

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO FINANCEIRO

1.1 A ascensão do Estado de Direito liberal e a conformação da atividade financeira do Estado

A manutenção da estrutura administrativa do Estado e o desempenho das funções e atividades que ele em si concentra envolvem a realização de despesas públicas e, portanto, o dispêndio de recursos financeiros, o que, por sua vez, exige do Estado a busca de meios para a obtenção das correspondentes receitas. As necessárias ações estatais de obtenção, gestão e dispêndio de recursos financeiros compõem, *grosso modo*, a atividade financeira do Estado.

Essa atividade financeira é elemento essencial do Estado. Não há como se conceber um Estado, mesmo em suas formas pré-modernas, sem ela.¹ Tal como não há Estado sem Direito, entendido este como ordem normativa e coercitiva estatal disciplinadora da vida em sociedade.

¹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 41.

O Direito presta-se, ainda, à normatização da própria organização político-administrativa do Estado, bem como do seu funcionamento, mesmo que, sob regimes arbitrários, a autoridade que outorga o Direito a ele não se subordine, alterando-o ou excepcionando-o a sua conveniência. E, estando a atividade financeira entre as atividades típicas do Estado, a sua disciplina pelo Direito também precede, em muito, o Estado moderno.

Conforme afirma Fernando Facury Scaff, o modelo de Estado adotado define a forma como se dará a regulamentação da atividade financeira. Estabelece, portanto, as características do Direito Financeiro.²

Por outro lado, a instabilidade das normas aplicáveis ao Estado, por decisão arbitrária de um soberano ou de qualquer outra autoridade, não permite afirmar que sempre houve uma submissão do Estado ao Direito, mas apenas que sempre houve uma correlação entre Estado e Direito.

A efetiva submissão do Estado ao Direito – e, por conseguinte, da sua atividade administrativa e financeira – é característica associada ao Estado de Direito, paradigma de Estado consolidado na Inglaterra, na Europa Continental e nos Estados Unidos, no contexto de predomínio da ideologia liberal do século XIX. Em suas bases alicerça-se o contemporâneo Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição brasileira de 1988 e em outras tantas constituições democráticas.

Conforme adverte Nina Ranieri, “na história da civilização moderna ocidental, nunca houve a ideia de um poder inteiramente sem controles”.³ O mesmo é afirmado por Elías Díaz, segundo quem, em todas as épocas – mesmo naquelas em que há o predomínio dos denominados Estados absolutos –, existiram controles de caráter não jurídico, mas religioso ou moral, a funcionar como limites ao poder do Estado.⁴

Para Díaz, a limitação do poder pelo Direito própria do Estado de Direito se diferencia das comuns limitações religiosas e éticas – e mesmo das limitações jusnaturalistas –, por impor “regulações e controles” inscritos de forma estável no direito positivo.⁵

² SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 79.

³ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2019, p. 220.

⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madri: Edicusa, 1979, p. 14.

⁵ Idem, p. 15.

Porém, mesmo a compreensão da lei como instrumento de limitação do poder não é característica inédita do Estado de Direito. Estava presente, por exemplo, no pensamento grego e, particularmente, nas doutrinas de Platão e Aristóteles,⁶⁻⁷ e mesmo em outros povos da Antiguidade, na Idade Média e no *ancien régime*, ainda que mais como um ideal do que como uma forma institucionalizada de limitação do Estado.⁸

De fato, a institucionalização da submissão do poder ao Direito, consolidada no século XIX, caracteriza importante transformação que marca a transição do Estado absolutista para o Estado liberal burguês. Esta não é, contudo, a característica verdadeiramente distintiva do Estado de Direito, que o diferencia dos modelos que o antecederam ou daqueles que dele modernamente discrepam.

Em linha com o que afirma Jorge Reis Novais, essa característica distintiva seria, em verdade, a centralidade dos direitos fundamentais, como limitadores da própria lei e garantidores da liberdade do homem perante o Estado. Salienta o autor que, na Grécia antiga, inexistia a consciência de uma oposição entre indivíduo e Estado, já que o Estado seria o próprio povo. E, a despeito de se reconhecer ao indivíduo “uma esfera livre e *independente* do Estado”, a ela “nunca se atribuiu caráter jurídico”.⁹

Apesar das diferenças entre as matrizes do Estado de Direito – umas de maior teor jusnaturalista, fundadas em direitos originários e superiores que se impõem ao Estado, como a anglo-saxônica e a francesa, e outra, germânica, mais formalista, que atribuía exclusivamente ao Estado o papel de emanção do Direito –, era-lhes comum a ideia de limitação racional do poder do Estado baseada nos direitos de liberdade do homem.

Outro diferencial do modelo introduzido pelo Estado de Direito é a extensão dada aos direitos de liberdade, com pretensões universalizantes, como direitos inatos ao homem (apesar de restrições de gênero e etnia com que o paradigma do Estado de Direito conviveu, além de critérios censitários no que

⁶ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 219.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 30-31.

⁸ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 19.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 32-33.

tange aos direitos políticos), enquanto, no Estado antigo, esses direitos eram estamentais, próprios da condição específica de cidadão da *Polis*.¹⁰

Parece-nos adequada a afirmação de Ernst Wolfgang Böckenförde de que o Estado de Direito está entre aqueles conceitos incapazes de serem inteira, objetiva e conclusivamente delimitados, em virtude de sua construção histórica não linear, variável conforme as especificidades de tempo e lugar, ainda que lhe possa ser identificado um núcleo essencial. Mesmo esse “núcleo essencial” é de incerta delimitação. Trata-se, portanto – e segundo o jurista alemão –, de um conceito cambiante, aberto a concretizações diversas, somente vinculado a um núcleo substantivo, que lhe dá lastro.¹¹ Novais, de forma semelhante, o identifica como “conceito marcadamente polissêmico”, em decorrência de sua construção sob realidades e perspectivas diferentes.¹²

A garantia da liberdade individual e a limitação do poder são, sem dúvida, elementos que compõem o núcleo essencial do Estado de Direito. Porém, para além da liberdade como direito formal, o rol de direitos e garantias reconhecidos ao homem como forma de lhe resguardar e promover a liberdade individual é historicamente cambiante. Nesse sentido, Novais elege, “como componente essencial e determinante do conceito, o núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do cidadão”. Seria esse, portanto, “independentemente da época, países ou condições de vigência”, “o elemento sem o qual não haverá Estado de Direito”. E a limitação jurídica do poder – a qual identifica como “o outro pólo da ideia” – justificar-se-ia, tão somente, “em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais”.¹³

Díaz, do mesmo modo, assevera que o objetivo de todo Estado de Direito e de suas instituições básicas se centra em prover suficiente segurança jurídica para os direitos fundamentais, que, como conquista histórica, constituem “*elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho*”.¹⁴

Filiando-nos, desde logo, às conclusões *supra*, invocamos, porém, o pertinente alerta de Böckenförde, no sentido de que a adequada compreensão do

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 33.

¹¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000. p. 18.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 22.

¹³ *Idem*, p. 25.

¹⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 38.

Estado de Direito impescinde do conhecimento da sua origem e de seu desenvolvimento histórico.¹⁵

Quanto à sua origem, é interessante apontar a relevância do aspecto econômico e, por conseguinte, da atividade financeira do Estado nas insurgências que antecederam e contribuíram para a emergência do novo paradigma. Nelas estavam presentes, primariamente, o objetivo de resguardar o patrimônio privado da espoliação, em face de uma tributação tida por escorchante, e, secundariamente, a intenção de impor limite ao poder estatal de forma mais ampla. O controle mais preciso e o direcionamento da atuação – financeira e, consequentemente, material – do Estado constituíram demandas seguintes.

Importante, nesse contexto, observar que a capacidade financeira do Estado é a medida do seu próprio poder, já que dela depende seu potencial de realização material, seja bélico, policial ou mesmo prestacional e interventivo. Justamente por isso, Saínz de Bujanda aponta, entre os motivos à resistência à tributação, a contenção do Estado ao “cumprimento das finalidades que a consciência de cada época lhe impõe”.¹⁶

Muitos enxergam na Magna Carta inglesa, do século XIII, o antecedente mais significativo do processo que culminou com a ascensão do Estado de Direito. Novais adverte não ser pacífica, contudo, a sua especificidade em relação às cartas de franquia (ou forais ibéricos), correntes no cenário medieval e que consistiam em pactos firmados entre os príncipes e seus vassalos aristocráticos, em que se resguardavam direitos destes em face daquele, limitando-o em seus poderes, em troca do reconhecimento da sua supremacia real.¹⁷

A Magna Carta igualmente constitui um pacto fruto das exigências dos altos estamentos da época dirigidas à monarquia inglesa. Traz em si, portanto, preponderantemente, direitos estamentais.¹⁸ Porém, a fórmula adotada, por seus termos universais (“*to all free man of our Kingdom*”), dava abertura a uma generalização e individualização daqueles direitos, o que, contudo, somente

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 18.

¹⁶ SAÍNZ DE BUJANDA *apud* SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 46.

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 36.

¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 55-56. No mesmo sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 53.

se operou séculos depois, ensejando mudança na própria percepção – e má compreensões contextuais – daquele documento histórico.¹⁹

De mais relevante, quanto ao aspecto jurídico-financeiro, a Magna Carta traz o que seria o embrião do princípio da legalidade tributária, ao subordinar a imposição de tributos à autorização do Conselho-Geral do Reino (ou Grande Conselho do Reino), equivalente, *grosso modo*, a um Parlamento moderno, apesar do caráter estritamente estamental daquele.²⁰ Traz, portanto, as bases da ideia de “consentimento tributário”, porém desprovida de caráter isonômico e minimamente democrático, ante a ausência de representatividade do Conselho-Geral do Reino.

Trata-se, de todo modo, se não da primeira, de emblemática posituação de regras típicas de Direito Financeiro, conforme ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a marcar o início de “uma longa *fase regaliana* para as *finanças* públicas, em que modestas conquistas de disciplina do poder real, tanto na Inglaterra quanto no Continente, só apareceriam mui lentamente” (grifos do autor).²¹

A apreciação da despesa pública pelo Parlamento constituiu um passo superveniente, fruto da ascensão do pensamento liberal, especialmente entre os séculos XVII e XVIII. Nesse contexto se insere o *Bill of Rights*, de 1689, como resultado da Revolução Gloriosa inglesa, o qual ampliou a exigência de consentimento para a generalidade dos tributos, condicionando-os, ainda, à apresentação de um demonstrativo real de como os tributos seriam empregados.²² Naquele episódio histórico, o Parlamento inglês, ao entregar a coroa a um novo rei protestante, reservou para si a atribuição soberana de criar o Direito pela via legislativa, sobretudo no que tange à disciplina da matéria fiscal.²³

Foi também no contexto daquela revolução liberal que se consagrou na Inglaterra o reconhecimento dos direitos inatos do homem, “não já como privilégios outorgados ou pactuados”, oponíveis mesmo ao Parlamento, cuja sobe-

¹⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 55-56. No mesmo sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 53.

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 55-56.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

²² Idem, p. 13.

²³ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 59.

rania era, naquele contexto, igualmente buscada.²⁴ Faltava, contudo, segundo Díaz, a institucionalização necessária, que somente veio a se lograr, e não de forma plena, nos textos constitucionais.²⁵

A relevância da experiência inglesa é destacada por Novais, também, em virtude de seu vanguardismo, na medida em que se desenrolava enquanto no Continente “se atingia, na altura, o apogeu do poder absoluto e ilimitado do Monarca”.²⁶

A questão tributária esteve na gênese, também, da insurgência das colônias norte-americanas contra a coroa inglesa e da sua Declaração de Independência, de 1776, conforme evidencia a inserção, na Declaração de Direitos da Virgínia – que àqueloutra antecedeu em dias – do princípio do consentimento. Os documentos tiveram por marco a consagração normativa, pela primeira vez, de “direitos inatos”, inerentes à condição humana.²⁷

A Constituição americana, de 1787, por sua vez, além de reafirmar vários dos direitos consagrados nas declarações de Virgínia e de Independência – particularmente, nas primeiras dez emendas que logo lhe seguiram e que constituem o chamado *Bill of Rights* americano –, trouxe inovadora disciplina da despesa pública, bem como a obrigação republicana de prestação de contas das receitas e despesas públicas.²⁸

Na França, apesar de a ideia subjacente ao princípio do consentimento ser identificada em períodos remotos, somente após a superação do absolutismo, no bojo da Revolução Francesa, que o princípio de fato exsurgiu, tendo sido consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assim como na Constituição revolucionária de 1791.²⁹ Esta consagrou, ainda, a fixação das despesas públicas pelo Parlamento e o dever de prestação de contas.³⁰⁻³¹

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 53.

²⁵ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 23-24.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 53.

²⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 60-61.

²⁸ *Idem*, p. 62-63.

²⁹ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2017. p. 10-12.

³⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 64-66.

³¹ Segundo Scaff, foi também a Constituição revolucionária francesa, de 1791, “que introduziu as primeiras obrigações sociais do Estado”. Dispunha sobre educação pública, universal e gratuita, bem como segurança social (“socorros públicos”). Aquela Constituição teve curta vigência, sendo substituída por outra, em 1793, que trazia preocupações sociais semelhan-

Na Alemanha ainda pré-unificação, sob a influência do processo revolucionário de 1848, foi outorgada, pelo Rei Frederick William IV, da Prússia, uma Constituição monarquista, porém com concessões liberais, a qual atribuía ao Parlamento a aprovação do orçamento público e, portanto, das receitas e despesas do governo.

Em linha com o posicionamento de Díaz aqui já exposto, Ranieri insere o movimento constitucionalista liberal no processo de consolidação do Estado de Direito, na medida em que corporifica a submissão do Estado ao Direito na figura de uma Constituição escrita, à qual incumbiria lhe organizar a estrutura e a divisão funcional do poder, além de assegurar aos cidadãos direitos fundamentais.³² Coerentemente, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prescreve: “Uma sociedade em que a garantia de direitos não está assegurada e a separação de Poderes não está determinada não tem Constituição”. Hoje, nas palavras de Canotilho, “o Estado só se concebe [...] como *Estado constitucional*”.³³

Novais destaca, ainda, o caráter de limite supraestatal da Constituição, que permite sobrepor os direitos fundamentais nela consagrados ao próprio legislador, fazendo-os se impor sobre todas as funções do Estado. Assim, mesmo a “vontade geral (expressa no Parlamento) encontra-se, também ela, vinculada ao respeito dos direitos inatos e naturais, verdadeiros limites pré e meta-estaduais que as ‘Declarações’ não constituem, mas tão só reconhecem”.³⁴

Essa ampla limitação dos poderes do Estado, tocante a todas as suas funções, só se faz possível pelo reconhecimento da supremacia da Constituição.³⁵

Apesar das conquistas na esfera do direito positivo – inclusive em nível constitucional – o controle das finanças públicas pelo Parlamento encontrou entraves na prática política. Na França, por exemplo, a despeito da existência de

tes, mas não teve sequer vigência efetiva. Prevaleceu a Constituição de 1795, de maior inclinação burguesa. Esta significou, nas palavras de Scaff, “um refluxo nas transformações e expectativas vividas até então, constituindo-se em uma vitória da burguesia e o encerramento da fase tipicamente popular daquela revolução” (SCAFF, Fernando Facury. *Idem*, p. 66-67).

³² RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 301-302.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 86.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 51-52.

³⁵ *Idem*, p. 77-78.

sucessivas disposições constitucionais a respeito desde o fim do século XVIII, a despesa pública permaneceu tida como de “domínio reservado ao Poder Executivo”, até a primeira metade do século XIX.³⁶

Na Alemanha, a submissão constitucional do orçamento público à aprovação legislativa também não foi suficiente para garantir esse controle parlamentar diante da instalação de conflito entre o Poder Executivo monárquico e o Parlamento – ou, mais especificamente, a sua câmara baixa, de composição eletiva. Na ocasião, o Poder Executivo passou a efetuar, *sponte propria*, despesas públicas não acatadas pelos deputados. A prática obteve endosso doutrinário de ressonante obra de Paul Laband,³⁷ em que o autor afirma o orçamento público como lei *sui generis*, meramente formal, com reflexos duradouros sobre o pensamento jurídico europeu continental e latino-americano.³⁸

Assim, em um processo evolutivo não linear, de ascensão política da burguesia e disseminação do pensamento liberal, edificou-se um Estado de Direito coerente com as liberdades individuais, como as de exercício de ofício e atividade econômica, de concorrência, de expressão, consciência e culto, de associação e reunião, e o direito de propriedade, porém sob uma perspectiva excessivamente individualista e patrimonial (à qual Novais denomina “individualismo possessivo”), “essencialmente marcada pela defesa da propriedade como critério que condicionava a interpretação, valoração, alargamento ou atribuição dos restantes direitos”.³⁹

Daí a especial relevância dada às limitações tributárias, voltadas, sobretudo, à proteção da propriedade privada e do produto da atividade econômica burguesa e balizadoras da própria capacidade financeira do Estado e, consequentemente, do seu potencial de atuação.

Nesse mesmo cenário se insere a caracterização dos direitos fundamentais como direitos negativos, como “esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado”,⁴⁰ os quais reclamariam, tão somente, a abstenção do Estado.

³⁶ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 13.

³⁷ “*Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*”, traduzida para o espanhol em LABAND, Paul. *Derecho Presupuestario*. Trad. José Zamit. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

³⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 68-71.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 80.

⁴⁰ *Idem*, p. 78.

Trata-se, contudo, de concepção até certo ponto retórica. O Estado liberal não era um Estado meramente absentéista, nem as liberdades individuais, direitos estritamente negativos. Exigiam do Estado – como hoje exigem – que lhes fossem providas as condições institucionais necessárias ao seu exercício, além de proteção contra investidas de terceiros, por meio, por exemplo, dos aparatos de segurança e judicial do Estado. Demandavam, portanto, prestações positivas e, como tal, financeiramente onerosas, o que denota muito mais uma opção política quanto a que e a quem dirigir a atuação estatal e o seu limitado potencial financeiro.⁴¹

Sob o Estado de Direito liberal, os gastos públicos eram bastante contidos, como forma, inclusive, de se prevenir uma maior necessidade de absorção da riqueza privada pela tributação e o rechaçado intervencionismo estatal, associado ao Estado de Polícia absolutista, preservando-se, assim, a previsibilidade e a segurança exigidas pelo nascente modo capitalista de produção.

Nesse contexto, era de grande relevância o papel de controle financeiro do Parlamento, tanto pela necessária aprovação do orçamento público, quanto pelo acompanhamento da execução orçamentária. Como forma de permitir um controle parlamentar mais efetivo, desenvolveram-se os princípios orçamentários modernos como os da anualidade orçamentária, universalidade, unidade e especificação.⁴²

Jean Luc-Albert narra a escalada do “poder financeiro” do Parlamento francês, ao longo do século XIX – a qual invocamos a título de exemplo –, que passou da aprovação global do orçamento pleiteado pelo Poder Executivo para uma apreciação cada vez mais detalhada, frequentemente artigo por artigo, tendo assumido, em algumas ocasiões, o papel de “verdadeiro autor” do projeto orçamentário.⁴³

Também sob aquele Estado liberal, pregava-se, em conformidade com o liberalismo econômico do período e sob inspiração das ideias de Adam Smith (século XVIII) e de outros economistas como Jean-Baptiste Say, David Ricardo e Frédéric Bastiat (século XIX), a neutralidade da atividade financeira estatal, como forma de evitar perturbações às “leis naturais” de mercado, as quais conduziriam, pela conjugação dos interesses privados egoísticos e muitas

⁴¹ Cf. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 1999.

⁴² ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 14.

⁴³ Idem, p. 14-15.

vezes antagônicos, a uma otimização da eficiência na alocação de recursos e à máxima vantagem coletiva, como “benefícios sociais não intencionais”.⁴⁴⁻⁴⁵

Nesse sentido, o equilíbrio do orçamento público era tido à época como um princípio – inclusive de conteúdo jurídico.⁴⁶ Decorria daí a aversão ao déficit público e, portanto, à utilização da dívida para a cobertura de insuficiências financeiras, salvo em situações excepcionais (de guerra, por exemplo). Vinculava-se, assim, a despesa pública aos limites jurídicos incidentes sobre a receita tributária, ainda que, àquela época, não fossem incomuns os déficits públicos, mesmo que indesejados.

Paulatinamente, contudo, ainda sob a égide do Estado de Direito liberal, a aversão ao endividamento público foi sendo flexibilizada, conforme se abordará mais adiante.

A despeito da presença do propósito essencial de proteção da liberdade individual e dos direitos fundamentais, o Estado de Direito liberal – e com ele a própria compreensão de então dos direitos fundamentais – foi moldado de acordo com os interesses ascendentes da época.⁴⁷ A mesma apropriação se deu com a separação dos poderes e a decorrente legalidade administrativa – concebida em termos bastante estritos – diante de um legislativo verdadeiramente representativo da classe burguesa (até em virtude da prevalência do voto censitário), o que tornava do interesse desta o fortalecimento do Parlamento.

Assim, não obstante seu potencial de restrição ao exercício arbitrário do poder, em prol da proteção dos direitos individuais, o Estado de Direito liberal serviu, em boa medida, ao atendimento dos interesses da nova classe dominante.⁴⁸ A centralidade atribuída à propriedade não permitia, conforme Díaz, uma proteção suficiente aos direitos e liberdades dos homens não proprietários, nem o pleno acesso de todos aos direitos políticos.⁴⁹

Tais circunstâncias não restringem a validade dos elementos fundamentais do Estado de Direito liberal – proteção aos direitos fundamentais e separação dos poderes – àquele Estado burguês. Trata-se, conforme pontua Novais, de

⁴⁴ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 120-121.

⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 60.

⁴⁶ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 120-121.

⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 73.

⁴⁸ *Idem*, p. 74-75.

⁴⁹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 27.

elementos essenciais a todas as manifestações históricas do Estado de Direito que se seguiram.⁵⁰ No mesmo sentido, Díaz enxerga na limitação do arbítrio e na afirmação dos direitos e liberdades do homem uma “conquista histórica irreversível”, que não se esgota naquele Estado liberal.⁵¹

I.2 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

Na gênese do Estado de Direito liberal, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais constituíam-se em fim e fator de legitimação da atuação do Estado. Enquanto a validade formal dos atos do Estado decorria de sua conformidade à lei, de acordo com o princípio da legalidade, “a sua legitimidade – aquilo que verdadeiramente permite a sua qualificação como actos de um Estado de Direito –” dependia de sua coerência com a centralidade dos direitos fundamentais. Prevalencia, portanto, já sob aquele paradigma, uma concepção material do Estado de Direito.⁵²

Porém, passada a afirmação do Estado de Direito liberal, estando incorporados social e normativamente os seus valores, e consolidada a dominância política da classe burguesa, observou-se a ascensão de uma concepção formal do Estado de Direito, inspirada, sobretudo, pelo pensamento jurídico germânico. Fortaleciam-se, “como dimensão determinante ou exclusiva da racionalização do Estado”, as suas formas características, anteriormente moldadas como “técnicas de proteção daqueles direitos” e que passavam a ser consideradas como “valores autónomos”. Dessa forma, o conceito de Estado de Direito passava a cada vez mais identificar-se com seus “elementos formais-instrumentais” – a separação de poderes, a submissão da administração à lei (princípio da legalidade) e a justiciabilidade dos atos administrativos.⁵³

Segundo Novais, esse processo, por si só, não ensejava mudança significativa no paradigma do Estado de Direito, na medida em que – e enquanto

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 75.

⁵¹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 26.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 103.

⁵³ Idem, p. 105. No mesmo sentido, BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 24.

– os pressupostos políticos em que se fundava o Estado liberal continuavam socialmente fincados.⁵⁴

Não obstante, a paulatina redução do Estado de Direito a seus contornos formais – embora estes contivessem em si importantes limites ao arbítrio do Estado – permitiu a sua instrumentalização para os fins mais diversos, inclusive para fins dissociados da tutela da individualidade humana.⁵⁵

Essa neutralização do sentido político do Estado de Direito, posteriormente potencializada pela ascensão do positivismo jurídico e de sua objetividade cientificista, alheia à permeabilidade do Direito a valores, possibilitou a abertura do conceito de Estado de Direito a regimes políticos contrastantes com os valores liberais que moldaram aquele paradigma, particularmente os regimes autoritários ou totalitários do entreguerras europeu.⁵⁶

Ao mesmo tempo, surgiram tentativas de definição de um novo conteúdo material do Estado de Direito, associadas às ideias de justiça da época, de diferentes influências ideológicas.⁵⁷ Essas ideias de justiça espelhavam, sobretudo, a crescente preocupação social, fruto de um senso de urgência despertado pelas mazelas sociais da nascente sociedade industrial – onde ganharam maior visibilidade em meio ao intenso processo de urbanização associado à Revolução Industrial – e pelas convulsões sociais do período.

A temática social estava presente, também, nos pensamentos que inspiraram os regimes antiliberais de então: o fascista italiano, o nazista alemão e o socialista soviético. Estes, contudo, não propunham verdadeiramente uma nova significação do Estado de Direito, na medida em que se opunham a sua própria essência, relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade individual.

Paralelamente àquele processo de rediscussão e reconstrução do conteúdo material do Estado de Direito, a própria percepção dos direitos fundamentais foi alterada. Eles deixaram de ser vistos apenas como garantia da liberdade individual perante o Estado, passando a ser vistos como instituições objetivas ou como valores cuja função não seria apenas limitar e controlar o Estado, mas, também, legitimar e estimular a realização de objetivos e tarefas materiais pelo

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 109.

⁵⁵ *Idem*, p. 124-125.

⁵⁶ *Idem*, p. 114-115.

⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 32.

Estado.⁵⁸ Esse fenômeno é descrito pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas como “uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais”, pela qual se transportou – ou, mais precisamente, se ampliou –, “o conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas”.⁵⁹

Isso se refletiu, conforme destacado por Scaff, na redação de novos textos constitucionais em que se contemplavam, além das liberdades individuais, direitos sociais, a exemplo da pioneira Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919.⁶⁰

As tarefas e objetivos do Estado, antes inteiramente entregues à política, ganharam normatização constitucional, em um processo que Habermas qualifica como de “materialização” ou “remoralização” do direito, pelo qual se abriu a argumentação jurídica “a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins”, em “abalo” ou “corrupção” da arquitetura constitucional de então.⁶¹

Exsurgia, nesse contexto, o paradigma do Estado Social, sob o qual o papel do Estado de promotor de segurança foi ampliado, de modo a atender uma crescente demanda por segurança social.⁶² E, para tanto, a consagração de novos direitos fundamentais, de cunho social e econômico, serviu de instrumento. Em decorrência, o Estado assumia mais fortemente a função intervencionista, abrangendo iniciativas assistenciais e redistributivas que operassem ativamente contra a desigualdade.⁶³

⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., ibidem.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 307-308.

⁶⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 73-77. A esse respeito, Wolfgang Abendroth adverte que, apesar da consagração de direitos sociais na Constituição de Weimar, estes foram rapidamente reduzidos a “fórmulas vazias” pela jurisprudência, considerados “normas programáticas” desprovidas de força vinculante sobre o legislador ordinário (ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político*. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 17-19).

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, cit., p. 304-306.

⁶² RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 131.

⁶³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p., 35-37.

Esse intervencionismo manifestava-se também no domínio econômico, onde o Estado passou a atuar tanto de forma direta, pela exploração da atividade econômica, na posição de “Estado empresário”, como de forma indireta, pelo direcionamento da iniciativa privada, voltado a objetivos jurídica e politicamente traçados.⁶⁴

A Constituição de Weimar trazia, inclusive, expressa autorização à socialização dos meios de produção, mediante lei e condicionada a prévia indenização, em aceno às aspirações socialistas do movimento operário.⁶⁵

Apesar da mudança de postura do Estado,⁶⁶ o novo desiderato foi compatibilizado com a igualdade jurídica e os direitos e liberdades individuais, presentes no cerne do Estado de Direito liberal – ao menos na maioria dos países ocidentais desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França e Itália, onde se pôde identificar a emergência de elementos de um Estado Social de Direito,⁶⁷ a despeito de posteriores desvirtuamentos, os mais emblemáticos deles ocorridos na Alemanha e na Itália. Esses direitos e liberdades, porém, foram submetidos a nova perspectiva, no sentido de que a sua universalização não prescindiria de uma atuação estatal positiva.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 184.

⁶⁵ ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político*, cit., p. 17.

⁶⁶ Não obstante a inegável mudança de postura do Estado com o advento do Estado Social, é importante atentar que o Estado de Direito liberal não rechaçava em absoluto a intervenção do Estado na economia, nem negligenciava por completo a questão social. Conforme bem destaca Novais, “os antecedentes da actividade assistencial do Estado podem ser claramente localizados no século XIX ou ainda antes. Assim, desde o século XVII que se encontra na Grã-Bretanha, a partir das *poor laws*, uma tentativa de organizar a assistência social de forma sistemática; mas é sobretudo nos finais do século XIX que, sob o impulso conjugado das lutas populares e de intenções políticas de reforma social, se assiste na generalidade dos países europeus, e a partir das *mútuas* privadas, ao progressivo estabelecimento, por parte do Estado, dos seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais e ao aparecimento de uma legislação laboral tendente a refrear os excessos mais chocantes do capitalismo selvagem, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino”. E, no mesmo sentido, “também a consagração constitucional dos chamados direitos sociais não é uma *descoberta* do século XX, na medida em que já as Declarações de Direitos da Revolução Francesa estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas Constituições do século XIX” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 180-181).

⁶⁷ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 96.

O Estado Social manteve, também, como aponta Díaz, outras características e exigências do Estado de Direito, como o império da lei – esta proveniente de um órgão legislativo representativo –, a separação dos Poderes e, em termos mais específicos, a legalidade administrativa.⁶⁸

As próprias necessidades da Primeira Grande Guerra e, em seguida, as necessidades de reconstrução, de enfrentamento da Grande Depressão e, por último, da nova Guerra Mundial exigiam do Estado uma intervenção mais ampla na economia, “com as restrições à liberdade contratual e ao direito de propriedade, a disciplina pública de importantes sectores industriais e da comercialização da generalidade dos bens, o fracionamento político dos mercados internacionais”.⁶⁹

As novas funções assumidas pelo Estado dele demandavam a ampliação de sua estrutura e, conseqüentemente, uma relevante elevação da despesa pública, o que foi financiado tanto pela expansão da carga tributária – gerando, assim, maior pressão sobre a atividade econômica e a propriedade privada – como pelo endividamento público, desvencilhando-se do antigo dogma do orçamento público equilibrado.

A ascensão do Estado Social marca, também, o declínio do “poder financeiro” do Parlamento, tal como construído ao longo do século XIX. Diante da nova atuação do Estado no domínio social e econômico, de forma intervencionista e dirigente, ganha relevância a ideia de um planejamento centralizado e a deferência à burocracia executiva, com sua tecnicidade e especialização temática, tanto no que se refere ao delineamento das políticas públicas, quanto à gestão das finanças públicas em si, que ganhavam em complexidade na medida em que se expandiam as atividades estatais. Nesse contexto, a iniciativa legislativa em matéria orçamentária foi atribuída de forma privativa ao Poder Executivo na generalidade dos países, e a intervenção parlamentar no processo orçamentário foi restringida.⁷⁰

Exsurge daí uma nova predominância do Poder Executivo em matéria financeira, assim como em outras matérias, a que Díaz se refere como “*primacía del ejecutivo*”.⁷¹ Não se trata, contudo – ao menos nos países em que preserva-

⁶⁸ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 98.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 182.

⁷⁰ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 15-19.

⁷¹ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 97.

dos os valores liberais –, de um regresso à exclusividade do Poder Executivo na matéria, própria do regime absolutista. Ao Poder Legislativo preservou-se, sobretudo, um poder de controle, garantido pela manutenção da prerrogativa de aprovação da proposta orçamentária do Poder Executivo, bem como por outras inerentes à fiscalização da execução orçamentária.⁷² Nas palavras de Díaz, esse “*ejecutivo fuerte*”, característico do Estado Social, diferenciava-se do “*ejecutivo absolutamente incontrolado*”.⁷³

A intensificação da exação tributária que se fez necessária relativizava, por sua vez, em maior ou menor medida, a propriedade privada e a liberdade econômica, em nome do reconhecimento de outros direitos igualmente relacionados à ideia de liberdade.

Tal relativização de elementos basilares do Estado de Direito liberal gerou controvérsia quanto à compatibilidade entre Estado Social e Estado de Direito e, por conseguinte, quanto à possibilidade de se falar em um Estado Social de Direito, tal como consagrou textualmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (*sozialer Rechtsstaat*).

Por certo, a pretensão de uma potestade fiscal ilimitada, capaz de efetivar, por si só, a redistribuição da riqueza objetivada pelos valores da justiça social, põe em risco a garantia da propriedade⁷⁴ e de outras liberdades. Daí a necessidade de uma adequada calibragem para que se possa cogitar verdadeiramente de um Estado Social de Direito.

Porém, concordamos com Novais quando aponta que a propriedade, a despeito do “lugar proeminente [que ocupava] na esfera de autonomia individual” sob o Estado de Direito liberal, “não pode ser elevada a fim exclusivo ou identificador do ideal de Estado de Direito”. Conforme defende, o valor essencial do Estado de Direito está antes na tutela da dignidade da pessoa humana e da liberdade que lhe é inerente, a despeito da variabilidade do seu conteúdo valorativo conforme a “consciência jurídica geral” de cada época.⁷⁵

Por outro lado, a possibilidade de intervenção transformadora do Estado sobre os diversos âmbitos da vida em sociedade – particularmente, o social e

⁷² ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 18-19.

⁷³ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedade democrática*, cit., p. 98.

⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 39.

⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 198.

o econômico –, em função de um objetivo de justiça, e o fortalecimento do Poder Executivo aproximam, em alguma medida, o Estado Social do Estado de Polícia absolutista, assim como de outras formas antiliberais de centralização do poder.⁷⁶

Nesse sentido, Díaz alerta que não há que se falar em Estado Social (ou Estado Social de Direito) sem que atendidas as exigências próprias do Estado de Direito. Em especial a submissão do Poder Executivo a limites e controles, o que pressupõe a separação de Poderes e a legalidade administrativa, ainda que compreendida em termos distintos de outrora, admitindo-se maior liberdade de ação do Poder Executivo, inclusive normativa, porém ainda adstrita aos contornos constitucionais e legais e ao controle do Poder Legislativo.⁷⁷

O componente democrático, caracterizador do Direito e do agir estatal como expressões da vontade geral, não estava efetivamente presente na gênese do Estado de Direito, ante uma representação legislativa, à época, essencialmente burguesa.⁷⁸⁻⁷⁹ Poder-se-ia falar, porém, em democracia formal, não como oposta à democracia real, mas como uma “democracia insuficiente”, que trazia as bases de uma verdadeira democracia, possibilitando o caminho progressivo para uma democracia plena.⁸⁰

Apesar de uma possível dissociação entre Estado de Direito e democracia, esta incorpora, assim como aquele, a liberdade como valor, da qual extrai a exigência de autodeterminação do homem coletivamente considerado. Identifi-

⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 191-192. No mesmo sentido, DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 100.

⁷⁷ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 99-101.

⁷⁸ *Idem*, p. 31.

⁷⁹ Segundo Rodrigo Mudrovistch, o caráter não democrático dos governos representativos ao tempo do Estado de Direito liberal não decorria estritamente de eventuais restrições ao exercício do direito de sufrágio, a exemplo do voto censitário, mas de uma distinção existente entre representantes e representados e inerente ao processo eletivo, por sua necessária seletividade (por se tratar, em essência, de um processo seletivo), mas intensificada por razões culturais, econômicas (custo das campanhas eleitorais) e mesmo restrições legais à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado) (MUDROVITSCH, Rodrigo. *Democracia e governo representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50-55), o que permitia a apropriação da representação legislativa pela classe burguesa.

⁸⁰ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 145.

ca-se, em tal ponto, a raiz da democracia moderna no individualismo liberal, tal qual a do Estado de Direito.⁸¹

A despeito de reconhecer pontos de contato entre o Estado de Direito e o princípio democrático, Böckenförde identifica, igualmente, pontos de tensão, os quais decorrem da necessidade de compatibilização entre a liberdade de conformação política majoritária, própria da democracia, e os limites a ela impostos pelos direitos fundamentais.⁸² Trata-se, no entanto, de uma contraposição que, para a maioria da doutrina, integra-se à atual configuração do Estado de Direito como Estado Democrático de Direito⁸³ e à moderna compreensão da democracia, dita substantiva.

O Estado Democrático de Direito pauta-se, justamente, nessa dimensão substantiva do princípio democrático – para além dos aspectos formais (existência de eleições livres) e políticos (efetiva competição e participação política) –, que incorpora a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, os direitos fundamentais como princípios fundamentais, condicionantes da legitimidade do sistema jurídico e político.⁸⁴ Subordina, assim, a soberania popular – e o princípio majoritário a ela inerente – à dignidade de todo e cada ser humano, como limite e direção.

Em relação ao Estado Social, a democracia apresenta inegável potencial sinérgico, conforme identifica Böckenförde, em vista da igual liberdade de participação política que lhe caracteriza – ao menos em termos ideais –, o que abre espaço para que demandas sociais sejam incorporadas pela vontade política geral. Ao mesmo tempo, o pleno exercício da liberdade política, para grande parcela da população, impescinde da viabilização de condições materiais mínimas pelo Estado, própria do Estado Social.⁸⁵

No Estado Democrático de Direito a democracia se apresenta como novo elemento de legitimação do domínio estatal, da subordinação do homem ao

⁸¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 76-77.

⁸² Idem, p. 119.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 93-94.

⁸⁴ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 332.

⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 129.

Estado, impondo-lhe alguma reciprocidade, pela subordinação do Estado à vontade popular.⁸⁶

A efetiva busca da legitimação do Estado na democracia, verificada, por exemplo, na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ganhou força a partir da segunda metade do século XX, após o término da Segunda Guerra Mundial, expandindo-se, paulatinamente, por toda a Europa ocidental, América Latina e Leste Europeu, e para além desses limites.

Exemplo disso é a inserção da democracia, em seus elementos formais mais nucleares – participação política (direta ou indireta), direito de votar e ser votado, voto secreto, universal e periódico, eleições legítimas –, nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos que se seguiram ao arrefecimento dos combates da Segunda Guerra Mundial: a pioneira Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 21⁸⁷), e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (art. 25⁸⁸), os quais compõem, com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Observa-se, portanto, no atual estágio evolutivo, uma confluência entre os princípios do Estado de Direito e do Estado Social e o princípio democrático, do que resulta a expansão do desiderato de segurança jurídica para além da segurança necessária à estabilidade das relações sociais, institucionais e políticas,

⁸⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 77. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 280).

⁸⁷ “Art. 21. 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

[...]

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.”

⁸⁸ “Art. 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.”

e mesmo da segurança social demandada no início do século XX, incorporando uma segurança existencial, garantidora das diversas potencialidades humanas amparadas pela ordem constitucional, aí incluídas a autodeterminação coletiva e a efetiva participação democrática que lhe é pressuposto.

Nesse contexto, a democracia desponta como elemento de integração de diferentes crenças e valores, diante de comunidades nacionais cada vez mais plurais, cada vez mais globais. Permite, assim, nas palavras de Ranieri, a transformação “[d]o potencial conflito em diálogo e competição não violenta” pela definição política de prioridades,⁸⁹ preservando a estabilidade (e a segurança), tal como se espera do Estado.

A Constituição, por sua vez, se coloca como “um acordo sobre valores fundamentais”,⁹⁰ plurais e potencialmente conflitantes, que nela interagem e se integram, fornecendo fundamento axiológico para todo o ordenamento jurídico e balizas para o necessário e permanente processo político-decisório. Da imperatividade dessas balizas são pressupostos a supremacia da Constituição e o correlato controle de constitucionalidade, formal e material, dos atos do poder público e, particularmente, das leis. Nas palavras de Gustavo Binimbojm, esses valores, “como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal”.⁹¹ Deles derivam, nas palavras de Heleno Torres, os “reais e concretos fins objetivos do Estado”.⁹²

Isso não significa, no entanto, a negação e a substituição da política pelo Direito. Não suprime o necessário espaço de decisão política, mas o submete a critérios jurídicos, procedimentais e substantivos, extraídos da Constituição,⁹³ no que Binimbojm chama de “ação política juridicamente embasada”.⁹⁴ Os procedimentais se referem, especialmente, à democraticidade do processo decisório, enquanto os substantivos relacionam-se com os objetivos e fins constitucionalmente consagrados, em relação aos quais incumbe à política estabelecer

⁸⁹ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 82.

⁹⁰ *Idem*, p. 312-313.

⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 106.

⁹² TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 86.

⁹³ *Idem*, p. 122.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, cit., p. 107.

prioridades e o melhor caminho para a sua realização, dentro dos limites das capacidades materiais do Estado.⁹⁵

Nesse sentido, Scaff ressalva que a liberdade quanto à escolha dos meios ou quanto à velocidade a ser empregada na persecução dos fins constitucionais ainda pertence ao âmbito da política, desde que os meios adotados sejam adequados aos fins pretendidos.⁹⁶

E mesmo os critérios jurídico-constitucionais que se impõem à decisão política não deixam de a esta se subordinar, com alguns limites, especialmente às decisões políticas do constituinte derivado reformador. Conforme Böckenförde, a titularidade popular do poder constituinte se destina à conformação de uma ordem normativa dotada de permanência, porém não imutável. Esta não se pode conceber como algo dado previamente, como “*um fundamento ideal-normativo necesario*”, como uma ordem natural ou divina, mas como fruto do poder popular de disposição sobre a configuração da ordem política e social, não exercido de uma única vez e de uma vez por todas, mas constantemente, ainda que com pretensão de perenidade.⁹⁷

Os limites que se impõem à política, no que tange à modificação dos critérios dados pelo Direito – particularmente, pela Constituição – dizem respeito à própria opção fundamental quanto ao modelo de Estado instituído, opção a qual não se abandona sem a erosão da própria ordem constitucional vigente. No que tange ao moderno Estado Democrático de Direito, esses limites referem-se aos direitos e garantias fundamentais, em especial àqueles pertinentes às minorias, e às estruturas democráticas de formação da vontade geral e de controle da representação política. Nas palavras de Ranieri, sob tal paradigma, “não há disponibilidade sobre direitos fundamentais e sobre o regime democrático [...], assim como não o há em relação à forma federativa de Estado, à separação dos Poderes e aos demais mecanismos de controle do poder”.⁹⁸ Outro limite são as cláusulas pétreas politicamente eleitas pelo constituinte originário, voltadas à proteção de escolhas constituintes que, em tese, corporificam a identidade básica do texto.⁹⁹

⁹⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 144-145.

⁹⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*, cit., p. 299.

⁹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, cit., p. 51.

⁹⁸ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 333.

⁹⁹ Há na doutrina constitucional aqueles que questionam a legitimidade democrática das cláusulas pétreas, por supostamente restringirem a autodeterminação democrática das próximas

Dessa forma, o Estado Social e Democrático de Direito pode – conforme defendido por Novais –, preservando o seu núcleo essencial, “acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas” e, dessa forma, colocar-se como “princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas”, com sua cambialidade própria de uma “sociedade politicamente heterogénea, pluralista, atravessada por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas”.¹⁰⁰

1.3 A necessária leitura constitucional do Direito Financeiro no Estado Democrático de Direito e a teoria da Constituição Financeira

A Constituição brasileira de 1988, aderindo ao estágio de evolução do Estado de Direito então presente, procurou delinear o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, nos termos do que expressamente proclama o seu art. 1º.

Não deixou, igualmente, de consagrar o *bem-estar* e a *justiça sociais* como valores, em extensão tal que permite afirmar se haver instituído verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito,¹⁰¹ a exemplo do Estado de Direito democrático e social alemão, inaugurado pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e de “novas democracias” que precederam à brasileira, como o Estado

gerações, que não poderiam, por meio da reforma constitucional, modificar as escolhas políticas protegidas por tais cláusulas. Alguns veem no procedimento da *dupla revisão* (revogação da cláusula pétrea em si, seguida da modificação de disposições que ela preservava) uma forma de contornar essa restrição, fazendo das cláusulas pétreas tão somente um reforço de estabilidade de certas opções constitucionais, não significando, porém, a sua plena imutabilidade (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138-139). Jorge Miranda, por exemplo, a despeito de admitir a dupla revisão, exclui tal possibilidade quanto às cláusulas pétreas que verdadeiramente protegeriam princípios fundamentais da Constituição, os quais seriam inerentemente imodificáveis. Seriam estas, portanto, cláusulas pétreas meramente declaratórias, diferentes das que se refiram a elementos não essenciais da Constituição, as quais estariam sujeitas a revogação (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 2. ed. 1988, p. 175-182).

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 214-218.

¹⁰¹ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 76.

de Direito democrático português, de 1976, e o Estado social democrático espanhol, de 1978. Em todos, “há marcante positivação de normas de direitos fundamentais e princípios de justiça material, como expressões normativas dos valores sociais”, conforme identifica Ranieri.¹⁰²

O Estado Social brasileiro é explicitado já no preâmbulo constitucional, quando traz, entre os fins do Estado Democrático então instituído, a garantia do exercício dos direitos sociais e do bem-estar social. O mesmo se verifica em seus objetivos fundamentais de justiça social, inscritos no inciso III do art. 3º (erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais), no amplo rol de direitos fundamentais, que contempla considerável lista de direitos sociais (em especial, aqueles dos arts. 6º e 7º), e nos objetivos específicos da sua ordem social, indicados no art. 193: “bem-estar e a justiça sociais”.

A adoção constitucional do paradigma do Estado Democrático de Direito traz em si um conteúdo valorativo próprio, complexo e estruturante, o qual o legislador constituinte pretendeu incorporar ao Estado e ao Direito brasileiros. Deve servir, portanto, de lente para a leitura das demais normas constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo e de norte para a atuação do Estado.

Não é diferente com a atividade financeira do Estado, cujo tratamento jurídico sempre refletiu o modelo de Estado vigente e, portanto, a ascensão e evolução do paradigma do Estado de Direito, até sua conformação mais moderna. Assim, para a adequada compreensão do Direito Financeiro e dos institutos que lhe são específicos, a exemplo da dívida pública, em um Estado Democrático de Direito, é necessário aprofundar-se no conteúdo valorativo que lhe é inerente, o qual envolve, além de aspectos de sua construção histórica, já tratados, o delineamento a ele dado pelo texto constitucional, que lhe empresta singularidade.

Para tanto, adotamos como referencial teórico, a teoria da Constituição Financeira, de Heleno Torres, a qual “tem por objeto a atividade financeira do Estado na Constituição segundo os valores do Estado Democrático de Direito” e a intertextualidade constitucional, a partir de uma visão unitária da Constituição,¹⁰³ servindo, nas palavras do professor, como metodologia para

¹⁰² RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*, cit., p. 311.

¹⁰³ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 25-26.

a aplicação do Direito Financeiro “em conformidade com os valores e regras constitucionais”.¹⁰⁴

Ela adota, portanto, a unidade da Constituição como premissa e, a partir dela, propõe uma visão sistêmica do Direito Financeiro constitucional, não restrita aos limites do capítulo constitucional das finanças públicas e a uma leitura estanque das disposições que este encerra, mas que perpassa toda a Constituição, naquilo que tenha repercussão sobre a atividade financeira do Estado.

Trata-se de um método “positivista metódico-axiológico”, conforme definido por Torres, caracterizado por um “positivismo excludente”, em que são afastadas influências morais. Sem olvidar, contudo, o conteúdo axiológico e o relativismo próprio da Constituição de um Estado Democrático de Direito, inerentes ao “necessário convívio entre princípios e fins do sistema”, provenientes de uma construção jurídica democrática em uma sociedade complexa e pluralista.¹⁰⁵

A constitucionalização ampla do Direito Financeiro – observada, segundo Torres, assim como na Constituição de 1988, nos textos analíticos de outras Constituições contemporâneas – pode ser vista como uma decorrência do Estado Democrático de Direito, como forma de delinear os princípios daquele ramo jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, além de aprimorar o equilíbrio entre os Poderes em matéria financeira.¹⁰⁶

O propósito de um controle mais efetivo da gestão financeira também está presente nesse processo de constitucionalização, do qual resultam parâmetros jurídicos que possam se impor mesmo “a governos com maioria legislativa, [...] que poderiam facilmente alterar as leis como forma de flexibilizar as medidas de fiscalização ou de controle”.¹⁰⁷

Torres enxerga tal constitucionalização como “conquista fundamental da sociedade”,¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ pela segurança jurídica que proporciona em relação ao exer-

¹⁰⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 29.

¹⁰⁵ Idem, p. 29; 67-70.

¹⁰⁶ Idem, p. 50.

¹⁰⁷ Idem, p. 145.

¹⁰⁸ Idem, p. 75.

¹⁰⁹ Torres não ignora, contudo, as correntes críticas à ampla constitucionalização do Direito Financeiro na Constituição de 1988, especialmente “quanto à especificidade analítica das disposições sobre despesas públicas, a pretexto de que isso significa restrição à autodeterminação democrática do povo”, comumente mencionada como uma peculiaridade brasileira. Não obstante, ele a defende por entendê-la “protetiva de minorias, de direitos e liberdades

cício do poder financeiro pelo Estado e quanto a seus impactos. Tanto sobre os indivíduos como sobre a coletividade.

A teoria da Constituição Financeira parte de três pressupostos principais para propor uma compreensão constitucional do Direito Financeiro: (i) a necessária relação de coordenação (“de *interconstitucionalidade*”) entre a “Constituição Financeira” e as demais “Constituições parciais”, em especial as Constituições Econômica, Político-Federativa e Social; (ii) a assunção dos fins constitucionais como definidores dos fins da Constituição Financeira, com a exclusão de outros fins supostamente pré ou supraconstitucionais; e, especialmente, (iii) a centralidade dos valores do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988.¹¹⁰

A partir daí, busca identificar no texto constitucional, em sua integralidade, naquilo que tangencia a atividade financeira ou que sobre ela repercute, “todos os princípios, valores, competências e garantias definidores do conteúdo do Direito Financeiro”.¹¹¹

Conforme Torres, a Constituição Financeira, por meio dos mecanismos financeiros que lhe são próprios, cumpre as funções mais gerais de um Estado de Direito – e pertinentes, portanto, à própria Constituição total –, “como organizar a estrutura do Estado, preservar a normalidade e a estabilidade da ordem jurídica, servir de integração permanente dos órgãos e funções do Estado, limitar e controlar o poder, proteger direitos e liberdades fundamentais”,¹¹² além de funções dirigentes, voltadas à mais ampla concretização dos direitos sociais e à consecução dos fins de desenvolvimento e justiça social inseridos na Constituição.

Tais funções guardam coerência com os valores e, por conseguinte, com os fins do Estado Democrático de Direito, os quais sintetizamos, em termos gerais, em três, todos de central importância para a discussão do papel da dívida pública federal e do respectivo regime jurídico em um Estado Democrático de Direito. São eles (i) a limitação do poder do Estado e, por conseguinte, da discricionariedade decisória; (ii) a abertura do processo decisório ao fenômeno democrático; e (iii) a proteção da segurança jurídica, entendida em termos amplos, nela abrangida a garantia dos direitos fundamentais.

fundamentais” e mesmo “do intervencionismo do Estado” voltado à concretização dos fins constitucionais (Idem, p. 145).

¹¹⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 75-77.

¹¹¹ Idem, p. 39-40.

¹¹² Idem, p. 104-105.

A função de controle também é correlata aos valores do Estado Democrático de Direito e instrumental à persecução dos fins supraenunciados, permitindo fiscalizar a necessária aderência da gestão pública às escolhas democráticas – manifestadas pelo voto popular, mas também pelas deliberações parlamentares – e de ambas à Constituição, aos procedimentos e limites por ela impostos e aos direitos fundamentais nela consagrados.

A compreensão dos fins constitucionais como fins da atividade financeira, tal como proposto por Torres, justifica o abandono da ideia de instrumentalidade da atividade financeira, a que comumente se refere a doutrina,¹¹³ – senão como instrumentalidade inerente a todas as atividades do Estado, voltadas que são à consecução de seus fins –, preferindo-se falar na sua *funcionalidade*, pela necessária conformação do exercício do poder financeiro aos fins e objetivos constitucionais.¹¹⁴

Assim, tanto o auferimento de receitas quanto a realização de despesas condicionam-se aos fins constitucionais. E não só essas duas frentes de atuação financeira, já que a atividade financeira do Estado a elas não se restringe.

Quanto ao conceito de atividade financeira, adotamos o trazido por Jean-Luc Albert – ao se referir ao poder financeiro do Estado (*pouvoir financier public*) –, por sua adequada amplitude, abrangendo, além do dispêndio público e da arrecadação tributária, as diferentes formas de obtenção de receitas pelo Estado, a possibilidade de recorrer a empréstimos públicos, a emissão de moeda e, de modo geral, a intervenção financeira na economia.¹¹⁵

Em todas essas frentes a observância dos fins e valores constitucionais igualmente se impõe, como no caso do endividamento público, que é objeto de atenção deste trabalho, tanto como meio de financiamento suplementar do Estado, quanto como instrumento de intervenção do Estado na esfera econômica.

Ainda a respeito do endividamento público, há que se considerar – em vista dos princípios da unidade e da máxima efetividade da Constituição e por “exigência de *concordância prática*” – que as “regras constitucionais de meio”

¹¹³ Como se observa tanto na doutrina pátria quanto na doutrina estrangeira, a exemplo de Lapatza, que afirma a atividade financeira “*como una actividad instrumental, como una condición para el desarrollo del resto de las actividades del Estado y como um médio para conseguir sus fines*” (LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Curso de derecho financiero español*. 18. ed. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 118).

¹¹⁴ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 29.

¹¹⁵ ALBERT, Jean-Luc. *Finances Publiques*, cit., p. 8.

que lhe são pertinentes não podem ser interpretadas em divergência com as “regras constitucionais de fins”, conforme imperativo hermenêutico destacado por Torres.¹¹⁶

A Constituição, no entanto, “não encerra em si todo o direito”, constituindo um “quadro-normativo”, com maior ou menor densidade, a depender da matéria tratada, de onde se extraem atribuições de competências e definições de procedimentos, bem como diretrizes e limites materiais, associados aos princípios e valores nela consagrados.¹¹⁷

Como bem-posto por Torres, sequer se deveria esperar de uma Constituição “um sistema perfeito e acabado, com todas as regras necessárias para reger todas e quaisquer relações da sociedade e da economia. Como obra humana e destinada à permanência e continuidade temporal, prescreve princípios e valores a serem observados”.¹¹⁸

Dessa forma, a complementação da Constituição Financeira depende diretamente da atuação do legislador, especialmente do legislador federal,¹¹⁹ a quem se atribuiu a competência para o estabelecimento, por meio de lei complementar, de normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis a todos os Poderes e a todas as esferas federativas (art. 163 da CR/1988), no que se insere o regime jurídico da dívida pública, o regime jurídico fiscal, a respeito do qual se pretende aqui dialogar.

E, nesse sentido, não se admite do Parlamento atitude passiva na matéria, na medida em que, ao fazê-lo, expõe a gestão fiscal a uma insuficiência de parâmetros normativos, quando considerado o arcabouço jurídico idealizado na Constituição, mas dependente de concretização legislativa.

Importante frisar que, a despeito da necessária aderência constitucional que se impõe à atuação legislativa, persiste espaço de decisão política e conformação democrática não apenas quanto ao direcionamento da gestão fiscal, mas também quanto ao próprio regime jurídico que sobre ela se imporá, desde que guardada a devida coerência com as regras pertinentes já contidas na Constituição e com os princípios desta.

¹¹⁶ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*, cit., p. 116.

¹¹⁷ Idem, p. 111.

¹¹⁸ Idem, p. 151.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*.

Sob essas premissas conduziremos a discussão do regime jurídico infra-constitucional pertinente ao controle da dívida e do endividamento público, o já referido regime jurídico fiscal.

