

Quem é o guardião do orçamento? O papel do Supremo Tribunal Federal no constitucionalismo financeiro

Who is the guardian of the budget? The role of the Brazilian Supreme Court in the financial constitutionalism

Rafael Köche ¹

Università degli studi di Firenze (Itália)
rafakoche@gmail.com

Resumo

Este texto enfatiza a importância que a tutela do orçamento público vem tomando no contexto constitucional contemporâneo e suas implicações na jurisdição constitucional, situando esse fenômeno no âmbito do chamado *constitucionalismo financeiro*. Nesse contexto, verifica-se que o *impacto orçamentário* tem se convertido em elemento fundamental dos processos decisórios. Diante disso, retomando o Debate de Weimar, este texto pretende refletir sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no âmbito do *constitucionalismo financeiro*, interrogando-se se seria a Suprema Corte o “Guardião do Orçamento”.

Palavras-chave: Finanças públicas. Constitucionalismo financeiro. Jurisdição constitucional.

Abstract

This text emphasizes the importance that the protection of public budget has been assuming in the contemporary constitutional context and its implications in constitutional jurisdiction, situating this phenomenon within the scope of so-called *financial constitutionalism*. In this context, it is observed that the *budgetary impact* has become a fundamental element of decision-making processes. In light of this, returning to the Weimar Debate, this text aims to reflect on the role of the Brazilian Supreme Court in the context of financial constitutionalism, questioning whether the Constitutional Court would be the “Guardian of the Budget”.

Keywords: Public finances. Financial constitutionalism. Constitutional jurisdiction.

¹ Doutor em Direito pela Università degli studi di Firenze. Professor de Direito da FACCAT/RS. Università degli Studi di Firenze, Via delle Pandette, 32, Edificio 4, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 3 andar, CEP 50127, Florença, Toscana, Itália.

O Debate de Weimar e o Guardião da Constituição

Alemanha. Fim da Primeira Guerra Mundial. No dia 9 de novembro de 1918, o deputado social-democrata Philipp Scheidemann proclamava a República Alemã. A paisagem política continuava altamente conflituosa. Manifestações revolucionárias pressionavam o governo provisório da Alemanha, especialmente após a criação do Partido Comunista Alemão (*Deutsche Kommunistische Partei*, DKP). Seus protagonistas eram dois ex-membros do Partido Social-Democrata (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, SPD): Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo, que acabaram sendo mortos brutalmente em 15 de janeiro de 1919.

Esse foi o contexto que precedeu a Assembleia Nacional Constituinte, em Weimar, e a promulgação da Constituição, em 11 de agosto de 1919, a primeira constituição democrática alemã e uma das primeiras constituições no mundo a prever direitos sociais. O catálogo de direitos fundamentais da Constituição de Weimar espelhava um compromisso entre as forças político-ideológicas da época. Elevados a nível constitucional, os direitos trabalhistas e previdenciários, juntamente com as disposições sobre educação pública organizaram as bases da democracia social europeia.

Junto com a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar inaugura aquilo que se denomina de *constitucionalismo social*, uma importante transformação do papel do Estado, que passa a ser considerado, a partir de então, *garantidor de qualidade de vida* – uma transformação que afetou as Constituições brasileiras promulgadas a partir dos anos 30. Daquele momento em diante, a doutrina do constitucionalismo passou a ser não apenas a *doutrina do governo limitado*, mas é também a *doutrina dos deveres do governo* (Fioravanti, 2003, p. 131).

Além da sua contribuição no movimento de constitucionalização dos direitos sociais e apesar das crises política e econômica que a caracterizam, a República de Weimar também é considerada um “laboratório constitucional” (Barthélemy, 1921, pp. XI-XVII; e Herrera, 2011), um “laboratório vibrante de propostas filosóficas e políticas” (La Torre, 2006, pp. 6-7), dada a arquitetura de um novo aparato institucional e a criação de novos métodos de legitimação jurídica: “Weimar aparece no discurso jurídico da primeira metade do século XX em um lugar equivalente ao da Revolução Francesa para os juristas do século XIX” (Herrera, 2012, p. 10).

Nesse contexto, a crise da democracia nos últimos anos da República de Weimar culminou “numa das explosões mais extraordinárias de reflexão teórica sobre os problemas da política, do Estado e da Constituição” (Zagrebelsky, 1988, p. 1). O debate metodológico foi protagonizado por uma geração de grandes intelectuais, entre os quais se destacam Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Gerhard Anschütz, Rudolf Smend, Hermann Heller, Erich Kaufmann, Hugo Preuss, Heinrich Triepel. Devido à sua dinâmica interna e ao seu resultado terrível, “a República de Weimar representa um dos momentos mais interessantes e dramáticos da história da Europa moderna” (La Torre, 2006, pp. 6-7).

No plano epistemológico, direito e política passaram a ser compreendidos a partir de categorias teóricas ressignificadas pela Teoria do Estado, notadamente pelas contribuições de

Kelsen (1925) e Heller (1934), e permitiram a estruturação de uma Teoria da Constituição, que encontrou em Schmitt (1928) e sua *Verfassungslehre* um de seus maiores expoentes.

Diante da crítica situação constitucional de Weimar no final dos anos 20, iniciou-se um intenso debate para responder à interrogação sobre quem seria, em última análise, o *Guardião da Constituição*. As teses expostas por Kelsen, em seu *Le garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, de 1928, foram criticadas por Schmitt, em seu ensaio *Der Hüter der Verfassung*, de 1929, cristalizada em sua forma final em seu *Guardião da Constituição*, de 1931. Em 1931, Kelsen responde à teoria de Schmitt sobre o guardião da Constituição, em seu *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*

A tese defendida por Schmitt, com base em todo o arcabouço teórico elaborado nos anos precedentes, é a de que a guarda da Constituição é consubstanciada por um ato político concreto: tomar as decisões que, ao se oporem à dissolução pluralista e partidária, trazem o povo de volta à unidade. Nesse sentido, de um lado, a guarda da Constituição não poderia ser relegada ao tribunal porque o órgão estaria obrigado a “aplicar a lei” e não exatamente a “produzi-la” (dicotomia schmittiana entre lei e decisão judicial). De outro, apesar de ser um ato político, esse papel não poderia ser relegado ao Parlamento, uma vez que o órgão constitui o teatro das batalhas partidárias e o local onde os interesses privados se dividem. Logo, o único órgão constitucional capaz de salvaguardar a decisão fundamental do povo seria a Presidência do Reich, o verdadeiro Guardião da Constituição (Schmitt, 1981, pp. 20 ss).

Em contraposição, Kelsen parte do pressuposto de que a essência da democracia não estaria na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento e, portanto, na *paz social*. Nesse sentido, a jurisdição constitucional seria o instrumento adequado para concretizar esse princípio. A mera ameaça de recorrer ao tribunal constitucional poderia constituir, nas mãos da minoria, um instrumento adequado para impedir que a maioria viole inconstitucionalmente seus interesses juridicamente protegidos e, assim, em última análise, opor-se à ditadura da maioria, que não é menos perigosa para a paz social do que a da minoria (Kelsen, 1981, pp. 202-203).

Desse modo, se a Constituição serve para impor limites jurídicos ao exercício do poder e, por conseguinte, o poder não poderia estabelecê-los para si, a guarda da Constituição não poderia ser exercida pelo Executivo nem pelo Legislativo, mas necessariamente por um órgão independente, que atuaria por meio da jurisdição, isto é, o *tribunal constitucional* (Kelsen, 1931, pp. 20 ss).

Sabe-se que o desfecho da República de Weimar culminou com a ascensão do partido nazista na Alemanha e a eclosão da Segunda Guerra Mundial. A experiência autoritária na Europa alterou profundamente as bases da doutrina do constitucionalismo. As Constituições europeias promulgadas após o fim da Guerra apostaram na jurisdição constitucional como forma de custódia da Constituição, sendo este o modelo vigente até hoje. Em perspectiva histórica, de certa forma, poderíamos afirmar que Kelsen venceu o Debate de Weimar.

O Brasil – que até então havia estruturado o seu sistema jurídico com base no modelo de controle de constitucionalidade estadunidense, onde a Suprema Corte integra o Poder Judiciário e é o ápice do sistema jurisdicional – passou a ampliar a competência da sua

Suprema Corte (o Supremo Tribunal Federal) com a instituição do controle de constitucionalidade concentrado, por meio da Emenda à Constituição de 1946 nº 16, de 26 de novembro de 1965.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as competências do Supremo Tribunal Federal foram ampliadas ainda mais. Além dos poderes que já desempenhava, a Suprema Corte passou a exercer também competências típicas dos Tribunais Constitucionais europeus. E, nesse contexto, o art. 102 da Constituição não deixa dúvidas sobre o resultado do debate weimariano em solo brasileiro: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

O Constitucionalismo financeiro e as finanças como “nervo da República”

Se o início do século XX marcou a formação de uma nova fase do constitucionalismo, o chamado *constitucionalismo social*, e a estruturação de um novo aparato institucional para lidar com os desafios políticos da época, o início do século XXI parece marcar uma nova fase do movimento constitucional, aquilo que poderíamos denominar de *constitucionalismo financeiro*.

O constitucionalismo contemporâneo é desafiado por novas dimensões (teóricas, normativas e empíricas) de governança global: uma governança global *multinível*, em relação ao aspecto territorial da estrutura de poder, e *multidimensional*, em relação às esferas de governança que ela engloba (ver Ferrarese, 2019; e Teixeira, 2014 e id, 2016).

A governança global é realizada através de um amplo conjunto de atores que inclui tanto os governantes do poder público (instituições estatais, subestatais, locais e supranacionais) quanto os principais atores com origem e estrutura privada e corporativa que desempenham funções públicas ou têm influência sobre a esfera pública e o poder público, como: ONGs, empresas transnacionais, religiões globais, redes globais de profissionais, fundos, agências de classificação, bolsas de valores e financeiras, bancos, etc.

Do ponto de vista empírico, a governança global caracteriza-se pelo emergir de uma constitucionalização supranacional com redes, pirâmides hierárquicas, espaços transversalmente delimitados – cadeias simétricas ou assimétricas que formam a *geometria constitucional* de nosso tempo. Os processos globalizantes relacionados com a remodelação da *geometria constitucional*, realocação dos esquemas de poder, redimensionamento das relações entre povo, autoridade e território produzem a necessidade de institucionalização jurídica da governança global (Sassen, 2013, p. 23; e Belov, 2018, pp. 13-55).

A dimensão normativa da governança global não é, hoje, apenas resultado de esforços racionais, centralizados e harmonizados para o estabelecimento de um sistema institucional não-contraditório para a gestão pública dos processos de importância social. A dimensão normativa da governança global possui diferentes abordagens, desde esforços sistemáticos para estabelecer e restabelecer a autoridade pública hierárquica ou em rede em diferentes domínios territoriais e substanciais, até formas negociadas e indutivas de autoridade

fundamentado na razoabilidade da *lógica do mercado* e na *linguagem de interesses*, dificultado, muitas vezes, a identificação da fronteira entre público e privado (Ferrarese, 2000 p. 7 ss.; Id., 2006, pp.142 ss.; Belov, 2014, pp. 47-60).

Nesse contexto, as teorias existentes hoje não são suficientes para mapear a atual multiplicação de atores não estatais e formas transfronteiriças de cooperação e conflito, como no caso das redes globais de negócios, ONGs, cidades globais, esferas públicas transfronteiriças e novos cosmopolitismos. Segundo Sassen, a financeirização de mais e mais domínios marca a ascensão de uma nova lógica organizativa no capitalismo avançado (Sassen, 2006, p. 346).

Contudo, à diferença do quanto sustenta a socióloga holandesa, a “transformação estrutural do capitalismo como fenômeno de desprendimento do território” não parece caminhar em direção à “sua emancipação da substancialidade econômica e política” (Sassen, 2016, pp. 23-52), mas, sim, está provocando reações sistêmicas por parte dos Estados visando a sua autoconservação e, com isso, a conservação do próprio capitalismo.

Estamos atravessando um período histórico de institucionalização de três fenômenos, em nível nacional e internacional: a *constituição financeira*, o *constitucionalismo financeiro* e o *poder financeiro*. Só que, agora, a lógica financeira conservadora, estruturada sobre o princípio do *equilíbrio orçamentário* no qual se baseou a gestão da crise financeira, é comparada e contrastada com a lógica ativa emergente de acumulação de dívida pública e de gasto público.

O Estado, cada vez mais funcional ao mercado, busca fazer frente à erosão da base tributária, especialmente em relação ao capital financeiro e especulativo, de alta mobilidade, tendo compensado tais *perdas* nos últimos anos com o aumento da tributação sobre o trabalho, sobre a produção e sobre o consumo (Avi-Yonah, 2000). Ou seja, há um descompasso entre o atual modo de produção econômica e as respostas políticas do Estado Fiscal, em nível interno, que procura responder aos desafios do capitalismo pós-industrial com técnicas e políticas fiscais típicas do capitalismo industrial².

Nos países em desenvolvimento, esse fenômeno é contrastado, ainda, por um processo de *desindustrialização prematura*. A industrialização foi o roteiro para o desenvolvimento das grandes economias no século passado. Com o desenvolvimento tecnológico, está mudando o panorama dos países emergentes, cujos *picos industriais* não são comparáveis àqueles que experimentaram os países europeus ou os tigres asiáticos.

Em outras palavras, num ambiente de crise orçamentária, o Estado deve fazer frente a uma série de despesas públicas com cada vez menos receita, em um contexto de crescente concentração de renda e riqueza e consequente aumento da desigualdade. Os recentes instrumentos multilaterais dão indicativos de que a política fiscal internacional deve responder às finanças públicas, isto é, as políticas fiscais em nível transnacional são orientadas a tutelar a capacidade orçamentária dos Estados (ver Köche, 2021).

Tornou-se difusa a compreensão de que a implementação de direitos deve ser justificada

² “O regime de comércio internacional que temos agora, expresso nas regras da Organização Mundial do Comércio e de outros acordos, não é deste mundo. Ele foi projetado para um mundo de carros, aço e têxteis; não para um mundo de dados, software e inteligência artificial. Já sob forte pressão devido à ascensão da China e à reação contra a hiperglobalização, é totalmente inadequado enfrentar os três principais desafios que estas novas tecnologias representam”. RODRIK, 2020.

com explícita fonte de custeio. Trata-se de uma concepção dos direitos como “liberdades privadas com custos públicos” (Nabais, 2011; ver também Estevan, 2002, pp. 52-58; Holmes and Sunstein, 2000, pp. 20 ss). Nesse sentido, a Fazenda Pública torna-se fundamental para alcançar os objetivos constitucionais, e o orçamento público se torna o núcleo do *constitucionalismo financeiro* (Belov, 2020).

Nesse contexto, a política fiscal do Estado contemporâneo é continuamente desafiada a obter um equilíbrio entre fatores parcialmente conflitantes da política econômica: a estabilidade dos preços (inflação), o elevado nível de emprego, o crescimento econômico estável e o equilíbrio das contas externas.

Na prática, a sustentabilidade do Estado Fiscal não deixa de ser uma variável da sustentabilidade econômica, em sentido amplo, pois se o funcionamento da economia de mercado não proporcionar excedentes tributáveis adequados à correspondente dimensão do Estado, ele se tornará insustentável. O orçamento estatal, “enquanto programa da política financeira em números, que suporta e espelha uma dada sustentabilidade, tem que ser visto [pois] como um instrumento, ao mesmo tempo central e fundamental, de um *equilíbrio global* nos domínios económico, ecológico, social e político” (Nabais, 2020, p. 146).

Nesse contexto, não se trata apenas de controlar a despesa pública, limitando-a ao montante das receitas proporcionadas pela arrecadação fiscal. No âmbito da atual fase do constitucionalismo, vige a exigência de salvaguardar a *regra de ouro das finanças públicas*, segundo a qual o valor do déficit orçamentário não deveria ser superior ao valor das despesas de investimento aptas a gerar, no futuro, receitas fiscais suficientes para fazer face aos empréstimos contraídos (ver Bouvier, 2011; Nabais, 2020, p. 157).

No plano jurídico, o resultado de tais movimentos e reivindicações foi a tentativa de introdução de limites à tributação e ao gasto público nos textos constitucionais, a exemplo do *balanced budget amendment* nos Estados Unidos.

Na revisão constitucional de 2008, a França incluiu como objetivo estatal equilibrar as contas públicas, levando em consideração os ciclos macroeconômicos (art. 34)³. Além da exigência de observar o equilíbrio macroeconômico sem apostar em receitas de empréstimos, a Alemanha também incluiu na *Bonner Grundgesetz*, em 2009, uma limitação da dívida pública (*Schuldenbremsen*) que considerasse não apenas os ciclos econômicos de expansão e retração (art. 109), mas princípios destinados a evitar um estado de emergência orçamentária (art. 109a)⁴.

Em 5 de dezembro de 2011, a chanceler alemã, Angela Merkel, e o presidente francês, Nicolas Sarkozy, concordaram que os 17 países da zona do euro deveriam inserir um *debt brake* ao estilo alemão em suas constituições⁵. No âmbito do *Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC)*, os países integrantes da União Econômica e Monetária firmaram o Tratado

³ FRANÇA. Constituição (1958), na redação dada pela Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF n° 171 du 24 juillet 2008.

⁴ ALEMANHA. Constituição (1949), na redação dada Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d). G. v. 29.07.2009 BGBl. I S. 2248 (Nr. 48).

⁵ Conférence de presse conjointe de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, et Mme Angela Merkel, Chancelière de la République fédérale d'Allemagne, sur la crise de la Zone euro et sur la perspective d'un nouveau traité de l'Union européenne, à Paris le 5 décembre 2011. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/discours/183683-conference-de-presse-conjointe-de-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-re>

de 2012 sobre Estabilidade, Coordenação e Governança (“Pacto Orçamental”) que introduziu disposições de natureza orçamental mais rigorosas, sob pena de se instaurar um procedimento relativo aos défices excessivos⁶.

A consagração constitucional de um limite ao endividamento público é emblemático, na medida em que retrata a compreensão contemporânea do que se considera uma adequada gestão das finanças pública. Nesse contexto, ainda em setembro de 2011, o Parlamento espanhol introduziu o equilíbrio orçamentário como princípio constitucional (art. 135)⁷, assim como fez, em 2012, a Itália (art. 81)⁸.

No caso brasileiro, a Proposta de Emenda na Constituição nº 188/2019 talvez pudesse representar um traço desse fenômeno: buscava acrescentar um parágrafo único ao artigo 6 da Constituição – que regula, *ça va sans dire*, os direitos sociais – para acrescentar a seguinte disposição: “Na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional deve ser respeitado”⁹. E encontra a sua representação mais evidente na aprovação da Emenda Constitucional do Teto de Gastos¹⁰ e, mais recentemente, do Novo Arcabouço Fiscal¹¹.

Nessa perspectiva, o “poder de tributar” é associado ao “poder de gastar”, estando os Estados cada vez mais limitados¹². Não por acaso Hertzog (1993, p. 5 ss) exigia uma revisão crítica da crença de que o Parlamento exprime a sua vontade na lei orçamentária e que o Governo a executa segundo princípios inteiramente destinados a assegurar o seu respeito. Na prática, atualmente, os Estados têm dificuldade de aumentar os impostos porque a carga tributária está próxima do insuportável; mas, também, não conseguem reduzir significativamente as despesas públicas, em sua maioria rigidamente fixas e vinculadas.

Diante desse contexto, a jurisdição constitucional não ficaria imune aos desafios e transformações do constitucionalismo, e a tutela do orçamento público tem orientado o processo decisório, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional e a tutela do orçamento público: seria o STF o Guardião do Orçamento?

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, torna-se cada vez mais

⁶ EUROPEAN UNION. *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union* (2012). Brussels, 2012. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:42012A0302\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:42012A0302(01)).

⁷ ESPANHA. Constituição (1978), com a redação dada pela Segunda reforma constitucional promulgada el 27 de septiembre de 2011. B.O.E., núm. 233, de 27 de septiembre de 2011.

⁸ ITÁLIA. Constituição (1947), na redação dada pela Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. GU Serie Generale n. 95 del 23-04-2012. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/04/23/012G0064/sg>.

⁹ BRASIL, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição nº 188, de 2019*, Altera arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal e os arts. 35, 107, 109 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A; acrescenta ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os arts. 91-A, 115, 116 e 117; revoga dispositivos constitucionais e legais e dá outras providências, Plenário do Senado Federal, 05 nov. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

¹¹ BRASIL. *Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023*. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

¹² Em alusão a famosa frase de John Marshall, que afirmou que: “O poder de tributar é o poder de destruir”.

recorrente a adoção do “impacto orçamentário” como fundamento para a decisão judicial, principalmente nos casos de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹³.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469/DF e do Recurso Extraordinário nº 1.287.019/DF, com Repercussão Geral reconhecida (Tema 1093), em sessão plenária de 24/02/2021, por exemplo, o STF decidiu que a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS (Difal) nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015, dependia de edição de lei complementar, que, até então, não havia sido promulgada.

Diante do impacto nas contas públicas, o Plenário decidiu, por maioria, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas do Convênio ICMS para que os efeitos da inconstitucionalidade passassem a vigorar somente a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão daquele julgamento, isto é, somente a partir de 2022 (ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso)¹⁴.

Poderiam ser citadas outras decisões análogas¹⁵, mas talvez a ilustração mais privilegiada desse fenômeno ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 714.139, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida (Tema 745), em que o STF fixou a tese de que são inconstitucionais as alíquotas de ICMS sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços¹⁶.

Na sessão de 11-18/06/2021, o Min. Dias Toffoli, relator para acórdão, apresentou voto-vista, propondo a modulação dos efeitos dessa decisão, para que ela viesse a produzir efeitos somente a partir do exercício financeiro subsequente (sempre ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito). Segundo o Ministro, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da exação, a decisão “impactaria, de maneira relevante, as finanças de diversos estados, sendo certo, afora isso, que várias unidades federadas editaram leis em dissonância com tal tese, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas legítimas.”. Com isso, modulando os efeitos da decisão, preservar-se-ia o exercício financeiro em andamento¹⁷.

Em continuidade de julgamento, na sessão de 10-17/12/2021, o Min. Dias Toffoli modificou a sua proposta inicial, a fim de estabelecer que a decisão da Corte viesse a produzir efeitos não a partir do início do exercício financeiro subsequente (2022), mas somente a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (PPA) de

¹³ Segundo o § 3º, do art. 927, do CPC: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5469*, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, DJe-099, d. 24-05-2021, pub. 25-05-2021; e *Recurso Extraordinário nº 1.287.019*, Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, Repercussão Geral, DJe-099, d. 24-05-2021, p. 25-05-2021.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 605.552 ED-segundos*, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, DJe-068, d. 09-04-2021, p. 12-04-2021; e *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481*, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, DJe092, d. 18-05-2015, p. 19-05-2015.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*, Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, DJe-049, d. 14-03-2022, p. 15-03-2022.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*. Voto do Min. Dias Toffoli, julgado em 18/12/2021, DJe-049, d. 14-03-2022, p. 15-03-2022, p. 27.

cada unidade federada, uma vez que, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, a decisão “repercutiria de forma abrangente e significativa sobre a programação orçamentária dos Estados”¹⁸.

Para justificar a alteração do seu voto e, acima de tudo, para fundamentar que os efeitos da decisão iniciassem anos depois do julgamento, o Min. Dias Toffoli considerou a perda de arrecadação projetada pelos Estados, perdas essas “que ocorreriam em tempos difíceis” e que “atingiriam estados cujas economias já estão combalidas”, o que revelaria “a magnitude do impacto da decisão da Corte nas contas públicas”, legitimando a cobrança de tributo inconstitucional nesse ínterim – no que foi acompanhado pela maioria do Plenário¹⁹.

A fundamentação da decisão de modulação dos efeitos do julgamento do Tema 745/STF é uma ilustração precisa de como a tutela do orçamento público passa a ter status constitucional privilegiado no âmbito da jurisdição constitucional e de como a Suprema Corte tem legitimado a manutenção no mundo jurídico de ato normativo inconstitucional dada a repercussão financeira da decisão judicial para as contas públicas.

Se, de um lado, esse critério decisional preserva as previsões orçamentárias do Estado, de outro, corre-se o risco de estimular a chamada *inconstitucionalidade útil*, caso em que o Estado se valeria de uma inconstitucionalidade, imputando aos contribuintes o ônus de arcar com os valores que foram indevidamente arrecadados. Trata-se da preocupação manifestada pelo Min. Edson Fachin, no julgamento do Tema 745/STF, que votou contra a modulação dos efeitos da decisão, uma vez que: “a modulação não deve[ria] ser um meio hábil para atingir o equilíbrio orçamentário às custas dos contribuintes”²⁰.

Além disso, ao abster-se de aplicar uma norma jurídica cogente em prol da salvaguarda dos interesses pecuniários do Estado, mesmo que de forma transitória, há sempre o risco de o Poder Judiciário se distanciar de seu papel primordial na estrutura de *separação de poderes*. Trata-se de um risco à integridade do sistema jurídico, que pode comprometer a essência da própria função judiciária, que se consubstancia na interpretação imparcial da lei.

Portanto, a relação entre jurisdição constitucional e tutela do orçamento público integra o conjunto de desafios que caracterizam o *constitucionalismo financeiro*. Nesta quadra da História, os tribunais são desafiados a avaliar os impactos orçamentários das suas decisões, exigindo-se fundamentação suficiente para justificar a manutenção no tempo de ato normativo inconstitucional sem fragilizar o conteúdo normativo da própria Constituição.

Ocorre que, se as consequências jurídicas da decisão do Guardião da Constituição forem preteridas em relação às consequências financeiras, sob o legítimo intento de tutelar o interesse do Estado, enquanto orçamento público, paradoxalmente, poder-se-á contrariar o interesse do próprio Estado, enquanto Estado de Direito.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*. Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, 23/11/2021, p. 32. Inteiro teor do acórdão, DJe-049, d. 14-03-2022, p. 15-03-2022, p. 123.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*. Voto do Min. Dias Toffoli, julgado em 18/12/2021, DJe-049, d. 14-03-2022, p. 15-03-2022, p. 32-4. Nas palavras do relator para o acórdão, “a modulação dos efeitos da decisão tal como ora sugerida preservará o exercício financeiro em andamento (2021) e o próximo (2022), bem como o de 2023, ano em que tomarão posse os Governadores e os Deputados estaduais eleitos em 2022”.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*. Voto- do Min. Edson Fachin, 23/11/2021, p. 9. Inteiro teor do acórdão, DJe-049, div. 14-03-2022, pub. 15-03-2022, p. 123.

Referências

- AAVV. Conférence de presse conjointe de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, et Mme Angela Merkel, Chancelière de la République fédérale d'Allemagne, sur la crise de la Zone euro et sur la perspective d'un nouveau traité de l'Union européenne, à Paris le 5 décembre 2011. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/discours/183683-conference-de-presse-conjointe-de-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-re>.
- AVI-YONAH, R. 2000. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, **113**(7):1573-1676.
- BARTHELEMY, J. 1921. Préface. In: R. BRUNET, *La Constitution allemande du 11 août 1919*. Paris, Payot.
- BELOV, M. 2020. Financial Constitutionalism: Recent History and Current Challenges in the Context of COVID Constitutionalism. In: *Seminari di formazione. Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche*. Università di Firenze. Florença, 11 jun. 2020, 12h às 14h.
- _____. 2014. Separation of Powers reconsidered: a Proposal for a New Theoretical Model at the Beginning of the 21st Century. In: A. GEISTER; M. HEIN; S. HUMMET; ed. *Law, Politics, and the Constitution. New Perspectives from Legal and Political Theory. Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook*. Peter Lang AG, p. 47-60.
- _____. 2018. The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry in the Age of Supranational Constitutionalism, Global Governance and Information Revolution. In: M, _____. *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*. Oxford, Hart publishing, p. 13-55.
- BOUVIER, M. 2011. La règle d'or: un concept à construire? *Revue Française de Finances Publiques*, Editorial, **113**.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 2016.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 Ago. 2023.
- BRASIL, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição nº 188, de 2019*, Plenário do Senado Federal, 05 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 605.552 ED-segundos*, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, DJe-068, d. 09-04-2021, p. 12-04-2021;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481*, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, DJe092, d. 18-05-2015, p. 19-05-2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5469*, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, DJe-099, d. 24-05-2021, p. 25-05-2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.287.019*, Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, Repercussão Geral, DJe-099, d. 24-05-2021, p. 25-05-2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 714139*, Relator: Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2021, DJe-049, d. 14-03-2022, p. 15-03-2022.
- ESTEVAN, J. 2002. *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, Centro de estudios políticos e constitucionales.

- EUROPEAN UNION. 2012. *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*. Brussels, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:42012A0302\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:42012A0302(01)).
- FERRARESE, M. 2000. *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*. Bologna, Il Mulino.
- _____. 2006. *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari, Laterza.
- _____. 2019. *Le fonti del diritto transnazionale*. Universidade de Florença [Seminário].
- FIORAVANTI, M. 2003. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 4. ed. Madrid, Trotta.
- HELLER, H. 1934. *Staatslehre*. Leiden, Sijthoff.
- HERRERA, C. 2011. *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française*. Réceptions, métamorphoses, actualités, Paris, Éditions Kimé.
- _____. 2012. *A política dos juristas: direito, liberalismo e socialismo em Weimar*. São Paulo, Alameda.
- HERTZOG, R. 1993. Le pouvoir dépensier de l'exécutif. *Problèmes Economiques*, 2.347, 23 oct. p. 5.
- HOLMES, S; SUNSTEIN, C. 2000. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company, New York. London.
- KELSEN, H. 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Verlag von Julius Springer.
- _____. 1928. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 35:197-257.
- _____. 1981. *La giustizia costituzionale*. Milano, Giuffrè.
- _____. 1931. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin, Rothschild.
- KÖCHE, R. 2021. *História do futuro da fiscalidade: política fiscal internacional, transnacionalização do direito e democracia na era da globalização*. Firenze. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Università Degli Studi Firenze.
- LA TORRE, M. 2006. *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*. Bari, Dedalo.
- NABAIS, J. 2020. A sustentabilidade do Estado fiscal. In: *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*. Coimbra, Almedina.
- _____. 2011. *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra, Almedina.
- RODRIG, D. 2020. A rutura iminente na tecnologia global. *Project Syndicate*. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/making-global-trade-rules-fit-for-technology-by-dani-rodrig-2020-09/portuguese>. Acesso em 06 jul. 2021.
- SASSEN, S. 2006. *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- _____. 2016. The Savage Sorting: Emergent Predatory Logics. In: BELOV, M. *Global Governance and Its Effects on State and Law. Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook*. Frankfurt, Peter Lang GmbH, Vol. 6. p. 23-52.
- _____. 2013. When territory deborders territoriality. *Territory, politics, Governance*, 1(1):21-45.
- SCHMITT, C. 1931. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin, Duncker & Humblot, [tr. It. *Il custode della costituzione*. Milano, Giuffrè, 1981].
- _____. 1929. Der Hüter der Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55(2):161-237.
- _____. 1928. *Verfassungslehre*. Berlin, Duncker & Humblot.
- TEIXEIRA, A. 2014. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(2):400-429.

_____. 2016. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(3):141-166.

ZAGREBELSKY, G. 1988. Introduzione. In: SMEND, R. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano.

Submetido: 30/02/2024

Aceito: 13/03/2025