marco Aurelio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 44.

⁵³⁴ GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019, p. 507-508.

legislador, previamente à consecução da certeza científica, havia elaborado uma lei que tenha instituído a referida limitação do endividamento público e, nada obstante, não venha a promover a devida adequação legislativa, caberá ao intérprete fazê-lo, ainda que identifique a inconstitucionalidade superveniente da lei.

Ao assim agir, o intérprete atuará de forma dinâmica e em consonância com a preservação de todos os valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Prioriza-se o desenvolvimento econômico, porém sem eliminar a sustentabilidade fiscal que continuará orientando todos os agentes políticos envolvidos. Caberá ao legislador escolher outros meios para alcançar a sustentabilidade fiscal, diversos, no entanto, do estabelecimento de um limite para a dívida pública. Caberá aos gestores públicos promover políticas voltadas, concomitantemente, para o desenvolvimento econômico e a responsabilidade na gestão fiscal. Caberá ao intérprete adequar a legislação à nova realidade social, estimulando, inclusive, a atuação legislativa no sentido dessa nova orientação, e não adotar uma postura estática de mera espera pela iniciativa do legislador.

No caso brasileiro, conforme já visto, a Constituição igualmente abraça o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade fiscal, inclusive, determinando a concretização dessa última mediante a imposição de um limite global ao montante da dívida pública.⁵³⁵ Como não há certeza científica quanto ao tema, o constituinte originário, de forma acertada, optou por uma das soluções oferecidas pela Economia. Sucede, entretanto, que não houve uma regulamentação infraconstitucional até o presente momento, motivo pelo qual é plenamente possível o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão em face de os órgãos competentes (Presidente da República e Senado Federal) não terem estabelecido um limite para a dívida consolidada da União.

Ressalte-se que, no presente caso, não se trata de uma norma-objetivo, mas sim de uma norma de conduta, voltada para o estabelecimento de um limite determinado para o montante da dívida consolidada federal, cujo descumprimento submete o infrator a uma sanção como consequência. Não há, por parte do legislador, nenhuma discricionariedade quanto à adoção – ou não – de um limite, tendo em vista que, *in casu*, é o constituinte quem o determina. O legislador infraconstitucional tem a faculdade, sim, quanto à escolha da metodologia de aferição do limite (pode ser um percentual do nível de endividamento em relação ao PIB ou à RCL ou a qualquer outra base de cálculo; pode ser um limite invariável ou flexível, por exemplo, que varie de acordo com os índices de crescimento econômico; a aferição pode ser dar em um período preestabelecido ou contínuo de tempo; determinadas

⁵³⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2025).

espécies de despesas públicas podem ser excluídas do cálculo global da dívida etc.). Nesse sentido, a finalidade é determinada pelo constituinte (sustentabilidade fiscal que, no caso do endividamento público, deve ser alcançada por intermédio da imposição de um limite à dívida pública federal) e os meios são escolhidos pelo legislador infraconstitucional (estabelecimento de parâmetros de aferição dos índices de endividamento, desde que haja a imposição de um limite predefinido).

Como não há certeza científica, não é dado ao aplicador da norma fundamentar a atual omissão legislativa embasado em uma ou outra orientação econômica. A título de exemplo, seria inadequada uma decisão judicial que afastasse a inconstitucionalidade por omissão ao fazer referência à impossibilidade de o Judiciário adentrar no mérito de escolhas de políticas econômicas, pois, no presente caso, foi o constituinte quem estabeleceu a escolha prévia por dada corrente de pensamento econômica. Da mesma forma, não poderia o órgão judicial fundamentar sua decisão ao reconhecer a correção da omissão, no sentido de “que a melhor maneira de se conter a dívida pública seria pela não imposição de um limite, o que poderia ocasionar restrições indesejadas à política monetária e o surgimento da inflação” ou “que a exigência de um limite da dívida não se coaduna com a experiência internacional” ou “não está em consonância com a corrente econômica majoritária”. Repita-se que, quando a Economia não fornece uma certeza quanto ao tema, cabe ao intérprete subordinar-se às escolhas legislativas, sob pena de a ideologia-política do intérprete afastar por completo a ideologia-política do legislador.

A situação seria totalmente diversa se o constituinte estabelecesse como fim a ser alcançado a sustentabilidade fiscal, mas sem instituir um direcionamento prévio de como atingi-la no que tange à dívida pública. Nesse caso, o legislador infraconstitucional teria ampla discricionariedade para escolher os meios de controle do endividamento. Poderia, por exemplo, estabelecer um limite flexível ou invariável e, mesmo que não estabelecesse nenhum limite à dívida, sua conduta seria constitucional pois fundamentada em opção no sentido de não estabelecer nenhum limite, conforme uma das orientações da ciência econômica.

4.3 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS ECONÔMICAS

Após as considerações iniciais, ainda que breves, destacando-se que, a depender da linha interpretativa ou do viés ideológico do intérprete, os resultados de processos exegéticos poderão conduzir a rumos diametralmente opostos, é preciso esclarecer que a análise a ser desenvolvida neste tópico será pautada pela opção pós-positivista, comprometida com os resultados materiais orientadores da concretização de direitos fundamentais e baseada em uma visão sistêmica dos valores encampados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, concordamos com as ponderações de Marco Aurélio Greco, quando destaca a necessidade de o intérprete explicitar sua postura ideológica, afastando-se, de pronto, qualquer posição em defesa de sua neutralidade, nos seguintes termos:

A complexidade neste ponto [o autor faz referência às distinções da ideologia liberal clássica e da ideologia eminentemente social] não está na ideologia em si, mas na circunstância de a postura ideológica nem sempre vir explícita no debate. Muito frequente é encontrarmos conclusões categóricas em determinado sentido (seja ele qual for) apresentadas pelo seu prolator como se fossem verdades absolutas e incontestáveis, quando, na realidade, são o mero produto de determinada linha ideológica previamente assumida, mas nem sempre previamente explicitada para o interlocutor.

Não deve causar espanto a menção à necessidade de abrir espaço para um debate ideológico. Considero altamente produtivo fazê-lo, ruim é a ideologia passar despercebida, por exemplo, quando se diz que o Direito é uma estrutura de normas ideologicamente neutra. Isso não existe! Direito e poder são faces da mesma moeda e onde existe poder, existe ideologia. O Direito é fruto do exercício de um poder e o poder é o produto criado pelo Direito; portanto, não é possível separar Direito de poder. Do mesmo modo, não é possível separar Direito de ideologia. É importante que isso fique claro. Se alguém defender determinada ideologia (seja qual for) e o fizer de forma explícita, seu interlocutor saberá qual a base do seu discurso, e poderá entender por que ele chega a determinadas conclusões. Ademais, só conhecendo a base ideológica de certa posição é possível contestá-la adequadamente.⁵³⁶

Reitere-se que as questões a serem analisadas em seguida, relativas ao controle judicial exercido sobre políticas econômicas, parte das premissas do pós-positivismo, não sendo demais salientar que a opção por outros parâmetros exegéticos poderá gerar resultados bastante díspares.

De início, destacamos que seja inevitável que questões decorrentes do endividamento público, em algum momento, sejam levadas ao Poder Judiciário em razão dos prováveis conflitos fiscais, federativos e orçamentários que surgem como consequência de sua gestão.

Até recentemente, o controle dos défices públicos e da dívida era pensado principalmente como uma questão econômica ou política em vez de uma questão jurídica. Limitações da dívida nacional e do déficit foram aplicados principalmente por meio dos mercados financeiros ou por algumas regras internacionais estimuladas por ações do FMI. Nos últimos anos, porém, com a crescente internacionalização das finanças governamentais, com a criação de zonas econômicas e fiscais transnacionais e com a instituição da moeda comum europeia, a regulamentação legal dessas questões tornou-se ainda mais urgente, o que coloca em evidência o caráter jurídico da dívida pública.⁵³⁷

⁵³⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 36.

⁵³⁷ MORRINSON, Fred L. Fiscal rules: legal limits on government deficits and debt. In: MORRINSON, Fred L. (ed.). *Fiscal rules: limits on governmental deficits and debt*. Switzerland: Springer, 2016, p. 4.

Invariavelmente, as questões fiscais acabam sendo discutidas no Judiciário, sendo certo que há diversos exemplos em que os Tribunais Constitucionais europeus se insurgiram contra as decisões do Conselho da UE.⁵³⁸ Inclusive, em decisão recente, o Tribunal Constitucional alemão exerceu o controle de constitucionalidade de uma medida de política monetária efetivada pelo BCE, pois considerou que o programa PSPP⁵³⁹ poderia constituir uma violação ao princípio da proporcionalidade, regra de ouro da jurisdição de direitos fundamentais na Alemanha, caso o BCE não demonstrasse, em um prazo de 3 meses, que a compra de títulos da dívida pública de países da zona do euro fosse o meio mais adequado para atingir os fins de política monetária como o controle da inflação e a estabilidade daquela moeda.⁵⁴⁰

Algo semelhante, no Brasil, é de difícil implantação atualmente tendo em vista que a nossa legislação contém inúmeras regras quando o assunto é política fiscal, com o objetivo deliberado de controlar gastos públicos (LRF, regra de ouro, leis instituidoras de regras de arcabouço fiscal etc.); todavia, quando o assunto é controle de política monetária, a discricionariedade do CMN e do BCB é elevada e, repita-se, sem se submeter ao crivo adequado do Congresso Nacional e de demais órgãos de fiscalização.

Vimos, no capítulo antecedente, que a gestão das políticas fiscais, monetárias e cambiais integram a atividade finalística dos respectivos órgãos/entes reguladores; mas, em contrapartida, todos eles se submetem às condicionantes estabelecidas no ordenamento jurídico e, por conseguinte, ao devido controle externo. Da mesma forma, o governo de ocasião não dispõe de liberdade absoluta para adotar qualquer política econômica.

Em regra, a doutrina jurídica defende que essas escolhas consubstanciam decisões políticas, isto é, a preferência por uma política fiscal ou monetária mais restritiva ou, melhor dizendo, a opção pelo equilíbrio orçamentário em detrimento de atender a necessidades coletivas se trata de uma legítima decisão legislativa. O inverso também é verdadeiro, no que tange a se priorizar uma política fiscal/

⁵³⁸ TOMÁSEK, Michal. The crisis of the economic and monetary union and its solution (or dissolution?). In: MORRINSON, Fred L. Fiscal rules: legal limits on government deficits and debt. In: MORRINSON, Fred L. (ed.). *Fiscal rules: limits on governmental deficits and debt*. Switzerland: Springer, 2016, p. 40.

⁵³⁹ Houve a instituição, por parte do BCE, de um programa para a compra de títulos da dívida pública de países europeus (*Public Sector Purchase Programm – PSPP*), cujos objetivos eram estabilizar a economia de países endividados e garantir a estabilidade da moeda em si.

⁵⁴⁰ CCFA. Julgamento pela Segunda Turma (05.05.2020), 2 BvR 859/15, disponível em alemão em: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Federal Constitutional Court. *Leitsätze zum Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020*. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html. Acesso em: 31 out. 2024. Para mais detalhes, ver: item 3.2.5.3 (Revisão judicial das decisões regulatórias), no capítulo 3.

monetária expansionista. No entanto, com base nessa premissa, seria possível que um governo de ocasião optasse por uma política econômica com viés inteiramente libertário ou, por outro lado, com viés predominantemente socialista?

A rigor, o Brasil não é nem essencialmente um Estado de Direito nem essencialmente um Estado Social. Conforme informa Marco Aurélio Greco, ambas as visões (Estado de Direito e Estado Social) já foram consideradas opostas e incompatíveis em certos contextos, porém encontraram concomitante consagração na CF/1988 que, nos exatos termos do art. 1º, reconheceu ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, o art. 3º, que traz como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dispõe que “a justiça situa-se a meio caminho entre liberdade (valor do Estado de Direito) e solidariedade (valor do Estado Social)”.⁵⁴¹

Assim como o governante atual não possui ampla liberdade para adotar qualquer política econômica, da mesma forma, o intérprete não é totalmente livre para compreender uma norma fiscal conforme sua ideologia, ainda que opte ou tenha preferência por qualquer linha de pensamento. De acordo com a concepção de ideologia adotada por Marco Aurelio Greco, esta deve ser entendida como uma “valoração de valores” que, por sua vez, “define graus de relevância distintos dentro de um conjunto de valores (não é propriamente hierarquia)”. O autor esclarece, ainda, que um conjunto de valores pode ser organizado de diferentes maneiras, conforme a concepção de cada pessoa. Assim, uns podem priorizar a solidariedade em face da propriedade; outros podem preferir uma ordenação oposta. Em suma, “a ideologia corresponde a uma valoração de valores; implica dar diferentes graus de relevância para certo conjunto de valores”.⁵⁴²

Essa assertiva afasta aquela concepção tradicional que coloca o intérprete numa posição de mero descritor da realidade, mas de alguém que, no processo de compreensão e construção do texto legal, vai agregar algum grau de relevância aos valores que repute mais adequados. Por certo que essa agregação de valores não se trata de um processo ilimitado, pois o intérprete da norma deve se ater aos valores efetivamente incorporados pelo ordenamento jurídico. E, ainda que o ordenamento reconheça variados e mesmo valores conflitantes, a atividade exegética, repise-se, não deve ser irrestrita a ponto de afastar por completo um ou mais valores.

Além das limitações usuais existentes na atividade interpretativa genérica, com relação às escolhas de políticas econômicas, tem-se um complicador adicional, pois cabe ao legislador, em princípio, a livre resolução quanto a uma ou outra corrente

⁵⁴¹ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 101-102.

⁵⁴² GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 510.

econômica, dadas as opções técnicas oferecidas pela ciência pré-jurídica que, em se tratando de Economia, até por ser uma ciência social, dificilmente disponibilizará uma certeza científica quanto a determinado tema de sua especialidade.

Em função dessa “incerteza” científica e do oferecimento de diversas abordagens pela ciência econômica, nem sempre o legislador, ao fazer sua opção técnica, estabelecerá uma orientação precisa, sendo muito comum que adote políticas econômicas que incorporem valores em aparente contradição, conforme analisado nos itens a seguir.

4.3.1 Os Planos Econômicos

A implantação do Plano Real exigiu medidas fiscais muito duras para se tentar conter os períodos antecedentes de hiperinflação que ocasionaram graves consequências econômicas e sociais ao país. Entre outras medidas macroeconômicas adotadas, priorizou-se a redução dos gastos públicos, o que implicou a consolidação de “um superávit primário recorde de 5,21% do PIB”.⁵⁴³

Como é de conhecimento geral, o Plano Real foi muito bem-sucedido no controle da inflação, mas, repita-se, à custa de significativo corte de gastos públicos, o que, por óbvio, provocou impactos na condução de políticas públicas voltadas para a concretização de direitos sociais. Seria crível que o aplicador da lei considerasse a inconstitucionalidade do Plano Real sob a justificativa, por exemplo, “de que estaria promovendo um retrocesso social” ou “atuando contra o crescimento econômico do país”?

A resposta a essa indagação não é simples, pois, a princípio, o legislador infraconstitucional optou por uma das opções de política econômica oferecida pela ciência pré-jurídica, a saber: a obtenção de superávit primário de modo a conter os índices colossais inflacionários até então presentes, sendo necessária a adoção de uma política fiscal e monetária restritiva em face da situação econômica teratológica vigente e que, ao cabo, a insistência pela sua manutenção é que poderia, sim, ocasionar maiores danos aos direitos sociais e ao crescimento econômico.

Sendo assim, ainda que o intérprete se alinhe à ideologia de que a solidariedade deva ter um grau de prevalência sobre a sustentabilidade fiscal, frente à incerteza científica e da liberdade de conformação do legislador, essa exegese poderia, ao menos em um primeiro momento, estar se aproximando de algum grau de arbitrariedade ao afastar, em sua totalidade, um valor jurídico em detrimento de outro.

Desta feita, eventual excesso do elemento subjetivo ou ideológico do intérprete poderia ser minimizado pela confrontação das legítimas escolhas do governo de ocasião. Se a norma jurídica permite uma exegese de acordo com a corrente

⁵⁴³ PORTUGAL, Murilo. Política fiscal na primeira fase do Plano Real, 1993-1997. In: BACHA, Edmar (org.). *A crise fiscal e monetária brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 377.

econômico-ideológica do governo vigente, em especial se considerarmos ter sido este democraticamente eleito, ela deve ser tida em conformidade com o ordenamento jurídico, ainda que o aplicador da lei apresente um viés ideológico diverso.

Fato é que o Poder Judiciário tende a ratificar, em um momento inicial, os planos econômicos implementados pelos demais Poderes e, a depender do êxito de seus resultados, a mantê-los ou a considerá-los total ou parcialmente inconstitucionais.

Como exemplo inicial, após o histórico fracasso de vários planos econômicos – Plano Cruzado de 1986, Plano Bresser de 1987 e Plano Verão de 1989 –, além das diversas e infrutíferas tentativas de conter a inflação, o Governo Collor adotou um posicionamento mais ortodoxo com relação à política econômica, inclusive em razão da imposição do FMI, que estabeleceu, entre outras medidas, a diminuição de despesas do Estado, a redução e o controle da moeda em circulação e o equilíbrio do orçamento público.

Em seguida, fora promulgada a Medida Provisória (MP) 168,⁵⁴⁴ posteriormente convertida na Lei 8.024/1990,⁵⁴⁵ que instituiu um novo plano econômico, conhecido como Plano Collor I, estabelecendo que a moeda nacional passaria a ser o Cruzeiro, em substituição ao Cruzado Novo, e impôs, como medida de combate à hiperinflação, o congelamento de 80% dos depósitos bancários e investimentos em ativos financeiros em valores superiores a 50 mil cruzados novos mantidos por pessoas físicas e jurídicas, pelo prazo máximo de 18 meses.

Em contrariedade a essas medidas, fora proposta a ADI 534 no STF, por meio da qual, em um primeiro momento, a maioria acompanhou o voto vista do Ministro Ilmar Galvão, tendo o Pleno indeferido a medida cautelar pleiteada por entender que não havia *periculum in mora* na manutenção do Plano, uma vez que era necessário levar em conta não só os prejuízos causados aos correntistas, mas os possíveis “danos ao interesse público”, sobretudo os riscos de uma “eventual exacerbação do ritmo fracionário”, bem como da “frustração do plano econômico posto em prática”.⁵⁴⁶

Posteriormente, quando da análise do mérito, o Relator considerou que a ação restara prejudicada, pois o julgamento iniciou-se após o cumprimento da restituição de 12 parcelas tendo em vista a “transitoriedade das normas impugnadas”, isto é, “as normas em questão simplesmente exauriram-se naquilo de aptidão jurídica pudessem dispor”, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ BRASIL. *Medida Provisória n. 168, de 15 de março de 1990*. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/168.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

⁵⁴⁵ BRASIL. *Lei 8.024, de 12 de abril de 1990*. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8024.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

⁵⁴⁶ STF, ADI 534/DF, liminar julgada em 27.6.1991.

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 534/DF*, Relator: Min. Celso de Mello, j. 26.8.1992.

Não se pode deixar de imaginar que a maioria dos Ministros, muito provavelmente, levou em consideração as graves repercussões quanto a uma eventual declaração de inconstitucionalidade de um plano econômico que objetivava cercar os efeitos da hiperinflação, recorrendo, portanto, ao consequencialismo e ao pragmatismo jurídico.

Da mesma forma, não se pode desprezar a conveniência de o julgamento do mérito ter sido efetivado somente após o exaurimento dos efeitos das medidas adotadas no Plano, o que fez prevalecer, *in casu*, a realidade econômica, mesmo diante de valorosos argumentos no sentido da impossibilidade de se criar um empréstimo compulsório sem respaldo em lei complementar e da transgressão ao direito de propriedade dos particulares.

Após um período relativamente estável em termos econômicos, o Brasil se deparou com novas crises a partir de 2015 e, nas suas esteiras, o contexto de dificuldade econômico-financeira influenciou a continuação de tomadas de medidas de austeridade, tendo diversos Estados da Federação que estavam sobrecarregados de dívidas e tinham atrasado ou parcelado a remuneração de servidores públicos, pensionistas e aposentados. Essas decisões motivaram ações judiciais em Tribunais de Justiça de vários Estados e, posteriormente, ensejaram a atuação do STF, com seu amplo rol de competências, principalmente por repercutirem em flexibilizações de direitos fundamentais.⁵⁴⁸

Em linhas gerais, medidas dos Estados-Membros que intentavam o parcelamento da remuneração de servidores públicos ativos e inativos, bem como o atraso no pagamento do 13º salário foram ratificadas pelo STF, uma vez que “não havia como deixar de reconhecer o estado de necessidade econômico-financeira que determinou, temporária e motivadamente, a absoluta impossibilidade de atender ao calendário de pagamentos”.⁵⁴⁹

Contudo, no julgamento da ADI 2.238,⁵⁵⁰ que questionava diversos dispositivos da LC 101/2000⁵⁵¹ – LRF, entre eles a possibilidade de haver a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, se constatada a superação dos limites definidos pela LRF com despesas com o funcionalismo

⁵⁴⁸ BITENCOURT, Najara Loureiro. *As respostas da jurisdição constitucional brasileira em momentos de crise: jurisprudência da crise no Brasil (?)*. 2021. 132 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 76.

⁵⁴⁹ Ver: SS 5.162/SE, SL 1.082/RS, SS 5.163/RN, SS 5.191/AP, SS 5.287/MT e SS 5.294/GO.

⁵⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.238/DF*, Plenário, Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 28.9.2020.

⁵⁵¹ BRASIL. *Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 4 fev. 2025.

público (art. 23, § 2º), o STF ratificou o raciocínio quando da concessão da cautelar, que suspendeu os efeitos desse dispositivo, tendo em vista o princípio da irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos (art. 37, inc. XV, da CF/1988).

Apesar de o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, ter defendido a constitucionalidade da redução da remuneração nesses casos, a maioria votou a favor da inconstitucionalidade. Diferentemente das Suspensões de Segurança e Suspensões de Tutela deferidas em atos dos Tribunais de Justiça locais que revisitavam o parcelamento da remuneração de servidores estaduais; nesse caso, o Supremo, mesmo considerando que o julgamento fora finalizado em junho de 2020, em plena pandemia da Covid-19, concluiu que as medidas de redução de despesas não poderiam impor sacrifícios ainda maiores aos servidores públicos por entender que a flexibilização dos direitos em tempos de crise só pode ser considerada se, e somente se, tiver caráter temporário.

Por certo, em sede de ADI, haveria a possibilidade de se admitir uma permissão genérica ou o recurso permanente à alegação da crise para que medidas restritivas fossem adotadas, especificamente visando atingir apenas uma parcela da sociedade, *in casu*, a dos servidores públicos. Essa constatação assume contornos ainda mais preocupantes se considerarmos que não há, no Brasil, uma regulamentação adequada para se delimitar os elementos constituidores de uma crise econômica emergencial, ou seja, se estamos efetivamente enfrentando uma situação de total imprevisibilidade ou se se trata de um ciclo natural em que se intercalam períodos de melhor e de pior desempenho dos índices econômicos.

Registre-se que o regime extraordinário fiscal estabelecido pela Emenda Constitucional 109/2021, a partir do art. 163-B da CF/88, é direcionado para o enfrentamento dos efeitos de eventual conjuntura de calamidade pública, permitindo-se flexibilizações no regime de contratação de pessoal e de obras, serviços e compras; o afastamento das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita; além da dispensa de outras normas de ajuste fiscal (regra de ouro, restrições à contratação de operações de crédito etc.).

O regime extraordinário fiscal, no entanto, não delimita, de forma pormenorizada, o que possa ser considerado uma efetiva crise econômico-financeira, com uma caracterização robusta de seus elementos e fatores condicionantes. Basta, para a instituição do regime excepcional, a decretação do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional por iniciativa privativa do Presidente da República.

Certo é que, em termos de matéria econômica, por um lado, o Supremo tende a ratificar a política macroeconômica adotada pelo governo federal, em deferência à separação dos poderes e às competências do Executivo e do Legislativo quanto ao tema. Nesse sentido, especialmente nas ações coletivas, o Judiciário evita adotar decisões que possam causar quaisquer efeitos na economia do país.

Por outro lado, quando se depara com ações individuais que questionam, ainda que reflexamente, a política econômica adotada, o Supremo tende a reconhecer e fazer prevalecer os direitos e garantias fundamentais. Daí por que alguns autores fazem alusão à “Jurisprudência dos Sinais Trocados”, fundamentada na tese da dinâmica pendular da jurisprudência do Supremo que, enquanto ratifica a política macroeconômica do governo federal, também atende ao pleito dos Estados-Membros nas questões federativas, bem como reconhece a transgressão a direitos individuais quando da concretização das referidas políticas.⁵⁵²

Não deixa de se tratar de um comportamento contraditório uma vez que, ao proferir decisões favoráveis aos particulares, está, concomitantemente, indo de encontro às premissas da política econômica adotada em caráter geral. Assim, o governo federal opta por uma política de austeridade, mas se depara com decisões judiciais que permitem a inobservância dos índices de endividamento dos entes subnacionais e que acarretam o aumento de gastos públicos ao reconhecer diversos direitos individuais e sociais.

O fato de o Poder Judiciário, ao menos inicialmente, adotar uma postura de autocontenção no que se refere à revisão de medidas instituídas por novos planos econômicos não é privativo do Brasil. Já vimos anteriormente exemplos de implantação de planos econômicos em países de diversos continentes que apresentaram uma característica comum: os Tribunais Constitucionais ratificaram as decisões econômicas dos demais Poderes (Executivo e Legislativo); porém, com o aumento da intensidade das políticas de austeridade, em especial de corte de gastos públicos relativos a despesas primárias, alguns Tribunais passaram a rever – e a reverter – as referidas escolhas econômicas.⁵⁵³

Em face das crescentes discordâncias entre, de um lado, a busca pela sustentabilidade fiscal e a necessidade de contenção do volume da dívida pública e, de outro, a concretização de direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso quanto a direitos sociais, muitas demandas originadas da efetivação desses conflitos provenientes da execução dos planos econômicos foram levadas ao Judiciário que, por sua vez, se viu envolvido em pressões de diversas nuanças, muito em razão de questões sensíveis de ordem política, social e econômica que surgem após a consumação de normas definidoras de uma novel ordem econômica.

Daí o motivo pelo qual, muito provavelmente, os Tribunais Constitucionais, quando se deparam com demandas que compreendem escolhas relativas à condução da política econômica de um país, passaram a adotar técnicas de decisões não usuais, as quais serão destrinchadas a partir do próximo tópico.

⁵⁵² FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da dívida pública federativa*. São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 95.

⁵⁵³ Vide item 2.3 (Períodos de crises emergenciais) no capítulo 2.

4.3.2 Técnicas judiciais utilizadas no controle das políticas econômicas

As crises econômicas, comumente, provocam uma escassez de recursos e, por consequência, uma série de restrições, sobretudo, nos direitos econômicos e sociais, como demissões em massa, o empobrecimento generalizado, limitações à seguridade e à proteção social, bem como à moradia, à educação e ao acesso a bens essenciais, em consequência, *prima facie*, da redução de investimentos. Em muitos casos, inclusive, são adotadas medidas emblemáticas, como o fim de políticas assistenciais, cortes de salários e dispensas de servidores públicos.

Ocorre que os direitos civis e políticos também são afetados, especialmente se considerarmos que todos os direitos envolvem custos. Segundo Holmes e Sunstein, todos os direitos fundamentais são prestacionais, inclusive os direitos de primeira dimensão, que exigem, para sua efetivação, um conjunto de medidas positivas que envolvem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para proteger, assegurar e garantir esses direitos. Logo, “todos os direitos implicam custos porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário”.⁵⁵⁴ Desse modo, a defesa corrente no sentido da irrelevância econômica dos direitos de primeira dimensão demonstra, na verdade, uma opção político-ideológica por sua concretização, bem como se constitui uma forma de manter, sob a falsa aparência da neutralidade, os critérios jurídicos tradicionais de alocação de recursos e distribuição de bens.⁵⁵⁵

Partimos da premissa, portanto, de que não existem “direitos economicamente irrelevantes”, mas sim opções políticas na priorização de uns em detrimento de outros em face dos conflitos alocativos orçamentários; conflitos estes que se agigantam em períodos de emergências financeiras em função de os recursos públicos, via de regra, se apresentarem ainda mais escassos nessas conjunturas.

Por conta do agravamento dos antagonismos, inevitável que o Judiciário passe a ser mais demandado, o que exige, por parte dos tribunais, em especial os constitucionais, uma dosagem maior de cautela em face dos efeitos vinculantes de suas decisões, da força persuasiva de seus precedentes e das repercussões mais abrangentes de sua jurisprudência.

Por sua vez, os juízes se deparam com diferentes escolas de pensamento econômico, muitas vezes com visões opostas sobre a adequação do papel do setor público: política fiscal contracíclica *versus* pró-cíclica; proteção *versus* flexibilidade dos direitos trabalhistas; sustentabilidade da dívida pública *versus* incremento de gastos protecionistas etc. De uma perspectiva instrumentalista, poderíamos perguntar:

⁵⁵⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York/USA: W. W. Norton & Company, 1999, p. 31.

⁵⁵⁵ MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 695-722, 2016.

é razoável rescindir certas proteções trabalhistas, por exemplo, com base no fato de que essas restrições podem, de acordo com escolas de pensamento neoclássicas, permitir que os salários diminuam, que as empresas nacionais se tornem mais competitivas globalmente e, assim, impulsionem o crescimento econômico e mais emprego? Ou, de uma perspectiva neokeynesiana, a garantia das proteções trabalhistas existentes é necessária para proporcionar salários adequados aos trabalhadores que, por sua vez, produzirão a demanda agregada necessária e estável para impulsionar o dinamismo econômico e a criação de empregos?⁵⁵⁶

Da mesma forma, os governos são justificados quando argumentam que priorizar a redução do déficit agora é necessário para reduzir os custos futuros de empréstimos e inculcar uma sensação de estabilidade percebida como necessária para fornecer as bases fiscais para a realização progressiva de direitos no futuro? Ou, de outro modo, as contrações em larga escala nas despesas públicas para lidar com dívidas profundas levarão a uma armadilha de austeridade, na qual a demanda anêmica resultante desses cortes de gastos públicos, durante uma recessão, só resulta em um desemprego mais profundo, menos receita governamental, déficits públicos mais altos, aumento das taxas de juros em títulos e, portanto, maior necessidade de cortes futuros?⁵⁵⁷

Juízes e tribunais, nesses contextos, muitas vezes, hesitam em entrar naquilo que é percebido como disputas polêmicas e irresolúveis sobre ideias econômicas com suposta incerteza empírica, mas o fato é que as contendas que envolvem políticas econômicas aprovadas pelo Legislativo e executadas pelo Executivo estão, cada vez mais, sendo levadas ao Judiciário, com crescentes expectativas de resolução depositadas nesse último órgão.

Por se tratar de um tema que envolve questões sensíveis relacionadas à separação de poderes e à delimitação de competências constitucionais, além da recorrente complexidade técnica afeta à execução de políticas macroeconômicas e à incerteza científica oferecida pela ciência pré-jurídica, resultou em que os juízes se aproximassem do que se convencionou denominar “pragmatismo jurídico”,⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ NOLAN, Aoife; LUSIANI, Nicholas J.; COURTIS, Christian. Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights. In: NOLAN, Aoife (ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2014, p. 165.

⁵⁵⁷ NOLAN, Aoife; LUSIANI, Nicholas J.; COURTIS, Christian. Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights. In: NOLAN, Aoife (ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2014, p. 165.

⁵⁵⁸ Quanto à origem do pragmatismo, ver: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

cujos conceitos e premissas não serão aprofundados na presente obra por se afastar do seu escopo.⁵⁵⁹

Em linhas gerais, para o pragmatismo jurídico, o Direito é mais bem-compreendido como resultado das necessidades de cada povo, da moral prevalecente em cada tempo e lugar, das injunções da política de cada nação, do que pelos axiomas e silogismos teóricos contidos em algum manual – como um livro de matemática. O Direito, portanto, responde de forma adaptativa, mas nem sempre lógica, às imposições da experiência.⁵⁶⁰ Nesse sentido, o pragmatismo jurídico pode ser entendido como a “disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”,⁵⁶¹ podendo-se destacar, conforme taxonomia elaborada por Thamy Pogrebinski, três de seus elementos fundamentais: (i) o antifundacionalismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo.⁵⁶²

O primeiro dos elementos, o antifundacionalismo, é avesso a pensamentos que compreendam qualquer ponto de partida com aspectos estático, perpétuo, imutável, abstrato e atemporal. Não se trata propriamente de negar a ideia da verdade, mas de despi-la de seu caráter apriorístico, como um dogma fundado em alguma abstração metafísica. Daí por que se aproxima da ideia de pós-modernidade voltada para o descrédito das grandes teorias fundacionalistas (como algumas formas de filosofia da história) que nos contavam tudo sobre a nossa origem e, sobretudo, sobre o nosso destino. Segundo Gustavo Binjenbojm:

A postura pragmática é, assim, essencialmente crítica e experimental, sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras. Avaliar teorias por suas consequências exige desprendimento quanto ao reconhecimento dos erros do passado e da obsolescência das velhas teorias, quando sua perpetuação já não faça mais qualquer diferença para o mundo. Nesse sentido, o antifundacionalismo é um antídoto contra o fetichismo de teorias e contra a tentação de torcer os dados para adequá-los às proposições teóricas.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Para maior aprofundamento, sugerimos: POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. USA: Harvard University Press, 2002; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁵⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

⁵⁶¹ POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. USA: Harvard University Press, 2002, p. 227.

⁵⁶² POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 23-72.

⁵⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 55.

Já o contextualismo valoriza a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural – na investigação filosófica, como método que nos liberta de abstrações atemporais. Logo, por ser contextual, a realidade é mutável e os resultados pretendidos em cada caso também.⁵⁶⁴

E, por último, o consequencialismo conduz sempre qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica, o que, de certa forma, depende do teste de suas consequências futuras, sendo sua antecipação essencial para o saber pragmático, a fim de que se possa avaliar qual a diferença que produzirá sobre a realidade. Isso, em última instância, conduz o pragmatista a uma atitude marcadamente empiricista e experimentalista. Alerta-se, todavia, que, como a realidade é contextual e, portanto, cambiante, a verdade sempre poderá ser alterada, tornando a empreitada pragmatista sempre aberta ao erro e à correção continuada.⁵⁶⁵

Os três elementos fundantes do pragmatismo jurídico podem ser sintetizados – e conjugados – da seguinte forma: “se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto no qual estão inseridas”.⁵⁶⁶

Em decorrência deles, merecem destaque o instrumentalismo, por meio do qual o Direito não deve ser visto como um fim em si, bem como a necessidade de o juiz constitucional estar atento para as consequências sistêmicas de sua atuação em face das grandes proporções causadas, em regra, por crises econômicas e do alcance abrangente de suas deliberações; razões pelas quais as decisões judiciais não devem ser tomadas com base apenas no caso específico em exame.

No entanto, posições “extremadas” defensoras das consequências práticas de uma decisão judicial devem ser evitadas, pois o pragmatismo jurídico não pode constituir um salvo-conduto para a prevalência dos efeitos concretos de uma deliberação em face dos valores resguardados pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, algumas ressalvas quanto à aplicação do pragmatismo serão analisadas a partir do próximo item.

4.3.2.1 *A decisão não pode ser puramente consequencialista*

A jurisdição constitucional em todo o mundo vem se curvando ao “giro pragmático”, baseando-se em conceitos, proposições e decisões no exame de

⁵⁶⁴ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 13.

⁵⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 55.

⁵⁶⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 38.

consequências práticas, em determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis.⁵⁶⁷

Esse afastamento do positivismo formalista, no entanto, não significa que a interpretação constitucional possa ser puramente consequencialista ou “que possa fazer tábula rasa do texto da lei, da doutrina ou do precedente”.⁵⁶⁸

Há limites, portanto, ao poder criativo do intérprete, que tem um dever de fidelidade ao texto, apesar de não se restringir a um resultado da interpretação meramente matemática ou lógico-dedutiva. Mesmo havendo relativa liberdade para o intérprete “construir seu mundo” por meio do texto, sua função criativa só pode se dar dentro de certos limites e sem que as escolhas políticas do legislador sejam substituídas pelas escolhas políticas do intérprete.⁵⁶⁹

Em consonância com Marco Aurélio Greco, o intérprete tem, sim, um papel positivo na construção do significado da lei, não se tratando, portanto, de mero espectador. Mas essa atuação positiva não se reveste de um poder absoluto e limitado, em que é essencial evitar subjetivismos puros, incompatíveis com um mínimo de previsibilidade das consequências legais, “desnaturando a lei, que deixaria de ser uma pauta de conduta, para ser um simples pretexto para a tomada de certa decisão e imposição de certo significado”.⁵⁷⁰

A título de exemplo, a EC 109/2021 acrescentou o inc. VIII ao art. 163 da CF/1988, de modo que lei complementar disponha sobre a sustentabilidade da dívida, especificando, ainda, entre outros elementos, “os níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida” (alínea “b”).⁵⁷¹ Verifica-se, portanto, que coube ao constituinte derivado a escolha do fim almejado (dívida sustentável), porém já orientando previamente o legislador quanto aos meios para atingi-la, que,

⁵⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 60.

⁵⁶⁸ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17.

⁵⁶⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 508.

⁵⁷⁰ GRECO, Marco Aurelio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 105.

⁵⁷¹ BRASIL. *Emenda Constitucional 109, de 15 de março de 2021*. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc109.htm. Acesso em: 4 fev. 2025.

no caso dos resultados fiscais, deverá haver a necessária convergência com a trajetória da dívida.

É da competência do legislador infraconstitucional a decisão quanto aos meios que entender serem aptos para manter a trajetória da dívida em níveis sustentáveis, porém não poderá se afastar do prévio direcionamento constituinte no sentido de que os resultados fiscais devem ser utilizados para evitar um descontrole sobre o grau de endividamento.

Por meio da LC 200/2023,⁵⁷² foi instituído o “regime fiscal sustentável”, com regras de controle de receitas e despesas primárias dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União que, em seu conjunto, passaram a ser conhecidas como “arcabouço fiscal”. Em linhas gerais, trata-se de garantir a solvência e a sustentabilidade das contas públicas, “prevenindo riscos e promovendo medidas de ajuste fiscal em caso de desvios” (art. 1º, § 2º). O legislador especifica, ainda, que as medidas de ajuste fiscal são obtidas mediante a obtenção de resultados fiscais compatíveis com a adoção de limites ao crescimento da despesa e, também, com a recuperação e a gestão de receitas públicas (art. 1º, § 3º).

Não é dado ao órgão julgador, nesse contexto, desconsiderar a metodologia empregada pelo legislador infraconstitucional, de modo a afastar qualquer ajuste fiscal – ou mesmo incluir um pretexto ajuste monetário –, por entender que a contenção de despesas primárias causaria consequências nocivas à dignidade da pessoa humana e à concretização de direitos sociais. Os fins direcionados à proteção da pessoa humana, apesar de suas altas densidades valorativas, não podem servir de justificativa para ampliar o conteúdo da decisão tomada pelo legislador, a qual, diga-se de passagem, encontra-se nos exatos limites estabelecidos pelo constituinte derivado. Conforme argumentação de Marco Aurelio Greco, é plenamente possível que se abra espaço para críticas à lei, no sentido de não ser o melhor meio ou o mais eficaz; mas isso não autoriza “que se pretenda substituir a decisão legislativa por outra de conteúdo diverso”,⁵⁷³ o que, de forma equivocada, permitiria ao intérprete judicial “complementar, ampliar ou alargar” o meio legitimamente escolhido pelo legislador.

⁵⁷² BRASIL. *Lei Complementar 200, de 30 de agosto de 2023*. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do *caput* e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp200.htm. Acesso em: 4 fev. 2025.

⁵⁷³ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 114.

4.3.2.2 Critérios de proporcionalidade

Vimos, no capítulo anterior, exemplos práticos de controle de proporcionalidade que pode ser realizado pelo TCU em face de medidas adotadas pelo BCB relativas às escolhas dos instrumentos de execução de política monetária.⁵⁷⁴ Por certo que esse tipo de controle também pode ser efetuado pelo Poder Judiciário, mas não podemos olvidar que as mesmas dificuldades encontradas no controle exercido pelo TCU também aqui devem ser enfrentadas, destacando-se a necessidade de maior “cautela” quanto aos comandos impositivos das decisões, diante, primordialmente, da imprevisibilidade de suas consequências.

Os exemplos de controle anteriormente analisados, por eles próprios, são suficientes para demonstrar que o exame da proporcionalidade de medidas adotadas pelo Poder Público envolve análises complexas, dependentes da ponderação entre as finalidades almejadas e as restrições que elas causam. Ocorre que, mesmo que esta não seja uma tarefa simples, uma vez que contrapõe a liberdade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo quanto a suas atividades frente ao controle exercido pelo Poder Judiciário, este não pode se furtar em controlar os excessos cometidos pelos outros Poderes, pois se trata, afinal, de sua competência constitucionalmente definida.⁵⁷⁵

Da mesma forma, analisamos, em passagem antecedente,⁵⁷⁶ o caso da adoção de decisões consequencialistas pelo Tribunal Constitucional português na vigência do Pacto de Estabilidade e Crescimento que adotou medidas excepcionais em face da crise econômica, como a redução da remuneração de funcionários públicos.⁵⁷⁷ No que tange, especificamente, à redução de vencimentos, a Corte portuguesa adotou o teste da proporcionalidade, conforme trechos do Acórdão a seguir:

⁵⁷⁴ Vide item 3.3.2.3 (O controle da proporcionalidade) do capítulo 3.

⁵⁷⁵ LEÃO, Martha Toribio. *Controle de extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 145 (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

⁵⁷⁶ Vide item 2.3.3.1 do capítulo 2.

⁵⁷⁷ O Tribunal Constitucional pronunciou-se, em 2011, sobre a constitucionalidade das reduções remuneratórias constantes da Lei 55-A, de 31 de dezembro de 2010 (Orçamento de Estado para 2011). Entre as medidas de austeridade, o normativo instituiu que os salários dos funcionários públicos que ultrapassassem os 1.500 euros seriam reduzidos entre 3,5% e 10%, de acordo com o seu valor, e que seriam feitas reduções específicas nos salários e benefícios do Poder Judiciário. Os autores da ação, membros do Parlamento, fundamentaram a alegação de inconstitucionalidade nos seguintes pontos: (i) as medidas não eram temporárias; (ii) a confiança legítima de que as remunerações de servidores não seriam reduzidas reforçava a violação à segurança jurídica; (iii) as medidas violavam o princípio da igualdade porque os cortes foram impostos apenas aos funcionários do setor público; (iv) as reduções violavam a irredutibilidade dos salários, vedada pela Constituição portuguesa; e (v) não houve consulta aos sindicatos dos trabalhadores, o que a Constituição portuguesa exige previamente à edição de legislação federal.

Como último passo, neste quadrante valorativo, resta averiguar da observância das exigências de proporcionalidade (cfr., quanto à necessária conjugação do princípio da protecção da confiança com o princípio da proibição do excesso, Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 268-269). Admitido que a expectativa de manutenção dos montantes remuneratórios e de ajudas de custo tenha que ceder, em face da tutela de um interesse público contrastante de maior peso, ainda assim há que controlar se as concretas medidas transitórias de redução remuneratória, previstas no artigo 19º da lei do Orçamento do Estado, abrangendo todo o universo dos trabalhadores com uma relação de emprego público, e as medidas de redução de ajudas de custo que resultam dos artigos 20º e 21º da Lei do Orçamento de Estado para 2011, abrangendo os magistrados judiciais e do Ministério Público, traduzem ou não uma afectação desproporcionada de uma posição de confiança, tendo em conta os três níveis em que o princípio da proporcionalidade se projecta.

Que se trata de uma medida idónea para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido. Quanto à necessidade, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida. Por último, a serem indispensáveis, as reduções remuneratórias não se podem considerar excessivas, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afectados. Assim é que, para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10% – inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos aos nossos.⁵⁷⁸

Observa-se, portanto, que o Tribunal entendeu que o sacrifício a que se submetia os funcionários públicos era adequado, necessário e proporcional. A medida era adequada porque “idónea para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido”. Em outro trecho, acrescem-se justificativas quanto à dimensão da crise e à existência de compromissos internacionais à adequabilidade da medida:

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções

⁵⁷⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 396/2011. Proc. 72/11*, Plenário, Relator: Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro.

remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

No que tange à necessidade, em que se discutia uma possível transgressão à isonomia, uma vez que apenas os servidores públicos arcaram com o ônus do equilíbrio das contas públicas (em face de os trabalhadores da iniciativa privada não terem sido afetados, cogitou-se estender o ônus a todos os setores da sociedade por meio do aumento de tributos), a Corte portuguesa considerou eventuais reflexos financeiro-económicos indesejáveis de uma decisão sua nesse sentido, tendo asseverado que:

É sabido que a actuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a selecção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objecto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes.

Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos. Não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado,

com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.⁵⁷⁹

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito fora justificada pela sua transitoriedade, pela não afetação dos indivíduos com remunerações inferiores a 1.500 euros, pela progressividade das alíquotas e pelo limite total de corte de 10%, o que fora considerado razoável, por ser “inferior ao aplicado em países da UE com problemas financeiros idênticos”.

4.3.2.3 Criação de incentivos institucionais

Diante de casos difíceis, que envolvem a alocação de recursos escassos, conflitos federativos ou questões meramente econômicas, os Tribunais Constitucionais

⁵⁷⁹ Houve divergência nesse ponto. O Juiz Constitucional João Cura Mariano, em declaração de voto, dispôs que: “[...] na verdade, não basta demonstrar que a via escolhida é adequada à finalidade visada, é também necessário evidenciar-se que ela é a que menos encargos impõe aos cidadãos. Face à violação da confiança dos cidadãos e aos danos subsequentes, essa medida tem que se revelar ‘a mais suave’, ‘a mais benigna’, entre as medidas possíveis para alcançar a finalidade pretendida. Só assim se poderá concluir pela necessidade da sua aprovação. Ora, se o fim perseguido é uma redução drástica do défice das contas públicas, o mesmo tanto poderá ser obtido por via do aumento da receita como pela via da diminuição da despesa. Sabe-se que não é indiferente o combate ao défice pelo lado da receita ou pelo lado da despesa, atenta a diferença dos efeitos colaterais na economia destas opções, não podendo este Tribunal cercear a liberdade do legislador escolher o caminho que considera mais eficaz para atingir o seu objectivo, como refere o presente acórdão. Contudo, quando o corte da despesa é efectuado através da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, a essencialidade dos referidos efeitos colaterais coincide com as consequências duma tributação dos rendimentos – redução do poder de compra da população, com reflexos na procura interna. Não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para os funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado. Além de que, estando nós perante um objectivo de interesse comum a todos os cidadãos, era indiscutivelmente mais justo que a medida de redução dos rendimentos particulares não atingisse apenas os trabalhadores da função pública. Não se revelando, pois, que a medida escolhida pelo legislador para alcançar a redução do défice das contas públicas fosse a “mais benigna” entre as medidas possíveis, não se mostra preenchido o requisito da necessidade que poderia justificar a violação do princípio da confiança em nome da prossecução de um interesse público superior, pelo que me pronunciei pela inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 19º, 20º e 21º, da Lei n. 55-A/2010, de 31 de Dezembro”.

vêm se valendo de outra estratégia decisória, voltada para a criação de uma estruturação de incentivos para que os demais Poderes e instituições também participem da construção de decisões relativas a esses acontecimentos complexos. Para o atingimento desse objetivo, os tribunais têm estimulado, cada vez mais, a relação dialógica entre as instituições, de modo a transferir os custos de decisão e os custos de erro aos demais poderes públicos.⁵⁸⁰

Os “custos de decisão” (*decision costs*) correspondem aos custos envolvidos para se encontrar o resultado, um tipo de custo enfrentado por tribunais e por cidadãos que têm de investir recursos nesse processo. Por sua vez, os “custos de erro” (*error costs*) envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão.⁵⁸¹⁻⁵⁸²

Há, por conseguinte, um viés de colaboração por parte do Poder Judiciário em relação aos demais agentes políticos, por meio do qual a atuação simultânea permitirá uma jurisdição constitucional como produto da elaboração conjunta de juízes e outros atores constitucionais.

Nos casos de questões econômicas, em que é necessário lidar com casos de maior complexidade técnica, pode o Judiciário propositalmente transferir aos demais Poderes parte dos custos de decisão e de erro, assumindo uma postura pragmática de aproveitamento das capacidades institucionais de cada Poder. “Sem necessariamente adotar uma postura passiva, o Judiciário enfrenta a questão, mas, sabedor de suas limitações técnicas, cria incentivos para que os outros agentes contribuam para solucionar o caso”.⁵⁸³

Vimos, em capítulo precedente,⁵⁸⁴ que o TCU, diante de um caso concreto, mesmo se considerasse que um meio de política monetária adotado pelo BCB não atendesse à proporcionalidade em sentido estrito, poderia optar por decisões que não impusessem à autoridade monetária a anulação da medida por ela realizada ou mesmo uma determinação para que outro instrumento monetário fosse utilizado,

⁵⁸⁰ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 48-49.

⁵⁸¹ SUNSTEIN, Cass. *Constitutional personae: heroes, soldiers, minimalists, and mutes*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 15-16.

⁵⁸² Em face de esta obra não compreender questões mais aprofundadas sobre teorias dialógicas entre os Poderes e as Instituições, bem como a Teoria dos Custos das decisões judiciais, sugerimos aos interessados a leitura das seguintes obras: SUNSTEIN, Cass. *Constitutional personae: heroes, soldiers, minimalists, and mutes*. Oxford: Oxford University Press, 2015; ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta normativa da decisão judicial. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

⁵⁸³ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 54.

⁵⁸⁴ Vide item 3.3.2.3 (O controle da proporcionalidade) no capítulo 3.

em razão, principalmente, das consequências dos efeitos dessas decisões nas expectativas dos credores de títulos públicos e dos operadores do mercado financeiro.

Na verdade, trata-se de uma decisão que contém alto custo de erro, pois, a depender dos efeitos ocasionados nas expectativas dos agentes econômicos, consequências graves poderiam advir, a partir dela, na execução da política monetária do país, como: perda de confiança dos agentes na autoridade monetária; descontrole dos índices inflacionários; e impactos severos nas demais políticas macroeconômicas – fiscal e cambial.

O mesmo controle pode vir a ser efetivado pelo Poder Judiciário, com o agravante de que, aqui, teria de lidar com questões que não são meramente jurídicas e carregadas de grande complexidade técnica, o que, no mínimo, implicaria um alto custo da decisão, resultante da convocação de especialistas ou de peritos, além da necessidade da formação de um juízo prognóstico dos efeitos macroeconômicos da decisão.

Andrea Magalhães faz remissão a interessante exemplo de incentivo à solução negocial. No julgamento conjunto dos Mandados de Segurança (MS) 34.023, 34.110 e 34.122,⁵⁸⁵ que tratavam da remuneração aplicável à dívida pública dos estados, os diálogos incentivados pelo STF foram essenciais para o desfecho do caso.⁵⁸⁶ No julgamento, iniciado em 4 de abril de 2016, o Tribunal considerou prudente manter a liminar em favor dos estados impetrantes como forma de lhes garantir algum “poder de barganha” em face da União, limitada, contudo, ao prazo de 60 dias. Na visão da autora, ao agir desse modo, “o Supremo deliberadamente criou uma externalidade negativa em desfavor da União com o propósito de incentivar as partes a um acordo, criando situação em que todos teriam a perder se o impasse se mantivesse”.⁵⁸⁷

Ao final, a estratégia da Corte Constitucional funcionou, com a negociação das partes e a respectiva adaptação da liminar aos termos do acordo firmado entre os estados e a União. Por meio de uma atuação pragmática, o STF promoveu a transferência dos custos da decisão aos entes federativos interessados, deixando o

⁵⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 34.023/DF, MS 34.110/DF e MS 34.122/DF*, Plenário, Relator: Min. Edson Fachin, j. 1.7.2016.

⁵⁸⁶ A discussão envolvia a cifra de R\$ 300 bilhões, o que equivalia, à época, a mais de 5% do PIB. Os estados impetrantes alegavam que a União, ao regulamentar a LC 148/2014, por meio do Decreto 8.616/2015, estipulou a fórmula do desconto em desconformidade com a previsão legal, aplicando juros compostos sobre o saldo devedor e que, portanto, a incidência da taxa Selic de forma simples sobre o estoque das dívidas é a que deveria ter sido aplicada (BRASIL. *Decreto 8.616, de 29 de dezembro de 2015*. Regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8616.htm. Acesso em: 8 fev. 2025).

⁵⁸⁷ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 54-55.

órgão judicial, portanto, de decidir, por conta própria, uma demanda que envolvia uma extensa repercussão econômico-orçamentária e sérios conflitos federativos.

Outro exemplo de transferência dos custos pode ser encontrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 25, em que o STF impôs uma determinação a outro órgão de estatura constitucional, o TCU, dotado de maior *expertise* técnica quanto à matéria. De modo a enfrentar a renitente inércia do Poder Legislativo, o Plenário fixou um prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional editasse lei complementar para regulamentar a renúncia fiscal de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) instituída pela EC 43/2003, “sob pena de a fixação recair sob o TCU”, nos seguintes termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes:

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, proponho a este Plenário que atribua ao Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto não sobrevier a referida lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos: as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.⁵⁸⁸

O Relator justificou a referida determinação tendo em vista que a mencionada atribuição não é de todo estranha ao órgão uma vez que o art. 161, parágrafo único, da CF/1988, confere ao TCU o papel de efetuar o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação dos Estados (FPEs) e Municípios (FPMs), além do caráter absolutamente precário e excepcional da competência conferida ao TCU, razão pela qual “advindo a lei complementar, naturalmente, cessa a competência da Corte de Contas para o caso”.

Recentemente, nos autos da ADI 7.688,⁵⁸⁹ o Relator, Ministro Flávio Dino, determinou:

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 25, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 30.11.2016.

⁵⁸⁹ Trata-se de ADI, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), contra o art. 1º da EC 105/2019, especificamente em relação ao art. 166-A, inc. I, e seus parágrafos, incluído na Constituição, que instituiu as transferências especiais conhecidas como “emendas PIX” (BRASIL. *Emenda Constitucional 105, de 12 de dezembro de 2019*. Acrescenta o art. 166-A à Constituição Federal, para autorizar a transferência de recursos federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc105.htm. Acesso em: 9 fev. 2025).

Em linhas gerais, a Associação autora sustenta que os dispositivos impugnados permitem a transferência direta de recursos públicos, sem necessidade de vinculação a projetos ou

2) que as transferências especiais (“emendas PIX”) sejam fiscalizadas nos termos dos arts. 70, 71 e 74 da Constituição Federal, consoante o entendimento desta Corte em situação análoga (ADI 5791, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12/09/2022). Ou seja, os controles devem ser exercidos mediante a atuação do TCU e da CGU, inclusive quanto às transferências realizadas anteriormente a esta decisão.⁵⁹⁰

Apesar de ter reconhecido as atribuições tanto do TCU, como da CGU, para fiscalizar os recursos públicos transferidos por meio dessas emendas, o Relator direcionou uma determinação apenas à CGU, para que, no prazo de 90 dias, realizasse “auditoria de todos os repasses de ‘emendas PIX’ em benefício de Organizações Não Governamentais (ONGs) e demais entidades do terceiro setor, realizados nos anos de 2020 a 2024”.

Trata-se de decisão que, além de reconhecer a atribuição constitucional dos órgãos de controle, inovou ao estipular um comando ao órgão de controle interno (CGU) para que, em prazo previamente estipulado, realizasse uma auditoria específica, *in casu*, de rastreamento e aplicação dos recursos públicos transferidos a ONGs por meio das denominadas “emendas PIX”. Entendemos que o referido comando poderia ter sido atribuído também ao TCU (órgão de controle externo); no entanto, não foi essa a opção do Ministro Relator, talvez por considerar que bastaria a atuação de um dos órgãos de controle.⁵⁹¹

atividades específicas, sem convênio ou outro instrumento congênera, o que constitui, em tese, violação a princípios fundamentais, com destaque para os princípios da publicidade, da moralidade, da eficiência e da legalidade na Administração Pública (art. 37 da CF/1988), e cláusulas pétreas, especialmente as previstas no art. 60, § 4º, incs. I e III, da CF/1988. Em acréscimo, alega que as “emendas PIX” são transferências especiais que podem ser utilizadas individualmente pelos Deputados e Senadores e que o valor é enviado diretamente ao cofre do ente local sem a necessidade de apresentar projeto ou apontar área para aplicar a verba, portanto o mecanismo dificulta o acesso e a transparência da atividade jornalística, especialmente a capacidade de realizar investigações fundamentadas e de reportar com precisão sobre a gestão de verbas públicas.

⁵⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 7.688, Relator: Min. Flávio Dino, j. 1º.8.2024. Posteriormente, em sessão virtual de 19.8.2024, o Tribunal Pleno, por unanimidade, referendou a decisão.

⁵⁹¹ Utilizamos o advérbio de dúvida (“talvez”) porque o Relator pode ter optado pela determinação unicamente ao órgão de controle interno para evitar possíveis divergências interpretativas quanto ao alcance do inc. IV do art. 71 da CF/1988 (“IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”). Uma interpretação literal poderia conduzir ao sentido de que somente o Poder Legislativo teria competência para requerer auditorias junto ao Tribunal de Contas respectivo. Discordamos, contudo, desse entendimento, pois, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do sistema de jurisdição una,

A técnica da repartição dos custos das decisões e de seus possíveis erros, com a convocação de outros órgãos peritos, é plenamente aplicável aos casos em que se discutem políticas macroeconômicas. É inegável que os juízes, em face de não possuírem formação extrajurídica, não têm condições de realizar prognósticos consequencialistas quanto às repercussões econômicas, sociais e políticas de suas decisões. Defendemos, portanto, que, nos casos difíceis que envolvem a adequação de políticas fiscais, monetárias e cambiais, além da manifestação do Ministério da Fazenda e do Banco Central do Brasil, o órgão judicial possa direcionar uma determinação ao TCU para que averigüe se as referidas alegações correspondem à realidade, com a realização, por exemplo, de uma auditoria de monitoramento junto aos referidos órgãos/entes, a qual poderá, inclusive, acompanhar os resultados concretos das referidas políticas macroeconômicas.

4.3.2.4 Cronoterapia: a técnica de não decidir

Em determinadas situações, com potencial para causar severos impactos econômicos e, concomitantemente, nas quais se verifica a ausência de *expertise* técnica dos membros do Judiciário para lidar com a questão, os juízes podem, deliberadamente, adotar a técnica de não decidir, ou melhor, não decidir em dado momento.

Recorrendo a um juízo de ponderação de riscos, os membros do Judiciário consideram as vantagens do decurso do tempo como uma estratégia para evitar – o que podemos denominar – uma “decisão apressada” que, dado o momento equivocado em que é prolatada, provoque graves consequências econômicas, sociais e/ou políticas.

Doutrinadores apontam inúmeras vantagens de uma “decisão adiada”, como expectativas voltadas para a mudança do contexto econômico, a alteração da composição da Corte Constitucional ou o esfriamento de um debate social,⁵⁹² sendo certo que não decidir não se confunde com a inércia judicial, mas sim com a escolha do melhor momento para decidir.

De certa forma, aqui também há um juízo implícito quanto aos custos de erro, em que a adoção de uma postura judicial passiva se mostre mais favorável por resultar em menores riscos de erros nas decisões.

Há, contudo, severas críticas a essa técnica de (não) decisão que passam por vícios de transparência do comportamento judicial e pela exigência da celeridade e

nenhum direito ou ameaça a direito pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988).

⁵⁹² PERRONE, Patrícia. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 308.

da razoável duração do processo.⁵⁹³ No entanto, apesar das críticas, os exemplos da utilização dessa técnica estão, gradativamente, aumentando nos Tribunais Constitucionais nos mais variados países.

Como exemplo, podemos citar um caso argentino já analisado anteriormente.⁵⁹⁴ Trata-se da política econômica conhecida como *Corralito*, adotada pelo governo de Fernando de la Rúa, no fim de 2001.⁵⁹⁵ Vimos, também, que o Tribunal Constitucional argentino, revendo jurisprudência anterior (*Smith e Província de San Luis*), acabou por cancelar a constitucionalidade da regulação emergencial.

O problema é que vários tribunais inferiores, diante de centenas de milhares de casos semelhantes, acabaram por descumprir a orientação da Corte Constitucional e passaram a prolatar decisões que ofereciam maior proteção aos poupadores.⁵⁹⁶

Ocorre que, em vez de optar por uma resposta imediata, somente 2 anos mais tarde, a Suprema Corte argentina apreciou novamente a constitucionalidade dos recálculos de depósitos (caso Massa), oportunidade em que aproveitou para proceder a alguns ajustes financeiros mais benéficos aos poupadores, referentes à taxa de juros e ao período de tempo para o qual foi aplicada em relação ao capital depositado originalmente em dólares que tinha sido convertido em pesos pela legislação.⁵⁹⁷

A demora para a Corte endossar a constitucionalidade do plano econômico, na verdade, fora essencial para a consolidação de uma jurisprudência unânime, aceita e acompanhada pelos demais tribunais, em um típico exemplo de diálogo entre o Tribunal Constitucional e os tribunais inferiores, em um momento, a propósito, em que a economia argentina se encontrava relativamente mais estável.⁵⁹⁸

⁵⁹³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁵⁹⁴ Vide item 2.3.4.2 do capítulo 2.

⁵⁹⁵ Essa política fora instituída em plena crise econômica e consistia no congelamento de depósitos dos poupadores e no estabelecimento de limites semanais para a retirada de fundos, visando a evitar e interromper a retirada de depósitos em contas-correntes e poupanças, que seriam trocados por dólares ou transferidas diretamente para o exterior.

⁵⁹⁶ MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and the Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 326-327.

⁵⁹⁷ MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and the Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 327 e 333.

⁵⁹⁸ MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 97-98.

No caso brasileiro, relatamos outro exemplo da técnica de não decidir em tópico anterior, em que fizemos menção à “conveniência de o julgamento ter sido efetivado somente após o exaurimento dos efeitos das medidas adotadas no Plano Collor 1”, ocasião em que o Supremo preferiu não se manifestar conclusivamente quanto ao mérito, tendo em vista o início do ressarcimento de parcelas dos valores anteriormente retidos, razão pela qual a ação fora julgada prejudicada.⁵⁹⁹

4.3.2.5 *O passivismo judicial: as virtudes passivas*

O passivismo ou a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) se trata de uma conduta por meio da qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Essas condutas podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.⁶⁰⁰

É certo que alguns autores relacionam o passivismo judicial ao positivismo liberal, que defende a superioridade absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, a qual reduz-se à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos. Por essa razão, em atendimento à autocontenção, o juiz deve se limitar a avaliar a constitucionalidade de uma lei por meio de critérios objetivos a fim de defender a democracia, pois a lei foi a escolha da maioria dos cidadãos por via de seus representantes eleitos.⁶⁰¹

Contudo, há Tribunais Constitucionais que apresentam uma tradição não formalista e que, em situações específicas, dada a dificuldade do caso, preferem adotar uma postura positivista, motivo pelo qual a “interpretação positivista casuística” pode também ser considerada uma conduta pragmática quando se busca, na verdade, a autocontenção judicial de acordo com os critérios de escolha, pelos membros do tribunal, dos casos em que este tipo de exegese será aplicado.

É preciso deixar claro, no entanto, que essa opção de conduta pragmática por parte dos Tribunais Constitucionais não deve, *a priori*, ser considerada boa ou ruim. Segundo Bickel, as “virtudes passivas” constituem uma forma de julgamento facultada às

⁵⁹⁹ Vide item 4.3.1.

⁶⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

⁶⁰¹ Por todos, ver: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Cortes Constitucionais, que, além de declarar leis constitucionais ou inconstitucionais, podem decidir “não decidir”, utilizando-se de técnicas de não decisão.⁶⁰²

Entre essas técnicas, destacam-se as ferramentas processuais por meio das quais a corte evita emitir sua opinião sobre o caso. A título de exemplo, no direito norte-americano, a Suprema Corte dispõe de mecanismos processuais para recusar jurisdição, as denominadas “doutrinas de justiciabilidade”. Assim, os juízes, às vezes, não querem decidir os casos ou todas as questões, por exigir que se manifestem muito além do que gostariam. Portanto, negar um *certiorari* (recurso específico para a Suprema Corte) é uma forma de não decidir.⁶⁰³

Cass. R. Sunstein visualiza as “virtudes passivas” de Bickel como parte do minimalismo judicial e argumenta que, se determinada matéria de alta complexidade ainda não está madura para decisão pela Corte ou se os juízes necessitam receber mais informações, pois podem estar muito divididos para decidir, as doutrinas de “justiciabilidade” podem minimizar o risco de erros e aumentar a amplitude para a deliberação democrática sobre o problema. Reduzem-se, assim, os custos de decisão e os custos de erros.⁶⁰⁴

Nesse sentido, apesar de reconhecer que “negar um *certiorari* possa criar uma incerteza indesejável e permitir a perpetuação de injustiças inconstitucionalmente inaceitáveis”, Cass. R. Sunstein defende enfaticamente o minimalismo judicial quando os tribunais não têm informação que justifique a confiança em uma decisão e, sobretudo, quando a carência de informação relevante consistir em matéria de alta complexidade. À vista disso, nas hipóteses de ausência de informação técnica, qualquer tentativa de decidi-las, de forma ampla e profunda, pode gerar erros; motivo pelo qual, nesse tipo de cenário, é melhor que os tribunais respeitem os demais atores políticos com competência para regular a matéria.⁶⁰⁵

No Brasil, também há instrumentos processuais que impedem o acesso às cortes superiores e evitam o julgamento de mérito, de modo que podemos concluir

⁶⁰² Segundo Conrado Hübner Mendes, o primeiro autor a se destacar com contribuições para o minimalismo judicial foi Alexander Bickel. A obra inicial de Bickel foi escrita na década de 1960, no auge da Corte Warren, conhecida pelo seu ativismo liberal em políticas sociais. Para ele, a obra não traz um argumento bem-estruturado, uma sequência sistemática de ideias. Por outro lado, Bickel sentia-se incomodado com a conduta ativista exercida pela Suprema Corte em plena democracia norte-americana (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011).

⁶⁰³ REISSINGER, Simone. *Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sunstein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 68.

⁶⁰⁴ SUNSTEIN, Cass. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 40.

⁶⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 28.

que medidas procedimentais também são utilizadas em consonância com as premissas do passivismo judicial. Um exemplo a ser destacado foi o recente julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.202, em que o Ministro Relator indeferiu liminarmente a petição inicial.⁶⁰⁶

Em síntese, trata-se de ação em que partido político requeria o reconhecimento da lesão a preceitos fundamentais,⁶⁰⁷ determinando-se, ainda, algumas medidas ao BCB, como: (i) aprimore o processo decisório quanto à definição da taxa básica de juros, por meio da fixação de parâmetros razoáveis; (ii) preencha o vácuo normativo na regulação, evitando que variáveis abstratas e núcleos de inflação não relacionados à efetividade da política monetária possam influenciar a definição da taxa de juros; (iii) que a definição da meta da Selic dimensione e observe estritamente seu impacto sobre o orçamento fiscal e sobre a trajetória sustentável da dívida pública, por incidência dos arts. 165, § 2º da CF/1988 e art. 113 do ADCT; (iv) que as decisões do Copom levem em consideração, necessariamente, seus impactos sobre o crescimento econômico, o mercado de trabalho, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e (v) que se proceda a uma revisão dos parâmetros utilizados para a mensuração das expectativas de mercado, com a abertura do Boletim FOCUS a outros atores institucionais não relacionados ao mercado financeiro, evitando-se, assim, a captura do poder político pelo capital financeiro.

Apesar de ter considerado que a ação não cumpria o requisito da subsidiariedade e, portanto, não satisfazia o requisito de procedibilidade, o Relator fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

Estabelecidas essas premissas e sem descuidar da relevância da questão tratada, entendo que há outros meios eficazes para se buscar sanar a lesividade apontada pelo arguente. Com o sentido e o alcance da matéria posta, não se mostra ser caso de cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, visto que não cabe ao Supremo Tribunal Federal estabelecer ou orientar, *tout court*, parâmetros relacionados ao direcionamento da política fiscal e macroeconômica do país. De acordo com o art. 2º da Lei Complementar n. 179/2021, “as metas de política monetária serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, competindo privativamente ao Banco Central do Brasil conduzir a política monetária necessária para cumprimento das metas estabelecidas”.

⁶⁰⁶ Processo de Relatoria do Ministro Edson Fachin, por meio do qual, em 9 de janeiro de 2025, proferiu decisão monocrática, nos termos do art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei n. 9.882/1999 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1.202, Decisão Monocrática, Relator: Min. Edson Fachin, j. 9.1.2025).

⁶⁰⁷ Indicava, como preceitos violados, a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF/1988), a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, da CF/1988), a livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF/1988), a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII, da CF/1988), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/1988), o equilíbrio orçamentário (art. 165, § 2º, da CF/1988 e art. 113 do ADCT), a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/1988) e a publicidade (art. 37, *caput*, da CF/1988).

Embora evidente que a Constituição repercute e deva ser respeitada por todos, inclusive por órgãos técnicos como o Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil, tal postulado não autoriza um controle judicial tal qual ora postulado.

Em outros termos, a concretização dos preceitos insculpidos entre os artigos 170 e 174, entre outros, da Constituição, é obrigatória, mas não cabe ao Poder Judiciário dizer como fazê-lo, e sim aos campos político, técnico e legislativo, cada qual em seu espaço de legitimidade.⁶⁰⁸

Vê-se, portanto, que, para o Relator, não cabe ao Judiciário “estabelecer ou orientar, *tout court*, parâmetros relacionados ao direcionamento da política fiscal e macroeconômica do país” e que “a concretização dos preceitos insculpidos entre os arts. 170 e 174, entre outros, da Constituição, é obrigatória, mas não cabe ao Poder Judiciário dizer como fazê-lo, e sim aos campos político, técnico e legislativo”.

Apesar de concordarmos com essas conclusões, no sentido de que, em regra, o Poder Judiciário não seja o *locus* mais adequado para tratar de questões relacionadas à execução de políticas fiscais e monetárias, consideramos que, nesse caso, a ação teve um desfecho antecipado em recurso a uma das possibilidades pragmáticas de decisão. Embora não haja o reconhecimento expresso de que a técnica utilizada foi a das “virtudes passivas”, isto é, de se recorrer a ferramentas processuais que permitem a antecipação do fim do processo, fato é que o seu objeto poderia, sim, ter sido submetido a outras técnicas pragmáticas, como: o estímulo ao diálogo entre as instituições e o recurso a *expertise* de outros órgãos mais habilitados sobre o tema.

De início, é preciso ressaltar que, ainda que não seja competência do Judiciário dizer como essas políticas devem ser executadas, também não se pode olvidar que cabe, sim, ao Judiciário, verificar se a condução dessas políticas está em conformidade com as normas constitucionais, legais e regulamentares. Um dos preceitos insculpidos no art. 170 é o da “busca do pleno emprego” (inc. VIII), o que fora reafirmado pela LC 179/2021 que trata dos objetivos do BC. Reconhece-se, por certo, que o objetivo fundamental é assegurar a estabilidade de preços (art. 1º), mas desde que haja um direcionamento concomitante no sentido de “zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e fomentar o pleno emprego” (parágrafo único).

Conforme já dispusemos em capítulo antecedente, não é legítimo ao BCB ter como meta o controle da inflação e, ao mesmo tempo, desconsiderar por completo os outros objetivos complementares. A busca da estabilidade inflacionária deve, sim, ser priorizada; mas, repita-se, sem que haja desprezo absoluto pelos demais objetivos. Tal fora a opção legislativa, em atendimento às escolhas democráticas, ao prever contrapartidas à concessão da autonomia operacional do BCB. O controle

⁶⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 1.202*, Decisão Monocrática, Relator: Min. Edson Fachin, j. 9.1.2025.

judicial, aqui, não seria em nada inovador uma vez que se restringiria a um juízo de conformidade da atuação da autoridade monetária com o ordenamento jurídico.

Ainda que se possa alegar que o Judiciário não possua meios operacionais para que esta verificação seja realizada, repise-se que outras técnicas pragmáticas poderiam ter sido utilizadas. Primeiramente, com o incentivo aos diálogos institucionais, por meio dos quais a autoridade monetária, bem como representantes do MF ou do CMN poderiam colaborar com instruções técnicas.

Dada a complexidade que envolve a execução de políticas macroeconômicas, o TCU poderia ser instado a emitir parecer sobre as alegações dos órgãos/entes competentes para conduzir a política econômica do país. Aqui, de forma precária e excepcional, como, aliás, já ocorrera no caso de determinação da realização do cálculo das quotas referentes aos FPEs e FPMs (ADO 25). Adicionalmente, o STF poderia organizar a realização de audiências públicas, com a ampla participação dos diversos setores sociais, de modo a se considerar a pluralidade de opiniões, até para evitar que a atuação da autoridade monetária seja isenta de qualquer controle.

Evitar-se-ia, ademais, o que podemos denominar de uma “sinalização implícita” da Corte Constitucional com o julgamento antecipado do processo, no sentido de que a autoridade monetária, independentemente de quem sejam os seus representantes agora ou no futuro, estará ilesa de qualquer tipo de averiguação por parte do Poder Judiciário ou, melhor dizendo, não se submeterá a qualquer tipo de controle externo, o que, definitivamente, não se coaduna com o regime republicano.

Por último, em face da antecipada finalização da ADPF, um tema de mais alta significância sequer foi mencionado no voto do Relator, referente à necessidade de que os órgãos/entes condutores das políticas macroeconômicas do país sejam compostos por agentes públicos imparciais, de modo a impedir a captura de interesses de grupos em detrimento do interesse público e de toda a sociedade, o que será mais bem-analisado no próximo item.

4.3.3 O controle da impessoalidade

Ao longo do capítulo anterior, especificamente quanto ao controle externo exercido em temas afetos à dívida pública e referentes à execução de políticas macroeconômicas, fizemos remissão a questões relevantes que envolviam a transparência e respectiva publicização das decisões da autoridade monetária; à repercussão de suas consequências; à necessidade de haver composições mais plurais dos órgãos reguladores e gestores; e, ao modo como o controle pode ser realizado no que tange aos atos discricionários e aos seus efeitos.

Dedicamos um item inteiro à captura dos órgãos/entes gestores e reguladores da dívida pública, ressaltando os riscos de não haver um olhar atento para esse problema no Brasil tendo em vista que decisões equivocadas de execução de políticas monetárias

e fiscais podem ocasionar consequências seríssimas, de repercussões imprevisíveis e que acabam sendo suportadas por todos os mais variados setores da sociedade.

É de suma importância, portanto, que questões envoltas com a impessoalidade sejam consideradas também na execução de políticas econômicas, assim como se faz com as demais políticas públicas; razão pela qual, antes de adentrarmos nesse tipo de controle com relação especificamente às questões econômicas, faremos, ainda que de forma sintética, considerações sobre a impessoalidade.

4.3.3.1 *Breves notas sobre a impessoalidade*

Setores da doutrina administrativista apontam que o princípio da impessoalidade encontra justificação no fato de que o comportamento do gestor público deve ser impessoal pela simples razão de que uma administração pública pessoal é incompatível com o Estado democrático de direito e com os subprincípios que lhe informam e lhe dão conteúdo. A sua fundamentação, portanto, se baseia no princípio do Estado de direito e nos subprincípios da legalidade, da igualdade, da democracia e republicano.⁶⁰⁹

Ao se adotar uma concepção ampla da impessoalidade,⁶¹⁰ podemos considerá-la um gênero do qual decorrem os deveres de objetividade, neutralidade e imparcialidade. Em linhas gerais, o primeiro dos deveres direciona um comportamento da Administração Pública de modo que exerça seus poderes com total objetividade, sem se deixar influenciar por considerações de ordem subjetiva e pessoal. A par disso, um aspecto relevante da objetividade está na imposição de parâmetros racionais de comportamento, o que afasta as apreciações subjetivas, as motivações pessoais, as decisões arbitrárias, os interesses alheios e estranhos à dimensão pública.⁶¹¹

Já o dever de neutralidade impõe ao administrador público a obrigação negativa de abster-se de dar à Administração as cores ideológicas e político-partidárias de suas convicções pessoais.⁶¹²

⁶⁰⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, jul. 2007.

⁶¹⁰ Há divergência doutrinária em torno da significação do princípio da impessoalidade. Apesar de sua previsão expressa no *caput* do art. 37 da CF/1988, uns o relacionam ao princípio da finalidade; outros, a um desdobramento do princípio da legalidade; e, ainda, há aqueles que o identificam com o princípio da igualdade (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, jul. 2007, p. 5-6).

⁶¹¹ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Portugal: Almedina, 1996, p. 163.

⁶¹² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, jul. 2007, p. 17.

Com relação ao último dever, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que a imparcialidade desempenha importante papel no Estado pluriclasse, isto é, aquele que reflete o pluralismo dos interesses da sociedade, comprometido não mais com a representação de uma ou duas classes, mas sim com todas as categorias de interesses verificáveis na sociedade. “Para que passe a satisfazer os interesses gerais da sociedade pluralista, e não mais, com prelação, os dos grupos hegemônicos, a instituição estatal tende a tornar-se necessariamente imparcial”.⁶¹³

A imparcialidade decorre de duas regras essenciais: (i) a proibição do exercício de poderes funcionais por quem tenha algum interesse pessoal, direto ou indireto, na questão controvertida; e (ii) a garantia da participação de todos os interessados no processo, de modo a oferecer a oportunidade de manifestação daqueles aos quais uma decisão possa afetar e de ponderar todos os interesses, públicos e privados, juridicamente relevantes, pois, apenas se tiver conhecimento da totalidade dos interesses dignos de proteção jurídica é que a Administração estará em condições de ser imparcial.⁶¹⁴

Há um vício de parcialidade, portanto, quando, na tomada de decisão ou na prática de atos administrativos, surgir o risco de que possa o administrador agir influenciado por fatores impertinentes às finalidades públicas e ao bem comum. Ao consentir com essas perspectivas, Denis J. Galligan atribuiu à parcialidade diferentes naturezas, classificando-as em três espécies: (i) parcialidade pessoal (*personal bias*); (ii) parcialidade cognitiva (*cognitive bias*); e (iii) parcialidade sistêmica (*systemic bias*).⁶¹⁵

A parcialidade pessoal abrange a esfera dos interesses pessoais, sentimentais ou financeiros, inclusive em benefício de terceiros. Presente o interesse pessoal, o agente público é considerado inapto para decidir adequadamente qualquer questão. A parcialidade cognitiva compreende a ideia de que, no processo de formação da decisão, assumem-se certas premissas injustificáveis à luz dos fatos e que levam a conclusões falsas.

Daremos preferência em delimitar a discussão somente no âmbito da parcialidade sistêmica, tendo em vista sua aproximação com um tipo de captura já analisado por nós anteriormente⁶¹⁶ – a cultural –, em razão de ambas tratarem, genericamente, das predisposições pessoais do indivíduo, pois resultam do fato de alguém pertencer a dada classe social, ter tido determinada vida pregressa ou trabalhar em um setor específico, o que tem o potencial de gerar uma natural afinidade entre os indivíduos do mesmo segmento ou que tenham tido experiências semelhantes.

⁶¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e administração pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p. 49.

⁶¹⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública: para uma Administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 52-53.

⁶¹⁵ GALLIGAN, Denis J. *Due process and “fair procedure” – a study of administrative procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 437.

⁶¹⁶ Vide item 3.2.1 do capítulo 3.

Essas afinidades apresentam um potencial de influenciar as ações e pontos de vista de qualquer pessoa, razão pela qual Denis J. Galligan reconhece que, por estar tão enraizada na compreensão que as pessoas têm dos fatos, dificilmente poderia ser eliminada ou reduzida, a não ser que haja uma profunda alteração do sistema normativo direcionado para o seu enfrentamento. No entanto, o fato de admitirmos que a parcialidade sistêmica esteja tão arraigada na sociedade não permite concluir que ela seja inevitável ou tolerável, em face de, segundo o seu entender, ser tão prejudicial quanto as demais formas de parcialidade.⁶¹⁷

Vimos, anteriormente,⁶¹⁸ os obstáculos para se detectar qualquer tipo de captura uma vez que a averiguação da parcialidade inclui uma valoração subjetiva do comportamento dos agentes, motivo pelo qual a maior dificuldade com relação ao vício da parcialidade está relacionada à sua prova que, no caso da captura cultural, é ainda mais difícil. Entretanto, diversos especialistas vêm apontando que esse tipo de captura é tão prejudicial quanto a captura tradicional, razão pela qual deve estar no centro dos debates sociais, econômicos, legislativos e jurídicos.

Uma primeira – e mais fácil – forma de se combater a captura é a instituição de presunções legislativas. O legislador antecipa as hipóteses em que verifica haver risco de parcialidade, de ordem pessoal ou de ordem social, e estabelece os casos de impedimento e suspeição, prescindindo-se, portanto, da comprovação concreta e casuística da vontade parcial.

Nesses casos, pouco importa se o agente se permite ou não influenciar ou, ainda, que esteja subjetivamente imbuído de agir com total imparcialidade. Se a hipótese legal presuntiva vier a se concretizar no mundo dos fatos, o agente não poderá atuar naquele caso.

Problema maior ocorre quando não há uma previsão legal expressa quanto a situações que, virtualmente, possam ser consideradas parciais e que, por conta disso, necessitarão de uma interpretação com base em normas jurídicas mais abstratas de verificação. Sendo assim, por vezes, a lei não traz um rol taxativo de situações de parcialidade, porém estabelece parâmetros voltados para a conformação de princípios constitucionais, como os da impessoalidade, da moralidade e da prevalência do interesse público. Nesses casos, faz-se um exame comparativo entre as escolhas administrativas e as finalidades embutidas no ordenamento jurídico.

Sérgio Guerra faz remissão a interessante caso judicial que pode ser enquadrado na situação supradescrita, no qual o Poder Judiciário invalidou nomeação de membro para o Conselho Consultivo da Anatel, exercendo o controle dos atos

⁶¹⁷ GALLIGAN, Denis J. *Due process and "fair procedure"* – a study of administrative procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 439.

⁶¹⁸ Vide item 3.2 no capítulo 3.

administrativos discricionários e fazendo menção expressa à teoria da captura das agências reguladoras.⁶¹⁹

Sucintamente, o caso concreto se referia à nomeação, pelo Presidente da República, de membro, para o referido Conselho, em vaga destinada à representação de entidades voltadas aos usuários e à sociedade. Ocorre que o indicado havia ocupado cargos diretivos nas empresas concessionárias, o que motivou a impugnação judicial em ação coletiva proposta pelo Ministério Público por entender que a nomeação infringia o art. 34 da Lei 9.472/1997.⁶²⁰

Ao final, o voto do Relator, acolhido por unanimidade, seguiu o entendimento de que o membro do Conselho Consultivo pode influenciar as decisões do Conselho Diretor e, desse modo, com arrimo na teoria da captura, acolheu pedido do Ministério Público para obstar que a União designasse membros de entidades representativas dos usuários e da sociedade para o referido Conselho Consultivo, tomando por indicação pessoas que ocuparam cargos diretivos em empresas concessionárias, fundamentado, entre outras, nas seguintes razões:

Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público.

[...]

Ora, a indicação do presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, ser integrado por conselheiros indicados pela Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e também pelos usuários e pela sociedade.

⁶¹⁹ GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede Pretoriana. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 244, p. 330-347, jan./abr. 2007.

⁶²⁰ Art. 34. O Conselho será integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade, nos termos do regulamento (BRASIL. *Lei 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 8 fev. 2025).

Por certo, além de membro da sociedade e de incontestável experiência na área de telecomunicações, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S.A. e da TELEMAR Norte Leste S.A. Como bem realçou o MM. Juiz *a quo*, “diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”.⁶²¹

A referida decisão judicial acrescenta a necessidade de haver legítimos representantes de cada segmento social, de modo a evitar a captura da agência pelos interesses regulados, para “o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição”, em especial a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa assegurada na Lei 9.472/1997, concluindo que houve o descumprimento do seu art. 34, além da “inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade”.⁶²²

Esse caso é um pouco diferente daqueles de impedimento e suspeição, que preveem situações taxativas de parcialidade. No caso da agência reguladora, apesar de a lei de regência não vedar expressamente a indicação, como representante da sociedade, de um presidente ou diretor das concessionárias reguladas, com arrimo nas finalidades constitucionais, chegou-se a uma interpretação mais restritiva do dispositivo legal regulamentador, de modo a proibir a participação dessas pessoas como legítimas representantes da sociedade ou dos usuários dos serviços.

No caso das agências reguladoras do mercado financeiro – CMN⁶²³ e BCB⁶²⁴ –, a situação é diversa, pois não há previsão legal quanto à representação social, o

⁶²¹ GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 244, p. 330-347, jan./abr. 2007, p. 344.

⁶²² GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 244, p. 330-347, jan./abr. 2007, p. 347.

⁶²³ De acordo com o art. 8º da Lei 9.069/1995, alterado pela Lei 14.600/2023, o CMN, criado pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a ser integrado pelos seguintes membros: I – Ministro de Estado da Fazenda, que o presidirá; II – Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento; e III – Presidente do BCB (BRASIL. *Lei 14.600, de 19 de junho de 2023*. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 14.204, de 16 de setembro de 2021, 11.445, de 5 de janeiro de 2007, 13.334, de 13 de setembro de 2016, 12.897, de 18 de dezembro de 2013, 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 9.069, de 29 de junho de 1995, e 10.668, de 14 de maio de 2003; e revoga dispositivos das Leis 13.844, de 18 de junho de 2019, 13.901, de 11 de novembro de 2019, 14.261, de 16 de dezembro de 2021, e as Leis 8.028, de 12 de abril de 1990, e 14.074, de 14 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14600.htm. Acesso em: 8 fev. 2025).

que dificulta e torna mais peculiar qualquer controle de parcialidade, conforme passaremos a analisar no próximo item.

4.3.3.2 O controle da impessoalidade em matérias econômicas

Em regra, quando se fala em independência da autoridade monetária, alega-se que a agência deve ser blindada da interferência de terceiros, em especial de intromissões políticas. Nesse sentido, aliás, fora a justificação ao PLP 19/2019, transformada, posteriormente, na LC 179/2021, que conferiu autonomia formal ao BCB, *in verbis*:

O projeto busca conferir autonomia formal ao Banco Central do Brasil para que execute suas atividades essenciais ao país sem sofrer pressões políticas.

[...]

Ao intercalar os mandatos do Presidente da República com os membros da diretoria do Banco Central, que teriam mandatos de duração fixa, **seria possível blindar o Banco Central do Brasil de pressões políticas advindas do Poder Executivo**. Este teria autonomia para exercer sua atividade principal que consiste no controle da inflação e das expectativas inflacionárias.

A literatura econômica revela que o governo pode ser tentado a promover um maior crescimento de curto prazo, criando pressões inflacionárias, em períodos pré-eleitorais, de modo a influenciar os resultados das eleições. **A autonomia formal do Banco Central impede essas pressões e dá maior credibilidade à política monetária.**⁶²⁵ (grifos nossos)

Alan S. Blinder, ao conciliar sua experiência como acadêmico e membro do FED,⁶²⁶ defende a independência dos bancos centrais, tanto em relação à política partidária como à opinião pública, pois precisam ter a liberdade de fazer coisas politicamente impopulares, porém adverte que há outro tipo de independência que, mesmo sendo de igual importância, é raramente discutida: a independência em relação aos mercados financeiros. Apesar de reconhecer que é plenamente normal que dirigentes

⁶²⁴ LC 179/2021, art. 3º: A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil terá 9 (nove) membros, sendo um deles o seu Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros idôneos, de reputação ilibada e de notória capacidade em assuntos econômico-financeiros ou com comprovados conhecimentos que os qualifiquem para a função (BRASIL. *Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021*. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 7 fev. 2025).

⁶²⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar n. 19, de 2019*. Dispõe sobre nomeação e demissão do Presidente e Diretores do Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7916130&disposition=inline>. Acesso em: 7 fev. 2025.

⁶²⁶ O autor era professor de macroeconomia da Universidade de Princeton antes de ocupar o cargo de vice-*chairman* no Federal Reserve (o Banco Central dos EUA), entre 1994 e 1996.

de bancos centrais considerem as percepções de reações prováveis do mercado por serem relevantes ao *timing* e à magnitude dos efeitos da política monetária, ressalta que, frequentemente, eles ficam tentados a seguir os mercados, isto é, a produzir a sequência de taxas de juros que os mercados embutiram nos preços dos ativos.⁶²⁷

Para o autor, seguir os mercados pode ser uma boa maneira de evitar surpresas financeiras perturbadoras, o que é um fim legítimo; mas, sem o devido cuidado, pode vir a produzir uma política monetária fraca. Ele explica que o mercado tem propensão especulativa “que tende a andar em manadas e ter reações exageradas a quase tudo”, sendo, ainda, extremamente suscetível a bolhas e voltado para visões de curto prazo. Em outra direção, os dirigentes de bancos centrais precisam ser mais cautelosos e prudentes, procurando antecipar cenários de longo prazo.⁶²⁸

Logo, se o BC se esforçar além do necessário para agradar às expectativas do mercado, é muito provável que venha a adotar, de forma tácita, os horizontes exageradamente curtos dos mercados como seus próprios, o que pode criar um perigoso fenômeno do tipo “*dog chasing its tail*”, em que o mercado reage a percepções sobre o que o BC poderia fazer e o BC, por sua vez, recorre aos mercados para orientação sobre o que deveria fazer.⁶²⁹

Crucial, por conseguinte, que membros dos bancos centrais mantenham a devida equidistância do mercado regulado, ainda que seja legítimo e saudável que considerem as projeções desse último na execução da política monetária. Ocorre que esse distanciamento, quando não há regras específicas previstas na legislação, precisa ser aferido em conformidade com os princípios e fins que regem a atividade regulatória em dado ordenamento jurídico.

No capítulo 3, fizemos remissão ao fenômeno das “portas giratórias” (*revolving doors*), que vem sendo observado, tanto nos EUA como aqui no Brasil, por meio do qual há uma alternância contínua – e frequente – de funções entre os diretores dos respectivos bancos centrais e profissionais oriundos do mercado financeiro. Ocorre que, no Brasil, não há um impedimento expresso na legislação quanto a essa situação, bem como não há nenhuma determinação para que representantes de outros setores componham a diretoria do BCB, o que, *a priori*, permitiria concluir que a referida escolha está compreendida no âmbito de total discricionariedade do Legislativo e do Presidente da República (que procede à nomeação após aprovação do Senado Federal).

⁶²⁷ BLINDER, Alan S. *Central Banking in theory and practice*. England: Cambridge University Press, 1998, p. 54.

⁶²⁸ BLINDER, Alan S. *Central Banking in theory and practice*. England: Cambridge University Press, 1998, p. 60.

⁶²⁹ BLINDER, Alan S. *Central Banking in theory and practice*. England: Cambridge University Press, 1998, p. 62.

Adicionalmente, há severas críticas quanto ao prazo da “quarentena” legal que, para muitos, é insuficiente para garantir a devida imparcialidade.⁶³⁰ A título de exemplo, Ricardo Barbosa chama a atenção para o fato de que a exiguidade desse prazo pode ocasionar severos conflitos de interesses, que, segundo entende, “é curto à luz das melhores práticas internacionais”.⁶³¹

Ter ocupado um cargo de diretor do BCB pode propiciar informações privilegiadas para aqueles que passaram pelo comando da instituição, como o conhecimento preciso sobre os modelos e o conjunto de variáveis utilizados em suas estimativas de política monetária. Logo, se um diretor do BCB puder migrar rapidamente para um posto no mercado financeiro, haverá um potencial ambiente de risco objetivo ao interesse público.⁶³²

Apesar das razões contrárias ao prazo de 6 meses de quarentena dos membros do BCB, entendemos que a referida estipulação está dentro do âmbito de competência política dos Poderes Legislativo e Executivo; não cabendo ao Judiciário a alteração do referido limite, até porque existem argumentos razoáveis em sua manutenção, a exemplo do desestímulo à entrada de profissionais de excelência na administração pública, caso o prazo fosse mais elástico.

No entanto, com relação à representatividade dos membros, é possível a efetivação do controle judicial. Alerta-se, contudo, que se trata de um controle de alta complexidade e que deve ser realizado com certa dose de moderação por envolver as escolhas discricionárias dos agentes públicos e a delimitação de funções entre os Poderes.

A caracterização de conflitos de interesses passa, como analisamos ao longo deste trabalho, pela demarcação das situações de possíveis ocorrências de capturas em que, de alguma forma, a agência passa a atuar em conformidade com os interesses dos setores regulados, e não do interesse público. Com essa finalidade, algumas propostas de gradação de capturas vêm sendo elaboradas pela doutrina.

⁶³⁰ LC 179/2021, art. 10: É vedado ao Presidente e aos Diretores do Banco Central do Brasil: [...] III – participar do controle societário ou exercer qualquer atividade profissional direta ou indiretamente, com ou sem vínculo empregatício, junto a instituições do Sistema Financeiro Nacional, após o exercício do mandato, exoneração a pedido ou demissão justificada, por um período de 6 (seis) meses (BRASIL. *Lei Complementar 179, de 24 de fevereiro de 2021*. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 7 fev. 2025).

⁶³¹ BARBOZA, Ricardo; FURTADO, Maurício. *Dez propostas para a política monetária*. Texto para Discussão, FGV IBRE, 2022, p. 22.

⁶³² BARBOZA, Ricardo; FURTADO, Maurício. *Dez propostas para a política monetária*. Texto para Discussão, FGV IBRE, 2022, p. 22.

Thamar Cavalieri, ao adotar as premissas taxonômicas de Daniel Carpenter e David Moss,⁶³³ traz a seguinte classificação:⁶³⁴

- (i) captura cultural: hipótese de captura epistêmica em que a parcialidade é inconsciente e cujas consequências, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, são apenas identificadas no campo da moralidade. Para a autora, “a captura cultural, embora imoral, não parece configurar ilícito jurídico, ressalvados, talvez, os casos extremos”. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não lhe atribui consequência jurídica, pertencendo a uma área da moral não integrada à esfera jurídica, pelo menos não na esfera punitiva, apesar de reconhecer que seja recomendável adotar medidas sistêmicas preventivas;
- (ii) captura limitada: é um ilícito civil, em que a vontade é consciente, porém apenas levemente influenciada por interesses pessoais;
- (iii) captura penetrante: captura forte e conscientemente influenciada, podendo se traduzir em uma decisão deliberada pela busca de vantagens indevidas. Há, portanto, violação do dever de impessoalidade, o que pode configurar ato de improbidade administrativa, nos casos de má-fé, por violação do art. 11, inc. I, da Lei 8.429/1992, além da consequente anulação do ato administrativo por desvio de finalidade;
- (iv) captura coincidente com atos de corrupção: há uma decisão deliberada pela busca de vantagens indevidas, constituindo-se na forma mais extrema da manifestação dos conflitos éticos de interesse e tipificada, por conseguinte, como um ilícito penal.⁶³⁵

Constata-se, portanto, que a captura cultural é a que mais traz dificuldades à sua identificação. Concordamos com a autora no sentido de que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão de hipóteses dessa espécie de captura e de suas respectivas responsabilizações; o que, no entanto, não permite concluir que a captura cultural seja aprioristicamente indene de qualquer tipo de controle.

⁶³³ CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. Introduction. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. *Preventing regulatory capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 20.

⁶³⁴ A autora esclarece que se trata de uma tentativa inicial - carente de maiores debate e reflexão - de identificar, conforme a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, o regime jurídico das consequências que seriam atribuídas a cada grau de captura, conforme o nível de comprometimento do órgão decisor.

⁶³⁵ CAVALIERI, Thamar. Controle da captura regulatória: fundamentos, etapas e estratégias. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 422.

Nesses casos, de detecção da captura cultural, torna-se essencial a investigação quanto aos testes de prova, especialmente quanto aos seus conteúdo e alcance: deve necessariamente haver um risco real de parcialidade ou se considera suficiente uma aparência de parcialidade? Por certo que haverá entendimentos em ambos os sentidos, mas consideramos que a segunda opção é a que mais se ajusta ao interesse público, de modo a não se exigir a prova concreta do elemento subjetivo do agente, ao menos nos casos de captura cultural.

A “história de vida” do agente público não deve ser desprezada na verificação de sua imparcialidade, pois é tão prejudicial quanto as demais formas de captura; o que não significa, contudo, que os sinais exteriores sejam considerados critérios unívocos de parcialidade. A uma, conforme já visto, por não haver previsão legal de seus enquadramentos; a duas, pela ausência de elementos objetivos de verificação de sua incidência.

Sustentamos, portanto, que os “sinais exteriores” do agente público, como sua origem e identificação social, não podem ser utilizados como critérios exclusivos para o reconhecimento do vício de parcialidade. Anizio Gavião Filho aponta algumas objeções quanto a possíveis exageros em se considerar apenas o histórico de vida do agente para comprovar sua parcialidade:

Levando-se em conta, por exemplo, a conhecida rivalidade entre os torcedores colorados e gremistas no Rio Grande do Sul, poderia um agente administrativo colorado e declaradamente antigremista conduzir e julgar procedimento administrativo de licenciamento ambiental para a construção do novo estádio do Grêmio? Um agente administrativo, filho de médicos, neto de médicos, irmão de médicos, poderia participar do processo de uma decisão administrativa que atinge o interesse corporativo da classe dos médicos? Em todos os casos, a presunção de parcialidade seria absoluta, independentemente de qualquer comprovação?⁶³⁶

Por certo, nos casos supramencionados, seria desproporcional a conclusão pela existência de parcialidade em razão da simples condição pessoal do agente público, em face, primordialmente, da ausência de objetividade de seus elementos caracterizadores, o que teria o condão de provocar uma situação de insegurança jurídica. É possível, no entanto, que a vida pregressa do agente seja considerada um dos elementos que indiquem que sua conduta não fora inteiramente neutra e desprovida de interesses pessoais. Nessas situações, outros elementos também devem ser reputados na análise da parcialidade.

Retornando ao exemplo dos diretores do BCB, o simples fato de serem oriundos do mercado financeiro não permitiria o afastamento de nenhum deles com fundamento somente na existência de captura cultural. Seria necessária uma

⁶³⁶ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, jul. 2007, p. 22.

averiguação que considerasse, além da captura cultural, outros elementos que indicassem a parcialidade. Imaginemos o exemplo hipotético de que um diretor do BC tivesse exercido seu ofício profissional em dada instituição financeira e que ficasse caracterizado que, após uma reunião a portas fechadas com representantes dessa instituição, o diretor tivesse participado de uma votação que, concomitantemente, fugisse da normalidade em termos de adoção de instrumentos de política monetária e, ao final, tenha permitido ganhos extraordinários da instituição com base em aplicações em ativos financeiros após a referida reunião.

São fatores que indicam, acentuadamente, uma possível parcialidade do agente público. Esses elementos, considerados em seu conjunto, seriam suficientes para caracterizar seu comportamento parcial. A captura cultural, portanto, seria mais um componente – mas não o único – a ser incluído no conjunto probatório.