

TRATAMENTO JURÍDICO DAS DÍVIDAS E OPERAÇÕES DE CRÉDITO PÚBLICO: ELEMENTOS, ATRIBUTOS CONSTITUIDORES E A NECESSIDADE DE PRECISA DEFINIÇÃO

2.1 O CONTROLE DO CRÉDITO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO

2.1.1 A fixação de competências pela Constituição de 1988

Em razão dos efeitos que o endividamento pode produzir sobre toda a sociedade, suas gerações presentes e futuras, é que o ordenamento jurídico brasileiro, em toda a sua história constitucional, sempre guardou ao Poder Legislativo, o papel de protagonista no debate e na deliberação acerca do endividamento, mesmo nos momentos de maior autoritarismo³⁵³.

No âmbito normativo, regulamentação mais rígida para o endividamento público começou a ser formada ainda no final da década de 1960, com a Constituição de 1967 (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969), que modificou tradição de maior flexibilidade em relação à matéria. No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 4.320, de 1964, já trouxera avanços em relação ao marco até então vigente.

A atual Constituição de 1988 prevê ser competência do Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre operações de crédito e endividamento

³⁵³ ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, p. 180: “Na Constituição imperial de 1824, competia à Assembleia Geral autorizar a tomada de empréstimos (art. 15, inciso XIII). Na Constituição de 1891, havia a previsão para o Congresso Nacional legislar sobre a matéria de crédito público e autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos e fazer outras operações de crédito (art. 34), além de afirmar que o Governo da União garantiria o pagamento da dívida pública interna e externa (art. 84). Na Carta de 1934, sua previsão vinha no art. 39, item III, que atribuía ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República, a competência para dispor sobre a dívida pública, os meios para pagá-la e sobre a abertura e as operações de crédito. A Constituição de 1937 fixou a atribuição do Poder Legislativo para tratar de crédito público no seu art. 16. Em 1946, a Constituição estabelecia seu regime em diversos dispositivos (art. 7º, inciso IV; art. 23, incisos I e II; art. 33; art. 63, inciso II, e art. 65, inciso III). Na Carta de 1967 (com a Emenda Constitucional n. 01/1969), a previsão vinha no art. 46, inciso II, ao dispor competir ao Congresso Nacional tratar de abertura e operações de crédito da dívida pública e das emissões de curso forçado.”

público (art. 48, II). Entendida a moeda emitida pelo Banco Central do Brasil como uma forma de endividamento estatal, é razoável que também ao Congresso Nacional caiba dispor sobre moeda, seus limites de emissão e também sobre o limite da dívida mobiliária federal (art. 48, XIV). A forma de disposição sobre tais matérias, contudo, deve atender ao disposto no artigo 163 da Constituição Federal, que prevê que lei complementar deverá dispor sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público.

Em paralelo a esta competência do Congresso Nacional, coloca-se a competência exclusiva do Senado Federal para tratar de limites globais e condições para operações de crédito, para concessão de garantia da União em operações de crédito, e para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, temos por óbvio que não cabe ao Senado Federal inovar em matéria de operações de crédito e endividamento, alterando conceitos, elementos constituidores e atributos, por exemplo, sendo a ele reservado apenas o papel de tratar sobre “limites globais e condições”.

Segundo Geraldo Ataliba, não devem ser consideradas sinônimas as expressões “dispor sobre a dívida pública” e “dispor sobre operação de crédito”, presentes na CF/88³⁵⁴, assim como já estavam presentes na CF/67 com EC n. 1/69. No entendimento do autor, a primeira expressão trataria da competência genérica para dispor de forma geral e abstrata sobre o tema, ao passo que a segunda expressão trataria da edição de normas concretas autorizativas de operações particulares.

Sobre a atribuição de competências realizada pela Constituição, é importante mencionar que não é constitucional a delegação de competência normativa em matéria de operações de crédito a outros órgãos que não os fixados na CF/88, ainda que a delegação seja feita por estes órgãos. Não é possível também que órgão qualquer, a pretexto de fiscalizar o cumprimento das regras constitucionais ou infraconstitucionais a respeito de operações de crédito, termine por exercer verdadeira competência normativa.

Este raciocínio pode ser aplicado ao exercício transitório de uniformização dos padrões contábeis nacionais pela Secretaria do Tesouro Nacional, que, por vezes, parece extrapolar o seu papel de uniformização, inovando em matéria reservada à lei ou às resoluções do Senado Federal³⁵⁵, tema esse ao qual voltaremos no Capítulo 3.

³⁵⁴ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado.”

³⁵⁵ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 54-5: “O legislador ordinário da União deverá expedir lei fixando que órgãos existentes procederão a este tipo especial de fiscalização. Poderá atribuí-lo ao Tribunal de Contas da União, ou outro órgão já existente ou a ser criado.

Não pode, entretanto, atribuir, nenhuma faculdade normativa a qualquer destes órgãos.

Neste ponto, parece-nos bem clara a Constituição: as únicas normas sobre a matéria são aquelas previstas no próprio texto constitucional, as emanadas nas respectivas esferas pelos Legisladores competentes e as resoluções do Senado. Parece-nos exaustivamente cuidado o assunto. Não comporta o sistema outras normas além das expressamente previstas no texto constitucional.

O mesmo valeria para o Senado Federal, se pretendesse, por meio de resolução, alterar o conceito de operação de crédito fixado em lei. Cabe atentar ao fato de que a Constituição atribui ao Congresso Nacional, por meio de lei complementar, dispor sobre dívida interna e externa, de maneira a ser forçoso reconhecer não haver competência nem mesmo da parte do Senado Federal para a fixação do conceito em cada caso. Assim, caberia ao Senado Federal tão somente dispor sobre os limites e condições ao endividamento público, sem, com isso, pretender elastecer ou restringir o conceito de operação de crédito ou de dívida pública³⁵⁶.

Ainda com maior repercussão, o alerta vale para a ação dos tribunais de contas, que devem se limitar a interpretar e aplicar a legislação vigente, sem inovar nos seus termos. Neste último caso, as consequências são ainda mais graves, em razão da atuação retrospectiva preponderante dos órgãos de controle, atingindo atos passados, gerando insegurança jurídica e elevando custos para toda a sociedade decorrentes da percepção de “risco legal”.

Nota-se, portanto, que o constituinte foi metucioso no estabelecimento de competências para tratar do fenômeno da dívida pública e de operações de crédito. Se por um lado prestigiou o papel do Poder Legislativo na autorização de operações de crédito, por outro, fixou limites objetivos à tomada de recursos e também à sua aplicação, estabelecendo, por exemplo, a previsão para a introdução de limites quantitativos à contratação de novas operações, e estabelecendo igualmente a obrigatoriedade da aplicação das receitas obtidas com essas contratações em despesas de capital.

Por conta disso, não se pode pretender inverter a hierarquia do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de maneira a querer interpretar a Constituição a partir de conceitos e definições previstas em normas infraconstitucionais, exceto quando a própria Constituição tenha deixado de empregar algum conceito, delegando a órgão específico a sua apresentação. Com isso quer-se dizer que o exercício do poder regulamentar do Congresso Nacional nesta matéria é limitado. Embora haja campo para divergências quanto à definição jurídica de operação de crédito e de dívida pública, a regulamentação desses institutos pelo Congresso Nacional ou por qualquer outro órgão não pode alterar o regime jurídico previsto em seus contornos pela Constituição Federal.

Nesse regime constitucional, despontam, como já argumentado neste trabalho, a forma federativa do Estado brasileiro, verdadeiro federalismo misto de cooperação, e que

Nem aos órgãos a que se atribui competência normativa é facultado ‘delegar’ total ou parcialmente a competência recebida. Destarte, será nula a norma – seja de que espécie ou qualidade for – que venha a atribuir ao Banco Central, ou ao Conselho Monetário Nacional ou a qualquer outro órgão capacidade normativa.”

³⁵⁶ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação, p. 31: “Noutro giro, cabe à lei complementar dispor sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público (CF, art. 163, II). Em face desse dispositivo, nos parece lícito afirmar que, no sistema nacional, cabe à lei complementar estabelecer os critérios de classificação da dívida pública em externa ou interna, e não à resolução do Senado Federal.

Isso porque cabe ao Senado Federal, no âmbito de sua competência normativa, dispor apenas sobre condições e limites das operações de crédito. Não poderia o Senado determinar o conceito das operações de crédito externo, pois, caso assim o fizesse, estaria delimitando sua própria competência.”

tem eficácia quando se assegura aos entes federados instrumentos amplos de atuação fiscal, de maneira equilibrada; o respeito aos interesses das gerações vindouras (solidariedade intergeracional), e que conduz à necessidade de observância de trajetória sustentável de dívida pública; e, o papel de destaque do Poder Legislativo no controle qualitativo do endividamento público em cada autorização de contratação de dívida. Não podem esses aspectos serem alterados ou limitados por legislação infraconstitucional, ainda que veiculada tal legislação por órgãos de elevada hierarquia no âmbito do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

2.1.2 O não pagamento da dívida: efeitos consequências econômicas, políticas e jurídicas

A diferença entre crédito público e privado assenta-se, fundamentalmente, sobre a figura do tomador do crédito e, por conseguinte, na finalidade decorrente da sua obtenção. Tratando-se o tomador do crédito de entidade pública, espera-se que este seja obtido no interesse geral da sociedade, portanto, com finalidade de atender ao interesse público³⁵⁷. Nem sempre, porém, isso ocorrerá, não sendo incomum na história o caso de repúdio de dívidas assumidas por regimes políticos de exceção, tais como ditaduras³⁵⁸, cujos recursos tomados em empréstimos não chegaram em nenhum momento a beneficiar a população.

O crédito público em geral é uma decorrência da perenidade que se presume à figura estatal, além do seu poder de império sobre os cidadãos de seu território, que ficam sujeitos ao poder tributário do Estado, exercido dentro de limites constitucionais autoimpostos. Não é difícil deduzir que tal entidade, perene por natureza e com poderes para apropriar-se da riqueza existente em seu território ou de propriedade de seus cidadãos, apresenta, tudo o mais constante, menor risco de inadimplência do que uma entidade privada³⁵⁹.

³⁵⁷ ASSONI FILHO, Sérgio. *Empréstimos públicos e sua natureza*, p. 797.

³⁵⁸ DRAGO, Luis Maria. *Les emprunts d'état et leurs rapports avec la politique internationale*, p. 32: “On ne sait que trop combien des gouvernements révolutionnaires ou des dictateurs d’aventures hésitent peu à imposer aux générations futures des charges accablantes, et se font un jeu de compromettre l’avenir économique et le développement ultérieur des pays qui ont le malheur de les subir.”

³⁵⁹ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 21-23: “Evidentemente, sendo o Estado uma pessoa com aspiração à perenidade – nisso se distinguindo essencialmente das pessoas particulares, que são por natureza transitórias – e sendo o editor da ordem jurídica, isto já se constituiria, por si só um grande fator de crédito.

Não se ignora, entretanto, quantas vezes o Estado tem sido faltoso no cumprimento de suas obrigações, mesmo obrigações de pagar dinheiro.

Como os bens públicos são impenhoráveis, e, portanto, não há possibilidade de execução forçada contra a Fazenda Pública, todas as vezes que o Estado tem deixado de pagar os seus débitos, ou tem retardado este pagamento, a consequência desastrosa tem sido uma fantástica retração dos emprestadores potenciais e, portanto, uma diminuição do crédito público.

Não é, portanto, só a própria pessoa do Estado que deve inspirar a confiança, mas sim as pessoas físicas dos administradores, não pelas suas qualidades patrimoniais – portanto, não por causa do elemento objetivo – mas pelo tipo de administração e de política que desenvolvem, a seriedade com que desempenham suas funções, a lealdade com que enfrentam os problemas públicos, o discernimento com que

Contudo, se é verdade que o Estado apresenta maior facilidade do que os sujeitos privados na obtenção de recursos, também é verdade que o Estado, de forma geral, é menos suscetível às pressões para pagamento de suas dívidas, dado o poder soberano que exerce sobre o seu território e a impossibilidade de execução forçada sobre seu patrimônio³⁶⁰.

Ainda que se assuma a possibilidade de o Estado vir a responder juridicamente pelo não pagamento de suas dívidas, seja dentro de sua própria jurisdição ou em procedimento arbitral, fato é que não há execução contra o Estado no sentido técnico da palavra “execução”³⁶¹. Isto, pois a doutrina processualista considera não se tratar de execução for-

conduzem os negócios da administração pública; enfim, uma série de fatores eminentemente pessoais dos agentes políticos superiores do Estado é que tem servido de fator que efetivamente inspira confiança nos potenciais emprestadores e que, portanto, atribuem ao Estado a credibilidade ou o crédito necessário, numa determinada fase.

Assim sendo, do ponto-de-vista subjetivo, não é só a pessoa do Estado que tem crédito, mas sim determinada administração, determinado governo, determinada equipe que – pela sua maneira de se conduzir, pela sua filosofia, pela sua política, e sobretudo pelos fatores que em geral podem inspirar confiança – empresta ao Estado, durante determinado período, aquelas condições que exatamente configuram o que se quer expressar pela palavra crédito, tomada nesta acepção.”; ver também ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, 798: “Com base no crédito ou confiança de que dispõem o Estado ou as pessoas jurídicas de direito público interno que, em última análise, representam não só sua presença, mas também trazem consigo aquela presunção de perenidade e solvência que lhe são próprias, é que se torna facilitada a aquisição dos recursos ou bens de que necessitam perante os seus proprietários originários, sejam eles capitalistas investidores ou meros cidadãos poupadores de suas economias.”; ver ainda BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*, p. 582: “Desde que o Estado não morre, não incorre em falência e goza da perenidade do grupo humano ao qual serve de personalidade jurídica e política, consegue dinheiro em condições excepcionais geralmente não acessíveis às empresas privadas.”

³⁶⁰ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, p. 245: “Por outro lado, a execução tem a finalidade de, apreendendo os bens do devedor, satisfazer o direito do credor, diretamente, mediante a adjudicação, ou indistintamente, mediante a venda em hasta pública, transformação em dinheiro e entrega ao credor. Tudo isso é impossível, em se tratando de ré pessoa pública. Os bens integrantes de seu patrimônio só por lei podem ser destinados a esta ou àquela finalidade. Seus dinheiros são empregados nos fins que a legislação financeira determina.

Daí a necessidade de em sistema que garantisse os direitos dos credores do Estado, sem ferir estes princípios, de tão grande importância para o bom funcionamento dos órgãos do Estado e especialmente de administração pública.

A meditação sobre tudo isto vem deixar bem evidente que a solução brasileira, consubstanciada na regra do art. 117 do texto constitucional – não obstante salutar e cheia de bons propósitos – não conduz à plena satisfação do direito do credor da Fazenda Pública, em contraste com o que ocorre quando o devedor é pessoa privada.

³⁶¹ Como visto, a própria ideia de o Estado poder ser provocado em alguma corte judicial, interna ou externa, acerca de danos causados aos credores decorrentes do não pagamento da dívida não é uma unanimidade na doutrina, havendo autores que identificam a dívida pública com atos de soberania, sobre os quais não cairia nenhuma possibilidade de responsabilização de natureza de direito privado. Ver, por exemplo, DRAGO, Luis Maria. *Op. cit.*, p. 35: “Le cas tout autre lorsqu’il s’agit d’emprunts internes ou externes avec émission de bons ou de titres rapportant un intérêt déterminé. La dette ainsi contractée, et dont le nom technique est ‘dette publique’ ou ‘dette nationale’, ne peut donner lieu à des actions judiciaires. Ainsi que nous l’avons expliqué, les bons ou fonds publics qui la constituent sont, de même que le papier-monnaie, mis en circulation en vertu des droits du Souverain; le service en est fait ou suspendu au moyen d’actes qui revêtent avec indiscutable évidence le caractère d’actes de souveraineté.”

çada o cumprimento voluntário da obrigação, por simples ordem à parte dirigida³⁶², sendo esse o procedimento a ser seguido, por exemplo, no caso de dívidas decorrentes de precatórios judiciais³⁶³.

O crédito de que goza o ente público junto aos investidores é função da forma como faz a gestão da sua dívida pública e, por consequência, da forma como faz a gestão da sua política fiscal e macroeconômica, de modo a ser capaz de atender aos seus compromissos com empregadores³⁶⁴. Entretanto, tal análise não é uma análise estática, mas sim análise dinâmica que verifica o passado em busca de credibilidade e o futuro em busca de segurança.

No presente trabalho, trata-se de endividamento e crédito público em sentido amplo para, em momento seguinte, diferenciar as formas de sua realização jurídica, segregando o regime aplicável a cada uma delas, especialmente o regime aplicável exclusivamente às operações de crédito.

Como se sabe, porém, o crédito público não é mobilizado apenas por operações de crédito em sentido estrito. Sendo assim, nota-se que a própria existência de prazo de pagamento em contratos normais de fornecimento já se apresenta como uma manifestação do crédito de que goza o Estado. Neste contexto, o simples atraso ou proposital demora

³⁶² ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, pp. 252-3: “Só há execução quando os órgãos jurisdicionais satisfazem o credor por seus instrumentos (oficiais de justiça etc. ou força pública a seu serviço), empregando medidas coativas.

Não basta, pois para configurar o que por execução tecnicamente se entende que haja a condenação e sua comunicação a quem deva cumpri-la. Nem mesmo é suficiente que o réu, ciente da decisão judiciária, acate sob pressão psicológica que acompanha tal ciência. Não; é preciso que o próprio Judiciário vá praticar, por seus meios, os atos necessários à satisfação do credor – à realização do direito – coativamente. Se é assim, não é de execução que trata o art. 117 do Texto Supremo. Porque aí, em nenhum momento, o Judiciário se substitui aos atingidos pelo preceito. Não emprega, nem pode fazê-lo, medidas coativas contra os órgãos executivos que devem atender à decisão.

Todo o mecanismo, disposto para assegurar a observância do preceito assim emanado, é político. Não depende mais do Judiciário, que não dispõe de meios de coerção efetiva; não pode usar de força para compelir à obediência ao seu preceito; não tem instrumentos para satisfazer o credor, coativamente. A execução forçada é excluída. Não pode ser mobilizada, pelo Judiciário a força pública, em favor do credor, no caso da devedora ser a Fazenda.

O credor fica na inteira dependência do funcionamento do procedimento político que, então, passa a ter lugar.”

³⁶³ Há, porém, entre os processualistas, quem discorde desse entendimento. Como exemplo, ver NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, p. 1233: “Não concordo com a parcela doutrinária que defende que a Fazenda Pública não é executada, porque, não havendo atos de constrição patrimonial e expropriação, não se pode dar ao procedimento previsto nos arts. 534, 535 e 910 do Novo CPC e 100 da CF a natureza executiva. Expressões como ‘falsa execução’ ou ‘execução imprópria’ não devem ser prestigiadas. Entendo que todo procedimento voltado a resolver a crise jurídica de satisfação é uma execução, sendo irrelevantes para a determinação da natureza executiva do processo as técnicas procedimentais previstas em lei para a obtenção desse objetivo. Sendo o procedimento previsto em lei o adequado para o credor da Fazenda Pública receber seu crédito, com a solução da crise jurídica de satisfação, trata-se de execução.”

³⁶⁴ ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 799: “Ressaltando que a forma com que o Estado lida com sua dívida pública e o rigoroso adimplimento do que foi convencionado é um dos maiores indicadores da sua saúde financeira, bem como de seu crédito.”

no pagamento de despesas contratadas pode se revelar um foco de geração de passivos para o Estado, sendo merecedor de atenção do ponto de vista jurídico. Claramente, o tipo de regime aplicável a essas dívidas (em sentido amplo) não será o mesmo aplicável a dívidas decorrentes de outras origens, como a decorrente de depósitos de garantias para a participação de processo licitatório (dívida flutuante), a decorrente da contratação de parcerias público-privadas, ou a decorrente da contratação de operações de mútuo.

A questão dos atrasos em pagamentos do governo como forma de manipular as estatísticas fiscais não é monopólio do governo brasileiro e é causa de extensos debates na literatura econômica relacionada ao acompanhamento e à análise do endividamento público. Sabe-se, por exemplo, que, em diversos casos no mundo, o acúmulo de dívidas vencidas e não pagas tem sido um meio encontrado pelos governos para desviar das restrições ao crédito bancário existente nas legislações nacionais³⁶⁵.

O sistema francês de execução orçamentária, ao contrário do sistema inglês, segrega a execução administrativa da despesa pública da execução financeira. Entre as etapas relativas à execução administrativa da despesa, compreendem-se aquelas relacionadas ao empenho, à liquidação e à emissão da ordem de pagamento pelas unidades orçamentárias. Por outro lado, a execução financeira da despesa corresponderia à programação de pagamento com base nas ordens de pagamento emitidas pelas unidades orçamentárias e posterior compensação dos cheques ou autorizações de movimentação bancárias emitidos pela tesouraria do ente estatal³⁶⁶. Este tipo de sistema, que vigora no Brasil, conforme previsto na Lei n. 4.320/64, permite a verificação do estágio da execução da despesa pública em que são formados os estoques de despesas com atraso.

Ainda assim, embora no sistema francês seja possível tal verificação, isto não implica que tal verificação seja simples. Isto pois, não obstante o artigo 58 da Lei n. 4.320/64 expressamente determine que “empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”, fato é que nos contratos administrativos, a obrigação de pagamento é usualmente definida como dependente da prestação principal realizando-se apenas após a liquidação da despesa, conforme determina o artigo 62 da mesma Lei n. 4.320/64. Os dados referentes à fatura dos serviços ou bens adquiridos pelo poder público e ao ateste do seu recebimento pela unidade contratante, até a liquidação da despesa, contudo, são dados que pertencem ao

³⁶⁵ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. Government arrears in fiscal adjustment programs, p. 143: “Several years ago the existence of government arrears, indicating delays in government’s payments to its suppliers and creditors, emerged as an important fiscal issue. Given accounting conventions, it became evident that the presence of arrears could lead to an underestimation of expenditure and, correspondingly, of the impact of government operations and the size of the fiscal problem facing a country. Because arrears can be viewed as a form of ‘forced financing’ to the government, the government’s borrowing requirement may also be underestimated, yielding a distorted picture of the sources of credit expansion in an economy. Arrears were also found to create problems in the context of adjustment programs. It was discovered that, when fiscal adjustment was less than programmed or there had been unprogrammed shortfalls in other sources of financing, a buildup of arrears could become a means by which governments reconciled the constraint on domestic bank financing. Such a unprogrammed accumulation in government internal and external arrears could circumvent the desired fiscal adjustment.”

³⁶⁶ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, p. 150.

controle administrativo, não ao controle contábil-financeiro, encontrando-se na maior parte das vezes descentralizado, não permitindo, portanto, análise rápida e simples³⁶⁷.

Em artigo no qual comparam o sistema inglês e o sistema francês de execução orçamentária utilizados por diferentes países em desenvolvimento, Diamond e Schiller afirmam que a maior parte dos atrasos nos pagamentos decorrem de atrasos na fase de liquidação da despesa, isto é, na fase de reconhecimento do cumprimento da obrigação por parte do contratado. Contudo, mesmo após a liquidação, é possível que ocorram atrasos na emissão das ordens de pagamento pelo ordenador de despesa e na sua recepção pelo Tesouro do ente estatal, resultando em atraso na emissão das diretivas de movimentação financeira aos agentes financeiros, quer sejam cheques ou ocorram por meio da troca de arquivos eletrônicos³⁶⁸.

Outra questão relevante trazida pelo artigo corresponde à criação de meios de pagamento alternativos em razão da emissão de títulos de crédito contra o governo em montante superior às disponibilidades financeiras. Isso pode ocorrer pela emissão de cheques, mas também por outros meios como a existência de cartões de pagamento de programas assistenciais ou de serviços públicos com créditos que circulam em poder do público. No Brasil, poderíamos comparar o caso descrito com o referente a créditos de programas como cartões de passagens em transporte coletivo de passageiros, créditos de reembolso de tributos como medida de incentivo à solicitação de notas fiscais, entre outros programas de governo. Caso o saldo desses créditos de titularidade dos cidadãos exceda à disponibilidade financeira do governo, ficará evidente tratar-se de uma forma de financiamento do governo. Se, adicionalmente, for possível ao cidadão estabelecer mercado secundário destes créditos, então, obter-se-á como resultado a ampliação, ainda que precária, dos meios de pagamento³⁶⁹.

Modalidade relevante de atraso por vezes realizada pelos governos corresponde a atrasos no pagamento de despesas pelo fornecimento de bens ou serviços por empresas estatais. Valen-

³⁶⁷ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Idem, ibidem*: "As with the British system, the identification of the emergence of arrears in the French system is complicated by delays in processing incoming bills before the issuance of payments orders (for example, recorded expenditure commitments awaiting issuance of a payment order). At this stage of the expenditure process, arrears are not reflected in treasury accounts but only in the administrative accounting system. They can be measured only with information from spending agencies on the amount of unprocessed bills, a comparatively difficult and time-consuming procedure."

³⁶⁸ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, pp. 149-150.

³⁶⁹ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, p. 150: "Arrears reflected in the outstanding amount of cash vouchers differ somewhat from other treasury arrears. The instrument of payment has been issued, and it is up to the payee to present these vouchers to the cashier in the treasury. In this way the treasury has no real control over the amount of outstanding cash vouchers and cannot ensure that the outstanding amount of cash vouchers does not exceed the normal float. The situation is, however, different if the treasury continues issuing cash vouchers but does not accept them if presented to the cashier. Because cash vouchers are not transferable, the holder of the cash voucher has no choice but to wait until the treasury has sufficient financial resources to discharge its obligation. If the cash voucher were transferable, it could easily become a means of payment and so increase domestic liquidity. Such a situation has in recent years arisen in one African country, which in many respects follows procedures similar to the British accounting system, where checks were released in excess of financial resources. Consequently, government checks started to circulate at a discount in the economy as a means of payment."

do-se da posição de controle acionário e da influência política sobre a administração dessas empresas, o governo possui condições práticas de impor a estas o não pagamento a tempo de despesas efetivamente contratadas, levando, por diversas vezes, tais empresas a uma situação financeira precária, que as obriga a reduzir a disciplina de capital, recorrendo a fontes de financiamento apenas para suportar os efeitos dos atrasos nos recebimentos do governo. Assim, o governo transfere o seu endividamento às empresas estatais por meio desta prática³⁷⁰.

O acúmulo de atrasos de pagamentos, embora não apresente efeitos no lado monetário da economia³⁷¹ – salvo quando a contraparte for instituição financeira³⁷² –, impede que a análise do resultado fiscal do governo por regime de caixa capture de maneira adequada a contribuição do governo para a geração de renda na economia. Isto, pois as encomendas governamentais, ainda quando não pagas, colocam em marcha uma sequência de eventos que, mesmo que financiadas pelo setor privado, contribuem para a geração de renda³⁷³.

³⁷⁰ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, p. 155: “The government may create arrears to the private sector or to other units within the public sector. Experience shows that if governments intentionally respond to spending pressures by accumulating arrears, they are likely to begin doing so with other public sector entities – for example, by not paying utility bills. It may be thought that, since public enterprises are owned by the government, arrears to public enterprises do not affect the overall financial position of the government. Nevertheless, such a mechanical accounting procedure makes the very real problem of a lack of financial discipline. Similarly, if one takes a broader view encompassing the entire public sector, as is often done in IMF-supported programs, it has also been argued that such arrears are in any case consolidated. Again, such a consolidation would merely hide an important policy problem. Moreover, insofar as the public enterprise has minority private shareholders, as is making losses financed outside government, or as result of government arrears is forced to build up arrears with its suppliers, the impact on the rest of the economy may be significant. Arrears to the private sector have often induced the private sector to hold back tax payments, creating a tax arrears. This, in turn, has sometimes resulted in a logjam of arrears throughout the economy.”

³⁷¹ Para uma análise das formas de criação e destruição de meios de pagamento, ver CARVALHO, Fernando J. Cardim *et alii*. *Economia monetária e financeira: teoria e política*, p. 27: “Não somente o Banco Central pode alterar o estoque de moeda da economia quando realiza uma operação de ampliação da base monetária – dado um multiplicador. Os bancos comerciais podem alterar diretamente o estoque de meios de pagamento. A regra prática utilizada para se verificar se uma operação qualquer alterou o estoque de meios de pagamento é semelhante àquela utilizada para se verificar se houve alterações da base monetária. A regra prática é visualizar os meios de pagamentos como uma *conta-resíduo* no balancete do sistema monetário. Portanto, uma variação dos meios de pagamento somente ocorrerá como resultado da diferença entre variações no valor das contas que estão do lado do ativo e variações do valor das contas do passivo não monetário do balancete do sistema bancário.”

³⁷² Sobre chamadas “pedaladas fiscais”, ver BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1798/2015, p. 28: “154. Esses ‘esqueletos’ do passado, originados por alta inflação e erros de gestão econômica de décadas anteriores, atualmente são conhecidos como ‘pedaladas fiscais’, mas que nada mais são do que adiantamentos de repasses pelo Tesouro Nacional aos bancos para o cumprimento das despesas sociais, trabalhistas e previdenciárias, por exemplo.

155. Em fiscalização realizada recentemente pela Secez-Fazenda sobre as ‘pedaladas fiscais’ (TC 021.643/2014-8), que aguarda deliberação desta Casa, chegou-se à conclusão de que os financeiros de 2013 e de 2014 enquadram-se no conceito de operação de crédito estabelecido pelo art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal e, por essa razão, deveriam ser registrados como tal para a devida apuração da dívida pública.” Ver também o TC 021.643/2014-8.

³⁷³ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, p. 157: “Although such a definition captures the monetary impact of the budget, it does not – in the presence of an accumulation of arrears – fully capture the budget’s income-creating impact. Expenditure measured in cash terms will exclude any buildup

Aspecto interessante relacionado ao tema dos atrasos nos pagamentos devidos pelo governo consiste no fato de que eles mascaram o real fardo fiscal relacionado a juros no orçamento público. Isto, pois não se levam em consideração os juros embutidos nos preços praticados pelo mercado em negócios realizados pelo governo, juros embutidos estes decorrentes da prática costumeira de postergar pagamentos. Assim, a depender do poder relativo no mercado entre fornecedor e comprador (governo) os juros do período referente ao atraso médio no pagamento serão redistribuídos entre governo e fornecedor, por meio dos preços possivelmente mais elevados que o governo pagará pelos bens ou serviços fornecidos em relação ao preço de mercado³⁷⁴.

No caso de postergação do prazo de pagamento de dívidas contratuais, isto equivalerá, se realizado de forma unilateral, a um inadimplemento por parte do Estado, o que poderá suscitar o recurso ao Poder Judiciário por parte do interessado. Contudo, é importante verificar que eventual execução contra o Estado, mesmo nestes casos, se dará por meio de precatórios. No caso de atraso no pagamento de dívidas mobiliárias, além dos juros e encargos devidos na forma dos títulos, o Estado também deverá arcar com os juros moratórios decorrentes da expedição dos precatórios³⁷⁵.

A CF/88 permite a intervenção federal nos estados por suspensão de pagamentos à dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, para reorganizar as finanças da unidade da federação. A menção à “reorganização das finanças” não aparece no dispositivo que trata da intervenção dos estados nos municípios. Posto isto, vale questionar-se se é necessário demonstrar de forma clara a “desorganização das finanças” da unidade ou se se trata de ponto que se pode presumir diante do não pagamento por dois anos da dívida consolidada. Em prestígio à autonomia federativa, deve-se compreender que é necessária a demonstração da desorganização das finanças. Do contrário, a intervenção deverá ser considerada inconstitucional, sujeitando o Presidente da República às sanções do artigo 85, II, V, VI e VII da CF/88³⁷⁶.

of arrears, even though this buildup may have set in motion corresponding income creating effects. Government purchases of goods or services will most likely have an impact on incomes and on domestic credit, even when payment is not made. That is, arrears are accumulated as the government effectively finances its deficit through an involuntary expansion of suppliers' credits or faced credits from employees, creditors, or other agents in the economy. In terms of policy, the credit expansion should be correctly attributed to the originating sector (specifically, the government).”

³⁷⁴ DIAMOND, Jack; SCHILLER, Christian. *Op. cit.*, p. 162: “The implicit interest cost of arrears are independent of whether providers of goods and services bid up prices to account for the delays in payment. The degree to which prices are increased only determines the distribution of the financial burden of the payment delay – for example, as between the government, by paying increased prices (and ultimately the consumers of its services, through reduced services or higher taxes or fees), or the vendor, through a squeeze in their profit margins. To the extent that arrears are reflected in higher prices on those expenditure items on which arrears are frequently incurred, it is likely that existing fiscal data provide a biased picture true weight of interest costs in the budget because they do not take into account the implicit interest costs in the category of expenditure on goods and services.”

³⁷⁵ CATAPANI, Márcio Ferro. *Titulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e Tesouro Direto*, p. 328.

³⁷⁶ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, p. 152: “Parece decorrer do texto constitucional que não é a simples circunstância de deixar de pagar sua dívida fundada que

É possível que o não pagamento da dívida fundada ocorra por motivo de força maior, caso no qual deixará de existir nexo de causalidade entre o dano causado aos credores e a conduta de não pagamento. Contudo, é preciso melhor explorar essa situação que, na prática, poderia ser utilizada frequentemente como pretexto para a inadimplência por parte do Estado de seus compromissos.

A previsão de que o não pagamento ocorra por motivo de força maior é ressalva para a qual cabe fazer algumas considerações. Inicialmente, observa-se que caberá ao agente que decreta a intervenção (Presidente da República ou Governador do Estado) avaliar a existência ou não de força maior, sujeita a avaliação a controle pelo Poder Judiciário, se provocado for a se manifestar³⁷⁷. Questão mais interessante, porém, consiste em avaliar as causas que poderiam ser apontadas como força maior.

Sobre esse específico ponto, vale perguntar se seria possível alegar força maior diante de redução de receitas previsível conforme ciclos econômicos vividos pela economia em geral. Também seria relevante discutir a existência de força maior pela discricionariedade de não interrupção de serviços públicos considerados essenciais que poderia resultar em recursos suficientes para o pagamento da dívida fundada.

De nossa parte, entendemos que os ciclos econômicos são conhecidos dos gestores públicos e, em geral, permitem a realização de ajustes com antecedências, de maneira a não prejudicar os serviços essenciais do Estado. Sendo assim, não seria possível a alegação de força maior se a crise de insolvência fosse decorrência de imobilismo do ente estatal diante de natural ciclo de menor desempenho da economia, com resultados sobre a arrecadação de receitas. O mesmo não se pode dizer nos casos em que eventual fase recessiva tenha duração excepcionalmente longa, superando o prazo necessário de recuperação das economias do ente estatal formadas para enfrentar o vale do ciclo. Também não se trataria da mesma forma caso em que a situação de penúria financeira fosse causada por choque externo imprevisível, como seria o caso, por exemplo, de uma elevação dos serviços da dívida causada por variação cambial ou variação de taxas de juros completamente fora dos cenários mais prováveis.

A questão da força maior relativa, ou seja, a força maior que se apresenta como uma escolha trágica do tipo “mal menor”, por meio da qual se decide dar continuidade à prestação de serviços públicos em lugar dos pagamentos da dívida, é situação, em nosso ver, mais complexa. Isto, pois a solução dependerá do tipo de serviço de que se trata e da sua priorização em relação aos interesses dos cidadãos do futuro, que arcarão com a dívida não paga e também com a elevação dos custos de captação que decorrerão da perda de crédito do Estado em razão do inadimplemento. Assim, entendemos que a situação de força maior estará caracterizada quando se refira diretamente à necessidade de continuidade de serviços intimamente ligados à manutenção do mínimo existencial, sobretudo nas áreas de educação infantil, saúde, habitação, assistência social e transporte. Nos demais casos, o ônus argumentativo terá de ser maior da parte do gestor público para justificar que os

justifica a intervenção num Estado. Dispondo o texto constitucional que a causa final da intervenção é a ‘reorganização’ das finanças estaduais, parece surgir que, não estando estas desorganizadas, não cabe a intervenção, não obstante se configure a hipótese da letra a, sub examine.”

³⁷⁷ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, pp. 155 e 168.

custos impostos às gerações futuras serão compensados pela manutenção de serviços públicos de menor hierarquia no presente.

A primeira menção constitucional à intervenção em estado por ausência de pagamento da dívida fundada ocorre na Constituição de 1891, após reforma constitucional do ano de 1926. Nos debates parlamentares referentes a essa reforma, evidencia-se a ideia de que a desorganização financeira seria prova da inaptidão de um território para a vida autônoma³⁷⁸.

A Constituição de 1934, de cunho liberal, reduziu a hipótese de intervenção ao não pagamento apenas dos serviços da dívida, excluídos, portanto, os pagamentos referentes à amortização da dívida fundada. Já a Constituição de 1937 foi mais severa, prevendo hipótese de intervenção por não pagamento de dívida com a União após um ano do seu vencimento. Também foi abolida a previsão da força maior como causa excludente da intervenção. A Constituição de 1946, por sua vez, eliminou o privilégio dado à União, limitando a intervenção ao caso de descumprimento das obrigações relativas à dívida externa³⁷⁹.

A intervenção dos estados nos municípios por não pagamento da dívida fundada é mais recente em nossa história constitucional, tendo aparecido pela primeira vez em 1934. Na Constituição de 1937 foi suprimida a previsão, em vista da nomeação pelos governadores dos prefeitos municipais, o que tornava desnecessária a previsão de procedimento específico de intervenção para esse caso. A previsão de intervenção retornou com a Constituição de 1946³⁸⁰.

O não pagamento de precatórios judiciais, inseridos por força da LRF na dívida consolidada para fins de aplicação de limites, resulta em algumas consequências previstas na CF/88, mas que já se encontravam no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente. Se houver, por exemplo, preterição da ordem de pagamento ou não houver consignação no orçamento de créditos suficientes para pagamento do precatório, o credor poderá requerer o sequestro dos valores devidos³⁸¹. Quanto aos agentes públicos, o não pagamento gera a possibilidade de se falar em crime de responsabilidade e também de ocorrer o afastamento, no caso de governadores e prefeitos, por declaração de intervenção, em função de descumprimento de decisão judicial³⁸².

³⁷⁸ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, p. 158: “HERCULANO DE FREITAS, relator do projeto, sustentou com seu grande brilho que a incapacidade de se auto-sustentar, traduzida na insolvabilidade era situação tão contrastante com a qualidade de Estado autônomo – pressuposta pelo sistema constitucional – que a intervenção não colocaria o Estado em situação diversa da que já estava, argumento que foi desenvolvido pelo eminente JOÃO MANGABEIRA.”

³⁷⁹ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, pp. 155-61.

³⁸⁰ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, pp. 172-3.

³⁸¹ CF/88: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.”

³⁸² ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, pp. 238-9.

A possibilidade de intervenção federal nos estados ou destes nos municípios não pode ser considerada como prova da excecutoriedade dos precatórios. Isto, pois não há nenhuma obrigação, além do constrangimento moral e político, de que o interventor faça o pagamento da dívida não quitada³⁸³. No caso da União, descabe a intervenção, valendo-se o descumprimento de decisão judicial como hipótese de crime de responsabilidade, ensejando o chamado “processo de *impeachment*”³⁸⁴.

Ainda sobre o inadimplemento de dívidas pelo Estado, vale observar a previsão existente na LRF, artigo 40, § 1º, II, de que a União poderá reter receitas tributárias diretamente arrecadadas por estados e municípios e as receitas provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes para empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida, no caso da concessão de garantias por essa aos demais entes. O mesmo dispositivo autoriza essa prática no caso de garantias concedidas por estados aos municípios.

José Maurício Conti considera inconstitucional por ferir o princípio federativo a previsão do artigo 40, §1º, II, da LRF, que prevê a retenção de transferências constitucionais pela União, visando a liquidar dívida paga por esta na condição de garantidora de Estados e Municípios³⁸⁵. Isto, pois a o artigo 167, § 4º da CF/88 apenas autorizaria a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os artigos 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta, não autorizando a compensação unilateral desses recursos com as referidas dívidas.

Estamos de acordo com o pensamento de José Maurício Conti a esse respeito. Contudo, consideramos ainda mais violadora da Constituição Federal a previsão frequentemente incluída em contratos de dívida entre estados, municípios e a União, de que o agente finan-

³⁸³ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, p. 255: “Pode inclusive dar-se o caso de todas as ações – que são só políticas, como assinalado – serem aplicadas, e, não obstante, permanecer o credor insatisfeito. Tratando-se de débito de Estado, quando for caso de dívida fundada, a intervenção só pode se dar após dois anos de cessação do seu pagamento. Antes, porém, em qualquer caso, pode haver decisão judicial – condenando a pagar – descumprida. Não sendo incluída verba no orçamento – o que só o Executivo pode promover – o credor deverá pleitear que o Procurador-Geral da República represente ao Supremo (art. 11, § 1º, c) que, então solicitará a medida extrema ao Presidente da República (art. 11, *caput*). Nomeado, o interventor poderá não pagar a dívida, nem incluir verba no orçamento do exercício subsequente, nem providenciar a abertura de crédito para tal fim, o recurso do credor, in hypothesis, será pleitear a substituição do interventor – segundo o mesmo penoso e lento processo. Nem assim é certo e garantido que este vá diligenciar no sentido do pagamento do crédito insatisfeito.”

³⁸⁴ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo. *Op. cit.*, p. 256: “Se o devedor for a União, nem sequer intervenção existe. Descumprida decisão judiciária, configura-se crime de responsabilidade do Presidente, tal como previsto no n. VII, 2ª parte, do art. 82 da Carta Política vigente.”

³⁸⁵ CONTI, J. M. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*, p. 124: “Extrapolou os limites do que prevê a Constituição, por conseguinte, o disposto no art. 40, § 1º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 5.5.2000), ao estabelecer que ‘a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida’. Trata-se de norma violadora do princípio federativo e em desacordo com os preceitos estabelecidos na Constituição para esta questão, sendo, pois, inconstitucional.”

ceiro do estado ou município retenha recursos diretamente das contas correntes do tesouro estadual ou municipal, com a finalidade de quitar à dívida inadimplida. Esse tipo de garantia, que se aproximaria de um penhor de saldos em conta de depósito bancário, prejudica gravemente o planejamento financeiro de entes públicos nacionais já em situação de estresse financeiro, desequilibrando as relações entre entes públicos componentes da federação.

Por fim, vale observar que, do ponto de vista econômico, a principal consequência do inadimplemento da dívida pública consiste na perda do crédito público pelo ente devedor. Se é verdade, como afirmado neste trabalho, que a Constituição prevê como consequência do direito fundamental à igualdade a existência de um princípio de equilíbrio intergeracional, então, nota-se que a perda de tal crédito consiste em consequência a ser herdada pelas gerações futuras, de decisões tomadas pelas gerações passadas.

A perda de crédito decorrente do não pagamento da dívida poderá ser mais ou menos grave a depender do contexto da inadimplência e de sua extensão. Ainda assim, não se pode perder de vista o fato de que a Constituição, ao mesmo tempo em que visa a limitar o crescimento insustentável da dívida pública, também visa a proteger a sociedade contra os efeitos negativos da perda do crédito público, o que o faz por meio das regras específicas que preveem priorização no pagamento dos serviços da dívida e das que preveem sanções decorrentes da sua inadimplência. Uma interpretação alternativa, porém, seria a de que, em lugar de proteger o crédito público, as mencionadas regras de responsabilidade fiscal se destinam a proteger os interesses financeiros dos credores da dívida pública.

2.2 OS LIMITES E CONDIÇÕES AO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO NAS RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

2.2.1 O exercício da competência privativa pelo Senado

A competência do Senado Federal para tratar de endividamento público é *privativa* o que exclui a competência de qualquer outro ente para tratar do assunto³⁸⁶. Já tivemos a

³⁸⁶ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 192-3: “Assinale-se, inicialmente, que esta competência do Senado – bem como as demais previstas no art. 42 do texto constitucional – é privativa. ‘Privativa’, esclarece magistralmente RUI BARBOSA, significa exclusiva, que priva qualquer outro órgão ou pessoa, que exclui da competência qualquer outro órgão. O titular da competência exclusiva opõe-na erga omnes. Ninguém mais – órgão ou pessoa subordinado, coordenado, superordenado ou independente – pode exercer idêntica competência.

Nem o seu não exercício outorga a outrem o arrogar-se a competência privativa. Daí ser inconstitucional qualquer ato expressivo dessa competência ou em seu campo inserível, que não promane do Senado.

E, por ser privativa, tal competência é indelegável e inderrogável. Derrogá-la não pode a lei do Congresso – já que vivemos em regime de Constituição rígida – como delegá-la não pode, em ninguém, o próprio Senado. (...)

Se delegação, mesmo implícita, houver, inconstitucional será, como inconstitucional e inoperante será a norma ou ato delegado, que tal delegação jamais poderia receber.

Isto tudo precisa ser dito com veemência e ênfase, porque o Senado – no desempenho dessa faculdade – já cometeu excessos e já burlou as exigências sistemáticas da Constituição, ao atribuir faculdades regulamentares a terceiros.” E novamente na página 206: “A competência atribuída ao Senado exclui a do Conselho Monetário Nacional ou Banco Central ou qualquer outra, para traçar normas para Estados e Municípios, ou fiscalizá-los.

oportunidade no presente trabalho de expor o fato de que essa competência se refere à definição de limites e condições para operações de crédito, além da aprovação de operações de crédito externo, não podendo ir ao ponto de estabelecer regras gerais sobre operações de crédito, endividamento e emissões forçadas, por ser competência específica do Congresso Nacional. Também já se discutiu o risco de que a competência privativa do Senado possa ser usurpada por outros órgãos que, a pretexto de determinar a forma de contabilização de operações (STN) ou a pretexto de fiscalizar o cumprimento das normas vigentes (TCU, TCEs, TCMs), exorbitem a própria competência, estabelecendo novos limites às operações de crédito, inserindo no saldo de dívida contabilizado operações que não podem ser consideradas juridicamente como operações de crédito.

O tema da competência do Senado Federal para imposição de limites à dívida consolidada e autorizar operações de crédito externo levanta interessante questão: qual seria a sanção para o caso de constituição de dívida em descumprimento das regras fixadas pelo Senado Federal? Pontes de Miranda, referindo-se a CF/67, com a EC n. 1/69³⁸⁷ afirma que tal dívida seria inexistente, não podendo gerar efeitos³⁸⁸. Por outro lado, Geraldo Ataliba, escrevendo sobre as operações de crédito externo, afirma que, por se tratar de contrato de natureza privada sujeitaria a União, o estado ou município aos seus termos e às eventuais sanções por descumprimento das condições impostas pelo Senado Federal. Ataliba assim argumenta fazendo distinção entre os efeitos de direito público esperados do contrato e os efeitos de direito internacional privado. Os efeitos de direito público poderão ser obstados em razão da não conformidade com os limites impostos pelo Senado. Porém, deverá permanecer vigente a obrigação da perspectiva do direito internacional privado³⁸⁹.

A situação muda de figura, porém, no regime atualmente vigente, considerando-se o contido no artigo 33, § 1º, da Lei Complementar n. 101/2000, que prevê que se considera nula a obrigação assumida em descumprimento desta lei, resultando na perda dos juros e encargos pela instituição financeira que deixar de exigir a observância das regras nela contidas.

Aliás – se é princípio constitucional que Estados e Municípios são autônomos, se são pessoas políticas e constitucionais – não poderiam ficar sujeitos a normas expedidas por órgãos meramente administrativos e infralegais e subordinados ao Executivo Federal.

A legislação federal – até mesmo as normas gerais de direito financeiro – são excluídas da possibilidade de ditar regras sobre as matérias de competência privativa do Senado, prevista no artigo 42, ns. IV e VI.”

³⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969*, T. 3.

³⁸⁸ Para um estudo completo dos planos da existência validade e eficácia dos negócios jurídicos, ver AZEVEDO, Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, passim*.

³⁸⁹ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, p. 187: “Esta afirmação não contraria a nossa quanto à redução do negócio à condição de contrato entre privados em Estados diversos. É que, se o contrato, ‘não pode ser revogado pelo órgão que o firmou, antes da sua aprovação’ ou reprovação, ‘porque o contrato faz lei entre as partes’ não repugna que – não obstante ineficaz na esfera do direito público interno – possa produzir efeitos na área do direito privado, atentos os princípios do direito internacional privado, mesmo porque os Estados e Municípios são pessoas jurídicas e, como tais, titulares de plena capacidade jurídica na esfera do direito privado.”

Se por um lado, a participação do Senado Federal reflete a preocupação do constituinte de que o endividamento público ocorra no interesse do desenvolvimento regionalmente equilibrado do país, por outro lado, as normas previstas nas Resoluções do Senado Federal não podem impor limites irrazoáveis, que impliquem em verdadeira retirada do poder de estados e municípios em contratarem empréstimos públicos visando ao atingimento de seus objetivos, sob pena de inconstitucionalidade, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal³⁹⁰.

Conforme exposto, o federalismo brasileiro se apresenta como federalismo cooperativo misto, por meio do qual algumas competências se apresentam como exclusivas de cada ente federal e outras se apresentam como concorrentes. Não quis, neste contexto, a Constituição limitar os instrumentos de natureza financeira à disposição dos estados e municípios em relação aos instrumentos disponíveis à União, senão no que se refere ao poder para a emissão de moeda. Mesmo neste quesito, porém, deve-se observar que a Constituição não autoriza que a emissão de moeda ocorra com a finalidade de financiamento do Tesouro Nacional (artigo 164), o que termina por igualar estados e municípios à União também neste aspecto.

Sendo assim, ainda que se possa discutir a respeito da existência de desequilíbrios na repartição de encargos e receitas na federação brasileira, observa-se que a Constituição previu cenário no qual todos os entes federados gozariam da possibilidade de financiar suas ações com tributos, por meio da exploração de serviços públicos e do seu próprio patrimônio, e também por meio da realização de operações de crédito. Ao mesmo tempo em que a Constituição estipulou a possibilidade de definição de limites ao endividamento por parte de estados e municípios, também o fez com relação à União Federal (Congresso Nacional – art. 48, XIV; Senado Federal – art. 52, VI). Nota-se, portanto, que a possibilidade de se endividar, dentro de limites razoáveis, faz parte de uma das facetas da autonomia federativa.

Por esta razão específica argumenta-se que a imposição de limites ao endividamento de estados e municípios pelo Senado Federal, por proposição do Presidente da República, nos termos do artigo 52 da Constituição Federal, deve ser razoável, não implicando na prática na eliminação do instrumento financeiro à disposição desses entes.

Neste contexto, o que se pode discutir, portanto, é a existência ou não de razoabilidade na definição de limites diferenciados a estados e municípios, especialmente diante de disparidades tão grandes existentes no país que podem ser observadas comparando-se, por exemplo, o poder econômico de cidades como São Paulo e Rio de Janeiro às limitações orçamentárias de estados com menor expressão econômica. Melhor seria, nessa ordem de considerações, sob o pressuposto de que o endividamento pode ser proporcional à capacidade de pagamento, que os limites fossem estabelecidos com base em agrupamentos por nível de receitas. Por outro lado, sob o pressuposto de que o endividamento serviria como forma de alavancar o

³⁹⁰ ADIn 1.728 MC-DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001, p. 22: “É muito importante que as normas legais ou constantes da resolução não atinjam a intimidade de Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que podem impor limites inconstitucionais. A propósito do assunto o STF já julgou que a norma não pode impor ‘determinadas destinações da receita local, como condição prévia ao exame das operações de crédito sujeitas à aprovação da Câmara Alta.’”

desenvolvimento e proporcionar um *catch up* do atraso relativo de algumas regiões, os limites poderiam ser dispostos de maneira inversa às receitas de cada ente. Finalmente, nessa linha de argumentação, apresenta-se como desarrazoado que até o momento não haja definição de teto para o endividamento da União, enquanto estados e municípios veem-se obrigados a observar regra proposta pelo Presidente da República e aprovada pelo Senado Federal.

2.2.2 Limites e condições ao montante da dívida consolidada e às operações de crédito

A competência do Senado para fixar limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, somente pode ser exercida sob proposta do Presidente da República. Cabe a este, portanto, a competência para iniciar o processo legislativo neste caso, o que foi feito no ano de 2000, por meio da Mensagem Presidencial n. 1.070 (para o limite de dívida mobiliária) e da Mensagem Presidencial n. 1.069 (para o limite de dívida consolidada)³⁹¹.

Cesar Andrade afirma que a dívida mobiliária não deve ser considerada integrante da dívida consolidada, considerando que a Constituição Federal prevê a possibilidade de estabelecimento de condições e limites específicos para o caso da dívida mobiliária da União e para o caso da dívida consolidada³⁹². Este entendimento, embora compatível com as propostas decorrentes das Mensagens Presidenciais n. 1.069 e 1.070 enviadas em 2000³⁹³ e até o momento não aprovadas, não é sustentado pelo Manual de Elaboração de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional, que expressamente inclui a dívida mobiliária como espécie de dívida consolidada³⁹⁴, em linha com o artigo 29, I, da LRF.

³⁹¹ SILVA, José Afonso da. Uma história da lei brasileira de responsabilidade fiscal, p. 145, notas 32 a 34.

³⁹² ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação, pp. 39-40: “Os incisos I e II do art. 29 da LRF distinguem a dívida consolidada da dívida mobiliária. A dívida consolidada decorre de obrigações assumidas em decorrência de lei, contrato, convênio ou tratado e de operações de crédito, cuja amortização seja superior a 12 meses (LRF, art. 29, I), e a dívida mobiliária é representada por títulos emitidos pela união (inclusive os do Banco Central do Brasil), Estados e Municípios (LRF, art. 29, II). Vale dizer, na dívida consolidada não está abrangida a dívida lastreada em títulos.

Tal distinção encontra amparo na Constituição, pois a dívida consolidada e a dívida mobiliária dos entes subnacionais estão sujeitas a condições e limites específicos (CF, art. 52, VI e IX). No mesmo passo, o limite da dívida consolidada da união deve estar previsto em resolução do Senado Federal (CF, art. 52, VI), enquanto o limite da dívida mobiliária federal deve estar previsto em ato do Congresso nacional (CF, art. 48, XIV).”

³⁹³ Isto, pois a Mensagem 1.070 previa para a dívida mobiliária federal limite de 6,5x (650%) da RCL, ao passo que para a dívida consolidada limite de 3,5x (350%) da RCL. Ora, como o todo não pode ser menor que a parte, fica patente a adesão dos técnicos do Poder Executivo federal em 2000 à tese de Cesar Andrade.

³⁹⁴ SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. *Manual de Demonstrativos Fiscais: aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios*, p. 553: “A Dívida Consolidada (DC) ou fundada, para fins fiscais, corresponde ao montante total das obrigações financeiras, apurado sem duplicidade (excluídas obrigações entre órgãos da administração direta e entre estes e as entidades da administração indireta), assumidas: a) pela realização de operações de crédito com a emissão de títulos públicos, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses (dívida mobiliária);

Não deve prosperar o entendimento de que as dívidas mobiliárias sejam categoria apartada em relação à dívida consolidada. Ora, se se definiu como dívida consolidada aquela dívida assumida com a finalidade de financiar investimentos públicos em sentido amplo, em comparação à dívida flutuante, direcionada a suportar insuficiências temporárias de caixa, não há razão para excluir a dívida mobiliária da dívida consolidada, quando destinada ao financiamento de despesas de capital.

Nesta ordem de considerações, a justificativa para a possibilidade de existência de dois limites e condições distintos residiria no fato de que a dívida mobiliária, pela sua pulverização no mercado dificultaria a possibilidade de sua reestruturação, isto é, de renegociação de termos e condições, se necessário, motivo pelo qual, da perspectiva do tomador dos recursos, é marginalmente mais arriscada. Ademais, pela existência de mercado secundário, o que é uma decorrência da própria natureza mobiliária dessa dívida, a existência desses títulos elevaria a liquidez da economia, na medida em que pode servir de meio alternativo de pagamentos³⁹⁵.

Ainda que se possa aceitar como válidos tais argumentos, eles acarretariam, no máximo, a necessidade de criação de sub-limites e condições específicos para a dívida mobiliária, não se podendo apresentar como argumento para a exclusão da dívida mobiliária dos limites referentes à dívida consolidada. Trata-se a dívida mobiliária, portanto, de espécie de dívida consolidada, ao lado da dívida consolidada contratual.

Neste contexto, questão interessante consiste em perguntar se também alterações posteriores nas resoluções do Senado dependeriam de proposta do Presidente da República. Tendemos a responder positivamente, pois, do contrário, retirar-se-ia a complexidade do ato, que depende para sua validade da manifestação de dois órgãos distintos – Senado e Presidência da República. Isto não implica, porém, limitação da competência normativa do Senado, ao qual não se impõe a simples escolha entre ratificar ou vetar a proposta, podendo livremente modificar o seu teor³⁹⁶.

-
- b) pela realização de operações de crédito em virtude de leis, contratos (dívida contratual), convênios ou tratados, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses;
 - c) com os precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos;
 - d) pela realização de operações de crédito de prazo inferior a 12 (doze) meses, que tenham constado como receitas no orçamento.”

³⁹⁵ Observe-se, por exemplo, o fato de que os títulos públicos de alta liquidez são inseridos, na metodologia do Banco Central do Brasil, no agregado monetário M4, para fins de estatísticas relativas aos meios de pagamentos no país. Ver BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. *Reformulação dos Meios de Pagamento – Notas Metodológicas*, p. 3: “Cabe observar que, embora não usual na maioria dos países, a inclusão da dívida mobiliária pública em agregados monetários baseia-se nas especificidades da economia brasileira, com o setor público mantendo participação expressiva no dispêndio total por longo período, cujo financiamento dependia significativamente da captação de poupanças privadas por meio da emissão de títulos. Tais circunstâncias exigiram elevada liquidez desses instrumentos, propiciando sua adoção generalizada como quase-moeda até os dias atuais.”

³⁹⁶ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, p. 196: “Pois, nesse caso, a iniciativa é reservada ao Presidente da República. Isto está coerente com a regra segundo a qual, em matéria de direito financeiro, criação de despesas, inclusive orçamento, a iniciativa do processo legislativo é sempre do Chefe do Poder Executivo (arts. 57 e 65).

Geraldo Ataliba chama a atenção para a enorme dificuldade prática de estabelecimento de uma regra única para a limitação do endividamento de cada ente estatal, tendo em vista as suas condições específicas. Considera inadequadas propostas que levem em consideração um nível absoluto de dívida, bem como critérios que prevejam limite máximo em relação às receitas. Caberia, portanto, em sua avaliação, ao Poder Legislativo de cada ente estatal determinar tais limites em função do custo de oportunidade social de não realização de investimentos públicos de interesse de cada comunidade³⁹⁷. A concorrência entre eles, porém, poderia levar à preponderância do oportunismo em uma situação de “tragédia dos comuns”, conforme já descrito no presente trabalho³⁹⁸, motivo pelo qual consideramos inadequada tal proposição em uma federação.

Com relação às sanções previstas por descumprimento das regras que impõem limites ao endividamento, do ponto de vista federativo, desponta a previsão contida na LRF de vedação ao recebimento de transferências voluntárias (art. 25, IV). Tal vedação poderia ser criticada do ponto de vista constitucional, na medida em que poderia aprofundar as dificuldades financeiras e, por consequência, os resultados sociais negativos, do ente federativo devedor. Uma leitura atenta do dispositivo, porém, permite observar que o seu alcance é limitado, na medida em que estão excluídas da proibição de transferência aquelas voltadas ao financiamento de ações nas áreas de educação, saúde e assistência social, que são justamente as áreas que recebem os maiores montantes a título de transferências para estados e municípios.

No âmbito do direito comparado, situação de interesse para o caso foi analisada pela Corte Suprema norte-americana no caso *South Dakota vs. Dole* julgado em 1987, na qual se avaliou a existência do chamado *spending power* de que seria titular o governo federal³⁹⁹. No mencionado caso, julgado em junho de 1987, a Suprema Corte estadunidense foi

O Senado delibera livremente, desembaraçadamente. Por isso, pode o projeto que lhe submete o Presidente da República sofrer emendas aditivas, modificativas ou supressivas. A promulgação da resolução cabe à Mesa ou ao Presidente do Senado, conforme o determine o regimento interno.”

³⁹⁷ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, p. 198-9: “É tecnicamente inviável limitar, pelo montante, a dívida fundada. Se a constituição de dívida a longo prazo – 20, 30, 50 ou mais anos – é uma forma de repartir por gerações certos encargos sociais, não há como estabelecer-lhes limites. A não ser que se queira limitar o próprio futuro e o desenvolvimento dessas comunidades, não é possível limitar suas dívidas. Naturalmente que, atendendo a outros fatores, pode ser eventualmente útil, por determinado período, fixar um teto qualquer, para determinado Município ou Estado. Não se pode, entretanto, recorrer a esse meio grosseiro e primário de fixar limites para todos, nem alimentar a pretensão de estabelecer categorias de casos. Mormente quando não se sabe – como ocorrer com o Congresso, os altos escalões fazendários e outros órgãos federais – qual a diferença entre dívida fundada e flutuante...”

Só o prudente critério do próprio legislador estadual ou municipal, em cada caso, poderá estabelecer tais medidas restritivas, autolimitando-se no exercício desta faculdade.”

³⁹⁸ Cf. Capítulo 1.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen. *Garantias ao parceiro privado e comprometimento fiscal*, p. 472: “Conforme noticiado naquela ocasião, a Suprema Corte americana adotou cinco requisitos para reconhecer o interesse federal que confere validade ao condicionamento da transferência voluntária: a finalidade de atendimento do bem-estar geral; a clareza nas condições estipuladas; a relação com interesses de titularidade federal; a ausência de estipulação de condições materialmente proibidas e o limite entre a indução de conduta e a verdadeira coerção.”

provocada a se manifestar a respeito da existência de abuso de poder de alocação de gasto público (*spending power*) em caso no qual o governo federal, por meio da Secretaria Federal de Transportes, reteve transferências federais destinadas a estados federados, em virtude do não estabelecimento de idade mínima para aquisição de bebidas alcoólicas em 21 anos nesses estados. A Corte julgou a ação do governo federal constitucional, estabelecendo requisitos por meio dos quais poder-se-ia avaliar a constitucionalidade de uma restrição de transferência de recursos, tais como: (i) a restrição deve visar o atingimento do bem comum (*general welfare*); (ii) as condições devem endereçar uma preocupação nacional (*national concern*); (iii) a restrição não pode ser tal que comprometa gravemente o estado federado, compelindo-o a aceitar as condições quaisquer que sejam⁴⁰⁰.

Em relação à situação aqui analisada, os critérios propostos pela Suprema Corte americana, em nossa opinião, conduziriam à constitucionalidade da previsão contida na LRF, também em face da Constituição Federal do Brasil de 1988. Isto, pois a limitação do superendividamento dos entes subnacionais no país está ligada ao bem-estar geral da nação, dadas as repercussões inter-regionais e intergeracionais do endividamento. Pelo mesmo motivo, pode-se dizer que se trata de uma questão nacional, que apenas pode ser endereçada de maneira coordenada. Finalmente, na maior parte dos casos, as restrições às transferências voluntárias não serão suficientes para tornar inviável a ação do ente federado prejudicado, a tal ponto de se tornar inconstitucional a interrupção das transferências. Esse último ponto, contudo, deverá ser analisado em cada caso, conforme a situação específica do ente estatal e da sua autonomia fiscal efetiva.

Durante a vigência da CF/67, com a Emenda n. 1 de 1969, assegurava-se ao Senado Federal a competência de definir, por resolução, as condições de emissão de títulos de dívida de estados e municípios, estabelecendo margens para taxas de juros e prazos de vencimento. A mesma previsão não se repete na CF/88, que confere apenas competência para estabelecer limites e condições para o montante da dívida mobiliária⁴⁰¹.

Uma das condições impostas para a captação de recursos por meio de operações de crédito pelo ordenamento brasileiro, conforme já argumentado, a “Regra de Ouro das Finanças Públicas”, consiste na proibição da realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital. A preocupação aqui é que não sejam financiadas despesas correntes com recursos de empréstimos, sob o pressuposto de que despesas correntes não contribuem para aumento do produto potencial no longo prazo, resultando em ônus financeiro para as gerações futuras, ao contrário das despesas de capital⁴⁰².

⁴⁰⁰ U.S. SUPREME COURT, *South Dakota v. Dole* 483 U.S. 203 (1987). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/203/>. Último acesso em 26 de junho de 2017.

⁴⁰¹ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 199-201.

⁴⁰² ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, pp. 375-6: “Essa ‘regra de ouro’, que vem também consignada no art. 12, § 2º, da LRF, ao estabelecer que montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária, tem por objetivo evitar o pagamento de despesas correntes com recursos decorrentes de emissão ou contratação de novo endividamento, impondo-se que os empréstimos públicos somente deverão ser destinados a gastos com investimentos e não para financiar as despesas correntes.”

Embora a preocupação seja legítima, a questão está mal colocada no ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo para controle meramente formal das operações de crédito, sem qualquer avaliação sobre os reais benefícios ou custos da operação. Isto, pois ao remeter o limite da operação de crédito à realização de despesas de capital, remete à classificação das despesas orçamentárias por categoria econômica fixada pela Lei n. 4.320, de 1964, na qual se incluem despesas relacionadas não apenas a investimentos, mas igualmente a inversões financeiras, dentre as quais se encontram despesas que não contribuem com o aumento do estoque de capital da economia.

Ademais, mesmo as despesas consideradas “de investimento” podem acobertar gastos com custeio, no caso, por exemplo, de aumento de capital realizado para cobertura de insuficiência financeira de empresa estatal. É bem verdade que, neste último caso, a mesma Lei n. 4.320/64 exige que a despesa seja executada como transferência corrente no elemento de subvenção econômica ou social. Contudo, não é incomum, na prática de nosso país, observar tal tipo de suporte financeiro realizado à título de aumento de capital, mormente em se tratando de situação temporária, sem que se possa considerar a empresa como dependente para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Finalmente, destaca-se que a regra citada não leva em conta a possibilidade de se considerarem algumas despesas correntes como essenciais para o aumento da produtividade da economia nacional. Tendo sido aprovada na década de 1960, a Lei n. 4.320/64 não leva em consideração o desenvolvimento da chamada “teoria endógena do crescimento econômico”⁴⁰³, que deixa clara a importância do capital humano, sobretudo potencializado pela educação, para o aumento do produto *per capita* e, conseqüentemente, para o crescimento econômico no longo prazo. Sendo assim, algumas despesas, ainda que de natureza corrente, poderiam, na prática, apresentar potencial para gerar resultados econômicos, no longo prazo, que, por esta razão, serão usufruídos pelas gerações seguintes.

A ideia de que a emissão de dívida deve ser precedida de análise acerca da geração futura de rendas suficientes para pagamento das parcelas de amortização e juros não é novidade. Já o artigo 67 da Lei n. 56, de 15 de novembro de 1827⁴⁰⁴, previa essa exigência com relação à Caixa de Amortização então criada, tratando-se de regra voltada à manutenção do equilíbrio fiscal intertemporal e garantia do recebimento pelos credores⁴⁰⁵.

O regime do crédito público está sujeito ao princípio da legalidade em sua forma mais estrita, qual seja a necessidade de lei específica autorizativa de cada operação de crédito⁴⁰⁶. A

⁴⁰³ Conforme já discutido no Capítulo 1 do presente trabalho.

⁴⁰⁴ “Art 67º A Caixa de Amortização, e suas Filiaes receberão pontualmente os capitales necesarios para as despesas que forem postas a seu cargo. Não deverá fundar-se capital de dívida alguma sem que na propria lei da sua fundação sejam consignados rendimentos certos que bastem á despeza do seu juro, e amortização.”

⁴⁰⁵ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e Tesouro Direto*, p. 85: “O artigo 67 trouxe disposição voltada para aquilo que hoje se denomina de ‘responsabilidade fiscal’: não poderia ser criada dívida sem que na própria lei de fundação fossem apontados capitais suficientes para fazer frente aos seus juros e amortização.”

⁴⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*, p. 613: “Os empréstimos celebram-se por atos jurídicos da competência de agentes do Poder Executivo. São eles que, segundo escala de competência do Direito Administrativo, assinam os contratos e emitem os respectivos títulos. Mas só o Poder Legislativo está investido da competência constitucional para autorizar o Executivo a praticar aqueles atos no

autorização legislativa deve ser a mais específica possível, fixando inclusive as condições financeiras da operação, tais como prazo, taxa de juros, moeda da operação, garantias, etc. Isto, pois não apenas a existência de operação traz consequências duráveis ao Estado, mas também as condições dentro das quais ocorre a operação⁴⁰⁷. O descumprimento dessa formalidade, porém, não autoriza ao Estado negar a devolução dos recursos captados, pois do contrário resultaria enriquecimento ilícito da parte do ente público⁴⁰⁸. A legislação nacional, porém, impediria neste caso a devolução dos recursos com a totalidade dos juros e encargos contratados, conforme previsto no art. 33, § 1º., da LRF.

Nem sempre, porém, será possível se fixar de antemão na lei autorizativa a totalidade dessas condições, sob pena de tornar-se antieconômica a contratação, dependendo-se a cada mínima alteração proposta de nova tramitação legislativa e aprovação. Nestes casos, recomenda-se a fixação de intervalos de aprovação, especialmente para prazo e taxa de câmbio. A fixação de intervalo de taxas de juros, porém, no caso de contratação de taxas pré-fixadas, poderá conduzir à situação desvantajosa na negociação do financiamento pelo Estado, ancorando a negociação na margem superior do intervalo.

No caso das operações de crédito, as demonstrações de vantajosidade da operação são o elemento central por meio do qual é demonstrado o interesse público que orienta a contratação, em lugar de interesses privados que poderiam orientar a realização de determinada despesa com recursos emprestados, independentemente dos custos financeiros envolvidos.

José Maurício Conti sustenta que a exigência de demonstração pelo órgão técnico do custo-benefício da operação de crédito, que justifique a sua realização é uma decorrência lógica da possibilidade de fiscalização externa dos atos administrativos quanto à sua economicidade, que nada mais é que a avaliação dos atos da administração quanto à sua dimensão econômica, em comparação aos benefícios esperados⁴⁰⁹. Por “órgão técnico” devemos compreender não apenas os órgãos fazendários, especializados na questão financeiro-orçamentária, mas igualmente os órgãos finalísticos, ligados ao projeto a ser financiado, uma vez que serão estes os órgãos mais adequados a se manifestar quanto ao custo-benefício social ligado à contratação, custo esse tão ou mais importante que o custo simplesmente financeiro, dada a dificuldade de se realizar análise meramente financeira de viabilidade de projeto público de investimento.

Direito Constitucional brasileiro, o princípio é expresso. Em outros países como a França, a lei ordinária o proclamou.

É uma lei, no sentido formal, o meio de o Legislativo dar consentimento aos empréstimos, a serem levantados pelo Executivo.” ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 40-1.

⁴⁰⁷ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, pp. 44-45.

⁴⁰⁸ BALEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*, p. 618: “Mas a doutrina entende com razão que o Estado deve ser condenado a restituir o quanto recebeu, se o produto do empréstimo foi investido em sua utilidade. O princípio secular e universal de que a ninguém é lícito-lo locupletar-se com alheia jactura aplica-se também à dívida pública oriunda de contrato defeituoso por falta de autorização legislativa.”

⁴⁰⁹ CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 283: “a) a adequada relação custo-benefício da operação Essa obrigação já vem estabelecida no próprio texto da Constituição que trata da fiscalização das contas públicas e prevê, dentre outras, a existência da fiscalização quanto à economicidade dos atos administrativos por parte dos sistemas de controle interno e externo.”

Não se deve olvidar que a análise de custo-benefício de projetos públicos não é realizada nos mesmos moldes das metodologias indicadas para projetos privados, havendo limitações bastante claras nas metodologias clássicas de avaliação de projetos financeiros derivados das finanças corporativas, quando aplicados às políticas públicas⁴¹⁰. Tais métodos de avaliação – sendo os mais comuns as metodologias de avaliação do valor presente líquido, da taxa interna de retorno, e de opções reais – são inapropriados por poderem conduzir a uma decisão de rejeição de projeto com retorno social positivo, simplesmente por seus resultados pouco expressivos em termos de geração de caixa⁴¹¹.

Quanto às operações de crédito entre entes da federação, já se discutiu neste trabalho o fato de que a LRF prevê a proibição de tais operações, ainda que na forma de refinanciamentos. Como forma de evitar burla a tal dispositivo, veda-se também a realização de operações de ente federado com instituição financeira controlada por outro ente, se destinada a financiar despesas correntes ou refinarciamentar dívidas que não tenham sido contratadas com a própria instituição⁴¹².

A respeito do equilíbrio federativo, é importante notar que a LRF partiu da premissa de que a possibilidade de operações de crédito entre entes federais contribui para um

⁴¹⁰ Essas dificuldades são detalhadamente descritas por STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*, p. 274: “First the only consequences of a project that are of concern to the firm are those that affect its profitability, the government may be concerned with a much broader range of consequences. For example, it may be concerned with the ecological effects of a dam, and with the impact of the dam on the river’s recreational uses.

Second, whereas the firm uses market prices to evaluate what it has to pay for its inputs and what it receives for its outputs, there are two instances in which the government might not use market prices in evaluating projects: (a) When the outputs and inputs are not sold on the market, market prices do not exist. Market prices do not exist for clean air, for lives saved, or for the preservation of wilderness in its natural state. (b) When there is a market failure, market prices do not represent a project’s true marginal social costs or benefits. The prices the government uses to evaluate its projects must reflect the market failure.”

⁴¹¹ A respeito das enormes dificuldades ligadas às metodologias para a avaliação de projetos públicos, ver BLANK, Leland; TARQUIN, Anthony. *Engenharia econômica*, p. 315: “É importante perceber o seguinte: É difícil estimar os impactos econômicos dos benefícios e malefícios de uma alternativa do setor público bem como obter concordância em relação a eles. Por exemplo, suponhamos que você recomende a construção de um desvio em uma cidade, ao redor de uma área propensa a congestionamentos. Até que ponto ele beneficiará o motorista em termos de dólares por minuto ao volante, tendo em vista que poderá desviar-se de cinco faróis de trânsito, dirigindo a uma média de 56 km/h, em comparação com o estado atual, em que cruza os faróis a uma média de 32 km/h, parando, em média, em dois faróis, com um tempo de espera de 45 segundos, aproximadamente, em cada um? As bases e os padrões para estimar os benefícios são sempre difíceis de estabelecer e verificar. Se comparadas às estimativas dos fluxos de caixa de receitas do setor privado, as estimativas de benefícios são muito mais difíceis de se fazer e variam amplamente, em torno de médias incertas.”

⁴¹² CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 286-7: “Dentre as demais limitações à realização de operações de crédito fixadas pela LRF destacam-se as seguintes:
1) vedação às operações de crédito entre entes da Federação, ainda que por meio da respectiva Administração indireta;
2) vedação às operações de crédito entre instituição financeira estatal e outro ente da Federação destinadas a financiar despesas correntes ou a refinarciamentar dívidas não contraídas junto à própria instituição concedente.”

desequilíbrio alocativo entre entes da federação⁴¹³. Não se cogitou, na LRF que a realização de operações de crédito entre entes federais possa contribuir para o desenvolvimento e redução das desigualdades regionais, embora não seja difícil imaginar situação na qual possa ser do interesse dos Estados a captação de recursos por ente com melhor perfil de crédito, para realização de esforço conjunto que, de forma rasa, poderia ser interpretado como operação de crédito entre entes da federação.

Interessante questão consiste em avaliar a constitucionalidade de seguidas leis, após o estabelecimento da vedação contida no artigo 35 da LRF, que autorizaram o refinanciamento de dívidas de Estados e Municípios com a União Federal. O simples de fato de serem tais leis veiculadas na forma de lei complementar afastaria as regras da LRF? Parte da doutrina parece se posicionar contrariamente a esse entendimento, sob o argumento de que fragilizaria o controle constitucionalmente imposto sobre a dinâmica do endividamento subnacional⁴¹⁴. Já tivemos oportunidade em capítulo anterior de argumentar a respeito da inconstitucionalidade do artigo 35, na medida em que extrapola a competência dada pela Constituição ao Congresso Nacional para legislar a respeito de operações de crédito e endividamento público, alterando aspecto elementar do federalismo de cooperação brasileiro.

De outro lado, de maneira a evitar relacionamento entre bancos públicos e entes estatais de maneira a eventualmente prejudicar a condução da política monetária e também a solidez do sistema financeiro nacional, veda-se a realização de operação de crédito entre ente público e instituição financeira por ele controlada, assim como o financiamento do Tesouro Nacional pelo Banco Central⁴¹⁵.

Do ponto de vista dos instrumentos de controle de tais regramentos, condições e limites, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de instrumentos adequados à declaração de nulidade de atos administrativos eivados de desvio de finalidade, tais como a ação popular, que permite a declaração de nulidade de atos prejudiciais ao interesse público por serem atentatórios à moralidade administrativa. A contratação de operações de crédito, naturalmente, submete-se a esse mecanismo de controle, sendo a justificativa técnica para a contratação da operação de crédito elemento essencial para a avaliação da existência do interesse público, um dos pressupostos para a contratação⁴¹⁶.

⁴¹³ CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 302: “A manutenção do equilíbrio federativo é uma das metas fundamentais de toda Federação. Assegurar um nível equivalente de bem-estar para os cidadãos em todo o território nacional integra o conceito mais amplo da ideia de igualdade e deve ser fim perseguido por todo Estado Democrático de Direito. Dentre as diretrizes da LRF está a de manter o equilíbrio federativo. Tendo em vista a possibilidade de os entes da Federação, ao realizarem operações de crédito entre si, causarem distorções nesse equilíbrio, estabeleceu-se a proibição desse tipo de operação.”

⁴¹⁴ CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 304: “A proibição de novação, refinanciamento ou postergação de dívidas já existentes constitui importante regra da LRF, haja vista estarem essas modalidades de negociação entre as principais causas do descontrole das contas públicas.”

⁴¹⁵ CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 287: “Dentre as demais limitações à realização de operações de crédito fixadas pela LRF destacam-se as seguintes: (...) 3) vedação às operações de crédito entre instituição financeira estatal e o ente que a controle. Considera-se empresa controlada a sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação; 4) vedação às operações de crédito com o Banco Central do Brasil.”

⁴¹⁶ ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*, p. 113: “A LRF, em conjunto com a Lei 10.028/2000, procura conferir uma maior eficácia legal no combate à corrupção e aos abusos discricio-

Proíbe-se igualmente a assunção de compromisso com fornecedores por meio da emissão ou aceite em títulos de crédito, proibição essa a que a doutrina parece vem alargando indevidamente o alcance, sem fundamento no texto da LRF e, portanto, de forma desproporcional. A ideia que fundamentaria essa posição seria a de que assim se estaria a fraudar o regime de precatórios que rege o pagamento de dívidas judicialmente reconhecidas do Estado⁴¹⁷.

Esta posição, contudo, desconsidera o fato de que a circunstância de serem os títulos de crédito títulos executivos extrajudiciais não é a sua única característica. Pelo contrário, talvez a sua melhor definição consista na sua circulabilidade, decorrente da sua autonomia, literalidade e cartularidade. Na prática, portanto, seria possível imaginar casos em que o Poder Público poderia se beneficiar de melhores preços em contratos, pelo fato de que serem os eventuais créditos incorporados em títulos de crédito. Com isso, os fornecedores do ente público poderiam negociar tais títulos, especialmente em operações bancárias, visando antecipar o recebimento dos valores.

Ademais, não há proibição absoluta, em nosso entendimento, à emissão de títulos de crédito ou seu aceite pelo Estado no artigo 37, II, da LRF, havendo apenas impedimento de que se reconheça ou se assuma dívida⁴¹⁸ relativa a despesa realizada em descumprimento das normas orçamentárias, em especial do artigo 60 da Lei n. 4.320/1964, por meio da emissão de título, aceite ou aval em título de crédito, o que poderia ocorrer, por exemplo, no caso da assinatura de uma nota promissória ou no caso de aceite em duplicata apresentada pelo fornecedor.

Com relação aos limites quantitativos, de forma objetiva, atualmente vigoram limites relacionados ao estoque de dívida, contidos na Resolução SF n. 40, de 2001, e limites relacionados ao fluxo, isto é, a novas contratações de operações, presentes na Resolução n. 43, de 2001. Com relação ao primeiro caso, observa-se que a Resolução n. 40 prevê no

nários governamentais, refletindo uma gestão fiscal com maior planejamento, transparência, prevenção de riscos, correção de desvios, cumprimento de metas e observância de limites e condições, de forma a aumentar a confiança dos prestamistas e investidores em geral nos agentes públicos submetidos ao seu crivo. Em suma, a LRF é profilática ao primar pela execução orçamentária voltada ao legítimo interesse público, vinculando as dotações estritamente à consecução da finalidade pública especificada na Lei orçamentária, de modo a coibir o desvio de poder ou desvio de finalidade e, em última instância, servindo de óbice à existência de práticas qualificadas como corruptas no âmbito da Administração Pública.”

⁴¹⁷ CONTI, José Maurício. *Artigos 32 a 39*, p. 310-1: “O Poder Público não pode assumir compromissos que sejam garantidos por títulos de crédito, haja vista que o eventual inadimplemento deverá ser cobrado pelas regras processuais aplicáveis à Fazenda Pública, que prevê rito específico nos arts. 730 e s. do Código de Processo Civil.

Uma vez findo o processo e não sendo paga a dívida, expedir-se-á precatório, para inclusão do valor no orçamento e pagamento no exercício financeiro subsequente. Esse é o procedimento a ser seguido nas execuções contra a Fazenda, dada a impossibilidade de se penhorarem os bens públicos. A contratação com o Poder Público, portanto, deve seguir o procedimento previsto pelo regime jurídico de direito público, mediante a contratação de fornecedor previamente selecionado em procedimento licitatório, sem que haja qualquer privilégio de um em relação aos demais contratantes do Poder Público, não se justificando que determinados contratos sejam garantidos por títulos de crédito e outros não.”

⁴¹⁸ Isso em razão das expressões “assunção direta de compromisso, confissão de dívida, ou operação assemeelhada”, empregada pelo artigo 37, II, da LRF.

artigo 3º o limite de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL) com dívidas em 200% para os Estados e em 120% para os Municípios. No caso de entes com dívidas refinanciadas junto à União no âmbito da Lei n. 9.496/1997 e da MP n. 2.185-35/2000, os limites são ainda inferiores, por força contratual, sendo de apenas 100% da Receita Líquida Real (RLR). Para o caso dos estados, essa previsão foi revogada pela Lei Complementar n. 148/2014, que alterou o artigo 3º da Lei n. 9.496/1997.

Poder-se-ia discutir a respeito da possibilidade de lei federal estabelecer limites mais rígidos que os fixados pelo Senado Federal, a quem cabe constitucionalmente fixar os limites de endividamento, por proposta do Presidente da República. No caso específico da Lei n. 9.496/1997 e da MP n. 2.185-35/2000, não observamos qualquer inconstitucionalidade em virtude do fato de que tais limites não foram estabelecidos de forma obrigatória para os demais entes, mas como condições razoáveis para o refinanciamento de dívidas, refinanciamento este ao qual não estavam as unidades obrigadas a aderir. Não se mostraria tal condição, por conseguinte, diferente de um *covenant* financeiro em um contrato de financiamento, sobre o qual não pairaria qualquer invalidade. Se, por outro lado, o estabelecimento do limite se desse de maneira forçada, sem a possibilidade de decisão por parte da unidade da federação, então, tais limites se mostrariam inconstitucionais, por desrespeitar a competência estabelecida com exclusividade ao Senado Federal.

Com relação aos limites à realização de novas operações, a Resolução n. 43/2001 traz no artigo 7º limitações referentes ao comprometimento anual da RCL com pagamento de serviços da dívida (11,5%) e limitações ao montante anual com novas operações (16% da RCL).

A mesma resolução traz em seu artigo 3º tentativa de definição da expressão “operação de crédito”, assim como identificação de operações que devem ser equiparadas a operações de crédito e de operações que não devem ser compreendidas como operações de crédito, muito embora possam apresentar alguma semelhança estrutural com esse tipo de operação. Esse artigo deve ser visto com ressalvas, uma vez que não cabe ao Senado Federal dispor sobre operações de crédito, mas tão somente fixar os seus limites e condições. Também vale aqui, ademais, as mesmas críticas que já fizemos quanto ao artigo 29, III, da LRF, dado que a definição de conceitos jurídicos é atividade que cabe de maneira mais adequada à doutrina e não ao legislador.

O regime federativo também inspira a exigência de Resolução do Senado Federal dispondo sobre os limites e condições às garantias da União, estados e municípios. Isto, para que não haja espaço para simples discricionariedade do Poder Executivo em relação às dívidas contraídas por um ou outro ente, permitindo-se com isso se realizar alocação de recursos entre estados e municípios, sem controle dos interesses nacionais ligados a esta alocação⁴¹⁹. A Resolução SF n. 43/2001, mais especificamente, trata dos limites e condi-

⁴¹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Dívida pública e operações de crédito, p. 216: “A União não pode servir de avalista ou de garantidora, por qualquer forma, das dívidas de outros entes federativos. A assunção de responsabilidade não pode ser ato exclusivamente político e submetido à discricionariedade do chefe do executivo. A Constituição impõe controle do Legislativo sobre atos de mera liberalidade do Presidente. Sendo assim, o Senado expede resolução impondo restrições e limites para que possa haver a garantia por

ções para a concessão de garantias por estados, distrito federal e municípios, estabelecendo como teto 22% da RCL, podendo chegar a até 32% quanto cumpridas as condições fixadas no parágrafo único do artigo 9º.

Ao lado dos limites quantitativos descritos, a mesma resolução estabelece limites temporais à realização de operações de crédito, estipulando em seu artigo 15 a proibição de realização de contratação de operação de crédito nos cento e vinte dias anteriores ao final do mandato do Chefe do Poder Executivo do estado, do Distrito Federal ou do município. No caso de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO), a restrição se aplica a todo o último ano de mandato e não apenas aos últimos cento e vinte dias.

2.2.3 Autorização para crédito externo

Conforme já tratado anteriormente no presente trabalho, a primeira Constituição republicana do Brasil, em 1891, permitia a estados e municípios assumir compromissos financeiros externos sem quaisquer limitações⁴²⁰. Essa ausência de coordenação levou a uma série de dificuldades de ordem fiscal e, mais amplamente, econômicas ao país. Por esta razão, as Constituições seguintes vedaram esse livre recurso às operações externas, vedação essa que se mantém até os dias atuais⁴²¹, sendo necessária autorização do Senado para a tomada de crédito externo.

Com a integração cada vez maior dos mercados, a distinção entre dívida externa e interna vem perdendo a sua central relevância, relevância essa que se pautava na ideia de que a dívida externa seria mais arriscada, em vista da impossibilidade de emissão monetária para seu pagamento pelo país devedor. Essa distinção vem perdendo força principalmente pela percepção de que não é a nacionalidade externa ou interna do detentor do crédito que torna a dívida mais ou menos arriscada, mas sim a possibilidade de descasamento do valor da moeda e dos prazos de maturidade das dívidas, diante da capacidade de pagamento do governo⁴²².

parte do Executivo. Os demais entes federados estão livres, salvo exigência que possa existir em relação à obtenção de concordância do Legislativo, para fornecer aval ou fiança. Nada obriga a sujeição à exigência de autorização do Senado.”

⁴²⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Crédito Público e Sustentabilidade Financeira*, p. 42.

⁴²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Dívida pública e operações de crédito*, p. 210: “A Constituição de 1891 admitia que Estados e Municípios realizassem operações externas independentemente de controle do Senado, o que causou inúmeros inconvenientes, por falta de pagamento ou impontualidade. A partir da Constituição de 1934 vedou-se tal prática (art. 19), o que também ficou consignado nos textos posteriores.”

⁴²² PANIZZA, Ugo. *Domestic and External Public Debt in Developing Countries*, p. 2: “Debt composition matters, but we need to move well beyond the standard external/domestic debt decomposition. Excessive focus on the external/domestic decomposition may make us forget that the real source of vulnerabilities are maturity and currency mismatches and that the breakdown between domestic and external debt makes sense only if this breakdown is a good proxy for tracking these vulnerabilities. The recent switch from external to domestic borrowing may just lead countries to trade one type of vulnerability for another. For instance, countries that are switching from external to domestic debt could be trading a currency mismatch for a maturity mismatch. Alternatively, the switch to domestic borrowing could lead to pressure on institutional investors and banks to absorb ‘too much’ government

Há três formas tradicionais de se identificar uma dívida como externa. A primeira forma foca na moeda em que a dívida é emitida, se nacional ou moeda estrangeira. A segunda forma tradicional de se identificar a dívida externa leva em consideração a residência do credor, se no próprio país emissor da dívida ou se no exterior. Finalmente, o terceiro critério leva em consideração a jurisdição em que a dívida foi constituída e, portanto, o conjunto de leis aplicáveis à relação: se as leis nacionais ou se as leis de outros Estados⁴²³.

Ugo Panizza argumenta que a primeira forma tradicional não é apropriada, pois não é incomum a existência de dívidas lançadas no mercado doméstico em moeda estrangeira, ou corrigidas pela variação de alguma moeda estrangeira. A segunda metodologia de diferenciação, por sua vez, torna-se difícil de ser efetivamente acompanhada em mercados cada vez mais integrados, considerando a existência de um dinâmico mercado secundário de títulos públicos, no qual residentes e não residentes possam negociar com a dívida de um determinado país⁴²⁴. Restaria, portanto, a terceira metodologia, que aponta para a jurisdição de constituição da dívida⁴²⁵.

A classificação entre dívida interna e externa deve levar em consideração não apenas aspectos meramente teóricos, mas também a prática das estatísticas fiscais e coleta dos respectivos dados, sob pena de se tornar mera pretensão acadêmica, sem qualquer relevância prática. Por este motivo, é necessário reconhecer que a maior parte dos países, se não todos, possuem sérias restrições na obtenção tempestiva de informações relacionadas ao real detentor de títulos públicos, considerando-se a dinâmica do mercado financeiro cada vez mais internacionalizado⁴²⁶.

debt and this may have a negative effect on financial stability. Moreover, expanding the market for domestic government bonds may have positive externalities for the domestic corporate bond market but there is also the risk that the public sector may crowd out private issuers. Finally, there are political economy reasons that may make domestic debt more difficult to restructure. In fact, a few highly indebted countries which were able to use debt relief initiatives to address their external debt problems are still burdened with high levels of domestic debt. It is also important to correctly evaluate the cost of borrowing in different currencies. In an environment in which several emerging currencies are expected to appreciate vis-à-vis the United States dollar, the ex post interest rate in domestic currency may end up being higher than that in dollar.”

⁴²³ PANIZZA, Ugo. *Op. cit.*, p. 4: “So far, I referred to external and domestic debt without providing an accurate definition of the terms. There are three possible definitions of external (and thus, domestic) debt. The first focuses on the currency in which the debt is issued (with external debt defined as foreign currency debt). The second focuses on the residence of the creditor (external debt is debt owed to non-residents). The third focuses on the place of issuance and the legislation that regulates the debt contract (external debt is debt issued in foreign countries and under the jurisdiction of a foreign court).”

⁴²⁴ PANIZZA, Ugo. *Idem, ibidem*.

⁴²⁵ PANIZZA, Ugo. *Op. cit.*, p. 5: “As a consequence, I tend to prefer the third definition which classifies as external all debt issued under foreign law (this is the definition used in CLYPS). While I am aware that the second definition is the one which is theoretically correct, a definition based on jurisdiction is feasible and does not give misleading information on who are the supposed holders of a country’s debt.”

⁴²⁶ PANIZZA, Ugo. *Op. cit.*, p. 6: “Hence, countries that are in a position to do so should provide information on who the holders are, and should also publish information on debt composition and structure. However, as some of these data are difficult to obtain, it would be better to start from what we can measure and then work towards the ideal dataset. Only by having a clear idea on what countries can and cannot report we will be able to have accurate and comparable information on the structure of public debt.”

O Brasil adota, para fins de estatísticas fiscais, o conceito de dívida externa como aquela denominada em moeda estrangeira. Isto favorece o acompanhamento de eventuais pressões e riscos ao balanço de pagamentos, em função da volatilidade do câmbio. Ademais, sabe-se que, em tese, a dívida interna sob esta perspectiva, isto é, a dívida em moeda nacional, poderia ser paga mediante a emissão de moeda pelo Banco Central, acarretando, portanto, um menor risco de *default* em relação à dívida externa, tudo o mais constante⁴²⁷. O FMI, porém, sugere a adoção do critério baseado na residência dos credores, sob a premissa de que o comportamento de credores não residentes seria diferente do comportamento dos credores residentes, sendo, portanto, relevante o acompanhamento segregado de tais rubricas⁴²⁸.

O crédito externo para o Estado possui algumas características positivas, entre as quais permitir o financiamento do Estado sem o efeito *crowding-out* do setor privado e sem o recurso a expedientes inflacionários. Ademais, em alguns casos, sobretudo, em países com sistema financeiro menos desenvolvido, o Estado pode servir de intermediário, tomando recursos emprestados no exterior e repassando-os ao setor privado em moeda nacional⁴²⁹.

Cesar Andrade entende que o artigo 3º da Resolução n. 43 do Senado Federal prestigiaria o conceito de operação de crédito externo como sendo aquela realizada junto a credor domiciliado no exterior, visto que a referida norma mencionaria como “operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores *situados*

⁴²⁷ SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otavio Ladeira. *Conceito e estatísticas da dívida pública*, p. 104, n. 12.

⁴²⁸ SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otavio Ladeira. *Op. cit.*, p. 104: “Quanto à origem, a dívida pode ser classificada em interna ou externa. A experiência internacional tem demonstrado ser possível classificar a dívida de duas formas distintas, variando em função dos riscos considerados relevantes para o gestor da dívida, dentre outros fatores. Em países com histórico de crises em seu balanço de pagamentos, o critério que melhor capturaria os riscos associados à dívida é o referente à moeda utilizada para negociação do título. Nesse caso, seria classificada como dívida interna aquela denominada na moeda corrente do país e como dívida externa aquela denominada em outras moedas que não a moeda corrente. Por esse critério, percebe-se melhor a pressão do fluxo gerado por uma dívida, ao longo do tempo, sobre o balanço de pagamentos, bem como os riscos inerentes a uma possível crise cambial. Essa é a forma de classificação atualmente utilizada pelo Brasil.

Outro critério possível é considerar como dívida interna aquela que está em poder dos residentes no país e como externa aquela em poder dos não residentes. Essa classificação é mais interessante para países que possuem livre fluxo de capitais, assumindo que o investidor não residente tem comportamento diferente do residente. Assim, títulos denominados em moeda local, mas possuídos por não residentes, seriam considerados dívida externa, e títulos denominados em moeda estrangeira detidos por residentes seriam considerados dívida interna. Esse segundo critério é o proposto pelo FMI para divulgação das estatísticas de dívida dos países, não obstante a existência de dificuldades em conseguir, com as centrais de liquidação e custódia, notadamente as internacionais, informações sobre os detentores finais dos títulos da dívida pública, o que poderia reduzir a qualidade da estatística gerada.”

⁴²⁹ PANIZZA, Ugo. *Op. cit.*, p. 10: “The international capital market can provide a large amount of funds and developing countries have used external public borrowing to supplement scarce domestic savings and thus finance public deficits without crowding out lending to the private sector or recurring to inflationary finance.¹¹ Moreover, in developing countries where private firms do not have access to the international capital market the state often plays the role of financial intermediary by either guaranteeing private external debt or by borrowing abroad and then using the external resources to lend domestically to the private sector.”

no País ou no exterior.” Avaliando as diferentes alternativas, Sérgio Assoni Filho afirma que o melhor critério a ser adotado consiste no local do pagamento⁴³⁰. O mesmo entendimento é sustentado por Régis Fernandes de Oliveira⁴³¹. Este entendimento, afirma Cesar Andrade, coincidiria com o critério do local do domicílio do credor.⁴³²

Não se deve adotar este critério sem complementação. A Constituição Federal atribui ao Senado Federal a competência de autorizar as operações de crédito externo, para que este assegure, além do necessário equilíbrio federativo no acesso aos recursos estrangeiros, também um controle e acompanhamento dos compromissos assumidos pela nação junto a nações estrangeiras, seja pela questão do crédito nacional no sentido de “confiança”, seja pela questão do equilíbrio da balança de pagamentos e da posição internacional de investimentos do país.

Neste contexto, é sabido que, no momento da emissão da dívida, se o primeiro subscritor for residente no exterior, o ente nacional experimentará um aumento nos seus ativos líquidos e também nos seus passivos com o exterior. Conforme forem vencidos e pagos os juros da operação, o ente nacional sofrerá uma redução nos seus ativos líquidos com o exterior correspondente ao pagamento dos juros, que transitará pela conta de juros do balanço de pagamentos. Verifica-se, portanto, que as relações financeiras com o exterior são afetadas pelo crédito tanto no momento da sua emissão quanto no momento do pagamento. Assim, parece correto afirmar que a operação de crédito externo é aquela realizada com credor residente no exterior cujo pagamento ocorra exterior em moeda estrangeira, sendo essa a opinião que melhor se ajusta à sistemática cambial vigente no país, com fundamento na Lei n. 4.131/1962.

Catapani utiliza uma combinação do critério de local de emissão e da moeda de referência para identificar como interna ou externa uma operação de crédito. Entende serem externas as operações lançadas em país estrangeiro, cujo pagamento ocorra em moeda estrangeira⁴³³. Em caso de conflito entre ambos os critérios, porém, o autor entende que deva preponderar o local de emissão, pois isso colocaria relevo no poder normativo decor-

⁴³⁰ ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*, p 58: “A nosso juízo, o critério de diferenciação que se apresenta mais seguro é o do local do pagamento do montante emprestado, sendo interna a dívida pública paga dentro da praça financeira do país tomador, uma vez que não há uma transferência de divisas ao exterior, e externa a dívida pública paga fora da praça financeira do país tomador, isto é, com transferência de divisas para o exterior.”

⁴³¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Dívida pública e operações de crédito*, p. 203.

⁴³² ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação*, p. 34: “Tal critério nos parece o mais correto. Todavia, como visto anteriormente, a legislação complementar não estabelece o critério para se segregar a dívida interna da externa e, assim, permitir a aplicação do regime jurídico próprio a cada uma dessas espécies. Este critério, embora não seja explícito, pode ser depreendido do art. 3º da Resolução SF 43, de 2001 (e corroborado pelo Banco Central em seu sítio na Internet), segundo o qual a dívida é externa quando se tratar de operação de crédito firmada com credor situado no exterior.”

⁴³³ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e Tesouro Direto*, pp. 68-9: “Os títulos emitidos no Brasil, para pagamento em moeda nacional, são da dívida pública interna. Já os títulos emitidos no exterior, cujo pagamento se dá em moeda estrangeira, caracterizam a dívida pública externa.”

rente dessa emissão, uma vez que se aplicariam as normas do direito brasileiro, sobre as quais o Estado detém poder de alterar⁴³⁴.

O recurso ao crédito externo, sobretudo nos países em desenvolvimento como é caso do Brasil, historicamente é uma decorrência da ausência de capital interno, que leva, conseqüentemente à baixa oferta de crédito interno para atender à demanda tanto do governo, quanto do setor privado⁴³⁵.

Quando se trata de crédito externo, a discussão sobre o regime jurídico aplicável se torna juridicamente complexa, adentrando ao campo do direito internacional. A principal questão, neste contexto, corresponderá a definir se se aplicarão as normas de direito internacional público, especialmente as relacionadas à não submissão a tribunal não nacional senão de forma voluntária, ou, se se aplicarão as normas de direito internacional privado, o que implicará ainda na necessidade de se identificar as normas aplicáveis, se nacionais ou de outro país, assim como a jurisdição competente para processar e executar eventual sentença decorrente de avença envolvendo o empréstimo internacional⁴³⁶.

O contrato de empréstimo será regido pelo direito internacional público quando se tratar de contrato assinado entre Estados soberanos ou entre esses e uma instituição pública internacional. Neste último caso, defende Agustín Gordillo, a internalização dos tratados de constituição da organização internacional, quando o ente estatal seja parte de tais tratados, seria suficiente para assegurar a sua adesão a eventuais regras deles decorrentes relativas ao regime dos créditos concedidos⁴³⁷.

É preciso observar que a exigência de parecer do órgão jurídico do ente para a aprovação de uma operação de crédito, mais do que uma cautela para o ente estatal, é uma forma de proteção ao prestador. Isso, pois não é estranha a alegação de Estados que passaram por trocas não democráticas de governos de que dívidas contraídas em anos anteriores sejam ilegais ou inconstitucionais e que, portanto, não obrigariam ao Estado. Essa linha de argumentação fica fragilizada diante da presença de parecer do próprio ente estatal atestando a legalidade do contrato de dívida⁴³⁸.

⁴³⁴ CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 69.

⁴³⁵ GORDILLO, A. El Contrato de Crédito Externo, p. 421. Já tratamos desse tema em maiores detalhes no Capítulo 1, quando comentamos as principais teorias sobre o processo de desenvolvimento econômico e a especial situação da economia brasileira no século XX.

⁴³⁶ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 422.

⁴³⁷ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 423: “Cuando el empréstito se realiza con una entidad pública internacional, cabe distinguir según el Estado se halle o no adherido por la ley al convenio de creación de la entidad internacional. En el primer caso ya la ley de adhesión implica una aceptación, cuya constitucionalidad no ha sido hasta el presente puesta firmemente en duda, de las cláusulas que el acta constitutiva contiene, entre las que figuran las relativas al otorgamiento y régimen de los créditos a conceder por el organismo a los Estados miembros.” E novamente na página 431: “De esta forma también resulta obviada la objeción que puede emerger del principio de igualdad de los Estados, tratándose de contratos regidos por el derecho internacional público, casos en los cuales, además, la aceptación del Convenio Constitutivo de la entidad crediticia, por ley nacional, elimina adicionalmente otras objeciones. (El caso del BID.) La regla *par in parem non habet imperium*, es decir, que ningún Estado puede pretender ejercer jurisdicción sobre otro, a menos que se someta voluntariamente a ella, ha quedado así, tradicionalmente, salvada.”

⁴³⁸ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 426: “Fruto de esa desconfianza son, precisamente, las exigencias de que haya un dictamen de los más altos organismos de asesoramiento letrado del país deudor, expresando que el

A eleição de foro estrangeiro para o contrato internacional de empréstimo, assim como a fixação de normas estrangeiras para reger as obrigações decorrentes do contrato, é uma forma de proteção ao prestador contra o eventual oportunismo do Estado na modificação de sua legislação, com o objetivo de favorecer o não pagamento da sua dívida⁴³⁹. É também, como já comentado, uma forma de reduzir os custos legais de transação, em vista da maior estabilidade das regras e da jurisprudência de tradicionais praças financeiras internacionais, como Londres ou Nova Iorque.

Não obstante a imunidade dos Estados a tribunais estrangeiros, exceto de forma voluntária, seja admitida como regra geral no direito internacional, também há argumentos no sentido de que tal prerrogativa deixaria de existir quando o Estado agisse no sentido de firmar acordo regido por regras de direito privado⁴⁴⁰.

Se se confere ao Estado o poder de definir a forma de contratação, motivado por razões de ordem econômica, financeira, ou diplomática, também se deve reconhecer que o Estado ficará vinculado a esta forma de contratação, não podendo, a seu critério, pretender aplicar normas próprias do direito público a contratos assinados sob o regime de direito privado⁴⁴¹.

contrato es válido y se han cumplido todos los requisitos legales y constitucionales: Es para seguridad del inversor y del título de crédito que se emite.” E novamente na página 441: “Los organismos de asesoramiento jurídico nacionales han tenido un rol bastante fundamental en el otorgamiento de los créditos, pues uno de los requisitos usualmente exigidos por el acreedor es que el préstamo, tal como se ha pactado, cuente con el aval jurídico, a satisfacción del acreedor, de organismos de asesoramiento letrado de las entidades intervinientes y del Poder Ejecutivo. La razón de ser de esta exigencia del organismo de crédito tiene su origen en las posibles objeciones jurídicas que el país pueda más adelante oponer a la exigibilidad de los títulos emitidos en garantía del préstamo: Si ya sus organismos de asesoramiento letrado se expidieron en su oportunidad acerca de la validez y legitimidad del contrato de crédito, es obvio que son pocas las posibilidades que la entidad tiene que alegar luego exitosamente ante algún tribunal extranjero la posible invalidez del contrato. Por este motivo dicho dictamen es requisito habitualmente exigido por los bancos o consorcios de bancos, u organismos internacionales de crédito que otorgan créditos a los países en desarrollo.”

⁴³⁹ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 427: “El propio país deudor no siempre evitará querer modificar unilateralmente los términos de su compromiso, y ello sólo lo puede hacer si su propia legislación y jurisdicción le son aplicables; en cambio, si el contrato se rige por otra legislación y jurisdicción, no tiene otro camino que cumplir con lo pactado, renegociar la deuda o buscar alguna otra salida convencional que satisfaga a los acreedores.”

⁴⁴⁰ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 432: “En el derecho interno prevalece la opinión de que debe considerarse superado este privilegio de origen monárquico, que impediría a los particulares obtener protección judicial ante los estrados nacionales contra los actos del propio gobierno. En el derecho internacional, en cambio, la regla de la inmunidad soberana es por lo general admitida, pero con el alcance de que un Estado no puede ser sometido contra su voluntad a los tribunales de otro Estado. Con todo, hay autores y precedentes jurisprudenciales en favor de admitir la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, cuando se estima que el Estado extranjero ha actuado bajo un régimen de derecho privado.”

⁴⁴¹ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 438-9: “La elección de uno u otro matiz de contratación dependerá como es obvio de su capacidad de negociación política y económica, de su grado de determinación en cuanto a no usar del crédito sino en determinadas condiciones y circunstancias, etc. Ningún esquema normativo ata al país para elegir una u otra forma de contratación; pero una vez elegida una – por ejemplo la más controvertida, sujeción a tribunales y a legislación extranjera – ya no cabe en los hechos volver atrás, respecto de ese contrato. El cumplimiento de esas obligaciones será exigible tal como fue pactado, sin

Deve-se lembrar que, ainda que não se possa impor ao prestamista internacional a legislação interna de natureza publicística diante de contratos de dívida assinados sob regime de direito internacional privado, nem por isso se deve afastar o plexo normativo aplicável à conduta do administrador público que deu causa aos referidos contratos, quando em violação de normas cogentes de direito público interno⁴⁴².

Quanto ao resguardo da soberania nacional na assinatura de contratos de dívida externa, é ainda importante mencionar a existência de vedação à compensação automática de dívidas e créditos, prevista no artigo 32 da LRF. Evita-se, com isso, a perda do poder de decisão do ente nacional, central ou regional, quanto à sua execução orçamentária e financeira⁴⁴³.

Notam-se, portanto, as peculiaridades da dívida externa que tornam necessário regramento específico para que possa ser utilizada como recurso ao financiamento de projetos públicos. Se por um lado a dívida externa apresenta, em diversos casos, vantagens sobre o endividamento interno, também é fato que a dívida externa traz dificuldades relacionadas à administração das contas externas de um país, com repercussões sobre o crescimento econômico e a qualidade de vida da população.

Em acréscimo, a dívida externa implica na necessidade de discussões dogmáticas importantes a respeito da submissão do Estado-nacional ao império de outras nações, no caso da necessidade de execução forçada de dívida eventualmente inadimplida⁴⁴⁴. Assim,

que pueda el país deudor modificar ni influir sobre la forma de interpretación o aplicación del contrato por el país elegido, a través de leyes, decretos o resoluciones posteriores del país deudor. Desde luego, va implícito en lo dicho que las modalidades de contratación son diferentes si nos encontramos ante un empréstito público, que lo emite en su territorio el propio Estado nacional y se rige entonces por el derecho público interno, o un contrato de crédito externo, que lo celebra una entidad descentralizada del Estado en el exterior para ser allí cumplido y juzgado por las normas y los tribunales del país de que se trate.”

⁴⁴² PINTO, Élide Graziane. *Controle da Administração do Endividamento Público*, p. 362: “Ainda que não se possa imprimir regime publicístico diferenciado aos títulos que refinanciam a dívida pública nacional – porque, como lembra Gordillo (1998), prevalece a lógica do credor sobre as demandas do devedor –, é preciso não olvidar as limitações normativas impostas ao administrador público no sentido de que há deveres constitucionais por serem cumpridos, direitos fundamentais a serem assegurados e princípios inafastáveis que regem o seu agir.”

⁴⁴³ CONTI, José Maurício. Artigos 32 a 39, p. 291: “O § 5º do art. 32 da LRF impede, na contratação das operações de crédito externo, a inclusão de cláusula que preveja a compensação automática de débitos e créditos. Obriga, pois, que o credor, em caso de inadimplência do devedor, siga os procedimentos usuais para a cobrança da dívida, evitando assim que se possam utilizar recursos públicos já vinculados ao pagamento de outras rubricas para a quitação de dívida com credores externos, sem que houvesse previsão legal para tanto. É uma maneira de preservar a soberania dos entes da Federação em relação aos credores internacionais, em atenção ao disposto nos arts. 1º, I, e 4º, I, da Constituição, que garantem a soberania e a independência nacional.”

⁴⁴⁴ Sobre o tema, vale o conhecimento da chamada “doutrina Drago”, formulada no início do século XX como uma doutrina política e diplomática, não jurídica, como uma extensão da doutrina Monroe, afirmando a não aceitação de meios violentos, sobretudo do recurso à guerra, como forma de constringer países americanos ao pagamento de dívidas em favor de países europeus. Ver DRAGO, Luis Maria. *Les emprunts d'état et leurs rapports avec la politique internationale*, pp. 20-1: “Et, pour mettre les termes de

a dívida externa mantém a sua característica de deslocamento de recursos no tempo e no espaço, mas a disputa entre cidadãos e gerações deixa de ser dentro das fronteiras de um país, passando a envolver toda a comunidade de nações. Daí surgir uma pergunta que não pretendemos responder no presente trabalho, mas que se coloca na sequência da pergunta trabalhada anteriormente⁴⁴⁵: haveria um princípio de solidariedade entre gerações e entre populações de diferentes países?

2.3 EQUILÍBRIO FISCAL, ENDIVIDAMENTO E OPERAÇÕES DE CRÉDITO NA LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000

2.3.1 Mecanismos de estabilização fiscal e a lei de responsabilidade fiscal brasileira

A Lei de Responsabilidade Fiscal teve como um dos seus expressos objetivos, conforme se depreende da leitura de sua exposição de motivos, contribuir para “a drástica e veloz redução do déficit público e a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia”. Verifica-se aqui a preocupação com o crescimento supostamente descontrolado do endividamento em relação à capacidade de pagamento da nação⁴⁴⁶.

O principal objetivo declarado da concepção e da aprovação de uma lei voltada ao estabelecimento de boas práticas na gestão fiscal, no Brasil, foi a necessidade de influenciar positivamente no processo histórico de endividamento, assegurando a estabilização do montante da dívida pública em relação ao potencial de geração de riquezas no país, isto é, em relação à sua capacidade de pagamento⁴⁴⁷.

A Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira foi o produto de diversas influências externas⁴⁴⁸, além da demanda interna por maior transparência e controle das contas públicas, cuja

la défense d'accord avec les nécessités de ce moment-là, elle proclama de principe, que, 'la dette publique ne peut jamais donner lieu, de la part d'une puissance européenne, à une intervention armée, et bien moins encore à l'occupation matérielle du sol d'une nation américaine'. (...) Ce ne fut pas là l'affirmation d'un principe abstrait, ayant une valeur simplement académique, ni d'une règle juridique d'application universelle que nous ne sommes pas qualifié pour soutenir. Ce fut l'énoncé d'une doctrine de politique et de diplomatie américaines. Cette doctrine s'appuie sans doute sur des raisons de droit très solide; mais elle a surtout pour but d'éviter aux peuples de ce continent les calamités de la conquête, lorsque celle-ci prendrait le déguisement des interventions financières. (...) Le principe proclamé, une fois circonscrit de la sorte, se présente sous une face nouvelle, éminemment diplomatique et absolument indépendante de son interprétation juridique.” Para uma análise abrangente das questões envolvidas no processo de reestruturação internacional de dívidas, ver LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *Elementos jurídicos da reestruturação internacional da dívida pública*.

⁴⁴⁵ No Capítulo 1.

⁴⁴⁶ ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, p. 374.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*, p. 42: “A razão fundamental que levou à concepção da Lei de Responsabilidade Fiscal foi a necessidade premente e histórica de instituir processos estruturais de controle do endividamento público, direta e indiretamente.”

⁴⁴⁸ Embora a LRF tenha sido influenciada por experiências externas, não se pode dizer que tenha sido fruto de uma imposição do FMI, como algum de seus críticos argumentam. SILVA, José Afonso da. Uma história da lei brasileira de responsabilidade fiscal, p. 131: “O que muitos ignoram até hoje é que, na

fraqueza, por anos, resultara em instabilidade econômica e social. Entre as influências externas para a criação da lei, destacam-se as recomendações e normas de transparência fiscal do Fundo Monetário Internacional (*Fiscal Transparency*); o Tratado de Maastricht, que prevê regras para entrada e permanência na Comunidade Econômica Europeia; a legislação neozelandesa sobre responsabilidade fiscal (*Fiscal Responsibility Act*); e a legislação americana sobre orçamentos públicos e seu fortalecimento (*Budget Enforcement Act*)⁴⁴⁹.

Embora tenha servido de inspiração, não se pode dizer que a lei de responsabilidade brasileira seja mera cópia da lei neozelandesa, tendo sido elaborada considerando o ordenamento nacional e também aspectos da cultura política e orçamentária do Brasil, que se apresentavam como de atendimento prioritário na ocasião⁴⁵⁰.

Do modelo europeu, previsto no Tratado de Maastricht de 1992, o principal mecanismo importado pela legislação brasileira foi o de limites e metas de endividamento e déficit público, visando a uma estratégia de equilíbrio intertemporal, ainda que com momentos de resultado fiscal negativo⁴⁵¹.

origem da LRF, está novamente o Congresso Nacional. O projeto de lei complementar do Executivo Federal para regulamentar a matéria não nasceu espontaneamente, mas, sim, decorreu de uma exigência parlamentar: foi exigida pela Reforma Administrativa – a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998 –, que tramitou e foi promulgada meses antes de estourar a mais grave crise externa da década e o Brasil ter que recorrer ao FMI, tendo firmado acordo só em outubro daquele ano.

A iniciativa parlamentar sobre a LRF, na verdade, é bem anterior a 1998 porque decorreu de sugestão apresentada para modificar a proposta de emenda datada de 1995 e introduzida logo no início de sua apreciação na Câmara dos Deputados. Vale reproduzir a norma, de caráter transitório, prevista naquela Emenda de 1998: ‘Art. 30. O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda.’

Portanto, ao contrário do que alegaram pouco depois os críticos do projeto da LRF, a sua proposição foi gestada por uma imposição – mas do Congresso Nacional. É uma criação genuinamente brasileira e não foi idealizada ou muito menos imposta pelo FMI ou qualquer organismo internacional.”

⁴⁴⁹ ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, p. 331: Para a elaboração da Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira, tomaram-se basicamente quatro modelos: a) o do Fundo Monetário Internacional, organismo do qual o Brasil é Estado-membro e que tem editado e difundido normas de gestão pública (*Fiscal Transparency*); b) a legislação da Nova Zelândia (*Fiscal Responsibility Act*, de 1994); c) as regras para o ingresso e participação na Comunidade Econômica Europeia, a partir do Tratado de Maastricht; d) as normas de gestão fiscal dos Estados Unidos (*Budget Enforcement Act*).”; Ver também OLIVEIRA, Weder de. *Idem, ibidem*: “Os Estados Unidos haviam aprovado sucessivas leis para controlar o déficit público, os países da União Europeia haviam celebrado o Tratado de Maastrich, que lhes impunha a observância de regras fiscais, como limites quantitativos para a dívida pública e o déficit orçamentário, e a Nova Zelândia, país parlamentarista de 3 milhões de habitantes, havia aprovado uma lei de responsabilidade fiscal, baseada na definição de princípios.”

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Weder de. *Op. cit.*, p. 47: “Basta ler e comparar os dois textos legais, cuidadosamente. O Projeto de Lei de Responsabilidade Fiscal incorporou, sem dúvida, mecanismos de legislações estrangeiras, mas adaptou-os à realidade brasileira, unindo-os, de forma sistematizada, a normas constantes de nosso ordenamento jurídico (Constituição, resoluções do Senado Federal, dispositivos das leis de diretrizes orçamentárias, artigos da Lei n. 4.320, de 1964, decretos e outras leis), construindo uma legislação completamente diferente de qualquer uma estrangeira que lhe tenha servido de inspiração.”

⁴⁵¹ ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, pp. 332-3: “No Pacto de Estabilidade e Crescimento (1997), firmado através de Resolução do Conselho Europeu, havia um mecanismo denominado ‘Early Warning System’

Do modelo americano foram essencialmente copiados os mecanismos (i) de limitação de empenho, que almeja a responsabilidade do agente público ao longo da execução orçamentária em caso de frustração de receitas projetadas, e (ii) de necessidade de apontar medidas de compensação no caso de aprovação de aumento permanente de despesas ou de renúncias fiscais⁴⁵².

O Brasil tomou a dianteira entre os países em desenvolvimento ao ser um dos primeiros a aprovar legislação voltada à responsabilidade fiscal do Estado⁴⁵³. Ademais, a legislação brasileira possui abrangência e grau de austeridade elevados, em relação às suas contrapartes estrangeiras. Essas características fizeram supostamente com que o Brasil recebesse destaque de alguns especialistas e organismos internacionais⁴⁵⁴.

para advertir preventivamente o país signatário que apresentasse uma tendência ao descumprimento das metas estabelecidas de manutenção da estabilidade e equilíbrio orçamentário. Porém, de grande importância para nós foi o Tratado de Maastricht (1992), que estabelecia regras fiscais rígidas para os países que desejassem ingressar na Comunidade Europeia, tais como o estabelecimento de metas de manutenção de uma relação estável entre dívida/PIB, equilíbrio fiscal sustentado e controle do déficit orçamentário. Dentre os diversos parâmetros fiscais previstos no Tratado de Maastricht que impõe metas fiscais, citamos dois que influenciaram sobremaneira nossa legislação: a) a adoção do denominado Anexo de Metas Fiscais (art. 4º, § 1º, LRF), b) a determinação para a fixação por meio de lei de limites rígidos para as dívidas mobiliária e consolidada (arts. 30 e 31, LRF).” (pp. 332-3)

⁴⁵² ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, p. 333: “A experiência dos Estados Unidos, por sua vez, nos inspirou a adotar alguns de seus instrumentos fiscais para a contenção do déficit público. Uma norma norte-americana importante nesse aspecto foi o *Budget Enforcement Act* de 1990, que estabelece mecanismos de controle do déficit público para o Governo Federal, possuindo dois dispositivos que acabaram sendo adotados pela legislação brasileira. O primeiro mecanismo é o *Sequestration*, que na legislação brasileira ficou conhecido por limitação de empenho (art. 9º, LRF), que impõe uma contenção nos gastos públicos, em despesas consideradas discricionárias, quando a receita correspondente não se realizar como originalmente previsto na proposta orçamentária. Limitam-se, portanto, os gastos ‘flexíveis’ quando as receitas para o seu financiamento não se concretizarem da maneira esperada. O segundo mecanismo decorrente da legislação americana é o *Pay as you go*, aqui conhecido como compensação (arts. 14 e 17, LRF), que impõe uma diminuição no montante de despesas discricionárias quando uma redução de receitas se verificar (por concessão de benefícios fiscais ou subsídios, renúncias, etc.), ou estabelece que para haver um aumento de despesa obrigatória de caráter continuado esta deverá ser acompanhada pelo aumento de receitas correspondente ou por uma redução de despesas em outra área ou de outra natureza. Simplificadamente, pode-se dizer que o mecanismo brasileiro de compensação prevê que qualquer ato que provoque aumento de despesas deverá ser compensado através da redução em outras despesas ou aumento de receitas.”

⁴⁵³ Pouco antes do Brasil, a Argentina já havia aprovado lei com limites máximos de déficits públicos. A lei argentina, contudo, não tinha a mesma abrangência da lei brasileira, nem evitou a crise que se sucedeu naquele país. Ver SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 138.

⁴⁵⁴ ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, p. 336: “... no cenário internacional, especialistas e organismos multilaterais enaltecem ter sido o Brasil o primeiro país emergente a adotar a LRF, considerando-a uma das mais abrangentes e austeras do mundo.” Durante a sua tramitação, o projeto recebeu críticas de técnicos do FMI por tratar de uma variedade muito grande de temas, conforme testemunho de SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 134. Os elogios vieram apenas após a promulgação da lei, cf. SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, pp. 146-7: “Pouco depois de promulgada a LRF, logo surgiu o reconhecimento pelas mudanças estruturais promovidas pela LRF, desde pesquisas de opinião pública até documentos oficiais de organismos internacionais. Para o FMI, a LRF representou um ‘divisor de água’, conforme avaliação extremamente positiva sobre as contas e práticas fiscais no País, sublinhando o grau de transparência fiscal

É discutível, porém, o quanto dessa legislação não é pensado de maneira a favorecer os interesses do capital financeiro nacional e sobretudo internacional, em detrimento dos interesses produtivos e sociais nacionais, ao privilegiar entre as despesas, por exemplo, os serviços da dívida, em detrimento de serviços públicos essenciais⁴⁵⁵. Desde uma perspectiva constitucional, como se argumenta no presente trabalho, esse destaque apenas se justifica na medida em que contribui para o atingimento de uma situação de equilíbrio entre gerações, o que se obtém com a estabilização da dívida em relação à capacidade de pagamento do Estado no longo prazo, não necessariamente com a priorização absoluta dos pagamentos pontuais da dívida pública, de forma absoluta e sem problematização diante das circunstâncias sociais, econômicas e políticas do caso concreto.

A LRF foi, logo após a sua aprovação, submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 2238) contra diversos de seus dispositivos, com argumentos tanto de inconstitucionalidades formais, quanto de inconstitucionalidades materiais, as quais supostamente estariam ligadas ao desrespeito aos princípios da separação de poderes, autonomia dos entes da federação e irredutibilidade de salários. A medida cautelar proposta foi quase que integralmente rejeitada, exceto quanto ao art. 9, § 3º, art. 23, §§ 1º e 2º, art. 56 e art. 57, § 2º não havendo até o momento decisão definitiva por parte do Tribunal, o que contribui para a insegurança jurídica quanto ao tema⁴⁵⁶. Além da

alcançado, inclusive a liderança no uso do Governo eletrônico. A OCDE também divulgou análise amplamente favorável à posição fiscal brasileira, com atenção aos avanços da LRF, ressaltando que os Governos subnacionais não mais ameaçam a estabilidade macroeconômica. Já o Banco Mundial destacou a revitalização do processo de planejamento governamental. A Cepal, por sua vez, sempre abordou o tema em seminários focados em política fiscal, como o de novembro de 2001, que destacou a variedade de objetivos e temas tratados pela legislação brasileira.”

⁴⁵⁵ ABRAHAM, Marcus. *Op. cit.*, p. 332: “Importante apresentarmos o controvertido entendimento de alguns doutrinadores que, sob o aspecto político, afirmam que a influência do FMI na nossa Lei de Responsabilidade Fiscal se deu no sentido de privilegiar os interesses do capital externo, uma vez que o pagamento de juros da dívida pública e sua amortização viriam com prerrogativas em relação a outros gastos públicos.”

⁴⁵⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 101, DE 04 DE MAIO DE 2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL). MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.980-22/2000. Lei Complementar n. 101/2000. Não conhecimento. I – Os §§ 2º e 3º do art. 7º da LC n. 101/00 veiculam matérias que fogem à regulação por lei complementar, embora inseridas em diploma normativo dessa espécie. Logo, a suposta antinomia entre esses dispositivos e o art. 4º da Medida Provisória n. 1.980-22/00 haverá de ser resolvida segundo os princípios hermenêuticos aplicáveis à espécie, sem nenhuma conotação de natureza constitucional. Ação não conhecida. II – Ação prejudicada quanto ao inciso I do art. 30 da LC n. 101/00, dado que já expirado o prazo da norma de caráter temporário. Lei Complementar n. 101/2000. Vício formal. Inexistência. III – O parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal só determina o retorno do projeto de lei à Casa iniciadora se a emenda parlamentar introduzida acarretar modificação no sentido da proposição jurídica. IV – Por abranger assuntos de natureza diversa, pode-se regulamentar o art. 163 da Constituição por meio de mais de uma lei complementar. Lei Complementar n. 101/200. Vícios materiais. Cautelar indeferida. V – O inciso II do § 2º do art. 4º apenas obriga Estados e Municípios a demonstrarem a viabilidade das metas programadas, em face das diretrizes traçadas pela política econômica do Governo Federal (políticas creditícia e de juros, previsões sobre inflação, etc.), o que não encontra óbice na Constituição. VI – Art. 4º, § 4º: a circunstância de certos elementos informativos deverem constar de determinado documento (Lei

de Diretrizes Orçamentárias) não impede que venham eles a ser reproduzidos em outro, principalmente quando destinado à apresentação do primeiro, como simples reiteração dos argumentos nele contidos. VII – Art. 7º, *caput*: norma de natureza fiscal, disciplinadora da realização da receita, e não norma vinculada ao Sistema Financeiro Nacional. VIII – Art. 7º, § 1º: a obrigação do Tesouro Nacional de cobrir o resultado negativo do Banco Central do Brasil não constitui utilização de créditos ilimitados pelo Poder Público. IX – Arts. 9º, § 5º, 26, § 1º, 29, § 2º e 39, *caput*, incisos e parágrafos: o Banco Central do Brasil age, nos casos, como executor da política econômica, e não como órgão central do Sistema Financeiro Nacional. X – Art. 11, parágrafo único: por se tratar de transferências voluntárias, as restrições impostas aos entes beneficiários que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos não são incompatíveis com o art. 160 da Constituição Federal. XI – Art. 14, inciso II: medida cautelar indeferida. XII – Art. 15: o dispositivo apenas torna efetivo o cumprimento do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais, não inibindo a abertura de créditos adicionais previstos no art. 166 da Carta Política. XIII – Art. 17 e §§ 1º a 7º: que o aumento de despesa de caráter continuado esteja condicionado à redução de despesa ou aumento de receita, também em caráter continuado, é proposição que, por achar-se em sintonia com a lógica, não pode ser obviamente considerada responsável pelo engessamento de qualquer dos Poderes de Estado ou órgãos da Administração e, portanto, ofensiva ao princípio da separação dos Poderes. Pela mesma razão, não se pode ver como atentatória ao princípio da autonomia dos entes federados. O incremento da arrecadação pelas formas indicadas no § 3º do art. 17 da LRF se reveste de previsibilidade e se presta, por isso, para um cálculo de compensação, que há de ser, tanto quanto possível, exato. XIV – Art. 18, § 1º: a norma visa a evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de ladear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso. XV – Art. 20: o art. 169 da Carta Magna não veda que se faça uma distribuição entre os Poderes dos limites de despesa com pessoal; ao contrário, para tornar eficaz o limite, há de se dividir internamente as responsabilidades. XVI – Art. 24: as exigências do art. 17 da LRF são constitucionais, daí não sofrer de nenhuma mácula o dispositivo que determina sejam atendidas essas exigências para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço relativo à seguridade social. XVII – Art. 29, inciso I: não se demonstrou qual o dispositivo da Constituição que resultou malferido. XVIII – Art. 59, § 1º, inciso IV: trata-se de dispositivo que prevê mera advertência. XIX – Art. 60: ao Senado Federal incumbe, por força dos incisos VII e IX do art. 52 da Constituição Federal, fixar limites máximos, norma que não é violada enquanto os valores se situarem dentro desse âmbito. XX – Art. 68, *caput*: o art. 250 da Carta-Cidadã, ao prever a instituição de fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, não excluiu a hipótese de os demais recursos pertencentes à previdência social, até mesmo os provenientes da arrecadação de contribuições, virem a compor o referido fundo. Ademais, nada impede que providência legislativa de caráter ordinário seja veiculada em lei complementar. Lei Complementar n. 101/2000. Interpretação conforme a Constituição. XXI – Art. 12, § 2º: medida cautelar deferida para conferir ao dispositivo legal interpretação conforme ao inciso III do art. 167 da Constituição Federal, em ordem a explicitar que a proibição não abrange operações de crédito autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo. XXII – Art. 21, inciso II: conferida interpretação conforme a Constituição, para que se entenda como limite legal o previsto em lei complementar. XXIII – Art. 72: dada interpretação conforme, para considerar a proibição contida no dispositivo legal restrita aos contratos de prestação de serviços permanentes. Lei Complementar n. 101/2000. Vícios materiais. Cautelar deferida. XXIV – Art. 9º, § 3º: hipótese de interferência indevida do Poder Executivo nos demais Poderes e no Ministério Público. XXV – Art. 23, §§ 1º e 2º: a competência cometida à lei complementar pelo § 3º do art. 169 da Constituição Federal está limitada às providências nele indicadas, o que não foi observado, ocorrendo, inclusive, ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Medida cautelar deferida para suspender, no § 1º do art. 23, a expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, e, integralmente, a eficácia do § 2º do referido artigo. XXVI – Art. 56, *caput*: norma que contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do Presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional. XXVII – Art. 57: a referência a “contas de Poder”, no § 2º do art. 57, evidencia a abrangência, no termo “contas” constante do *caput* do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade

ADIn n. 2238 foram também propostas outras ações, com objetos mais restritos, mas que mereceram respostas semelhantes⁴⁵⁷.

O rol de princípios apresentado no artigo 6º do projeto de lei complementar que deu origem à LRF é ilustrativo da importância que o objetivo de ajuste estrutural das contas públicas, ao lado do primado de uma ação estatal planejada, exerceram. Embora esse rol não tenha permanecido no texto final da lei aprovada, os seus princípios ganham efetividade nas regras de responsabilidade e transparência que terminaram aprovadas. Entre tais princípios se encontram, por exemplo, a prevenção de déficits imoderados e reiterados, e a limitação da dívida pública em níveis prudentes⁴⁵⁸.

Ainda que corretamente se afirme que a existência de limites e condições ao exercício da faculdade de endividar-se não constitui, por si, elemento violador da Federação, é preciso que tais limites e condições sejam razoáveis e, portanto, que não extrapolem no sentido de eliminar por completo o poder de um determinado ente federado de obrigar-se para o futuro, contraindo dívida⁴⁵⁹. A LRF, como lei nacional, isto é, que visa a exprimir

financeira dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente (inciso II do art. 71 da Constituição). Medida cautelar deferida. Medida Provisória n. 1.980-22/2000. Ação prejudicada. XXVIII – Arts. 3º, I, e 4º: diploma normativo reeditado, sem que houvesse pedido de aditamento da petição inicial após as novas edições. Ação prejudicada, nesta parte.

⁴⁵⁷ O trabalho de Cristiane Kerches da Silva Leite apresenta a relação completa das ADIns propostas, seus proponentes, dispositivo atacado e a respectiva decisão do STF. LEITE, Cristiane Kerches da Silva. *O processo de ordenamento fiscal no Brasil na década de 90 e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 148: “As principais Adins foram impetradas pelos partidos de oposição, pelos Tribunais de Contas e pelo Governador do Estado de Minas Gerais, Itamar Franco. A mais abrangente era a Adin n. 2238, dos partidos de oposição. As demais questionavam basicamente os limites de gastos de pessoal por poder. (...) No caso da Adin 2256, a ATRICON, na época em que a Adin foi impetrada, era dirigida por técnicos do Estado de Minas Gerais. O advogado da associação era o filho do presidente do Supremo Tribunal Federal. Na época do julgamento, ao invés de ser julgada a Adin impetrada pela ATRICON, foi julgada a n. 2238, do PT, PCdoB e PSB, que atingia mais pontos da lei. O Governo Federal se mobilizou, tentando convencer os juízes de que os dispositivos, especialmente o do limite de pessoal, não era inconstitucional. O Governo acabou ganhando e o dispositivo foi mantido na lei.”

⁴⁵⁸ OLIVEIRA, Weder de. *Op. cit.*, p. 47: “Desse modo, o eixo da elaboração do projeto de lei complementar previsto no art. 163 da Constituição foi o estabelecimento de um ‘regime de gestão fiscal responsável’, um dos inúmeros aspectos das finanças públicas, cujos princípios fundamentais vinham explicitados no art. 6º do projeto: a) prevenção de déficit imoderados e reiterados; b) limitação da dívida a nível prudente; c) limitação de gastos continuados a nível prudente; d) prevenção de desequilíbrios estruturais nas contas públicas; e) adoção de processo permanente de planejamento da atuação estatal; f) transparência na elaboração e divulgação dos documentos orçamentários e contábeis; e g) amplo acesso da sociedade a informações sobre as contas públicas, entre outros princípios.”

⁴⁵⁹ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação*, p. 176: “Dessa forma, o controle do endividamento público deve ser desempenhado dentro das delimitações da Constituição, de forma razoável, para preservar a autonomia financeira das entidades subnacionais. O controle não pode ser rígido a ponto de impedir que os entes subnacionais contraíam obrigações financeiras para gerir seus recursos. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir competência ao Congresso Nacional e ao Senado Federal para estabelecer limites e condições nessa matéria, não lhes conferiu poderes para anular a capacidade dos entes públicos de administrar a dívida pública. Os limites fixados devem, pois, ser razoáveis, sem extrapolar o quanto disposto na Constituição.”

a vontade de toda a nação e não a função legislativa de interesse da União Federal apenas deve seguir a essa lógica.

Nesta linha, parte da doutrina argumenta que o artigo 35 da LRF seria inconstitucional⁴⁶⁰, por resultar em limitação excessiva da faculdade de agir como emprestador ou tomador de recursos de entes subnacionais, colocando no rol da proibição estruturas jurídicas e econômicas voltadas principalmente à promoção do desenvolvimento regional e à redução de desigualdades regionais⁴⁶¹.

Tendemos a concordar com essa visão. A CF/88 estabeleceu os contornos do federalismo cooperativo no Brasil. Em matéria financeira, previu a Constituição a possibilidade de cooperação entre estados, município e União, visando ao atingimento dos objetivos comuns da República Federativa, não tratando de proibir que essa cooperação se desse na forma da realização de empréstimos. Ademais, também se apresenta como desarrazoada a proibição de realização de empréstimos entre unidades da federação quando não se proíbe a realização de transferências voluntárias, uma vez que a lógica determina que a parte está contida no todo, e uma vez que se reconheça que, é autorizada a transferência de recursos a fundo perdido, com maior força deve-se reconhecer a possibilidade de transferência de recursos de forma temporária a título de empréstimo⁴⁶².

⁴⁶⁰ Este ponto foi também objeto de acalorado debate no Congresso Nacional, conforme ensina LEITE, Cristiane Kerches da Silva. *Op. cit.*, p. 131: “Talvez a DVS que trouxe a discussão do tema mais polêmico foi a no 9, sobre as operações de crédito entre entes federativos. O DVS de iniciativa da bancada do PT foi uma tentativa de alterar o art. 35, que veda as operações de crédito entre entes federativos, subtraindo do texto os casos de crédito por novação e refinanciamento, como a mesma bancada já havia tentado através de emenda de plenário no 9. O dep. Waldir Pires (PT/BA) fez discurso contundente contra a proibição de empréstimos entre entes federativos, afirmando que a aprovação desse artigo era uma ameaça à federação, era inconstitucional e feria a autonomia dos Estados (DCD, 5750, 02/02/2000). O dep. Roberto Jefferson (PTB/RJ) defendeu o artigo porque ele acaba com a socialização do prejuízo que historicamente as grandes cidades sofreram com administradores irresponsáveis. Segundo o dep. Aloizio Mercadante (PT/SP), a lei acaba com a possibilidade de renegociação da dívida, o que é perigoso, porque não se sabe como vai ser a taxa de juros internacional. A resolução no 78 já estabelecia a política e os parâmetros da renegociação. A lei privilegiava a visão da tecnocracia, que tem visão de tesoureiro, em detrimento da visão política, do Senado e do Congresso como instâncias de definição da política de negociação (DCD, 5752, 02/02/2000). A despeito dos argumentos dos deputados da bancada de oposição, um dos mais importantes artigos do projeto não foi alterado, em função da larga margem de votos: 304 favoráveis, pela manutenção da expressão, e 127 desfavoráveis (ver tabela 3 a seguir).”

⁴⁶¹ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *Op. cit.*, p. 182: “Assim, o art. 35 da LRF impede a efetivação do federalismo de cooperação e solidariedade, como o caracterizado pela Constituição Federal (art. 3º), em que os entes de maior capacidade econômico-financeira prestam auxílio aos demais, menos capacitados sob esse ponto de vista.”

⁴⁶² Sobre o argumento “a fortiori” e seu poder de convencimento, ver REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*, pp. 178-9: “Das estruturas do real extrai-se um argumento muito complexo, porém muito eficaz, a dupla hierarquia, que consiste em estabelecer uma escala de valores entre termos, vinculando cada um deles aos de uma escala de valores já admitida.” Ver também PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 391: “Quase todos os argumentos por hierarquia dupla podem ser tratados como argumentos a fortiori: o intento então não é encontrar, por meio de outra hierarquia, o lugar exato de um elemento numa hierarquia, mas determinar um limite a quo.”

Entendemos, no entanto, que o caráter de legislação nacional da LRF justificaria a inclusão de condicionantes e cautelas à celebração de operações de financiamento entre unidades da federação, o que poderia incluir a previsão de procedimento visando a garantir que a contratação se desse sem prejuízos aos interesses das demais unidades da federação, justificada pelo objetivo de redução das desigualdades regionais e sociais, que é princípio da ordem econômica nacional, conforme postulado pelo artigo 170 da CF/88. O que não se poderia aceitar, porém, é que o artigo 35 vede por completo a realização de operações de crédito entre unidades da federação.

Na mesma linha, deve-se observar a violação à Constituição contida no artigo 11 da Lei Complementar n. 148, de 25 de novembro de 2014, que veda a emissão de títulos de dívida mobiliária por estados e municípios, com a finalidade de limitar as fontes de financiamento desses entes nacionais, desrespeitando a autonomia de que gozam esses entes por força constitucional. A mesma vedação já estava contida de forma temporária na Lei n. 9.406, de 11 de setembro de 1997 (artigo 3º, par. 5º), e na Medida Provisória 2.185-35, de 24 de agosto de 2001 (artigo 8º, I). Contudo, as previsões anteriores não violavam a Constituição por serem temporárias e por serem facultativas, isto é, apenas se aplicariam àqueles entes que aderissem ao refinanciamento de dívidas com a União Federal proporcionado pela legislação especial. Não é esse o caso da Lei Complementar n. 148, motivo pelo qual incorreu inconstitucionalidade, por ferir a forma federativa de Estado em um dos seus aspectos mais cruciais, qual seja, a autonomia fiscal.

O primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos da América, Alexander Hamilton, endereçando ao Congresso americano relatório sobre o crédito público em 1790 apontava importantes benefícios decorrentes da possibilidade de recurso ao endividamento público. Contudo, Hamilton já ressaltava a necessidade de responsabilidade dos governantes no recurso ao endividamento, na medida em que ressaltava que o recurso ao endividamento já deveria conter em si os meios da sua extinção. Com isso, colocava relevo sobre a questão da sustentabilidade da estratégia de endividamento público, evitando-se a utilização de dívida para custeio de despesas que não contribuíssem de forma estratégica para o desenvolvimento do país⁴⁶³.

As leis que impõem regras fiscais podem estabelecer regras quantitativas ou regras de procedimentos. No primeiro caso, estabelecem-se limites, pisos ou tetos, assim como trajetórias esperadas/desejadas, para variáveis fiscais como nível de endividamento, despesas de pessoal, déficit operacional, resultado financeiro, entre outras. As regras de procedi-

⁴⁶³ HAMILTON, Alexander. *First report on public credit*: “Persuaded as the Secretary is, that the proper funding of the present debt, will render it a national blessing: Yet he is so far from acceding to the position, in the latitude in which it is sometimes laid down, that “public debts are public benefits,” a position inviting to prodigality, and liable to dangerous abuse, – that he ardently wishes to see it incorporated, as a fundamental maxim, in the system of public credit of the United States, that the creation of debt should always be accompanied with the means of extinguishment. This he regards as the true secret for rendering public credit immortal. And he presumes, that it is difficult to conceive a situation, in which there may not be an adherence to the maxim. At least he feels an unfeigned solicitude, that this may be attempted by the United States, and that they may commence their measures for the establishment of credit, with the observance of it.”

mentos, por outro lado, estabelecem ritos para elaboração do planejamento fiscal do Estado, culminando com a elaboração e controle da execução do orçamento público⁴⁶⁴.

A LRF possui nítida preocupação com o atingimento de uma situação intertemporal de equilíbrio. Não se impede a realização pura e simplesmente de operações de crédito, mas se estabelecem regras que visam a assegurar que tais operações não comprometam de forma crescente a capacidade de pagamento do ente estatal⁴⁶⁵.

As regras vigentes, porém, ainda apresentam limitações que precisariam ser endereçadas para que se assegure a preservação do patrimônio público. Tais limitações estão ligadas à metodologia de análise da posição de endividamento e da precariedade do registro do patrimônio público por meio da contabilidade pública, ainda muito orientada para a análise do orçamento (fluxo) em lugar da análise do patrimônio (estoque)⁴⁶⁶.

Como exemplo dessa limitação pode-se mencionar que, sob uma perspectiva exclusivamente contábil, em regime de competência, as despesas com investimentos são mais bem refletidas, diferindo-se as despesas com a formação de ativo permanente para os anos futuros na proporção da vida útil do bem por meio das despesas de depreciação. O orçamento público, de maneira isolada, não permite essa análise, por trabalhar sob a lógica do regime de caixa. Acostumada a pensar em termos exclusivamente de orçamento público, a dogmática do direito financeiro não parece endereçar do modo adequado o impacto das despesas com a formação de ativo permanente nas metas fiscais, tampouco o impacto das despesas de depreciação sobre a precarização do patrimônio público⁴⁶⁷.

Com racionalidade semelhante à da regra de ouro, a regra do artigo 44 da LRF estabelece a impossibilidade de utilização de receitas de alienação de bens em despesas correntes. Esta norma confere densidade a uma espécie de princípio econômico-financeiro do não retrocesso, que impediria o gestor público de adotar estratégias que reduzissem o estoque de patrimônio de um momento para outro. Em suma, este princípio estabelece a necessidade de operar-se no sentido de uma acumulação de capital, na forma de estru-

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*, p. 65: “As regras fiscais, que visam manter o déficit e o endividamento públicos sob controle, podem ser classificadas como regras quantitativas ou como regras de procedimento. Regras quantitativas são as que estabelecem limites para variáveis fiscais – no caso da LRF, são regras dessa natureza as que estabelecem limites para a dívida pública, operações de crédito e despesa com pessoal, exemplificativamente. Regras de procedimento referem-se aos procedimentos de como o orçamento público deve ser elaborado, votado e executado.”

⁴⁶⁵ OLIVEIRA, Weder de. *Op. cit.*, p. 68: “Direta ou indiretamente, a quase totalidade de suas normas relaciona-se à viabilização do equilíbrio orçamentário intertemporal (tendo em vista o exercício financeiro imediato e o futuro próximo, pelo menos).”

⁴⁶⁶ Essa lógica exclusivamente orçamentária vem sendo paulatinamente superada em virtude do trabalho de convergência da contabilidade pública com a contabilidade privada, no Brasil e no mundo. Ainda há muito porém a percorrer nesse caminho.

⁴⁶⁷ CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*, p. 513: “Ainda que o equilíbrio e o superávit fiscal sejam o mote nas finanças públicas, o déficit oriundo das despesas de capital pode ser útil, ao passo que reparte o custo para além do período inicial do gasto, recaindo sobre todos os anos em que determinado bem será utilizado. Assim, esse processo de endividamento fará frente a essa despesa, a qual, conseqüentemente, gerará fontes de receita para que as gerações futuras a financiem.”

tura pública, sem que se possa aceitar a redução do patrimônio público por meio da sua alienação para aplicação em despesas correntes⁴⁶⁸. Esta regra é de suma importância no caso das operações estruturadas, em vista do fato de que, em diversas operações, a relação de crédito dará lugar a uma relação de alienação de um bem público, vinculando a destinação dos recursos levantados na operação com despesas de capital⁴⁶⁹.

A regra de ouro prevista no Brasil, ao contrário de regras semelhantes contidas na legislação de outros países, não impede a utilização de receitas de operação de crédito em despesas correntes. Pelo contrário, a regra apenas funciona como um limite intra-anual para realização de operações de crédito, de maneira que o ente estatal não possa tomar crédito em montante superior às despesas de capital que pretenda realizar. Nada impede, contudo, que as despesas de capital sejam custeadas com receitas tributárias, por exemplo, e que despesas correntes sejam custeadas com as receitas de operação de crédito, dentro dos limites do total das despesas de capital⁴⁷⁰.

A regra de ouro também não exerce, como pretendido, o poder de incentivar maiores despesas com investimentos. Na prática, nada impede que operações de crédito sejam utilizadas como alternativa para reforço de caixa. Isso, pois os entes públicos em geral anualmente dependem recursos com despesas de capital ordinárias, ligadas à própria manutenção do estoque de capital instalado. Neste cenário, as receitas de operações de crédito não se somam aos recursos ordinários, resultando no dobro de investimentos, mas simplesmente liberam recursos próprios do ente estatal para outras despesas, normalmente de natureza corrente. Assim, fica o ente estatal liberado de financiar investimentos com poupança própria.

⁴⁶⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*, p. 601: “Partindo do princípio de que os empréstimos repartem com as gerações futuras despesas públicas de hoje, condenavam os financistas até época bem próxima, por elementar regra moral infensa ao egoísmo, a política financeira de emprego do crédito para o custeio dos gastos ordinários, cuja utilidade se esgota no presente, sem maior proveito para os pósteros.

A dívida pública havia de ser reservada aos investimentos duráveis, que concretizam capital fixo e útil a ser legado aos vindouros. Estradas de ferro ou de rodagem, canais, portos equipados, fortificações, a utensilagem material dos transportes e comunicações ou, então, os investimentos reprodutivos, isto é, autoliquidáveis do patrimônio público, constituíam o campo legítimo de aplicação dos empréstimos.

A geração futura ficaria onerada com amortização, ou com os juros da dívida, mas receberia, como compensação desse ônus, o valor da rede de transportes, das empresas públicas produtivas de receitas originárias, das fortalezas, frotas mercantes de guerra, bens corpóreos etc. O sacrifício da posteridade seria praticamente nulo pelo ativo que se conservaria até a época em que viesse a suportar os ônus financeiros correspondentes.”

⁴⁶⁹ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 516: “Outro dispositivo que se assemelha à ‘regra de ouro’, mas na faceta das receitas, é o artigo 44 da LRF: o indigitado comando legal veda a utilização de receita de capital oriunda da alienação de bens e direitos para financiamento de despesas correntes, salvo algumas exceções legais (previdência social, por exemplo).”

⁴⁷⁰ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 517: “O maior problema da ‘regra de ouro’ brasileira e que ela não veda a aplicação dos recursos obtidos pelas operações de crédito em despesas correntes, além de, igualmente, não servir como fator limitante ao próprio crescimento dessas despesas. Ele apenas limitará a capacidade de endividamento do ente federativo, de forma que a denominação de ‘regra de ouro’ para o disposto no artigo 167, III, da Constituição pode ser vista com certa parcimônia e em um formato sui generis ao se comparar com a ‘regra de ouro’ existente nos países supramencionados.”

Nota-se que a forma de contabilização dos investimentos públicos e do estoque de capital instalado por meio de investimentos públicos, gera uma série de restrições à aplicação de melhores práticas de preservação e construção do patrimônio público. Entende-se que a ausência de informações de qualidade relativas ao estoque de investimento público e infraestrutura instalada afeta a qualidade das decisões de investimento e a sua distribuição no espaço e entre diferentes gerações. Avanços importantes têm sido dados por meio do trabalho de consolidação da contabilidade pública e convergência com a contabilidade privada liderado pela Secretaria do Tesouro Nacional, ainda assim, restrições técnicas e orçamentárias, especialmente em estados e municípios, podem ser um obstáculo a um avanço mais acelerado nesta matéria.

2.3.2 Endividamento e operações de crédito: proposta de conceito doutrinário

A doutrina jurídica brasileira tende a concentrar a sua atenção no contrato de mútuo como única manifestação do fenômeno do crédito público, não destinando muitas linhas à análise e à avaliação de outras formas contratuais que têm potencial para resultar em ampliação do endividamento público. Essa postura termina por deixar aberta importante lacuna nos estudos jurídicos no âmbito do direito financeiro e econômico, em face do desenvolvimento do mercado financeiro nas últimas décadas⁴⁷¹.

A Lei de Responsabilidade Fiscal trata o conceito de operação de crédito de forma exemplificativa, trazendo situações expressas de enquadramento e outras operações que devem ser consideradas semelhantes, ou equiparadas, às operações de crédito, tais como a assunção de dívidas, o seu reconhecimento ou a sua confissão⁴⁷².

A prática internacional ajuda, neste ponto, a esclarecer a ideia. Uma importante referência em âmbito internacional consiste no *Government Finance Statistics Manual 2014 (GFSM 2014)*, do FMI. Essa referência exclui do conceito de dívidas os compromissos financeiros resultantes de participações societárias ou de derivativos financeiros, definindo como dívida apenas obrigações financeiras que requeiram pagamento a título de juros ou amortização em datas futuras⁴⁷³.

⁴⁷¹ Ver, por exemplo, HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, p. 114: "... para a generalidade dos autores, crédito público é um contrato que objetiva a transferência de certo valor em dinheiro de uma pessoa, física ou jurídica, a uma entidade pública para ser restituído, acrescido de juros, dentro de determinado prazo ajustado. Corresponde, portanto, na teoria geral dos contratos, ao mútuo, espécie do gênero empréstimo, ou seja, empréstimo de consumo, em contraposição ao comodato, que configura um empréstimo de uso."; ABRAHAN, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, p. 177: "As operações de crédito se concretizam através de contratos de empréstimos, sejam eles específicos e diretos entre o credor e o devedor, sejam eles operacionalizados através da emissão pulverizada de títulos públicos."

⁴⁷² SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Manual de contabilidade aplicada ao setor público (MCASP)*, p. 205: "Equipara-se à operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências para a geração de despesa."

⁴⁷³ IMF – INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Government Finance Statistics Manual 2014*, pp. 207-8: "7.236 Total gross debt – often referred to as "total debt" or "total debt liabilities" – consists of all liabilities that are debt instruments. A debt instrument is defined as a financial claim that requires

Uma das características essenciais das obrigações jurídicas é a sua transitoriedade e por meio desta característica se pode distinguir, por exemplo, a obrigação da plena propriedade, que tende a ser perene⁴⁷⁴. A operação de crédito não acresce ao patrimônio público, visto que o ingresso de recursos no caixa da entidade pública é acompanhado de aumento do seu passivo. Partindo da clássica distinção entre ingressos e receitas⁴⁷⁵, temos que a entrada de recursos a título de operação de crédito, a despeito de ser classificada contabilmente como receita orçamentária, não o é do ponto de vista jurídico, visto que apenas devem ser reconhecidas como receitas as entradas de recursos que crescem ao patrimônio da entidade pública⁴⁷⁶.

As operações de financiamento do Estado, porém, são objeto de grande e antiga polêmica na dogmática jusfinanceira, em razão da existência de múltiplas formas de manifestação do crédito estatal⁴⁷⁷. Por esta razão, para que se possa adequadamente delimitar o conceito jurídico de operações de crédito, para fins da incidência de diferentes normas protetivas da justiça intertemporal e inter-regional, é preciso evidenciar esse espectro de operações, delimitando o seu regime jurídico.

A respeito da natureza jurídica do empréstimo público, destacam-se algumas correntes que variam sobre os seguintes eixos: (i) o empréstimo público como ato unilateral de

payment(s) of interest and/or principal by the debtor to the creditor at a date, or dates, in the future. (...) 7.237 From the foregoing list, it follows that all liabilities included in the GFS balance sheet are considered debt, except for liabilities in the form of equity and investment fund shares and financial derivatives and employee stock options. Equity and investment fund shares are not debt instruments because they entitle the holders to dividends and a claim on the residual value of the unit. Financial derivatives are not debt instruments because they do not supply funds or other resources, but rather shift the exposure to risks from one party to another.”

⁴⁷⁴ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, pp. 2-3.

⁴⁷⁵ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, p. 152: “As quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas como ‘entradas’ ou ‘ingressos’. Nem todos esses ingressos, porém, constituem receitas públicas, pois alguns deles não passam de ‘movimentos de fundo’, sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo. Exemplificam esses ‘movimentos de fundos’ ou simples ‘entradas de caixa’, destituídas de caráter de receitas, as cauções, fianças e depósitos recolhidos ao Tesouro; os empréstimos contraídos pelos Estados, ou as amortizações daqueles que o governo acaso concedeu; enfim as somas que se escrituram sob reserva de serem restituídas ao depositante ou pagas a terceiro por qualquer razão de direito e as indenizações devidas por danos causados às coisas públicas e liquidados segundo o Direito Civil.”

⁴⁷⁶ ASSONI FILHO, Sérgio. *Empréstimos públicos e sua natureza*, p. 800: “Entretanto, a operação de crédito efetivada será ‘patrimonialmente neutra’ nada sendo acrescido de forma absoluta aos cofres públicos, pois tudo aquilo que for angariado pelo Tesouro, sob a forma de empréstimo, o será de forma provisória e transitória, uma vez que deverá haver a restituição dos valores recebidos nos prazos fixados e na forma convencionada.”

⁴⁷⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à ciência das finanças*, p. 615: “A caracterização jurídica do empréstimo público exige a prévia discriminação dos vários tipos de operações de crédito estatal, pois há profundas diferenças entre um empréstimo voluntário e o forçado, ou entre uma dívida assumida para com um indivíduo e os negócios típicos do tesouro, à base de subscrição oferecida aos prestamistas às instituições de cada país também imprimem matiz especial a esses negócios jurídicos.”

soberania; e, (ii) o empréstimo público como contrato firmado pelo Estado com os emprestadores⁴⁷⁸.

A primeira corrente, à qual se filia, entre outros, Luís Maria Drago⁴⁷⁹, defende ser o débito público marcado pela posição de soberania detida pelo Estado. Não se trata de uma relação contratual, portanto, não se podendo falar em execução forçada contra o Estado, dada a natureza inalienável (e assim impenhorável) de seu patrimônio⁴⁸⁰.

Parte dos argumentos dessa corrente funda-se sobre a ideia de dívida pública mobiliária, isto é, a dívida pública lastreada em títulos públicos negociados no mercado de capitais. Afirma-se, assim, que a relação não seria contratual, pois não seria possível se falar em acordo de vontades entre sujeitos que não fizeram parte da relação original com o Estado, na medida em que os títulos são negociados no mercado secundário⁴⁸¹. Ademais,

⁴⁷⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.*, pp. 614-5. Ver também ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, p. 177: “Para esclarecer melhor a questão da natureza jurídica do contrato do crédito público enquanto fonte de receita pública, temos quatro correntes a considerar, cada qual contemplando um aspecto relevante da relação: a) ato de soberania, constituindo o empréstimo público uma obrigação de Direito Público unilateralmente criada pelo Estado, justificando a impossibilidade de invasão ou de intervenção forçada do Estado credor no país devedor quando este não conseguisse saldar sua dívida; b) ato legislativo, uma vez que os empréstimos públicos se originam de atos normativos editados especificamente para tal função; c) contrato de direito privado, já que seguem a disciplina do contrato de mútuo previsto no Direito Privado; d) contrato de direito público (ou administrativo), uma vez que, não obstante haja uma aproximação entre o contrato de mútuo do direito civil e o contrato de direito administrativo, o Estado não figura em posição de igualdade com o particular nem tem a mesma liberdade deste na operação, especialmente por haver necessidade de autorização legislativa, previsão orçamentária e controle do Congresso Nacional. Em face da atual configuração do ordenamento vigente em nosso país, parece-nos como mais adequada a adoção da última corrente (contrato de direito público).” Ver também ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação*, pp. 21-2.

⁴⁷⁹ DRAGO, Luis Maria. *Les emprunts d'état et leurs rapports avec la politique internationale*, p. 35: “Nous avons déjà fait ressortir la différence qu'il y a entre une dette publique et les contrats, assimilables aux contrats de droit commun, où l'État, procédant comme personne juridique, accepte des obligations et acquiert des droits définies envers les particuliers avec qui il traite. Ces derniers contrats sont soumis à des règles fort nettes. Si le gouvernement ne remplit pas les engagement qu'ils lui imposent, il est traduit devant les tribunaux ou appelé devant des Cours de Réclamations spécialement changées de statues dans ces sortes de procès. S'il y avait de sa part un déni de justice évident, la question serait réglée d'accord avec certains principes du droit des gens parfaitement clairs et universellement acceptés. Les cas est tout autre lorsqu'il s'agit d'emprunts internes ou externes avec émission de bons ou et titres rapportant un intérêt déterminé. La dette ainsi contractée, et dont le nom technique est 'dette publique' ou 'dette nationale', ne peut donner lieu à des actions judiciaires. Ainsi que nous l'avons expliqué, les bons ou fond publics qui la constituent sont, de même que le papier-monnaie, mis en circulation en vertu des droits du Souverain; le service en est fait ou suspendu au moyen d'actes de souveraineté.”

⁴⁸⁰ ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 807: “Para Drago, o reconhecimento da dívida pública, bem como a sua liquidação, devem ser feitos pela nação sem o desprezo de seus direitos primordiais como entidade soberana que é. Até mesmo porque, os prestamistas sabem que o Estado é dotado de soberania e que é condição inerente à toda soberania a impossibilidade de obtenção de seu direito de crédito via execução forçada caso ele se torne inadimplente, pois o seu patrimônio é inalienável e, portanto, impenhorável.”

⁴⁸¹ ASSONI FILHO, Sérgio. *Idem, ibidem*: “Prossegue ele afirmando que os títulos representativos da dívida pública de um Estado constituem uma classe ou categoria excepcional de obrigações que não podem ser confundidas com nenhuma outra, visto que tais títulos são emitidos em virtude do poder sobe-

afirma-se que o fundamento para a ação do Estado estaria na lei e não na vontade do administrador ou, ainda com menor força, do detentor do título de dívida pública⁴⁸².

O fato de ser autorizado por lei, porém, não chega a ser um óbice para a natureza contratual do empréstimo público, segundo a corrente que defende tratar-se de uma relação contratual entre governo e prestador. Entende-se que a lei se constituiria em mera autorização de emissão dos títulos, que apenas se aperfeiçoaria como empréstimo público no momento do acordo de vontades caracterizado pela subscrição dos títulos públicos pelo particular. Assim sendo, argumenta-se que, embora deva ser compreendido como um contrato de direito público, os empréstimos públicos seriam tão obrigatórios quanto os empréstimos privados⁴⁸³.

rano do Estado, assim como a moeda, surgindo em decorrência de autorizações legislativas e não apresentando as características gerais dos contratos de direito privado, uma vez que, na sua opinião, não existe uma pessoa determinada a favor da qual se estabelecem obrigações, pois o pagamento dos títulos é prometido de forma indeterminada ao portador. O prestamista adquire os títulos representativos de seu crédito no mercado anônimo de capitais, sem qualquer formalidade ou relação com o governo devedor, diferentemente do adiantamento de dinheiro promovido por aquele nos contratos ordinários de mútuo.” Essa colocação é criticada pela doutrina, em face dos contratos existentes no âmbito do mercado de capitais, os quais se assemelham fortemente à situação descrita por Drago de realização de acordo sem o encontro e conhecimento entre as partes, ver, por exemplo, LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *Elementos jurídicos da reestruturação internacional da dívida pública*, pp. 46-7: “Drago pretende explicar que a principal diferença dos empréstimos públicos para os privados é que, no primeiro caso, a relação jurídica se estabeleceria com pessoas indeterminadas; além disso, os credores não entregam o dinheiro ao Estado como num empréstimo normal, e sim por meio da compra de títulos no mercado aberto. Daí conclui que não haveria uma relação entre o governo e os compradores dos títulos, pelo que parece querer afastar a própria ideia de que se trata de um negócio jurídico. Esta argumentação soa, hoje, estranha. Se for esta a principal diferença entre os empréstimos públicos e os privados, o inespecífico argumento excluiria do âmbito de incidência de normas do direito privado as operações mais corriqueiras dos mercados de capitais – ou, à beira do absurdo, concluiria tratar-se de empréstimos públicos todos os negócios jurídicos com pessoas indeterminadas expressos em títulos de crédito.”

⁴⁸² Tratando do tema das concessões públicas, mas em lição aplicável à situação dos empréstimos públicos, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*, p. 139: “Forte nessa doutrina é a percepção de que não poderia haver contrato enlaçando o Poder Público e os privados, posto que (i) um contrato pressuporia igualdade entre as partes, de todo incompatível com a prevalência do Estado em face do indivíduo; (ii) o contrato se perfaz pela livre e autônoma manifestação das partes, o que descaberia para a administração, pois ela não dispõe de vontade nem de autonomia; e, por fim, (iii) se houvesse contrato, a administração permaneceria indefinidamente vinculada ao pacto, e ela só está vinculada pela lei e pelo interesse público. De tudo isso, restaria impossível ao Poder Público firmar pactos obrigacionais, e descaberia, então, sustentar que a concessão teria natureza jurídica de contrato, muito menos de contrato privado.” Ver também ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 809: “Arremata argumentando que as condições do empréstimo são estabelecidas mediante lei, que é a expressão da soberania do Estado, sem que haja a possibilidade de a vontade dos particulares influírem a respeito, pois o processo formador da obrigação ‘nasce aperfeiçoado em virtude do ato legislativo de criação’”.

⁴⁸³ ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 810: “Enfaticamente ele [Louis Trotobas] ainda prossegue em seu raciocínio dizendo que todas as teorias que procuram estabelecer, sob o pretexto da soberania, ou da legitimidade de um regime, que os empréstimos públicos não são obrigatórios para o Estado, são juridicamente falsas. Na sua visão, essas teorias buscam em vão justificar em direito quão nocivos poderiam ser os procedimentos aos quais os Estados seriam constrangidos política ou economicamente a arcar com seus compromissos, mas ao mesmo tempo negligenciam que o descumprimento daquilo que foi previa-

A teoria do empréstimo público como ato de império concentra-se ainda na dificuldade prática de coação física do Estado ao pagamento de uma dívida, dada a sua soberania interna e externa. Contudo, aceitar esse raciocínio implicaria aceitar a noção jusfilosófica de que a validade de uma norma jurídica identifica-se com a sua eficácia, o que fora objeto de crítica recorrente no campo da filosofia do direito⁴⁸⁴.

O fato de que os bens públicos são impenhoráveis não pode ser apresentado como justificativa contra a natureza contratual dos empréstimos públicos. A Constituição Federal assegura a inafastabilidade da jurisdição e, em um Estado de Direito, também o Estado se submete à lei (*rule of law*). Sendo assim, em que pese a execução contra a Fazenda Pública não ocorrer de maneira forçada, mas por meio de instrumentos jurídico-políticos, isso não desnatura o empréstimo público como uma relação contratual decorrente de um acordo de vontades entre Estado e credores⁴⁸⁵.

Os defensores da natureza contratual dos empréstimos públicos contrapõem-se aos argumentos da corrente contrária, afirmando que a vontade do Estado é dirigida a destinatários indeterminados, na mesma forma de uma oferta de contrato, algo absolutamente comum no direito privado. De igual modo, a manifestação de vontade dos investidores se dá pela subscrição dos títulos emitidos⁴⁸⁶. Geraldo Ataliba se filia à corrente que interpre-

mente acertado é sempre condenável jurídica e moralmente. Até mesmo porque, para ele, os empréstimos públicos são tão obrigatórios quanto os empréstimos privados, pois ‘o fato de o empréstimo público apresentar-se como um contrato de direito público não atenuaria este seu caráter obrigatório’.

⁴⁸⁴ Já Hans Kelsen apontava no início do século XX o fato de que a validade de uma norma não depende de sua eficácia em todo o tempo, mas sim da eficácia da ordem jurídica como um todo. Ver, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 237: “(...) As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência).

Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, que dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada.” ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, pp. 7-8: “Como pessoa soberana, o Estado pode violar seus deveres, convencionais ou institucionais. Politicamente, não há o que possa coagir o Estado a pagar uma dívida.

Juridicamente posta a questão, entretanto, a imodificabilidade dos contratos – *rebus sic stantibus* – o impede. No Brasil, além do mais, o § 3º do art. 153 da Carta Constitucional vigente assegura a intangibilidade do ato jurídico perfeito.”

⁴⁸⁵ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *Op. cit.*, p. 23: “A impenhorabilidade dos bens públicos, a nosso ver, também não retira o caráter contratual dos empréstimos públicos. Isso porque tal impenhorabilidade não significa que não possa ser proposta ação judicial para demandar o Poder Público em caso de inadimplemento.”

⁴⁸⁶ ASSONI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, pp. 812-3: “Segundo ele [Ferreiro Lapanza], os efeitos jurídicos da vontade do Estado de tomar emprestado, declarada por meio da emissão de títulos representativos da dívida pública, explicam-se recorrendo à figura da oferta de contrato. De modo que, na análise jurídica

ta o empréstimo público como um contrato, mais especificamente um contrato de mútuo, podendo ser oneroso ou gratuito⁴⁸⁷. Essa é também a opinião de outros autores contemporâneos⁴⁸⁸. Aliomar Baleeiro, por sua vez, ao mesmo tempo em que parece se inclinar em favor da teoria contratual, reforça a necessidade de identificação precisa do tipo de operação de endividamento que se está tratando, uma vez que o Estado pode recorrer ao crédito público por meio de muitos instrumentos jurídicos⁴⁸⁹.

De modo semelhante, argumentam esses autores que o fato de o Estado poder unilateralmente alterar o contrato de empréstimo não faz dele menos contrato. O raciocínio é o mesmo válido para outros contratos administrativos que, para garantir o atingimento da finalidade pública do Estado, assegura a esse as chamadas “cláusulas exorbitantes”, por meio das quais releva a sua posição de predominância na relação contratual, respeitados direitos fundamentais da contraparte, e sempre em nome do interesse público⁴⁹⁰. A exis-

da dívida pública, observa-se a diferença entre a manifestação da vontade do Estado dirigida a quem queira entregar uma soma de dinheiro em empréstimo (oferta de contrato) e a manifestação materializada da entrega e aceitação dessa soma, também como declaração da vontade dos sujeitos que querem produzir um efeito jurídico, portanto, um contrato.”

⁴⁸⁷ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, pp. 5-6: “Por isso conceituamos o empréstimo público – gerador do débito público – como contrato pelo qual alguém transfere a uma pessoa pública – seja ela política ou meramente administrativa – certa quantia em dinheiro, como a obrigação desta de entregar igual quantia de dinheiro, com ou sem vantagens pecuniárias, no prazo convenionado.”

⁴⁸⁸ GORDILLO, A. El Contrato de Crédito Externo, pp. 417-8: “La relación económica en virtud de la cual el Estado recibe dinero de terceros, creándose un vínculo de deudor y acreedor, ha sido históricamente encarada en el mundo jurídico de manera diversa. Concepciones tradicionales la ubican como un poder del Estado o como una obligación unilateral contraída por el Estado, cuya fuente inmediata es la ley y no la voluntad de las partes contratantes. Con todo, prevalece la idea de que se trata de un contrato, y, preferentemente, un contrato de derecho público, al cual se denomina ‘empréstimo público’. Algunos autores retoman para este contrato de derecho público varias de las prerrogativas clásicas del poder del Estado, entre ellas, significativamente, la facultad del Estado de modificar el régimen jurídico del empréstimo con posterioridad a su emisión.”; ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*, p. 43: “Entretanto, não nos furtaremos de emitir nossa opinião, já antecipando que a corrente contratualista, além de contar com um número maior de paladinos, contém argumentos que nos pareceram mais convincentes, do mesmo modo que a sua ramificação, no sentido de que esse contrato é um contrato de direito público, mostrou-se mais persuasiva.”

⁴⁸⁹ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, p. 615: “A caracterização jurídica do empréstimo público exige a prévia discriminação dos vários tipos de operações de crédito estatal, pois há profundas diferenças entre o empréstimo voluntário e o forçado, ou entre uma dívida assumida para com um indivíduo e os negócios típicos do Tesouro, à base de subscrição oferecida aos prestamistas. As instituições de cada país também imprimem matiz especial a esses negócios jurídicos.”

⁴⁹⁰ ASSONI FILHO, Sérgio. Empréstimos públicos..., p. 813: “O fato de o Estado poder anular os efeitos de tal contrato mediante uma lei não influiria em sua natureza jurídica, não o destipificaria como contrato, visto que a lei estaria fora e acima da relação contratual. Até mesmo porque, considera que a lei pode vir a modificar os efeitos de um contrato de direito público, tanto quanto pode modificar os efeitos de um contrato de direito privado.

Frisando também que é inválida a afirmação de que no caso dos empréstimos públicos é o Estado, ou seja, é o devedor, que modifica os efeitos do referido contrato, pois uma vez observada aquela tripartição funcional descrita, o devedor é o Estado-Administração, e quem modificaria os efeitos do contrato mediante a lei seria o Estado-legislador.”

tência destas cláusulas exorbitantes permitiria apontar os empréstimos públicos como contratos de direito público⁴⁹¹. Assim, a desigualdade entre as partes não pode servir de argumento contrário à possibilidade de contrato entre elas⁴⁹².

Este ponto está ligado à tormentosa questão de se se tratam os empréstimos públicos de contratos administrativos ou de contratos da administração⁴⁹³. No entendimento de Sérgio Assoni, o fato de o Estado perseguir o interesse público com a contratação de operações de crédito autoriza a presença nestes contratos das chamadas cláusulas exorbitantes. Tais cláusulas revelariam a existência de preponderância do Poder Público na relação contratual, não se podendo falar de um simples contrato de direito privado assinado pela Administração⁴⁹⁴.

Em que pesem os argumentos de Assoni, entendemos que toda a ação estatal deverá estar, de algum modo, alinhada ao interesse público, retirando dessa ligação a sua legitimidade. Se este elemento fosse suficiente a tornar qualquer contrato realizado pela Administração como contrato administrativo, não seria relevante a distinção feita pela doutrina entre contratos administrativos e contratos da administração.

⁴⁹¹ ASSONI FILHO, Sérgio. *Empréstimos públicos...*, p. 824: “Quanto ao regime jurídico dos contratos de empréstimo público, consideramos que tais contratos sejam de Direito Público, não só pela presença do Estado-Administração no pólo passivo da relação obrigacional, mas também pela existência, nessa espécie de contrato, de cláusulas especiais que privilegiam o ente público em nome do atendimento do interesse público, visto que a razão mesma da contratação do empréstimo é a consecução de uma finalidade pública, que deverá prevalecer ante qualquer interesse privado.” Este entendimento, porém, em nossa opinião, não se sustenta diante da legislação e da prática dos tribunais brasileiros. Ver, por exemplo, REsp 1.253.062/SC sobre as LFTs do Estado de Santa Catarina.

⁴⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p. 142: “O fato de não haver igualdade entre as partes, em razão de um contratante dispor de poderes exorbitantes da esfera do outro, não é suficiente para desnaturar a relação contratual.”

⁴⁹³ Ressaltamos tratar-se aqui de tópico tormentoso em nossa opinião, pois a doutrina em geral não problematiza adequadamente o tema, limitando-se a repetir a ideia de que, uma vez aderida a tese contratualista, conclui-se automaticamente pela natureza de contrato administrativo da avença.

⁴⁹⁴ ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público...*, pp. 46-7: “Quanto ao regime jurídico dos contratos de empréstimo público, consideramos que tais contratos sejam de direito público, não só pela presença do Estado-Administração no pólo passivo da relação obrigacional, mas também pela existência, nessa espécie de contrato, de cláusulas especiais que privilegiam o ente público em nome do atendimento do interesse público, visto que a razão mesma da contratação do empréstimo é a consecução de uma finalidade pública, que deverá prevalecer ante qualquer interesse privado.

Assim sendo, legitimado estará o contrato de empréstimo público somente quando o ente público tomador do montante junto aos prestamistas agir como verdadeiro mandatário da sociedade, buscando mediante este contrato uma finalidade socialmente relevante, isto é, o bem da coletividade.

Tanto é assim que, em vista desse objetivo de compromisso social, a presença em sua substância das chamadas cláusulas exorbitantes ou de prerrogativa, a favor do ente público e como expressão de seu poder de império, serão plenamente justificáveis e até mesmo desejáveis.” E na página 48: “A título conclusivo, consideramos o empréstimo público um contrato de direito público (contrato administrativo em sentido estrito), pois é um contrato ofertado pelo ente público tomador, com base em seu crédito, tendo em vista uma finalidade pública, unilateralmente fixando as condições de restituição futura do capital, e que é aceito pelo prestamista, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que dispõe do capital solicitado pelo primeiro.”

Adicionalmente, argumenta-se que os contratos de empréstimos públicos sejam contratos administrativos, sob o argumento de que o interesse público não pode se submeter a vontade de particulares. Contudo, deve-se lembrar que os contratos administrativos, ao mesmo tempo em que conferem prerrogativas ao Poder Público, também devem atender a regras protetivas do particular, tais como a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que, entretanto, não encontram expressa proteção no âmbito dos contratos privados⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶.

Ademais, ressalta-se o fato de que ser o conteúdo do contrato fixado unilateralmente não é característica única dos contratos administrativos. Contratos privados de adesão também são firmados dessa maneira. Debêntures também têm os seus termos fixados na escritura de emissão, sem a possibilidade de negociação de cláusulas. Além disso, essa fixação unilateral de cláusulas nem sempre é o caso em contratos assinados pela Administração. Em dívidas contratuais, a depender do ente estatal em questão, o poder de fato da instituição financeira prestamista poderá ser superior ao da própria Administração, seja pela capacidade técnica, seja pela própria capacidade financeira.

A estes argumentos contrários à posição de Assoni, posição esta predominante na doutrina, se somaria o artigo 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, que reconhece que nos contratos de financiamento se aplicam predominantemente normas de direito privado, embora preveja a aplicação, no que couber, de normas próprias dos contratos administrativos. Finalmente, deve-se reconhecer que o artigo 1º da Lei n. 8.666/1993, lei geral de contratos administrativos, expressamente prevê sua aplicação apenas a contratos de obras, servi-

⁴⁹⁵ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e Tesouro Direto*, p. 261: “É justamente em razão desse risco político que a tradição jurídica criou uma série de regras aplicáveis aos contratos administrativos, com vistas a garantir os particulares que pretendem travar ou efetivamente realizam negócios com a Administração. Tais regras, além de garantirem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, permitem uma vantagem econômica para o ente estatal, na medida em que o mercado precifica o risco político existente; e, destarte, quanto menor for este menor será, em tese, o desembolso exigido do Estado para adquirir bens e serviços.

Entretanto, no âmbito dos títulos públicos, em virtude de escassa – ou quase inexistente – regulação legal, não há regras claras acerca de quais as possíveis alterações unilaterais pode o governo realizar nos direitos originados desses ativos financeiros. Para formatação de um conjunto de regras que proteja efetivamente o mercado e os investidores, é necessário, hoje, o recurso aos princípios gerais do Direito – como a vedação ao enriquecimento sem causa – e a princípios constitucionais bastante amplos – como a livre iniciativa ou a necessidade de respeito ao ato jurídico perfeito. No entanto, dada a amplitude e generalidade de tais princípios, torna-se mais incerta sua concretização por meio de decisões administrativas ou judiciais que freiem eventuais iniciativas do poder público contrárias ao adequado funcionamento do mercado. Prejudica-se, assim, tanto a estabilidade e a certeza normativas, como a segurança jurídica.” Para uma análise completa das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e um estudo comparado entre o direito norteamericano, francês e Brasileiro, ver GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e contrato: supremacia do interesse público versus igualdade, um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo, *passim*.

⁴⁹⁶ Para uma análise do papel do equilíbrio econômico-financeiro como uma compensação da preponderância do Estado nos contratos administrativos e a relação dessa construção jurídica com a formação do Estado no caso francês, importado para o direito administrativo brasileiro, ver o abrangente e profundo trabalho de José Guilherme Giacomuzzi, *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo, passim*.

ços, compras, alienações e locações. O contrato de mútuo não se enquadra em nenhuma das situações listadas, o que já permitiria afastar a aplicabilidade da Lei n. 8.666/1993, inclusive no que se relaciona à existência e à validade de cláusulas exorbitantes⁴⁹⁷.

Por fim, entendemos que, embora seja possível aos contratos de dívida pública a aplicação dos mesmos princípios aplicáveis aos contratos de direito civil relativizadores do *pacta sunt servanda*, tais como o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da não onerosidade excessiva, o princípio da não redução ao estado de necessidade, não é possível a sua alteração unilateral. Este fato, sustentado por Régis Fernandes de Oliveira, contrasta com a natureza de contrato administrativo que alguns autores advogam para o contrato de empréstimo público⁴⁹⁸.

Ao contrário do que se imagina, a condição do contrato de empréstimo como um contrato administrativo não é condição que privilegia sem custos o Poder Público⁴⁹⁹. Pelo contrário, a possibilidade de alteração unilateral pelo Poder Público de condições do ajuste inicial agrega à relação um elemento de risco que é incorporado ao preço cobrado pelo prestador de recursos, isto é, nos juros. Isto ocorre por conta de ser central aos empréstimos, sobretudo públicos, o elemento *confiança*, no sentido de uma legítima expectativa de comportamento conforme o declarado pela parte contratante⁵⁰⁰⁻⁵⁰¹.

Embora a teoria possa afirmar que o Estado detém posição de supremacia na negociação dos termos do empréstimo, donde se poderia extrair o regime de direito público

⁴⁹⁷ Concluindo da mesma forma SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*, p. 113: “Em primeiro lugar, há contratos que em nenhuma hipótese serão regidos pelo Direito público, nem se tiverem como contraparte pessoas integrantes da Administração Pública. São exemplos o contrato de seguro, o contrato de locação e o contrato de mútuo, que têm regime jurídico específico, que afasta *ipso facto* o regime jurídico de Direito público.”

⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Dívida pública e operações de crédito*, p. 209: “De se ressaltar, igualmente, que não pode haver alteração unilateral das cláusulas firmadas. A ninguém é lícito modificar o que foi livremente aceito. Mesmo porque, prevalece a equivalência das condições de onerosidade, o que significa que não pode haver enriquecimento sem causa.”

⁴⁹⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*, v. 6, p. 315: “É importante também afastar a impressão de que tais prerrogativas seriam, por si e em qualquer caso, benéficas ao interesse público. A aplicação desse regime jurídico traz, por óbvio, um ônus financeiro ao contratante. É que, devido a tais regras protetivas, o contrato passa a gerar custos e riscos adicionais ao contratado, que naturalmente os incorpora ao preço cobrado do Poder Público. Assim, abrir mão de tal regime de exceção, sujeitando-se às normas comuns de direito privado, pode perfeitamente ser uma opção mais benéfica ao interesse público.”

⁵⁰⁰ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 419: “(...) es obvio que su ubicación en el campo del derecho público se torna, pues, conflictiva con el elemento ‘confianza’ del acreedor, habida cuenta de las prerrogativas que el derecho público interno de cada país otorga al Estado.”

⁵⁰¹ Sobre a importância do elemento confiança nos empréstimos públicos, ver HAMILTON, Alexander. *First report on public credit*: “And as on the one hand, the necessity for borrowing in particular emergencies cannot be doubted, so on the other, it is equally evident, that to be able to borrow upon good terms, it is essential that the credit of a nation should be well established.

For when the credit of a country is in any degree questionable, it never fails to give an extravagant premium, in one shape or another, upon all the loans it has occasion to make. Nor does the evil end here; the same disadvantage must be sustained upon whatever is to be bought on terms of future payment.”

vigente na contratação, isso nem sempre corresponde à realidade⁵⁰². A imagem do contrato administrativo de empréstimo próxima de um contrato de adesão pelo qual aos privados cabe apenas aderir ou não aos seus termos e condições pode ser verdadeira para alguns entes estatais, mas certamente não é verdadeiro para todos, especialmente quando se está tratando de crédito externo. Com frequência, a situação fática impõe ao devedor público a aceitação de cláusulas exigidas pelo credor, como condição para o empréstimo⁵⁰³, entre elas cláusulas como *representations*, *warranties* e *covenants* financeiras.

O mercado internacional para instrumentos financeiros beneficia-se da existência de padronização de cláusulas e de interpretação sobre essas mesmas cláusulas. Tal padronização é exigência não apenas da dinâmica do mercado, para o qual a padronização implica segurança e previsibilidade, mas também para o desenvolvimento técnico de sistemas informatizados de negociação, sem os quais os mercados para instrumentos financeiros não podem se desenvolver⁵⁰⁴.

Nesta ordem de considerações, a negociação de cláusulas com as contrapartes cede lugar ao estabelecimento unilateral de condições gerais de contratação, com base em fórmulas padronizadas aceitas rotineiramente pelo mercado⁵⁰⁵ e não discricionariamente fixadas pelo Estado.

Essa chamada “fuga para o direito privado”⁵⁰⁶ preocupa o publicista na medida em que poderia consistir em expediente para retirar a dívida pública do debate distributivo

⁵⁰² Analisando a possibilidade de realização de contratos pela Administração Pública sem a previsão de prerrogativas exorbitantes, Jacintho Câmara menciona o caso especial dos contratos de financiamento. Ver CÂMARA, Jacintho Arruda. *Idem, ibidem*: “Para ilustrar a observação feita por Marçal Justen Filho, tome-se o emblemático exemplo do contrato de financiamento. Seria muito pouco crível que alguma instituição financeira concedesse empréstimos a entes públicos se estes tivessem, por lei, a prerrogativa de alterar ou rescindir tais contratos. Também não parecer ser minimamente compatíveis com o modelo de prerrogativas ao ente público os contratos de seguro, os de leasing e outros tantos, visceralmente atrelados a um regime jurídico próprio ao direito privado.”

⁵⁰³ GORDILLO, A. *Op. cit.*, p. 420: “El contrato de ‘adhesión’ que el país en desarrollo propone a los inversionistas no encuentra siempre ‘adherentes.’ El capital no conoce de ‘patriotismo.’ Y por lo demás no se trata siquiera de su propio país. Entonces los términos pueden invertirse: Es el que está dispuesto a otorgar el crédito al país que lo requiere, el que a veces fija las condiciones jurídicas del crédito, que se constituye también como contrato de adhesión, pero no ya a favor del Estado deudor, sino a favor del ente u organismo acreedor. Esta es la práctica corriente que viven los países en vías de desarrollo, muy similar a la situación de los gobernantes empobrecidos de dos siglos atrás, frente a ricos banqueros, comerciantes o empresas.”

⁵⁰⁴ CATAPANI, Márcio Ferro. *Títulos públicos: natureza jurídica e mercado – LFTs, LTNs, NTNs, TDAs e Tesouro Direto*, pp. 230-1.

⁵⁰⁵ CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 232: “A delimitação dos direitos referentes a um dado instrumento financeiro tem de ser feita de forma genérica, por meio de atos normativos, que servem de parâmetro ou moldura tanto para a verificação de quais são os direitos de que se trata, como para basear os negócios que os tenham como objeto.”

⁵⁰⁶ A ideia de fuga para o direito privado foi analisada em detalhes no trabalho de Maria João Estorninho, ganhando a partir de então atenção especial por parte da doutrina, ainda que o tema não fosse inteiramente inédito já no momento da publicação daquele trabalho. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, p. 94:

democrático, que consiste na comparação do gasto público com o pagamento dos credores da dívida pública *vis a vis* o gasto público decorrente de prestações do Estado no interesse de sua população. Assim, argumentar que se trataria de contratos de natureza privada, em alguma medida, representaria o mesmo que dizer que a eles não se aplicam os princípios decorrentes da primazia do interesse público e que justificam o papel de preponderância do Estado nos contratos de natureza administrativa⁵⁰⁷.

Não podemos concordar com essa opinião. A utilização de instrumentos de direito privado pelo Poder Público não significa a exclusão completa de regras de direito público⁵⁰⁸. Ainda que a contratação de operações de crédito, por exemplo, não se submeta à lei de licitações e contratos, deverá sempre respeitar os princípios da administração pública previstos no artigo 37 da CF/88, que impõem que a contratação se dê em respeito à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Deste modo, deverá eventual

“Ora, estes novos setores da actividade administrativa não podiam ser regidos pelo Direito Administrativo tradicional. De facto, tornava-se indispensável assegurar-lhes a maleabilidade de gestão necessária para lhes facilitar a inserção no meio económico onde passam a desenvolver a sua actividade. É verdade que anteriormente não se excluía a possibilidade de haver uma submissão de certos actos da Administração a normas jurídico-privadas e ao juiz judicial. Mas a verdadeira novidade consistiu em passar a admitir que serviços inteiros podiam ser regulados pelo Direito Privado e escapar ao controlo do juiz administrativo.” No direito brasileiro, deve-se destacar o trabalho de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, especialmente, em sua tese de livre docência, “Da aplicação do direito privado no direito administrativo”, de 1988. Ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública, passim*.

⁵⁰⁷ PINTO, Élda Graziane. *Controle da Administração do Endividamento Público*, p. 349: “A preocupação com a ‘fuga para o direito privado’ funda-se, pois, na tendência de que os particulares que compram os títulos da dívida pública (seus credores) impossibilitem ou constriam a capacidade de processamento dos mais diversos interesses sociais envolvidos com a assunção de endividamento pelo Estado. Dito de outra forma, o problema de se perceber como puramente privados os contratos de empréstimo público é que a fixação das balizas, das metas e dos termos contratuais escaparia ao crivo do embate com os demais interessados neste processo. Mas dessa justa preocupação democratizante decorre a existência de uma figura ontológica de assunção de dívida típica do Estado?”

⁵⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo*, p. 232: “No entanto, a fuga do direito administrativo não pode e nunca será total. Em primeiro lugar, porque os próprios instrumentos utilizados pela administração pública para transferir a gestão de serviços públicos aos particulares são regidos pelo direito administrativo, como ocorre com os contratos de concessão, os contratos de gestão, os convênios, os termos de parceria, tendo de sujeitar-se aos controles da administração pública, inclusive do Tribunal de Contas. Em segundo lugar, porque o regime jurídico a que se submete o particular que exerce a atividade estatal é híbrido: se é verdade que a entidade atua sob o regime de direito privado, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre responsabilidade civil perante os usuários, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo poder público, sobre regulação por agências reguladoras, as normas postas pelas mesmas compõem um direito administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a alteração e revogação) e com a desvantagem de serem baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo” E continua na página 233: “Por mais que se idealize a fuga do direito administrativo, ela nunca poderá ser integral, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derrogadas pelo direito público.”

contratação ser precedida de procedimento administrativo suficientemente transparente e objetivo de seleção de propostas, ainda que não espelhe na integralidade as regras de licitação previstas na Lei n. 8.666/1993. Também as regras de direito público previstas na LRF e na CF/88, aplicáveis às operações de crédito público, são comprovação de que jamais se poderá derrogar integralmente o direito público em matéria de endividamento. Daí não se conclui que todas as regras de direito público relacionadas a contratos administrativos sejam imediatamente aplicáveis.

Para países pobres, entre os quais em certa medida ainda se encontra o Brasil, a discussão sobre o poder de fixação unilateral de cláusulas contratuais perde relevância prática por não se tratar objetivamente de uma opção do Estado, mas de simples imposição do mercado financeiro, cuja aceitação dos títulos emitidos ou das cláusulas contratuais é condição sem a qual o endividamento público simplesmente não ocorre⁵⁰⁹. Assim, a submissão às condições de direito privado impostas pelos credores, especialmente no caso da dívida externa, é decorrência imediata da necessidade de redução do risco ao capital internacional, em concomitante relativização da noção de supremacia do Estado sobre os agentes privados⁵¹⁰.

É bastante comum, por exemplo, a exigência de que os contratos sejam assinados com cláusula de eleição de foro em território estrangeiro, preferencialmente sob regras de direito estrangeiro, normalmente a das principais praças financeiras internacionais (Londres ou Nova Iorque). Isto ocorre sob a perspectiva de que o Estado, assim, teria menor oportunidade de alterar as suas leis ou de exercer pressão sobre os seus órgãos jurisdicionais, para alterar os termos do acordo assinado em prejuízo do credor. Outra razão para a existência de tais cláusulas decorre da maior estabilidade das regras jurídicas dessas praças financeiras, reduzindo os custos de transação (na modalidade custos legais) das contratações. É também pressuposto desse movimento a flexibilização do princípio da imunidade do Estado à jurisdição estrangeira, quando este age sob regime de direito internacional privado⁵¹¹.

Ainda em sentido contrário à aplicação acrítica da supremacia do Estado na contratação dos empréstimos públicos, Márcio Catapani entende que, em caso de violação de

⁵⁰⁹ PINTO, Élide Graziane. *Op. cit.*, p. 355: “Diferentemente do que preveem as suas legislações orçamentárias e outras normas de direito financeiro, os Estados em desenvolvimento submetem-se à fixação da ‘vontade privada unilateral’ dos credores da dívida pública, sem qualquer capacidade de visitar as demais variáveis e demandas publicísticas envolvidas com a assunção de novo endividamento estatal.”

⁵¹⁰ PINTO, Élide Graziane. *Idem, ibidem*. “De todo modo, é importante observar que a determinação contratual por parte do credor e a submissão do Estado devedor aos termos fixados por aquele decorre do esvaziamento da idéia de soberania nacional. Gordillo (1998) bem lembra que – independentemente do regime do contrato ser publicístico ou privatístico – a finalidade buscada pela parte que outorga o empréstimo, pois, é sempre a mesma, qual seja, garantir a rentabilidade do seu investimento e ter segurança quanto ao retorno do capital.”

⁵¹¹ PINTO, Élide Graziane. *Op. cit.*, p. 356: “Senão veja-se que, quando há maior confiança, há maior predisposição de investidores em tomar empréstimos sujeitos à legislação e jurisdição local; se há menor confiança, maior será a exigência de que a jurisdição e a lei sejam outras. Esse esforço de fixação de outra jurisdição dos credores ocorre porque a regra da imunidade soberana, típica do Direito Internacional – segundo a qual um país não pode ser submetido contra sua vontade aos tribunais de outro país – vem sendo mitigada, quando se estima que o Estado estrangeiro atuou sob um regime de direito privado.”

normas que regulem a emissão de títulos públicos, deve-se privilegiar a segurança jurídica do mercado de dívida e, consequentemente do investidor, assegurando-se a totalidade do seu interesse, ainda que seja declarada a nulidade da emissão⁵¹².

Em conclusão, entendemos que, ao contratar, o Poder Público não abdica de sua autoridade, mas seleciona um instrumento que entende mais adequado para atingir ao objetivo de promover o interesse público⁵¹³. O mesmo pode-se dizer quanto ao regime jurídico aplicável à contratação, não deixando o Estado de ser Estado, meramente por sua submissão ao instrumento contratual ao qual livremente recorreu como forma de atingimento do interesse público.

Independentemente da espécie – se contrato de direito administrativo ou de direito público – aceita a natureza jurídica contratual dos empréstimos públicos, daí decorreriam duas importantes considerações. A primeira é a liberdade de contratar, expondo uma fundamental oposição em relação à compulsoriedade dos tributos (artigo 3º do CTN). A segunda diz respeito ao fato de que o seu caráter público decorre do aspecto subjetivo, dada a presença de ao menos uma pessoa de direito público na relação jurídica, fazendo incidir um conjunto especial de normas ligadas especialmente aos princípios da Administração Pública (artigo 37 da CF/88)⁵¹⁴. Como já afirmado, porém, daí não se conclui que todas as regras de direito público devam ser aplicadas.

Quando ressalta o papel da vontade na origem do crédito público, a teoria contratualista termina por excluir do conceito de empréstimo a base monetária, na medida em que esta é criada pelo Estado de forma independente de qualquer acordo de vontades⁵¹⁵. Assim,

⁵¹² CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 307: “Assim, se um título for emitido em dissonância com as normas vigentes para tanto, e for adquirido por um agente econômico qualquer, não pode o ente público pretender a anulação do título, a menos que prove a má-fé do adquirente ou do portador atual, que tenha eventualmente agido em conluio com órgãos do Estado.”

⁵¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*, p. 143: “A participação da Administração Pública em uma relação contratual não importa que ela esteja se despojando da autoridade ou renunciando ao poder extroverso. Significa que, para aquele específico cometimento ou para aquela satisfação do interesse coletivo, o Estado entende ser mais eficiente recorrer ao instrumento consensual (obrigacional) do que a mecanismos de autoridade (unilaterais).”

⁵¹⁴ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, pp. 6-7.

⁵¹⁵ Não é nova, porém, a ideia de que os títulos de dívida estatal têm características semelhantes à da moeda nos casos em que o governo goza de confiança da parte dos investidores. Ver, por exemplo, HAMILTON, Alexander. *First report on public credit. passim*, que afirma que quando o crédito público existe em bases confiáveis, os títulos públicos emitidos passam a ser substituto da própria moeda. “The advantage to the public creditors from the increased value of that part of their property which constitutes the public debt, needs no explanation. But there is a consequence of this, less obvious, though not less true, in which every other citizen is interested. It is a well known fact, that in countries in which the national debt is properly funded, and an object of established confidence, it answers most of the purposes of money. Transfers of stock or public debt are there equivalent to payments in specie; or in other words, stock, in the principal transactions of business, passes current as specie. The same thing would, in all probability happen here, under the like circumstances. ... It will be perceived at first sight, that the transferable quality of stock is essential to its operation as money, and that this depends on the idea of complete security to the transferee, and a firm persuasion, that no distinction can in any circumstances be made between him and the original proprietor.” Naturalmente, este

a emissão de moeda mais se assemelharia a um imposto, o chamado “imposto inflacionário” do que a uma dívida.

Considerando-se as restrições constitucionais e legais ao endividamento estatal, não se pode dizer que o Estado, na contratação de operação de crédito comporte-se da mesma forma que um particular. Entretanto, não se pode igualmente afirmar que a vontade do outro contratante (credor) do Poder Público seja irrelevante para a relação, motivo pelo qual devem-se excluir as hipóteses de se tratar a natureza dos empréstimos públicos de ato de império ou ato legislativo. Sendo assim, deve-se concluir tratar-se de caso de contrato ou instrumento financeiro, sobre os quais se aplicam normas específicas com regime híbrido de direito público e privado⁵¹⁶. Isto não implica, contudo, dizer, que os contratos de empréstimos públicos sejam contratos administrativos, a eles se aplicando a totalidade de regras previstas na Lei n. 8.666/1993.

Parte relevante da doutrina identifica a disciplina do crédito público às operações de empréstimo, nestas incluídas não apenas as operações convencionais de mútuo, mas também outras operações, como a entrega financiada de bens⁵¹⁷. Deve-se reconhecer, porém, ser delicada a questão, não se podendo falar em operação de crédito tão somente em razão de haver diferimento entre a entrega e o pagamento. Aliás, considerando as etapas da despesa pública, o diferimento entre entrega e pagamento dos bens ou serviços é a situação mais comum na esfera pública, dada a necessidade dos procedimentos para a liquidação da despesa antes do seu efetivo pagamento.

Fato é que o Estado não está limitado em suas escolhas quanto à melhor forma jurídica de atingir os seus fins. O Estado não está restrito na forma de contratação de operações de crédito, podendo empregar os diversos meios jurídicos em que o fenômeno se encontra⁵¹⁸. Nem por isso se poderá dizer que toda e qualquer contratação para pagamento futuro represente uma operação de crédito, ao menos do ponto de vista jurídico.

argumento tem maior força especialmente nos casos de emissão de títulos públicos ao portador e transferíveis por simples tradição, o que não é mais a realidade do Brasil, assim como não é mais a realidade da maior parte dos países, tendo em vista a revolução tecnológica envolvida na existência de títulos meramente escriturais, cujo controle da circulação ocorre de maneira informatizada.

⁵¹⁶ Estamos cientes do debate, no âmbito da doutrina comercialista, a respeito da natureza jurídica das debêntures, às quais parte da doutrina afasta a natureza contratual, e cuja discussão poderia servir, por analogia para os títulos públicos (ver AMARAL, José Romeu Garcia do. *Regime jurídico das debêntures*, pp. 46-64). Não pretendemos entrar nesse detalhamento quanto aos títulos públicos por se afastar do tema central do presente trabalho. Basta-nos para os nossos objetivos neste Capítulo, afirmar que os empréstimos públicos, sejam veiculados por meio de contratos bilaterais, sejam por meio da emissão de títulos de dívida pública, não são atos meramente de império ou atos legislativos, aos quais não seriam aplicáveis as regras de direito privado.

⁵¹⁷ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, p. 42: “A expressão ‘operação de crédito’, reiteradamente repetida pelo texto constitucional, deve ser entendida no sentido mais amplo possível. Nenhum caso de aplicação do conceito escapa a esta exigência. Tanto é operação de crédito o levantamento direto de um empréstimo, quanto a aquisição de bens e serviços para pagamento a médio ou longo prazo. As pessoas públicas recorrem aos empréstimos, realizando operações de crédito.”

⁵¹⁸ ATALIBA NOGUEIRA, José Geraldo de. *Op. cit.*, p. 75: “Nenhum instrumento lhe é vedado. São-lhe acessíveis todas as formas e meios que servem ao mercado financeiro de modo geral. Nesta matéria, nenhuma restrição sobre o Estado, pelo fato de ser poder público.”

Não existem restrições à forma pela qual o Estado realiza as suas operações de empréstimo, exceto as condições e limitações previstas na LRF e nas Resoluções do Senado Federal. Respeitadas essas prescrições, o Estado pode recorrer a qualquer forma contratual que entenda melhor atender aos seus interesses de gestão fiscal, financeira e também de gestão macroeconômica⁵¹⁹.

Cesar Andrade argumenta que o artigo 29, III, da Lei de Responsabilidade é apenas exemplificativo, sendo certo que a LRF não olvidou que a dinamicidade do mercado financeiro poderia produzir novas formas de endividamento do Estado, sem se amoldarem perfeitamente às situações descritas na própria legislação⁵²⁰. Isto não significa, porém, dizer que o artigo 29, III, da LRF autorize considerar como operação de crédito qualquer operação que envolva a antecipação de recursos no tempo. O preciso significado da expressão “outras operações assemelhadas” é o de que as operações de crédito podem aparecer sob outra roupagem jurídica, mas os elementos constituidores de uma operação como operação de crédito necessariamente deverão estar presentes para que se possam aplicar os limites, vedações e condições previstos na LRF.

A maior parte da doutrina reconhece no conceito de dívida pública apenas as obrigações decorrentes da concessão voluntária de créditos, o que excluiria tanto os empréstimos compulsórios e a base monetária, quanto as chamadas “dívidas da Administração”, decorrentes de atrasos no pagamento de fornecedores, servidores e outras obrigações⁵²¹.

A LRF, porém, inclui um caso de dívida da administração no cômputo dos limites da dívida consolidada, qual seja o dos precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos (artigo 30, § 7º)⁵²². O fato de tal menção ocorrer de forma expressa, porém, e apenas “para fins de aplicação dos limites”, deixa claro se tratar de uma inclusão *ad hoc* e não de uma enunciação do conteúdo do conceito de dívida pública que abarque também as “dívidas da Administração”.

Quanto à base monetária, tendo em vista a possibilidade de emissão de títulos perpétuos, cujo resgate é mero direito potestativo do Estado, entende-se que a distinção entre títulos públicos e moeda não é a temporariedade do primeiro em face da perpetuidade da última, mas sim o fato de que os títulos públicos implicariam custos futuros para o Esta-

⁵¹⁹ CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 38: “Não existe nenhuma limitação de ordem material acerca das formas pelas quais o Estado pode obter empréstimos, ou, mais precisamente, mútuos. Com efeito, todas as formas admitidas em direito são aptas para tanto.”

⁵²⁰ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *Op. cit.*, pp. 24-5: “O objetivo da LRF é atribuir a maior amplitude possível à definição de operação de crédito, evitando que a lei deixe de ser cumprida em função da dinamicidade dos mercados, que criam constantemente novas formas de financiamento.”

⁵²¹ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *Op. cit.*, p. 26.

⁵²² ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. *Op. cit.*, p. 27: “Logo, a LRF, em seu art. 30, § 7º, incluiu na definição de dívida pública consolidada, para aplicação dos limites, também a dívida da Administração (Ricardo Lobo Torres), no caso, a decorrente de condenação judicial, cujo precatório não tenha sido quitado durante a execução do orçamento respectivo. A LRF pretende, com isso, evitar o desequilíbrio das contas públicas mediante o financiamento ‘informal’ do ente, que poderia ultrapassar os limites da dívida por meio de práticas que não se inseririam na definição de operações de crédito.”

do, ao passo que a moeda não⁵²³. Contudo, com a mais recente tendência à observância de juros negativos em diversos países, mesmo essa distinção pode ser posta em dúvida.

Do ponto de vista jurídico, uma importante diferença entre os títulos públicos e a moeda consiste no fato de a última possuir curso forçado, no sentido de que apresenta poder liberatório de obrigações, o que não ocorre com os títulos públicos, que devem ser primeiro convertidos em moeda para após servirem de meio de pagamento de curso forçado⁵²⁴.

Em nossa opinião, agiu mal o legislador ao pretender conceituar operação de crédito no artigo 29, III, da LRF, sendo a atividade de definição de conceitos própria da doutrina e da dinâmica social. A desvantagem de uma tal tentativa legislativa de definição consiste no fato de o conceito apresentado não ser suficientemente claro, podendo ser utilizado tanto para uma definição ampla de operações que poderiam ser consideradas como operações de crédito, como para uma definição restrita. Ademais, por estar prevista em lei complementar, a correção de tal tentativa de conceituação deve-se dar por meio de rígido processo legislativo, o que também dificulta a sua evolução no tempo, a partir da evolução das práticas financeiras e econômicas.

Dado esse contexto, faz-se necessária a proposição de um conceito doutrinário de operações de crédito que, levando em consideração a intenção apresentada pelo legislador no artigo 29, III, e o espírito e a finalidade da LRF, além da própria CF/88, identifique os elementos caracterizadores deste tipo de operação, a distingui-la de outras operações financeiras a cargo do Estado, para as quais não deverão ser aplicadas as condições e vedações contidas na LRF aplicáveis às operações de crédito.

Com base em todos os elementos apresentados até o momento no presente trabalho julgamos ser possível definir operação de crédito, para fins da aplicação das regras de responsabilidade fiscal presentes na CF/88 e na LRF como sendo a operação financeira típica por meio da qual o Estado se vale de seu crédito junto a poupadores, públicos, privados, internos e externos, para obter, no presente, recursos, em moeda nacional ou estrangeira, com o compromisso jurídico de devolver a integralidade de tais recursos, acrescidos ou não de eventuais encargos financeiros acordados. Nas operações de crédito, portanto, o risco assumido pela contraparte está intimamente relacionado ao risco geral de solvência do Estado, sendo este o responsável imediato ou mediato pela devolução dos recursos no futuro.

Partindo deste conceito será possível identificar as operações sobre as quais deverão incidir as regras específicas previstas na Constituição e na LRF, distinguindo das operações em que, embora haja recurso ao crédito público, não se apresentam como operação de crédito, do ponto de vista jurídico.

⁵²³ CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 181, n. 523: “Pode-se concluir, portanto, que sob a perspectiva da obtenção de recursos pelo Estado, os títulos públicos diferenciam-se da moeda não simplesmente porque são, no mais das vezes, temporários. A diferença real reside no fato de que a moeda não implica gastos posteriores para o Estado, em contraposição aos títulos, que necessariamente pressupõem tais gastos futuros.”

⁵²⁴ CATAPANI, Márcio Ferro. *Op. cit.*, p. 183: “Nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.880/94, combinado com o art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.069/95, o real, moeda corrente brasileira, tem poder liberatório, ou seja, tem a capacidade de extinguir as obrigações cuja prestação tenha por conteúdo dar valor determinado – pagar quantia certa –, não podendo ser recusado o seu recebimento em tais circunstâncias.