

O planejamento dos programas de duração continuada e jurisdição constitucional de exceção

Marcelo Arno Neling²⁵

Artigo interdisciplinar que envolve o direito constitucional financeiro e a gestão de políticas públicas. O comando constitucional de planejamento e os argumentos dos agentes dos 3 poderes da União, no escrutínio constitucional das políticas públicas de duração continuada. Alteração das regras fiscais, flexibilização da execução orçamentária, regime emergencial e jurisdição constitucional de exceção. Declaração de calamidade pública pela Covid-19 e jurisdição constitucional de exceção.

1. Introdução

A universidade necessária (RIBEIRO, 1975) descreve, analisar e interpreta as primeiras medidas de enfrentamento da Covid-19 à luz do direito constitucional financeiro brasileiro (TORRES, 2014). Os argumentos das autoridades e a coordenação fiscal, com destaque para a política de planejamento dos programas de duração continuada. Doutrina e jurisprudência da qual emergem argumentos como: “instituição de um ordenamento de exceção”; “jurisdição constitucional da exceção” cujo efeito poderia “pôr em xeque a própria democracia”; “ditadura ou Estado de exceção financeiro”, que foi irradiado, sem requerimento, para todos os entes da Federação. Ou ainda, um “regime extraordinário financeiro”, com o risco de “instaurar uma exceção constitucional” e, “a pretexto de defender a democracia (e a

25 bacharel em direito, especialista em pedagogia universitária, mestre em instituições jurídico políticas, doutor em direito do estado e pós-doutor em engenharia e gestão do conhecimento. Professor da EACH-FFLCH-USP. <https://orcid.org/0000-0001-7651-7960> mnerling@usp.br.

Constituição), as instituições passam a atacá-la”. É o que se verá pela leitura, com fundamentação. Pelo momento, recordar que o artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), define como obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. Os atos que criarem ou aumentarem essa despesa, deverão ser instruídos com uma estimativa prevista e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio, e a comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. Considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

É sempre bom lembrar que a Constituição estabeleceu os regimes de emergência para o enfretamento de crises econômicas e políticas nos artigos 136 e 137, com a decretação de “estado de sítio ou estado de defesa”. Nenhum deles trata especificamente sobre a possibilidade de alteração das regras fiscais para conferir maior flexibilidade à execução orçamentária. Por que o regime de calamidade pública o faria?

2. Vontade de Constituição financeira e políticas públicas de duração continuada

O planejamento é determinante para o setor público. O artigo 174 da CF e “programas de duração continuada” estão contidos no direito constitucional financeiro (TORRES, 2007, p 37). As políticas públicas de duração continuada são base para a programação operacionalização, orçamentária, financeira, patrimo-

nial e contábil, porque definem a condição das chamadas políticas de Estado, podendo, e devendo, os governos seguintes, avaliar os programas para que tenham a garantia de continuidade com foco nas evidências, luz nos problemas e justificativa para uma continuidade baseada em evidências.

O regime emergencial, Decreto Legislativo de calamidade pública e de como o Judiciário entra nessa história

A LC 101/00, no Artigo 65, autoriza um “regime emergencial” para os casos de reconhecimento de “calamidade pública” e serve para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos e da limitação de empenho. O Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020 (CONGRESSO NACIONAL, 2020) reconheceu o ‘estado de calamidade pública’, entretanto, tal dispositivo não seria capaz de suspender outras exigências fiscais. Uma semana após o reconhecimento oficial da pandemia, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com pedido de medida cautelar foi proposta pelo Presidente da República. O Judiciário em cena com a paradigmática ADI 6.357/DF. Na petição inicial a Advocacia Geral da União (AGU) ataca o arranjo constitucional-financeiro (TORRES, 2007, 47), porque o ‘planejamento’ e ‘transparência’ são a base da responsabilidade fiscal. Os argumentos: a incerteza envolvida no dimensionamento da crise, em nível global e nacional, inviabilizaria o estabelecimento de “parâmetros seguros, sobre os quais os referenciais de resultado fiscal poderiam ser adotados”, e a “compensação exigida, remanesceria como alternativa o aumento da carga tributária, justamente nessa circunstância suficientemente gravosa”, justificaria as medidas para diminuir os riscos e efeitos severos para a saúde dos brasileiros, com os reflexos para a economia nacional. Negou, a priori, a “instituição de um **ordenamento de execução** – à margem dos controles jurídicos”. Disse “garantir a

concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal”, em tempos de emergência, pedindo a “incidência ponderada dos dispositivos da LRF e LDO/2020”.

3. Moderadores normativos do planejamento e cenários políticos de previsibilidade

Na ADI 6.357/DF a AGU pediu o afastamento, durante a vigência do Decreto de calamidade pública, do artigo 17, por exemplo, com o argumento de “riscos sociais ou individuais de várias ordens”. A estimativa e a compatibilidade de novos gastos, para o Executivo, seriam apenas um “moderador normativo do planejamento a longo prazo, que só é plena de sentido em cenários políticos de previsibilidade”. O orçamento estaria destinado à execução de políticas públicas “ordinárias e regulares” em razão do seu potencial previsibilidade, passíveis de adequação às leis orçamentárias. O art. 65 da LRF, estaria “aquém dos ajustes que seriam necessários para preservar a celeridade decisória que contextos de calamidade impõem” para “eficiente atuação do governo federal frente às demandas fiscais e sociais que se apresentam diante da atual pandemia da corona vírus”. O contexto de crise sanitária, fiscal e econômica exigiria “a formulação de políticas públicas emergenciais e que seriam imprevisíveis”. Em resumo, “inconstitucionalidade da norma” por ofensa frontal aos “princípios constitucionais” da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); garantia do direito à saúde (artigos 6º, caput, e 196), e valores sociais do trabalho humano e garantia da ordem econômica (artigos 1º, inciso I; 6º, caput; 170, caput; e 193).

4. A cautelar em decisão monocrática

O Ministro Relator concedeu "INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade

pública, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. A cautelar foi aplicada “a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública.” (STF, 2020)

6. A decisão cautelar e repercussão sistêmica

Os argumentos da ADI 6.357/DF (STF, 2020) (re)pisaram aqueles da ADI 2.238/DF (STF, 2019). Os 10 Ministros se posicionaram pela constitucionalidade, dentro outros, do art. 17 da LRF! Em 2019 o voto do Ministro Alexandre de Moraes foi pela constitucionalidade do artigo 17 da LRF, baseado no “mecanismo positivo de prudência fiscal para as despesas obrigatórias continuadas, de modo geral, e ações de seguridade social, de modo específico”. A ideia de ‘equilíbrio intertemporal’ sustenta que não é possível, nem razoável, que a sociedade precise arcar com novos gastos orçamentários, “sem custo demonstrado ou estimado, sem estudo de repercussão econômico-financeira”, baseado apenas em “propostas legislativas indefinidas, porém, geradoras de despesas continuadas e descontroladas”. O amadurecimento fiscal é esperado pela “superação da cultura do oportunismo político, da inconsequência, do desaviso, e do improviso nas Finanças Públicas, todos fomentadores da complacência do mesmo descalabro fiscal”. Para legitimar a expansão de despesas rígidas e prolongadas com um processo deliberativo mais transparente, probo e rigoroso e garantir que os direitos assim constituídos venham a ser respeitados “sem solução de descontinuidade” das justas expectativas de segurança jurídica, evitaria a nefasta corrosão da confiabilidade conferida aos gestores públicos, argumentou, à época, o Ministro.

7. O Planejamento e as exceções

Um ano depois, o mesmo Ministro: - “Há, porém, situações”! As “situações supervenientes absolutamente imprevisíveis que afetam a execução do orçamento planejado”, tornando “óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade”. O “excepcional afastamento da incidência dos artigos” não conflitaria “com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF”. Escreveu não acreditar em “gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou improviso nas Finanças Públicas”, mas sim, aqueles necessários e “destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção”. Último argumento: proteção à vida, à saúde pública e ao bem-estar da sociedade, a proteção ao SUS, a temporalidade, proporcionalidade e razoabilidade. (STF, 2020).

8. A reação da comunidade acadêmica à decisão monocrática

A crítica chamou de “jurisdição constitucional da exceção” o argumento do Ministro Alexandre de Moraes, cujo efeito poderia “pôr em xeque a própria democracia”. A pretexto de interpretar “suspendeu a eficácia de lei complementar e de lei ordinária”, assumindo o risco de “autorizar uma espécie de ‘ditadura’ ou ‘Estado de exceção financeiro’ que foi ‘irradiado sem requerimento para todos os entes da Federação’”. Na prática, uma decisão para “blindar” os governos contra eventual responsabilização, sem se importar com o funcionamento de uma jurisdi-

ção constitucional de exceção, um regime extraordinário financeiro com menos planejamento e menos transparência, que “não aposta na accountability da execução orçamentaria como forma de solução para a crise”. O risco é “instaurar uma exceção constitucional” quando, a pretexto de “defender a democracia (e a Constituição), as instituições passam a atacá-la”. A “fronteira entre o remédio e o veneno, Pharmakon, são tênues e porosas”. (STRECK, OLIVEIRA, SILVA, 2020)

9. As informações do Senado da República ou argumento do Legislativo

A Advocacia do Senado Federal, prestou informações remontando à “democracia e desconfiança” (HART, 2010). “Não compete ao Judiciário intervir em decisões discricionárias dos órgãos políticos (mérito legislativo)”. As decisões políticas necessárias e suficientes ao enfrentamento da crise de saúde pública, da crise econômica, e da emergência humanitária “já estão sendo integralmente adotadas”. Para o Relator, a “Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra”, logo, em “situação normal nenhum parlamentar defenderia a flexibilização de regras administrativas, fiscais, financeiras e monetárias presentes na Constituição”, mas “não estamos em uma situação normal, estamos diante de uma situação excepcional sobre a qual — mesmo não tendo sido prevista pela Constituição — temos o dever de dar uma resposta concreta”, e “a iniciativa da Câmara coaduna-se com medida cautelar exarada”. (STF, 2020)

Considerações finais

O modelo regulatório das finanças públicas foi tomado de exceção. O “verdadeiro e necessário amadurecimento fiscal do Estado”, com a superação da cultura do oportunismo político, da inconsequência, do desaviso e do improvisado nas finanças públicas, todos fomentadores da complacência, dos poderes, não se

viu. Os três poderes, blindaram os governos contra eventual responsabilização, orientaram assim o funcionamento de uma jurisdição constitucional de exceção, implementado por um regime extraordinário financeiro, com menos planejamento e menos transparência. Não foi uma aposta na accountability da execução orçamentaria como forma de solução para a crises e pandemias.

Bibliografia

BRASIL [Congresso Nacional]. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Reconhece, para fins do art. 65 da Lei Complementar 101, a ocorrência do estado de calamidade pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2022.

BRASIL. [Supremo Tribunal Federal, 2019]. Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.238/DF. BRASIL. [Supremo Tribunal Federal, 2020]. Ação Direta de Constitucionalidade nº 6.357/DF. HART ELY, J. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MÜLLER, F. Direito, linguagem, violência – elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. _____. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERLING, M. A. O planejamento dos programas de duração continuada e jurisdição constitucional de exceção. In: VALENTIN, A.; MOUNTIAN, A. G.; VAZ, J. C.; PERES, U. D.; URQUIDI, V. G. F. D. (org.). Políticas públicas e Covid-19: a experiência brasileira. São Paulo: Edições EACH, 2022. RIBEIRO, D. A universidade necessária. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C. de; SILVA, D. B. e. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus.

Acessível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-juris-dicao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>.

TORRES, H. T. Direito constitucional financeiro – Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: RT, 2007.