

Ideologia constitucional e políticas públicas: uma crítica ao Novo Regime Fiscal

Constitutional ideology and public policies: a critique of the New Fiscal Regime

Davi Augusto Santana de Lelis^a

RESUMO

Realiza-se uma análise do Estado Democrático de Direito em duas perspectivas: a ética e a financeira. Entendendo por Estado ético aquele que se compromete a realizar os direitos fundamentais, tanto em conotação das liberdades individuais quanto das responsabilidades coletivas de bem-estar social; e entendendo por Estado financeiro aquele que se preocupa com o equilíbrio das contas públicas e da remuneração do capital privado. Demonstra-se, por meio de uma análise no Novo Regime Fiscal que a opção por um ou por outro Estado não é neutra e que se há pretensão de resolver a crise econômica e social é preciso a predileção do Estado ético sobre o Estado financeiro.

Palavras-Chave: Direito Econômico; Financeirização do Estado; Ideologia Constitucional; Novo Regime Fiscal; Estado ético.

JEL: D63, D73, K10.

ABSTRACT

An analysis of the Democratic State of Law is carried out in two perspectives: ethics and finance. Understanding by ethical State the one that undertakes to realize the fundamental rights, as much in connotation of the individual liberties as of the collective responsibilities of social welfare; and the financial state is understood to be one that is concerned with the balance of public accounts and the remuneration of private capital. It is demonstrated, through an analysis in the New Fiscal Regime that the option for one or the other State is not neutral and that if it is pretended to solve the economic and social crisis, the predilection of the ethical State over the financial state is necessary.

Keywords: Economic Law; State Finance; Constitutional Ideology; New Tax Regime; Ethical state.

^aProfessor Adjunto no Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa; Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES-taxa. E-mail: davilelis@gmail.com

1. Introdução

Por força das disposições constitucionais afirma-se que há no Brasil um Estado Democrático de Direito. Esta expressão, Estado Democrático de Direito, tem, entre suas significações, a ideia de que toda e qualquer ação, política pública, ou outra intervenção estatal na realidade, deve estar de acordo com o Direito; em especial com as previsões da Constituição da República. Se as ciências sociais aplicadas (economia, as ciências sociais, a política, etc.), não se importarem com a prescrição constitucional, o Estado e a organização social construídos em torno da Constituição perdem todo o sentido de existência, passando-se a viver em um Estado em que vale-tudo; desde que haja poder para fazer valer tal vontade.

Na sociedade capitalista engendrada pela modernidade, o poder com capacidade de desvirtuar as diretrizes constitucionais é o poder financeiro. Desta maneira, pretende-se investigar a corrupção dos fins constitucionais pela financeirização do Estado. Para tanto, necessário demonstrar o que é o fenômeno da financeirização do Estado, exemplificando-se a construção teórica por meio da Emenda Constitucional nº. 95 de 2016 que estabeleceu o Novo Regime Fiscal.

Estruturalmente o texto está organizado da seguinte forma: no tópico seguinte a esta introdução, Financeirização do Estado, explora-se os conceitos e conflitos entre o Estado Democrático de Direito ético e o Estado financeiro e como esta relação influencia na não execução dos direitos fundamentais. Na segunda seção, A ideologia constitucional e a política pública, demonstra-se que há estrutura constitucional que justifica a atuação estatal em favor dos direitos fundamentais. Na seção terceira, Entre o Estado ético e o financeiro: o Novo Regime Fiscal, a Emenda Constitucional nº. 95 de 2016 é tomada como exemplo de conflito entre o Estado financeiro e o Estado ético demonstrando-se as consequências negativas da financeirização. Por fim, na Conclusão, apresenta-se possibilidades para resolver o conflito entre o Estado ético e o financeiro.

2. Financeirização do Estado

O Estado Democrático de Direito surge caracterizando-se pela legitimidade: o exercício do poder¹ legitima-se pela origem democrática tendo por finalidade, desde o momento de constituição do Estado, a realização dos direitos fundamentais. A esse modelo organizacional de Estado dá-se a alcunha de ético².

De modo sincrético, o Estado Democrático de Direito ético se justifica pelos seguintes elementos: (a) legitimidade: que trata da origem, exercício e finalidade do poder na sua relação com o povo; (b) legalidade: que afirma pertencer apenas à autoridade competente, autorizada por norma superior (constituição), a criação ou execução da norma; e (c) justiça (ou ética): que busca a realização da liberdade e da responsabilidade de modo que o indivíduo pode determinar a sua própria conduta, seu projeto de vida boa, a partir da razão prática, mas limitado ao direito do outro (SALGADO, 1998).

Os elementos que justificam o Estado ético, surgidos no iluminismo, indicam que a finalidade do poder é a realização do direito no seu todo e a partir do momento constituinte (conjugação do poder político e jurídico), pela declaração e concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, o Estado Democrático de Direito ético não se preza apenas a garantir os direitos individuais e privados, mas também e sem qualquer escala hierárquica, os direitos sociais e coletivos.

Entretanto, na atualidade, ocorreu a ruptura no modelo teórico de Estado Democrático de Direito ético. A ideia kantiana de liberdade individual que se sobrepõe à responsabilidade pelo Outro

¹O poder propriamente dito é o poder político institucionalizado em uma constituição. No Estado Democrático de Direito há o encontro do poder político com o poder jurídico (SALGADO, 1998).

²Salgado (1998) utiliza o termo poiético em oposição ao Estado ético. Neste sentido, o Estado poiético deixa de praticar os direitos fundamentais para se submeter à facção econômico-financeira. Por opção teórica, neste artigo, em oposição ao Estado ético, utiliza-se a expressão Estado financeiro permitindo-se, assim, maior correlação terminológica com a constituição financeira.

(LEVINAS, 1980) permitiu que o domínio da técnica transformasse o trabalho em mercadoria pelo poder financeiro. Se o indivíduo é tomado como instrumento para algo é também instrumento para o outro que o domina pela dialética hegeliana do senhor e do escravo. Se a sociedade é mesmo um sistema de necessidades, como teorizou Hegel (1992), o homem passa a ser instrumento para algo e sendo instrumento para algo é também instrumento para o outro que o domina. Quem domina a técnica transforma o trabalho em mercadoria pelo poder financeiro. Nessa organização social produtivista, o financeiro se torna o instrumento de produção das regras do jogo social.

Note-se que é a própria matriz iluminista, em processo que pode-se denominar de autoimunização, que fornece o elemento necessário para a transição de um Estado ético para um Estado financeiro. O iluminismo, fundado na ideia de racionalidade, entende que é possível a existência de um sujeito neutro capaz de totalizar a realidade por meio de explicações puramente racionais. Assim, a sociedade, a política, a economia e o direito, ao longo da história, caminharam no sentido de totalizar os indivíduos em padrões e normas cada vez mais universais (LELIS, 2017).

Nessa lógica, os elementos centrais do Estado Democrático de Direito, a legitimação do poder, a segurança jurídica e a finalidade ética de realização dos direitos fundamentais, são postergados pois, o jurídico, o político e o social passam a ser submetidos ao poder financeiro. Esse não é um estado ético porque não se preocupa com a realização dos direitos fundamentais e sociais, apenas com a produção econômica e financeira.

No final do século XX, o financiamento público que mantinha a economia com interesse em realizar o Estado ético começou a ser contestado. Era o início da reação financeira (neoliberal) e o desmonte do sistema Bretton Woods³. Com o fim do sistema até então vigente, o sistema constitucional que sustentava o Estado ético passou a ser frontalmente atacado (BERCOVICI e MASSONETTO, 2006).

Há então dois Estados em conflito: de um lado o ideal, Estado Democrático de Direito ético de realização de direitos fundamentais e do outro o Estado real dominado pelo poder financeiro.

Esse cenário de conflito entre os dois modelos está explicitado no próprio texto constitucional brasileiro. O texto constitucional de 1988, escrito após a crise dos anos 1970 (fim dos princípios keynesianos em que se altera o padrão do funcionamento econômico mundial), apresenta conteúdo ambíguo que pretende realizar tanto o Estado de bem-estar social quanto o Estado financeiro (BERCOVICI e MASSONETTO, 2006). Isso porque o texto constitucional comporta normas que defendem a ideia de maior equilíbrio das contas públicas em detrimento da atuação estatal que se denomina ética e a realizadora dos direitos fundamentais.

Como resultado, a Constituição de 1988 tratou a ordem econômica realizadora de direitos fundamentais separada da ordem financeira. A constituição financeira passou a ser interpretada como neutra e a ordem econômica realizadora de direitos fundamentais como norma programática dirigente, que seria realizada apenas se não colocasse em risco as contas públicas (BERCOVICI e MASSONETTO, 2006).

Se no Estado Democrático de Direito ético os orçamentos tinham por característica garantir direitos e a prestação de serviços públicos para a maioria da população; com a financeirização do Estado, o fundo público deixa de servir à execução de direitos fundamentais e passa a garantir a remuneração do próprio capital. Nessa nova ordem estatal, o direito financeiro deve garantir o investimento privado e não mais o investimento público:

A constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da ingovernabilidade; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do

³O sistema Bretton Woods foi um acordo firmado em 1944 e que tratava das relações financeiras entre os países mais industrializados. O sistema viveu até 1971 quando os Estados Unidos, unilateralmente, acabaram com a conversão do dólar em ouro, transformando o dólar em moeda fiduciária.

país junto ao sistema financeiro internacional (BERCOVICI e MASSONETO 2006, p. 73).

De modo sincrético o Estado financeiro se caracteriza por: (a) corrupção da *res publica* via simulações democráticas como a vigente crise política; (b) aumento do poder burotecnocrata e diminuição do poder do povo como a institucionalizada pela reforma administrativa dos anos 1990, com criação de agências reguladoras e transferência de obrigações constitucionais para o setor privado; e (c) mudanças constantes da constituição com a desfiguração do arranjo sistêmico do Estado Democrático de Direito (SALGADO, 1998), como a recente Emenda Constitucional n.º 95 de 2016 que instituiu o Novo Regime Fiscal.

O Novo Regime Fiscal, que limita o gasto público com vistas a ajustar as contas públicas nos próximos 20 anos, é a verdadeira reorganização estatal com redução drástica de realização de direitos fundamentais, como a saúde, educação e previdência em nome da ideia de que o Estado ético não cabe no orçamento. Com a ideia de que a constituição dirigente (realizadora de direitos fundamentais) engessa o administrador público. Curiosamente, os críticos ao Estado Democrático de Direito ético não dizem que a constituição financeira, que determina o pagamento e garantia do capital, engessa o administrador público do mesmo modo que a realização dos direitos fundamentais supostamente faz.

Em síntese, a ideologia vigente (Estado financeiro) é a de que o Estado deveria ficar restrito a atuações políticas e de que o mercado, quando livre, soluciona os problemas sociais de maneira mais eficiente do que o próprio Estado. No Estado financeiro, o produto do fazer é o financeiro sem qualquer compromisso com o ético, pois não se preocupa com os direitos fundamentais (SALGADO, 1998). Sob a máscara da neutralidade racional, o Estado financeiro pretende subjugar o político, o jurídico, o econômico e o social. Mas, haveria na constituição brasileira o comando de exclusividade para a ação financeira? A constituição financeira é realmente neutra? De outro modo: haveria uma única ideologia constitucional determinante dessa ação estatal?

3. A ideologia constitucional e a política pública⁴

Pressupor que a constituição financeira é neutra é pressupor que o administrador público, ao aplicá-la estará realizando uma escolha racional desprovida de qualquer valor moral. Mas isso seria possível?

A ciência atualmente tem condições de esquadrihar o cérebro humano a ponto de entender como é o processo de tomada de decisões: se a decisão é pautada pela racionalidade/neutralidade ou se a decisão é pautada por questões morais/ideológicas.

Segundo Greene (2009), o cérebro não funciona em uma perspectiva de exclusividade racionalidade/neutralidade, mas com uma programação automática, intuitiva e moral, e uma programação manual, justificativa e racional. Essa dupla programação cerebral é o processo dual de moralidade, que impede a existência de neutralidade. Uma analogia pode facilitar o entendimento: a máquina fotográfica tem duas funções, a automática e a manual. Uma não é melhor do que a outra, apenas servem para funções diferentes.

Para entender como o processo dual de moralidade funciona, alguns dilemas morais (LELIS e COSTA, 2016): (a) dilema do bonde: neste dilema o agente deve escolher entre puxar a alavanca para desviar o bonde de um trilho em que cinco trabalhadores seriam mortos para um trilho em que apenas um trabalhador seria morto ou não fazer nada, deixando que os cinco trabalhadores morram; (b) dilema da passarela: o agente deve escolher entre empurrar do alto de uma passarela um homem com massa corporal suficiente para interromper a trajetória de um bonde que matará cinco trabalhadores ou não fazer nada, deixando que os cinco trabalhadores morram; e (c) dilema do bebê que chora: durante uma guerra o agente e seus familiares se escondem do exército inimigo no porão da casa. Entretanto, o filho recém-nascido do agente começa a chorar, provocando barulho que vai atrair as tropas inimigas.

⁴As discussões apresentadas neste tópico podem ser encontradas em perspectiva distinta e aprofundada no texto Julgamento moral, economia e políticas públicas, publicado na Revista da Presidência em 2016 (LELIS e COSTA, 2016).

O agente deve escolher entre tapar a boca do seu filho sufocando-o até a morte, mas salvando a si próprio e seus familiares ou deixar que o seu filho chore e que o exército inimigo encontre e mate a todos.

Para os dois primeiros dilemas (o do bonde e o da passarela) a resolução, na maioria das vezes, é utilitária: salva-se cinco vidas às custas de uma. É comum, entre os que se propõem a responder os dilemas, que não se empurre o homem da passarela. Para Nado, Kelly e Stich (2006), a distinção entre puxar a alavanca e não empurrar o homem está no caráter impessoal de acionar um mecanismo (dilema do bonde) e no caráter pessoal de colocar as próprias mãos na pessoa que vai morrer (dilema da passarela).

Quanto ao dilema do bebê que chora, o consenso de escolha é ainda menor. Novamente o processo dual de moralidade: há um conflito entre o processo automático (moral) e o manual (racional) comprovando que, quanto mais pessoal a questão mais o sistema moral vai se impor sobre o sistema racional. Conclusões que impõe a noção de que não há neutralidade nas escolhas humanas.

O próprio sistema moral permite afirmar que há possibilidade de alteração da decisão a ser tomada a depender da inclinação ideológica e política do agente. Em pesquisa conduzida por Haidt (2007), comprovou-se que a orientação ideológica do agente influi em sua tomada de decisão. Os agentes que se declaravam liberais tendiam a dar muito valor a ações que provoquem dano físico ou financeiro, mas pouca atenção a questões que tratassem da liberdade individual. Os agentes que se declaravam conservadores, ao contrário, manifestam indignação se a atuação contrariasse aos costumes e a tradição, mas estavam dispostos a justificar ações de dano físico ou financeiro.

Traduzir estas noções para o Brasil exige certo cuidado; por isso evita-se relacionar o liberal e o conservador da pesquisa de Haidt (2007) com qualquer perfil ideológico e político no Brasil. Entretanto, com base nos resultados apresentados pelo pesquisador estadunidense, é possível entender porque: (a) algumas inclinações ideológicas e políticas podem defender motes como ‘bandido bom é bandido morto’ ainda que isso seja contra a Constituição ao mesmo tempo que não suportem o casamento entre pessoas do mesmo sexo – relação entre não se importa com dano físico e se importar com a manutenção dos costumes; ou, (b) como certas políticas públicas afirmativas que garantem a liberdade econômica e social de populações em situação de pobreza são combatidas por certos setores da sociedade enquanto renúncias fiscais e gastos públicos desnecessários passam sem grandes críticas – relação entre liberdade individual e justiça e também entre personalidade e impessoalidade; ou ainda, (c) como certos grupos defendem mais intervenção estatal na economia enquanto outros pedem que haja menos intervenção – relação entre mais ou menos liberdade econômica e relação entre mais ou menos influência nas questões que o agente julga serem pessoais.

Tendo por base as inclinações ideológicas na tomada de decisão, é possível afirmar que existem diversas ordens e desordens. O que é ordem para um é desordem para outro. Por exemplo, a disputa de ações estatais na agricultura. De um lado, pode-se identificar a ordem em ações de reforma agrária, crédito para o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), ações de garantias de direitos fundamentais, valorização do salário. De outro lado, a ordem pode estar no crédito para aquisição de maquinário, melhores condições de exportação e flexibilização das leis trabalhistas. Essa aparente contradição deve ser reduzida, constitucionalmente, à ambiguidade, de modo que não seja contraditória, ou distinta a ordem financeira e a ordem constitucional ética.

A tomada de decisão ideológica faz parte da construção teórica da Constituição, mas, para criar o texto constitucional, os modelos puros de ideologia são depurados pelo princípio da ambiguidade (SOUZA, 1956): que condiciona as estruturas sociais, políticas e econômicas à ordem jurídica. Assim, as ordens econômicas e financeiras oriundas do pensamento de diversas ideologias ficam submetidas ao que está previsto no texto constitucional: aplicação que busque o Estado ético realizador de direitos fundamentais.

Outros autores contemporâneos concordam que não há uma única ideologia na Constituição: Para Bercovici (2011), na mesma medida em que há defesa da livre iniciativa, há necessidade de respeitar o valor social do trabalho e é possível a intervenção estatal na economia, de modo direto ou indireto. Para Bandeira de Mello (2009), a Constituição é a antítese do neoliberalismo, pois é obrigatório articular a ordem econômica/financeira com a ordem social. Para Eros Grau (2010), a constituição admite o capitalismo (financeiro), mas esse não é o único sistema produtivo possível.

Observa-se, que não há na Constituição de 1988 uma ideologia determinante, mas dispositivos que são frutos de diversas ideologias e que devem ser harmonizados por meio de uma interpretação, a ideologia constitucionalmente adotada⁵, que busque a solução mais justa (ética, realizadora de direitos fundamentais) – há, então, amplitude de possibilidades nas ações dos agentes estatais e não apenas a ação financeira de suposição racional e neutra. Do embate ambíguo de ideologias presentes na Constituição de 1988 é possível afirmar que não há neutralidade na escolha de qual Estado implementar: o ético ou o financeiro.

A ideologia constitucional não tem compromisso fundamental com os tipos ou modelos puros de ideologia. A ideologia constitucionalmente adotada é o processo político jurídico de conversão de ideologias puras em uma ordem positivada, criando-se um único texto constitucional a ser aplicado. Assim, é o discurso financeiro que tem que passar pelo crivo político-jurídico-constitucional e não o contrário.

4. Entre o Estado ético e o financeiro: o Novo Regime Fiscal

Diante do embate entre o Estado ético e o financeiro é preciso investigar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 95/2016, o Novo Regime Fiscal. É preciso fazer com que o discurso financeiro passe pelo crivo político-jurídico-constitucional (ético). E, caso o discurso financeiro não passe pelo crivo ético, deve ser desconsiderado. Em especial, é importante notar que a argumentação econômica utilizada para fundamentar a necessidade de um Novo Regime Fiscal não foi devidamente depurada pelo filtro hermenêutico da ideologia constitucionalmente adotada; teoria estabelecida por Souza (2002). A ideologia é parte integrante do ser humano (LELIS e COSTA, 2016), mas a ideologia constitucional não pode ter nenhum compromisso com modelos puros de ideologia (SOUZA, 2002), muito menos compromissos irrestritos com a ortodoxia econômica. Desse modo, a norma constitucional original ou emendada não pode ser refém de uma única visão ideológica, como ocorreu nos procedimentos de proposição, de justificativa e de aprovação da Emenda Constitucional nº. 95/2016.

A Constituição deve manter a ordem em sua aplicação; segundo Souza, entretanto, a ordem é variável, pois o que para uma determinada corrente ideológica constitui-se ordem, para a corrente oposta estará se fazendo a desordem (SOUZA, 1956). Assim, em que pesem os argumentos econômicos e ideológicos dos propositores do Novo Regime Fiscal e os argumentos econômicos e ideológicos contrários ao Novo Regime Fiscal, não deveriam ser nem aqueles nem estes, os argumentos para justificar a emenda constitucional. Ressalta-se que ambos os argumentos – pró e contra ao Novo Regime Fiscal –, apesar de válidos no campo econômico, devem se submeter ao filtro hermenêutico da ideologia constitucionalmente adotada, afinal trata-se de uma alteração no texto da Constituição.

O sentido lícito constitucional e o sentido lícito econômico só existem com a justaposição entre as duas ordens, a constitucional e a econômica. Assim, na mesma medida em que a ordem constitucional trata de argumentos liberais (como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência), também trata de argumentos sociais (função social da propriedade, redução da desigualdade, combate à pobreza), criando-se um modelo ideológico misto, orientado por uma linha de maior vantagem: interpretação constitucional correta para a circunstância apresentada (LELIS e COSTA, 2016). Seguindo esta corrente teórica, investiga-se se a Emenda Constitucional mantém a ideologia constitucionalmente adotada em busca da concretização da Constituição ou se apenas obedece aos preceitos de uma ideologia econômica pura: a do Estado financeiro.

A Emenda Constitucional nº. 95/2016 modifica a organização do Estado brasileiro. Trata-se de uma reforma do Estado ocultada do texto da Constituição. Élica Graziane Pinto, procuradora do Ministério Público (MP) de Contas de São Paulo, comparou o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) ao Retrato de Dorian Gray, livro do escritor inglês Oscar Wilde, no qual

⁵Para aprofundar o conceito de ideologia constitucionalmente adotada recomenda-se a leitura de: Souza (2005); Clark, Côrrea e Nascimento (2013); e Lelis e Costa (2016).

o personagem principal, Dorian Gray, vende a alma ao diabo e passa a depositar na pintura de seu rosto toda a sua corrupção física e moral. Enquanto o retrato, longe dos olhos de todos, se deteriorava, Dorian Gray permanecia com a aparência jovial e bela (PINTO, 2016). A Emenda Constitucional nº. 95/2016 é o pacto com o diabo e o ADCT a pintura que absorve toda a deformação impossível de ser adicionada ao texto da Constituição. Forma-se no ADCT uma imagem horrenda e cínica da realidade brasileira, enquanto o texto constitucional continua, em aparência, perfeito aos olhos do pacto social de um Estado ético firmado em 1988.

Eis a argumentação ideológica motivadora do Novo Regime Fiscal: o Estado de Bem-Estar Social não cabe no orçamento público. Em nome dessa máxima, tida como verdadeira, o ADCT já abriga algumas normas de desvinculação de receitas (artigos 71, 72 e 76). No ADCT, o embate entre a receita e a despesa estatal inicia-se em 1994, com a Emenda de Revisão; prossegue com a Emenda Constitucional nº. 10 e tem a penúltima alteração com a Emenda Constitucional nº. 93 de 2016, que aumentou o patamar de flexibilização de 20% para 30% possibilitando que estados membros, Distrito Federal e municípios utilizem a desvinculação.

Esta constante manipulação do ADCT demonstra a incapacidade do Estado brasileiro para debater e implementar a reforma tributária, política e fiscal que viabilize a concretização da Constituição de 1988. As modificações transitórias têm ocorrido de modo constante. Escondem a incompetência de gestão no equilíbrio entre receitas e despesas e preenchem um dos elementos do Estado financeiro: constantes mudanças constitucionais para adequação dos fins estatais aos fins financeiros.

A Emenda Constitucional nº. 95/2016, até então, última norma de desvinculação de receitas incluída no ADCT, trata-se da corrupção da *res publica* (primeiro elemento do Estado financeiro) por meio do adiamento do Estado, por 20 anos, da sua obrigação de efetivar o texto constitucional. O Novo Regime Fiscal, ao alterar o ADCT, em nome do custeio de despesas financeiras, está sustando, por 20 anos, com a possibilidade de revisão em 10 anos, das obrigações constitucionais de execução de direitos fundamentais (artigos 1º e 5º da Constituição de 1988).

O Novo Regime Fiscal determina, sem qualquer proporcionalidade, a redução do tamanho do Estado na execução de direitos sociais em troca do pagamento de uma dívida financeira⁶. Entre as razões a ideia de confiança, conceito tão descolado da realidade que, mesmo com a aprovação do Novo Regime Fiscal e de uma série de medidas pró-mercado, ainda não foi capaz de promover investimentos no setor produtivo e ascensão à economia brasileira.

As alterações constitucionais trazidas com a Emenda Constitucional nº. 95/2016 se limitam a congelar os gastos públicos primários, sem qualquer consideração aos gastos ou despesas de outra natureza. Ficaram intocadas, nesse sentido, os gastos mais significativos dos orçamentos públicos, quais sejam, os que envolvem pagamentos dos juros da dívida pública. O Novo Regime Fiscal obriga o governo a deixar de investir em áreas como saúde, educação, previdência social, investimentos em infraestrutura para pagar juros da dívida, provocando, assim, a retomada do crescimento econômico (SOUZA NETO, 2017). Em 2015, também com vistas à volta da confiança, foi realizado um arrocho fiscal⁷, entretanto a confiança não reapareceu.

O Novo Regime Fiscal foi justificado por argumentos puramente econômicos, como de natureza transitória. É possível refutar a transitoriedade em que se quis fazer acreditar com fundamento em dois motivos (PINTO, 2016): (1) o mecanismo de desvincular receitas tem sido constantemente utilizado no ADCT, haja vista as alterações criadas pelas Emendas Constitucionais em 1994, 1996, 2016 e o arrocho fiscal proposto em 2015; (2) prazo de 20 anos não é transitório. Verificase na legislação nacional outras menções à transitoriedade onde há os seguintes prazos: (a) 180 dias na situação de emergência ou calamidade pública apta a justificar a hipótese de dispensa de licitação

⁶Curioso notar que o governo proponente do Novo Regime Fiscal desejava aparecer no mercado como cumpridor das regras do jogo. Entretanto, desrespeitou a maior regra democrática do Estado brasileiro: o respeito ao resultado eleitoral.

⁷O Arrocho Fiscal do qual se trata foi um conjunto de medidas proposto por Joaquim Levy, então Ministro da Fazenda. O arrocho consistia em duas medidas provisórias, a Medida Provisória nº. 664 e nº. 665 que dificultam o acesso ao seguro desemprego, ao abono salarial e ao seguro-defeso (destinado ao pescador artesanal) e alteram as regras de acesso à pensão por morte pagas pela Previdência Social. Segundo os cálculos do Ministério da Fazenda as medidas economizariam R\$18 bilhões aos cofres públicos.

(artigo 24, IV da Lei 8.666/1993); (b) 12 meses como referência temporal do conceito de dívida consolidada (artigo 29, I da Lei de Responsabilidade Fiscal e artigo 98 da Lei 4.320/1964) e seu contraste com a noção de dívida fluante (artigo 92 da Lei n.º 4.320/1964); (c) dois anos de vigência para firmar a noção de despesa obrigatória de caráter continuado da Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal); e (d) dois anos de durabilidade para a distinção entre material permanente, na forma do artigo 15, §2º da Lei 4.320/1964.

Nota-se que nenhuma dessas menções legais ultrapassam dois anos (dois exercícios financeiros). Em nossa tradição orçamentária, aliás, o prazo máximo de previsão de despesas e receitas tem sido o de quatro anos, que é aquele fixado para os Planos Plurianuais (PPAs). Nunca se estabeleceu prazos maiores. O Novo Regime Fiscal estabelece prazo demasiadamente longo: 20 anos. Em 20 anos o engessamento dos direitos fundamentais não é transitório, é permanente para milhões de brasileiros. Em 20 anos toda uma geração de brasileiros vai ser afastada da concretização do texto constitucional. Para o povo, desprovido de direitos, o impacto do Novo Regime Fiscal não será transitório, mas permanente.

Quanto as despesas de pessoal, mesmo que já existam parâmetros de controle previstos no artigo 169 da Constituição e na Lei de Responsabilidade Fiscal, o Novo Regime Fiscal pretendeu inovar no artigo 109 do ADCT, proibindo a revisão dos valores e a sindicabilidade judicial (artigo 112, I do ADCT). Termos que vão de encontro ao artigo 5º, XXXV da própria Constituição que prevê a impossibilidade de lei excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

A imposição de um teto de custeio para saúde, educação e seguridade social faz que se torne temerária a concretização da Constituição quanto a estes direitos fundamentais (DUPRAT, 2016). A vinculação de receitas tem sido a maneira de se desempenhar, ainda que minimamente, a concretização constitucional. Estes direitos, típicos do Estado ético, são revestidos de características ignoradas pela Emenda Constitucional n.º 95/2016: (1) São direitos subjetivos indisponíveis, posto que é dever do Estado assegurá-los por meio de serviços e políticas públicas. Estes direitos estão amparados pelo artigo 5º, §1º da Constituição, não sendo oponível a eles a reserva do possível. A aplicação de receita nestes direitos, ao contrário do que estabelece o Novo Regime Fiscal, deve ser progressiva. O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45, decidiu que não se restringe direitos fundamentais por motivos de restrições orçamentárias de caráter duvidoso (e não há nada mais duvidoso que o cálculo econômico/matemático utilizado para justificar a Emenda Constitucional n.º 95/2016). Na decisão o STF afirmou: (1) a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada para que o Estado se exonere da obrigação do cumprimento de suas obrigações constitucionais; (2) estes direitos têm natureza processual, o que possibilita à população recorrer ao Poder Judiciário, caso o Estado não efetive o direito. (Imagina-se que, por conta da ausência de investimentos, em um futuro próximo, possa ocorrer um aumento da judicialização da saúde, da educação e direitos ligados à seguridade social); e (3) a violação destes direitos pode resultar em intervenção federal nos estados membros e nos municípios ou a intervenção estadual nos municípios.

O dever do Estado, no cumprimento da Constituição, é o de assegurar os direitos de educação, saúde e seguridade social na proporcionalidade entre as receitas e a despesa que os pisos constitucionais asseguram. Se, na prática, o piso era o rotineiro teto, com o Novo Regime Fiscal nenhum valor a mais do que o previsto pelo cálculo do artigo 109 do ADCT será destinado à concretização constitucional. Desse modo,

[...] o risco é de que sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. [...] Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra (COMPARATO et al., 2016, s.p.).

Tem-se, com a Emenda Constitucional nº. 95/2016, verdadeiro paradoxo: os propositores da medida afirmam que, mesmo com a imposição de corte nos gastos, o Estado vai poder gastar recursos com saúde e educação; ora, se é permitido gastar, por que estabelecer a regra que limita os gastos? Pergunta não respondida pelos arquitetos do Novo Regime Fiscal, pois a imposição de teto para direitos fundamentais, faz com que os direitos à saúde, educação e seguridade social sejam anulados do texto Constitucional. A redução dos recursos, comprovada economicamente, significará o embate entre os que podem pagar pelo serviço e os que não tem recursos suficientes para acessar serviços privados de saúde e educação. Em um panorama pessimista do Novo Regime Fiscal, os recursos serão escassos apenas para os pobres. Para o pagamento da dívida haverá recursos. Para direitos fundamentais não. Eis, novamente, a imposição do Estado financeiro sobre o Estado ético por meio do aumento do poder burocrata e da alienação do povo do processo econômico e social.

Não fosse bastante os cortes em direitos fundamentais, as sanções⁸ previstas na Emenda Constitucional nº. 95/2016 também podem inviabilizar a prestação dos serviços que garantem estes direitos. O Novo Regime Fiscal fere de morte a Constituição de 1988, sucateando o setor público.

A Emenda Constitucional nº. 95/2016 também viola a separação dos poderes, pois autoriza o Poder Executivo a impor limites de valores e de movimentação financeira a outros poderes e órgãos autônomos. Pelo mesmo motivo, o artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal foi suspenso em decisão cautelar do STF na ADI nº. 2.238-5 MC/DF. O Novo Regime Fiscal coloca instituições independentes na condição de subalternas e vinculadas a um orçamento fixado pelo Poder Executivo. Nesse ponto, as alterações promovidas pelo Novo Regime Fiscal suprimem, alteram e restringem prerrogativas e garantias constitucionais. Com um orçamento fixo (orçamento impositivo) qual a função dos administradores públicos e políticos? O poder de decisão é deslocado da esfera pública para o mercado.

As modificações que a Emenda Constitucional nº. 95 incluiu no ADCT são tantas que escondem, na verdade, uma reforma do Estado: a corrupção da república. Para serem legítimas (do ponto de vista formal), deveriam ser incluídas no texto da Constituição, o que representaria a completa modificação do pacto social de 1988; a prioridade na promoção democrática dos direitos fundamentais substituída pela mitigação de direitos fundamentais protegidos pela condição de cláusulas pétreas – o que torna o Novo Regime Fiscal materialmente inconstitucional.

Pelo exposto, fica claro: a Emenda Constitucional nº.95/2016, imposta pelo Estado financeiro em nome de uma ideologia econômica pura não depurada pelo filtro hermenêutico da ideologia constitucionalmente adotada, anula o arranjo sistêmico dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do custeio dos direitos fundamentais, em especial, com o estabelecimento de um teto para a seguridade social, para a saúde e para a educação. O Novo Regime Fiscal ignora o aspecto social da Constituição e prioriza apenas o aspecto liberal, não obedece à linha de maior vantagem (SOUZA, 2002) deixando de concretizar a Constituição em nome da questionável eficiência do mercado.

A crise do Brasil é crise das renúncias de receitas, é resultado de um ciclo no qual os ricos não pagam tributos, emprestam dinheiro para o Estado concretizar seus deveres constitucionais e, em troca, recebem juros pelo empréstimo. A população tem a contrapartida de quitar a dívida para ter os direitos efetivados: engenhosa artimanha financeira que afasta o Estado ético de qualquer possibilidade de concretização.

⁸As sanções, entretanto, não se aplicam às empresas estatais não dependentes (Inciso, IV, §6º, Artigo 107 do ADCT), pessoas jurídicas de direito privado que operam transferências de recursos públicos para o setor financeiro privado. Na prática estes recursos são alienados por meio de debentures com deságio de até 60%, garantia real estatal e pagamento de juros de até 20%. No dito do Novo Regime Fiscal, este é um mecanismo de venda da dívida pública. No dizer é uma forma de remunerar o mercado privado com recursos públicos que não podem ser destinados à prestação de serviços públicos e concretização de direitos fundamentais.

⁹Art. 9º, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Assim, a Emenda Constitucional nº 95/2016, a exemplo de todas que trataram de desvinculação de receitas e flexibilizaram o texto constitucional em nome de um não comprovado desequilíbrio das contas públicas, é inconstitucional. Não é possível que o ADCT suspenda a eficácia dos direitos fundamentais, previstos na Constituição. Não é possível que o ADCT determine que a Constituição não se concretize em nome de um sempre prometido e nunca alcançado, equilíbrio das receitas e despesas. Não é possível que o Estado financeiro afaste o Estado ético.

Pelos argumentos expostos, a reforma realizada pelo Novo Regime Fiscal não seria constitucionalmente possível. O que seria necessário, para solver a crise seria rever os privilégios que os donos do poder (FAORO, 2008), os donos do poder financeiro se auto concedem. As inclusões dos artigos no ADCT simbolizam a constante história brasileira de afastar, sempre que possível, o povo do exercício de direitos e manter no poder aqueles que conchavam com forças econômicas para a manutenção de um status quo de submissão (LELIS, 2015).

O Novo Regime Fiscal, fruto de drástica alteração no texto constitucional é o exemplo máximo do embate entre o Estado ético e o Estado financeiro, com a predominância deste sobre aquele. Trata-se do Estado burocrata, abertamente a-ético e a-jurídico, justificado apenas pela técnica que o define (SALGADO, 1998).

Assim, por desrespeitar o filtro hermenêutico constitucional (ideologia constitucionalmente adotada); por inviabilizar o Estado ético; por violar expressamente a separação de poderes (artigo 2º da Constituição); por violar expressamente direitos fundamentais à saúde e à educação e a possibilidade de apreciação judicial (artigo 5º da Constituição); e por modificar a forma de custeio da saúde e educação inviabilizando a prestação pública destes direitos (artigos 198 e 202 da Constituição) pode-se afirmar que o Novo Regime fiscal é inconstitucional.

5. Conclusão

O resultado do conflito entre o Estado ético e o Estado financeiro é a crise. Para a solução do cenário é preciso que a ética seja praticada pelo poder público, sem estar presa ao tempo presente e por questões antropocêntricas. Se a esfera do produzir invadiu o espaço do social, então a eticidade deve invadir a esfera do produzir, da qual ela se mantém afastada e deve fazê-lo na forma de política pública realizadora de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, as políticas públicas de resultado eficiente não compreendem a eficiência do Estado financeirizado (custo/benefício), mas a eficiência administrativa. A aproximação ética, os valores e fins que a Constituição apresenta para a administração pública não se confundem com a eficiência de mercado, pois o Estado não deve ser regido pela lógica lucro/prejuízo. Em diversos momentos, a atuação estatal resultará necessariamente em prejuízo, pois o Estado deve atuar na economia para assistir hipossuficientes: deve se preocupar em ser o Estado ético.

É preciso no campo estrutural do Estado: (a) reforçar o cânone democrático com o respeito à res publica e às regras do jogo; (b) aumentar o poder popular e reduzir o poder burotecnocrata – a reforma administrativa dos anos 1990 colocou os serviços públicos nas mãos do mercado e o Novo Regime Fiscal colocou o orçamento público nas mãos do poder financeiro. Essa lógica financista deve ser revertida em uma lógica ética com a realização diuturna dos direitos fundamentais; e (c) tomar a constituição como um contrato de Ulisses. Ulisses, em Odisseia de Homero, para não cair no canto da sereia, ordenou a seus marujos que o atassem no mastro e colocassem cera nos ouvidos. O compromisso prévio de cumprir a constituição é maneira de entender que ela determina, antes da realização financeira, a execução de direitos fundamentais e sociais. Assim, para não se ser seduzido pelo poder financeiro é preciso que se respeite o pacto social e estatal firmado no texto constitucional, verdadeira constituição dirigente de um Estado Democrático de Direito ético, que exige a justaposição de ordens e a necessidade de submeter as ações ideológicas ao crivo constitucional.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BERCOVICI, G. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, vol. XLIX, p. 57-77, 2006.
- CLARK, G.; CÔRREA, L.; NASCIMENTO, S. P. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**: Número especial em memória do professor Washington Peluso, p. 265-300, 2013. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2013vWAp265
- COMPARATO, F.; TORRES, H. T.; PINTO, E. G.; SARLET, I. W. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. In: **Consultor Jurídico**. 27 de julho de 2016. Disponível em: <https://goo.gl/TJ6Agm>. Acesso em: 28 de julho de 2016.
- DUPRAT, D. (et al). Inconstitucionalidade do congelamento dos pisos da saúde e da educação na PEC 241/2016: Responsabilidade fiscal deve visar o custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. **Nota técnica**, 2016. Disponível em: <https://goo.gl/dB5QX9>.
- FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GREENE, J. **The cognitive neuroscience of moral judgment**. GAZZINGA, MS. **The Cognitive Neuroscience**. 4 ed. Cambridge: MIT Press, 2009.
- HAIDT, J. The new synthesis in moral psychology. **Science**, v. 316, n. 5827, p. 998-1002, 2007. DOI: 10.1126/science.1137651
- HEGEL, F. G. W. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992.
- LELIS, D. A. S. Interesse, razão e afeto: a história do povo e do aparelho do estado pelas linguagens da democracia. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 31, n. 12, p. 131-152, 2015.
- LELIS, D. A. S. O rinoceronte de Dürer. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 1, p. 38-67, 2017. DOI: 10.21910/rbsd.v4n1.2017.115
- LELIS, D. A. S.; COSTA, L. V. Julgamento moral, economia e políticas públicas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, n. 114, p. 119-144, 2016. DOI: 10.20499/2236-3645.RJP2016v18e114-1264
- LEVINAS, E. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.
- NADO, J.; KELLY, D.; STICH, S. Moral Judgment. In: SYMONS, J.; CALVO, P. (ed.) **Routledge Companion to the Philosophy of Psychology**. Oxfordshire: Routledge, 2006.
- PINTO, E. G. ADCT é o retrato de Dorian Gray da Constituição de 1988. **Consultor Jurídico**, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://goo.gl/a4LFdp>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.
- SALGADO, J. C. O Estado ético e o Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, v. 27, n. 2, 1998.
- SOUZA NETO, C. P. **PEC do Novo Regime Fiscal: constitucionalização da austeridade e subcidadania**. Disponível em: <https://goo.gl/55KqVr>. Acesso em 20 de junho de 2017.
- SOUZA, W. P. A. O princípio da ambiguidade na configuração da ordem econômica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 8, p. 57-95, 1956.
- SOUZA, W. P. A. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOUZA, W. P. A. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6 ed., São Paulo: LTr, 2005.