

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): A Lei Complementar 173/2020, pela qual estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e altera dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (LRF), foi impugnada por sucessivas ações diretas de inconstitucionalidade.

A mais abrangente delas no tocante aos fundamentos apresentados, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADI**) **6450** , foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista. As demais, **ADIs 6447 e 6525** , tem por objeto as mesmas normas impugnadas na **ADI 6450** , quais sejam, os arts. 7º e 8º da LC 173/2020, motivo pelo qual todas passaram a tramitar em conjunto. Da mesma forma, embora não possua o mesmo objeto, recomenda-se o julgamento em conjunto também da **ADI 6442** , para fins de celeridade e economia processual. Isso porque a mencionada ação igualmente impugna dispositivos da LC 173/2020 e se faz valer de argumentos coincidentes com as demais ações.

Antes de examinar o conteúdo das ações diretas, é importante lançar o olhar para o momento e a justificativa pela qual foi editada a lei impugnada, a qual está inserida no contexto de enfrentamento de uma pandemia que assola o mundo.

Nesse cenário, não é novidade que o Congresso Nacional reconheceu, por meio do Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, a ocorrência de estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-19 declarada pela Organização Mundial de Saúde, atendendo à solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem 93, de 18 de março de 2020.

O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todas as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade.

O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado.

A disseminação do novo coronavírus constitui ameaça séria, iminente e incontestável ao funcionamento de todas as políticas públicas que visam a proteger a vida, saúde e bem-estar da população, como todos temos lamentavelmente visto em todo o país nos últimos meses. A gravidade da emergência causada pela pandemia da COVID-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

Esta CORTE proferiu vários pronunciamentos em sede de Jurisdição Constitucional, nos quais se reconheceu a magnitude dos efeitos da pandemia e a necessidade extrema de coordenação entre todos os níveis de governo na destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública, no sentido de minimizar seus reflexos nefastos.

Nesse sentido, a ADI 6343-MC-Ref., caso julgado em 6/5/2020; o julgamento da medida cautelar nas ADIs 6347, 6351, 6357, de minha relatoria, julgadas em 30/4/2020, no qual o Plenário referendou a suspensão da eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pela Medida Provisória 928/2020, que restringe o alcance da Lei de Acesso à Informação no decurso da pandemia; a decisão proferida pelo Ministro ROBERTO BARROSO na ADPF 669, em que determinada a vedação à *“ produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que ‘O Brasil Não Pode Parar’ ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim ”*; a decisão por mim proferida na ADPF 690, pela qual foi determinado ao Ministério da Saúde que mantivesse a divulgação diária dos dados epidemiológicos relacionados à pandemia com os números acumulados de ocorrências.

Apresentado contexto com o qual editou-se a LC 173/2020, passa-se a examinar o teor das ações diretas. Antes, porém, cumpre analisar questões preliminares levantadas.

Na **ADI 6442**, a PGR (doc. 27) aduz que a norma do § 7º do art. 5º da LC 173/2020 encontra-se exaurida, de forma que entende pelo não conhecimento da ação quanto ao ponto.

Com razão.

Conforme assentou a PGR em seu parecer:

“Consoante registram as informações da Presidência da República, em 9.6.2020 houve a transferência da primeira parcela do auxílio financeiro de que trata o art. 5º da LC 173/2020, para *“as contas de 5.565 Municípios, 26 Estados e do Distrito Federal, que renunciaram ou informaram não possuir ações passíveis de renúncia”*. Somente cinco municípios deixaram de apresentar a declaração necessária para a obtenção dos recursos. As parcelas seguintes estão previstas para 13.7, 12.8 e 11.9.2020”.

A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado, substancialmente alterado ou cuja eficácia já tenha se exaurido, independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais (ADI 709, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 20/6/1994, ADI 3.885, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 28/6/2013; ADI 2.971 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/2/2015; ADI 5159, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/2/2016; e ADI 3.408 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 15/2/2017), sob pena de transformação da jurisdição constitucional em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas (ADI 649-5/RN, Pleno, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 23/9/1994; ADI 870/DF QO, Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 20/8/1993). Nas hipóteses de revogação do ato impugnado, antes do julgamento final da ação, ocorrerá a prejudicialidade da mesma, por perda do objeto, (ADI QO 748-3/RS, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15/12/2006).

Verificado que a impugnação do § 7º do art. 5º da LC 173/2020 interessaria apenas a cinco municípios que não aderiram ao comando normativo, sendo, portanto, identificáveis, conforme salientado pela PGR, é de se reconhecer que a ação direta, no ponto, não pode ser conhecida sob pena de a CORTE estar analisando uma situação concreta.

Na **ADI 6447**, a AGU (doc. 427) sustenta que a ação direta não constitui instrumento adequado para impugnação de atos *interna corporis* do Poder Legislativo. Assim, requer o não conhecimento da ação quanto ao ponto.

No entanto, verifico que a alegação trazida pela inicial, no sentido de questionar a constitucionalidade do processo legislativo da lei impugnada, constitui matéria que se confunde com o próprio mérito da ação, motivo pelo qual será analisado oportunamente. Afasto a preliminar.

Ultrapassada essa fase preliminar, cumpre examinar o mérito das ações diretas.

No sentido de facilitar o julgamento conjunto de todas as demandas, a análise dos fundamentos apresentados se dará através de tópicos, na conformidade do que foi exposto nas petições iniciais das **ADIs 6442, 6447, 6450 e 6525**.

1. Das inconstitucionalidades formais

Alega-se, na **ADI 6447**, a inconstitucionalidade formal da lei em razão de a norma impugnada ter sido promulgada por votação realizada em meio eletrônico, “sem o acesso da população e sem a possibilidade de participação dos interessados no processo decisório”, o que teria violado a necessidade de participação democrática na atividade legislativa.

Sem razão.

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando, dessa forma, a Carta Magna quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais.

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

O devido processo legislativo constitucional prevê que, uma vez apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, iniciar-se-á a denominada *fase constitutiva*, na qual haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, delimitando-se o objeto a ser aprovado ou mesmo rejeitado pelo Poder Legislativo (*deliberação parlamentar*). Além da atividade legislativa, na chamada deliberação parlamentar, caso o projeto de lei seja aprovado pelas duas Casas Legislativas, haverá participação do chefe do Poder Executivo, por meio do exercício do veto ou da sanção (*deliberação executiva*).

Dessa maneira, diferentemente do que argumenta o Partido dos Trabalhadores na **ADI 6447**, observo que o trâmite do projeto de lei que culminou na promulgação da LC 173/2020, no tocante ao processo legislativo realizado em meio virtual, não violou o texto constitucional.

Com efeito, em decorrência da pandemia do coronavírus, diversas medidas sanitárias e de distanciamento social foram recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como forma de evitar e/ou diminuir a disseminação da COVID-19.

O Senado Federal, atento às recomendações sanitárias, editou o Ato da Comissão Diretora 7/2020, pelo qual instituiu o Sistema de Deliberação Remota no âmbito daquela Casa. Em suas informações, o Senado Federal salientou (doc. 127):

Viabiliza-se, assim, deliberação por meio eletrônico que segue a mesma lógica e medidas das presenciais, permitindo aos parlamentares tanto o debate da matéria quanto a sua votação. Cada parlamentar recebe senhas de acesso para a votação, que é certificada por meio de reconhecimento, sendo impositivo aos senadores e às senadoras a utilização de dispositivo eletrônico com câmera frontal. O Presidente da sessão comanda toda a votação de uma sala no Senado Federal.

E ainda:

“O Senado Federal está em linha com as mais altas práticas de transparência e de respeito ao interesse público, o que pode ser verificado pelo fato de que todas as sessões virtuais são e serão transmitidas ao vivo pela Rádio Senado, pela TV Senado e pelo canal da TV Senado no YouTube(<https://www.youtube.com/user>

/TVSenadoOficial). Há, ainda, transmissões ao vivo pela página do Senado Federal no Facebook (<https://www.facebook.com/SenadoFederal>) e no Twitter (<https://twitter.com/senadofederal>).

E o mesmo pode-se dizer em relação aos canais de comunicação e acompanhamento das sessões deliberativas ocorridas no âmbito da Câmara dos Deputados, através da Rádio Câmara, da TV Câmara e do canal no Youtube da Câmara dos Deputados.

Assim, o simples fato de as sessões deliberativas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a respeito da então vindoura LC 173/2020, terem acontecido por meio virtual não afasta a participação e o acompanhamento da população em geral. Como visto, ambas as Casas Legislativas fornecem meios de comunicação de amplo e fácil acesso, em tempo real, em relação ao exercício da atividade legislativa.

Não há se falar, portanto, em violação ao processo legislativo em razão de as deliberações terem ocorrido por meio do Sistema de Deliberação Remota, sobretudo quando se está diante de uma pandemia cujo vírus se revelou altamente contagioso, o que justifica, ainda mais, a prudente opção do Congresso Nacional em prosseguir com suas atividades através de meio eletrônico.

Em última análise, a matéria está relacionada intrinsecamente ao núcleo da própria atividade deliberativa do Poder Legislativo. Dessa forma, em respeito a separação de poderes, é preciso se ter mente que “ *o Poder Judiciário não possui competência para syndicar atos das Casas Legislativas que se sustentam, unicamente, na interpretação conferida às normas regimentais internas. Precedentes: MS 25.144 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28.02.2018; MS 31.951 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.08.2016, MS 24.356, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 12.09.2003*” (MS 35.581 AgR, Rel. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 22/6/2018).

Ainda em sede de alegação de inconstitucionalidade formal, as **ADIs 6447, 6450 e 6525** sustentam, em síntese, a ocorrência de vício de iniciativa legislativa. Segundo argumentam, a LC 173/2020, de autoria parlamentar, versa sobre regime jurídico de servidores públicos, de forma que o Presidente da República seria a autoridade competente para deflagrar o processo legislativo.

A iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, estabelecida para o Presidente da República no art. 61, § 1º, da CF, aplicado simetricamente a todos os entes da Federação:

“Art. 61. [...]

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”.

Nesse sentido, a jurisprudência da CORTE registra que a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, estabelecida no art. 61, § 1º, II, *c e e*, da Constituição Federal, para legislar sobre a organização administrativa no âmbito do ente federativo, veda que os demais legitimados para o processo legislativo proponham leis que dispõem sobre servidores públicos e seu regime jurídico, ou que criem, alterem ou extingam órgãos públicos, *ou que lhes cominem novas atribuições* :

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGONA N. 6.153, DE 11 DE MAIO DE 2000, QUE CRIA O PROGRAMA DE LEITURA DE JORNAIS E PERIÓDICOS EM SALA DE AULA, A SER CUMPRIDO PELAS ESCOLAS DA REDE OFICIAL E PARTICULAR DO ESTADO DE ALAGOAS.

1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual para legislar sobre organização administrativa no âmbito do Estado.

2. Lei de iniciativa parlamentar que afronta o art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República, ao alterar a atribuição da Secretaria de Educação do Estado de Alagoas. Princípio da simetria federativa de competências.

3. Iniciativa louvável do legislador alagoano que não retira o vício formal de iniciativa legislativa. Precedentes.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2329, Rel. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 25/6/2010)

Analisando o conteúdo dos arts. 7º e 8º da LC 173/2020, observo que, em verdade, as normas não versam sobre o regime jurídico dos servidores públicos, mas sim sobre a organização financeira dos entes federativos e seus órgãos, cuja finalidade é apresentar medidas de prudência fiscal para o enfrentamento dos efeitos econômicos negativos causados pela pandemia aos cofres públicos.

Naturalmente, por se tratar de normas atinentes ao campo das finanças públicas, a competência comum de iniciativa legislativa encontra-se autorizada pelo art. 23, parágrafo único, e 24, I, da Constituição Federal.

Improcedentes, portanto, as alegações de inconstitucionalidade formal da LC 173/2020.

2. Das inconstitucionalidades materiais

2.1 Do Pacto Federativo

O desrespeito aos princípios e regras constitucionais do Federalismo é um dos principais argumentos apresentados nas diversas ações em exame, tornando necessária uma análise geral e mais detalhada desse sistema de autonomias recíprocas e de repartição de competências administrativas, tributárias e fiscais, antes da análise específica de cada um dos dispositivos.

O federalismo e suas regras de distribuição de competências legislativas são dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito, que, conforme salientado por PABLO LUCAS VERDÚ, ainda exerce particular fascinação sobre os juristas.

Essa fórmula aponta a necessidade de o Direito ser respeitoso com as interpretações acerca de diferentes dispositivos constitucionais que envolvam diversas competências legislativas, para que se garanta a

previsão do legislador constituinte sobre a divisão dos centros de poder entre os entes federativos, cuja importância é ressaltada tanto por JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional* . 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t. 1, p. 13-14), quanto por JOSÉ GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição* . Almedina, p. 87).

A essencialidade da discussão não está na maior ou na menor importância do assunto específico tratado pela legislação, mas sim na observância respeitosa à competência constitucional do ente federativo para editá-la (MAURICE DUVERGER. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p. 265 e ss.), com preservação de sua autonomia e sem interferência dos demais entes da federação, pois, como salientado por LUCIO LEVI:

“a federação constitui, portanto, a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo. Com efeito, a ideia do Estado de direito, o Estado que submete todos os poderes à lei constitucional, parece que pode encontrar sua plena realização somente quando, na fase de uma distribuição substancial das competências, o Executivo e o Judiciário assumem as características e as funções que têm no Estado Federal” (NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI, GIANFRANCO PASQUINO, (Coord.) *Dicionário de política*. v. I, p. 482).

O equilíbrio na interpretação constitucional sobre a distribuição de competências na história do federalismo iniciou com a Constituição norte-americana de 1787.

A análise de suas características e de suas consequências, bem como do desenvolvimento de seus institutos, vem sendo realizada desde os escritos de JOHN JAY, JAMES MADISON e ALEXANDER HAMILTON, nos Artigos Federalistas, publicados sob o codinome *Publius* , durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e mostra que se trata de um sistema baseado principalmente na consagração da divisão constitucional de competências, para manutenção de autonomia dos entes federativos e para o equilíbrio no exercício do poder (THOMAS McINTYRE COOLEY. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; DONALD L. ROBINSON. *To the best of my ability: the presidency the constitution* . New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19).

Em 1887, no centenário da Constituição norte-americana, o estadista inglês WILLIAM GLADSTONE, um dos mais influentes primeiros-ministros ingleses, afirmou que a Constituição dos Estados Unidos “ *era a mais maravilhosa obra jamais concebida num momento dado pelo cérebro e o propósito do homem*”, exatamente por equilibrar o exercício do poder.

É importante salientar a importância da questão do federalismo e do equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes Regionais, pois a manutenção do equilíbrio Democrático e Republicano, no âmbito do Regime Federalista, depende do bom entendimento, definição, fixação de funções, deveres e responsabilidades entre os três Poderes, bem como da fiel observância da distribuição de competências legislativas, administrativas e tributárias entre União, Estados e Municípios, característica do Pacto Federativo, consagrado constitucionalmente no Brasil, desde a primeira Constituição Republicana, em 1891, até a Constituição Federal de 1988.

O Federalismo, desde seu nascimento, preserva a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhes, como afirmado por ALEXANDER HAMILTON, “ *a oportunidade máxima para a consecução da paz e liberdade contra o facciosismo e a insurreição*” (*The Federalist papers*, IX) e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros, que, porém, mantiveram sua autonomia.

Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado principalmente na *cooperação*, como salientado por KARL LOEWENSTEIN (*Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362). No dizer de GARCÍA PELAYO, há a necessidade de conformar-se a tendência à unidade e a tendência à diversidade (*Derecho constitucional comparado*. 8. Ed. Madri: Revista do Ocidente, 1967. p. 218).

É necessário, portanto, que o exercício das competências dos entes federativos respeite outro traço nuclear do Estado Federal: a interdependência. Esse ingrediente que representa uma ideia associável às noções de solidariedade, de lealdade ou de cordialidade é crucial para que as federações sigam em frente na persecução de seus projetos coletivos, encontrando as composições imprescindíveis para a preservação de sua identidade.

FERNANDO LUIZ ABRUCIO ressalta que a chave para o êxito federativo está em equilibrar competição e cooperação (*A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula* . In: Revista de Sociologia e Política, n. 24, jun-2005, p. 43)

O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias.

A própria Constituição Federal, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, *a priori*, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder na própria União, ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios.

Essa opção inicial do legislador constituinte não afastou da Constituição de 1988 os princípios básicos de nossa tradição republicana federalista, que gravita em torno do princípio da autonomia, da participação política e da existência de competências legislativas próprias dos Estados/Distrito Federal e dos Municípios, indicando ao intérprete a necessidade de aplicá-los como vetores principais em cada hipótese concreta em que haja a necessidade de análise da predominância do interesse, para que se garanta a manutenção, o fortalecimento e, principalmente, o equilíbrio federativo (GERALDO ATALIBA. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 10), que se caracteriza pelo respeito às diversidades locais, como bem salientado por MICHAEL J. MALBIN, ao apontar que “*a intenção dos elaboradores da Carta Constitucional Americana foi justamente estimular e incentivar a diversidade, transcendendo as facções e trabalhando pelo bem comum*” (*A ordem constitucional americana* . Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 144), consagrando, ainda, a pluralidade de centros locais de poder, com autonomia de autogoverno e de autoadministração, para que se reforçasse a ideia de preservação da

autonomia na elaboração do federalismo, como salientado por ALEXIS DE TOCQUEVILLE, ao comentar a formação da nação americana (*Democracia na América: leis e costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 37 e ss.), que serviu de modelo à nossa Primeira Constituição Republicana em 1891.

Nos regimes federalistas, respeitadas as opções realizadas pelo legislador constituinte e previamente estabelecidas no próprio texto constitucional, quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências e, conseqüentemente, a necessidade de definição do ente federativo competente para legislar sobre determinado e específico assunto, que engloba uma ou várias matérias com previsão ou reflexos em diversos ramos do Direito, *caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento dos preceitos básicos de convívio no Estado Federal, que garantam o imprescindível equilíbrio federativo* (JUAN FERRANDO BADÍA. *El estado unitário: El federal y El estado regional*. Madri: Tecnos, 1978, p. 77; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, 179, p. 1; RAUL MACHADO HORTA. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 16, p. 17; e, do mesmo autor: Estruturação da federação. *Revista de Direito Público*, n. 81, p. 53 e ss.; CARLOS MÁRIO VELLOSO. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 187, p. 1 e ss.; JOSAPHAT MARINHO. Rui Barbosa e a federação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, p. 40 e ss.; MIGUEL SEABRA FAGUNDES. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 99, p. 1 e ss.).

No campo da tributação e orçamento, a partir desse modelo federativo, em seu Título VI (Da tributação e orçamento), a Constituição Federal estabeleceu os princípios e normas essenciais do sistema tributário nacional (capítulo I) e de finanças públicas (capítulo II), consagrou a necessidade de cada ente federativo possuir uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria, para o pleno exercício de suas autonomias política e administrativa. Da mesma forma, o texto constitucional previu a repartição das competências tributárias de forma rígida, completa e integral, estabelecendo regras de repartição de receitas decorrentes dos tributos destinados a determinado ente federativo, por todos os demais, e, por fim, as disposições sobre finanças públicas e assuntos correlatos.

No tocante às normas gerais sobre finanças públicas, o legislador constituinte estabeleceu a competência legislativa da União, que, por meio de lei complementar, disporá sobre finanças públicas; dívida pública

externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; concessão de garantias pelas entidades públicas; emissão e resgate de títulos da dívida pública; fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais voltadas ao desenvolvimento regional.

A previsão de estratégias de harmonização no texto constitucional com a finalidade de garantir o *imprescindível equilíbrio federativo*, na presente hipótese, também encontra explicação em razões econômicas, que deram ensejo ao denominado Federalismo Fiscal.

A política macroeconômica, um dos principais instrumentos à disposição do Poder Público para perseguir a estabilização da economia, é naturalmente associada à atuação da esfera central de poder, como bem destacado por SAULO SANTOS DE SOUZA, em monografia premiada no VIII Prêmio Tesouro Nacional – 2003:

As diversas abordagens sobre o federalismo fiscal (Buchanan, 1970; Musgrave e Musgrave, 1970) concordam que as políticas fiscais do governo federal têm caráter predominantemente redistributivo e perseguem objetivos macroeconômicos para os quais o equilíbrio das contas públicas a nível nacional e subnacional é fundamental. As políticas de estabilização monetária, por exemplo, são vistas como uma função central por conta da própria natureza dos choques econômicos cíclicos, os quais, tendo escopo nacional, exigem uma resposta também nacional. Além disso, os custos e benefícios das políticas de estabilização ultrapassam as fronteiras regionais, o que as torna, assim, inapropriadas à discricionariedade dos entes subnacionais. (SOUZA, Saulo Santos de. *Entre performance política e performance fiscal: o legado do governo Cardoso para o federalismo fiscal brasileiro*. Brasília: ESAF, 2003. Tópicos Especiais de Finanças Públicas, fl. 15).

O Federalismo Fiscal também se dedicou a produzir modelos explicativos das interações estratégicas ocorridas na relação entre os entes federados, analisando os incentivos que determinariam as condutas dos diferentes níveis de governo. Ao lidar com essa plataforma de análise, pautados na lógica da ação coletiva, esses trabalhos lograram identificar diversos efeitos negativos (externalidades) que o comportamento

individualista dos entes governamentais poderia produzir para o conjunto da federação.

Um dos tipos de interação mais destrutiva ocorre quando decisões a respeito dos gastos públicos de um ente local são tomadas na esperança de que as suas consequências econômico-financeiras sejam posteriormente absorvidas por um nível central de governo, geralmente por meio de ações de resgate. Esse tipo de comportamento é visto como fonte de sérios riscos para o equilíbrio federativo, pois compromete a autonomia financeira recíproca.

As decisões a respeito de gastos públicos, quando percebidas numa visão agregada, não são isentas de consequências para o conjunto do Estado. Muito pelo contrário, elas podem produzir efeitos sistêmicos bastante prejudiciais ao equilíbrio federativo, exercendo pressões negativas sobre a condução de políticas intituladas por entes federativos distintos, além de potencializar assimetrias já existentes e prejudicar o sistema econômico nacional. Foi exatamente o que foi observado no Brasil pouco tempo depois da promulgação da CF/1988, quando a federação brasileira havia sido recentemente capitalizada por preceitos de descentralização. Isso porque, no início da década de 90, em que a inflação era exponencial, os Entes federativos (Estados e Municípios) trabalhavam com uma dinâmica de ilusão monetária, em que os impactos fiscais das suas decisões eram artificialmente suavizados pela deterioração de valor que a inflação exercia na moeda até o momento da efetiva realização dos gastos. Com a estabilização econômica, lograda pelos êxitos do Plano Real, sucedeu fenômeno que eliminou o hiato antes existente entre os termos nominais e reais das decisões orçamentárias. Nasceu uma realidade orçamentária diferente, e muito mais hostil a expedientes de dissimulação, o que fez com que os índices de endividamento progredissem avassaladoramente.

Houve a necessidade de adoção de medidas corretivas no plano do equilíbrio das contas públicas, para que a gestão financeira das entidades da Federação pudesse ser ajustada a esse novo estado de coisas, a fim de se evitar nova degeneração do sistema financeiro nacional.

No decorrer dos anos 80 e no início dos anos 90, a ausência de governança na gestão fiscal de vários entes da Federação consubstanciava uma das vertentes do desequilíbrio fiscal brasileiro. Nesse período, as receitas advindas da realidade inflacionária constituíam fonte adicional de recursos para o financiamento de despesas e, conseqüentemente, ocultavam a verdadeira situação fiscal dos entes federativos.

Depois de 1994, em decorrência da estabilização de preços obtida por meio do Plano Real, ocorreu um esgotamento das receitas com imposto inflacionário e, por conseguinte, a situação fiscal dos entes subnacionais passou a se deteriorar rapidamente. A título de ilustração, em 1994, os entes subnacionais apresentaram um superávit primário de 0,77% do Produto Interno Bruto (PIB); em 1997, esses entes evidenciaram um déficit primário de 0,74% do PIB. Concomitantemente, em janeiro de 1994, a dívida interna líquida dos Estados e dos Municípios representava 8,32% do PIB, passando para 11,52% do PIB em dezembro de 1997.

Nesse contexto, os desequilíbrios fiscais estruturais dos entes federativos não podiam mais ser escondidos ou negligenciados. Os déficits estruturais ocultos foram explicitados, e as dívidas dos entes subnacionais ganharam contornos explosivos, tornando-se então premente a necessidade de equacionar os passivos dos entes subnacionais, com imposição simultânea de uma nova forma de governança para a gestão financeira e orçamentária desses entes e a edição legislativa de medidas de macroeconomia destinadas à manutenção do equilíbrio fiscal e monetário do País, logicamente de competência da União, pois patente o interesse geral dessa nova fórmula legislativa de gestão responsável das finanças públicas (ALEXANDRE MANOEL ANGELO SILVA; ARISTIDES MONTEIRO NETO; e JOSÉ CARLOS GERARDO. Dívidas estaduais, federalismo fiscal e desigualdades regionais no Brasil: percalços no limiar do século XXI. In: ARISTIDES MONTEIRO NETO (Org.) *Governos estaduais no federalismo brasileiro. Capacidades e limitações governativas em debate*. Brasília: IPEA, 2014, p. 119).

A LRF foi elaborada exatamente nessa conjuntura, como parte de um esforço de harmonização fiscal idealizado pelo governo central, instituindo um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente.

Não houve, portanto, inconstitucionalidade material genérica da LRF em face dos princípios e regras federativas, conforme reconhecido pela CORTE no julgamento da ADI 2238 (Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, Dje de 1º/9/2020), precedente cujas balizas devem ser consideradas na análise da LC 173/2020.

O exame da constitucionalidade material da LC 173/2020, portanto, deve ser feito tendo em vista esse contexto macroeconômico e de estabilização monetária, além da consideração a respeito dos impactos negativos causados pela pandemia, buscando o fortalecimento dos preceitos básicos de convívio no Estado Federal, com a garantia do imprescindível equilíbrio federativo e o respeito à repartição constitucional de competências.

A partir dessas constatações, passaremos à análise dos dispositivos impugnados não só genericamente com base nos princípios federativos, mas também em normas constitucionais específicas.

Primeiramente, na **ADI 6442**, sustenta-se a inconstitucionalidade do § 6º do art. 2º da LC 173/2020, ao argumento de violação ao pacto federativo.

No caso do art. 2º da lei impugnada, prevê o dispositivo a suspensão temporária da execução, por parte da União, das garantias das dívidas decorrentes dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os Estados e o Distrito Federal, bem como dos contratos de abertura de crédito firmados com os demais entes e o parcelamento dos débitos previdenciários de que trata a Lei 13.485/2017.

Por sua vez, o § 6º do art. 2º, ora impugnado, estabelece que os valores anteriores a 1º de março de 2020 não pagos em razão de liminar em ação judicial poderão, desde que o respectivo ente renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação, receber o mesmo tratamento previsto no inciso I do § 1º (dívidas não pagas serão apartadas e incorporadas ao saldo devedor somente em 1º de janeiro de 2022).

Analisando a norma impugnada, é possível constatar que o legislador federal, legislando nacionalmente, possibilitou aos demais entes, que estejam litigando judicialmente com a União, a obtenção de um benefício fiscal para que possam direcionar recursos para melhor enfrentarem a pandemia. Nesse sentido, a renúncia à pretensão formulada na inicial é uma faculdade conferida ao autor prevista expressamente no Código de Processo Civil/2015 (art. 487, III, 'c').

O ponto chave do dispositivo está no caráter facultativo da norma, representado pelo sentido conferido à palavra “poderão”. Dessa forma, valores anteriores a 1º de março de 2020 – cuja origem não diz respeito à

pandemia –, não pagos em razão de liminar em ação judicial, podem ter seu pagamento postergado para 1º de janeiro de 2022, nos termos do I do § 1º do art. 2º da LC 173/2020.

Não há, portanto, como sustentar ofensa à autonomia dos Estados, DF e Municípios quando a norma em questão apenas confere uma benesse fiscal condicionada à renúncia de uma pretensão deduzida em juízo. Como se viu, diferentemente do que alega a inicial, não há “imposição” da União, mas sim uma condicionante para os demais entes se valerem da oportunidade de postergar aproximadamente dois anos o pagamento de eventuais dívidas para com o ente central.

Naturalmente, por ser uma norma de caráter facultativo, e estando resguardada a autonomia dos entes menores, compete a cada gestor verificar a oportunidade e conveniência, dentro, portanto, do seu poder discricionário, de abrir mão da ação judicial para receber o mesmo tratamento previsto no inciso I do § 1º do art. 2º da LC 173/2020. Não sendo interessante para o ente, basta não renunciar a ação judicial e prosseguir com a demanda.

Ausente, assim, qualquer mácula ao princípio federativo em relação ao § 6º do art. 2º da LC 173/2020.

Em relação às **ADIs 6450 e 6525**, questiona-se a validade constitucional dos arts. 7º e 8º da LC 173/2020, argumentando que os dispositivos afrontariam a autonomia dos entes federativos.

Sem razão.

Como se viu, o art. 7º da LC 173/2020 alterou a redação dos arts. 21 e 65 da LRF. No tocante a primeira parte do art. 7º, o dispositivo legal apenas acrescentou normas relativas ao direito financeiro, no sentido de tornar nulos atos que resultem aumento de despesa de pessoal (a) nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão e (b) que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão.

Oportuno mencionar que o art. 21, II, da LRF, em sua antiga redação, teve sua constitucionalidade reconhecida, em interpretação conforme, no julgamento da ADI 2238 (Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, Dje de 1º/9/2020), no qual a CORTE fixou orientação no sentido de que o limite ali previsto somente se apresenta exigível se estipulado por legislação complementar. O texto constitucional, portanto, exige a observância do

princípio da reserva específica de lei complementar para fixação do teto de despesas com pessoal ativo e inativo, não sendo possível o estabelecimento desse limite por qualquer outro ato normativo, conforme já decidido por esta CORTE (ADI 1585/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 3/4/1998).

No caso da norma em análise, a LC 173/2020 apenas reforçou a necessidade de a gestão fiscal ser transparente e planejada, impedindo que atos que atentem contra a responsabilidade fiscal sejam transferidas para o próximo gestor, principalmente quando em jogo despesas com pessoal. A norma, assim, não representa afronta ao pacto federativo, uma vez que diz respeito a tema relativo à prudência fiscal aplicada a todos os entes da federação.

Quanto ao art. 65 da LRF alterado pelo art. 7º da LC 173/2020, a novel legislação acrescentou o § 1º para estabelecer algumas situações nas quais ficam dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis aos entes em caso de calamidade pública, como (i) contratação e aditamento de operações de crédito; (ii) concessão de garantias; (iii) contratação entre entes da Federação; e (iv) recebimento de transferências voluntárias. Além disso, a norma afasta as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, e as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17, todos da LRF.

Observa-se, nesse sentido, que o acréscimo feito ao art. 65 da LRF, pelo art. 7º da LC 173/2020, foi apenas para possibilitar uma flexibilização temporária das amarras impostas pela LRF em caso de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional. Na prática, observou-se com a presente pandemia do coronavírus que o art. 65 da LRF, em sua redação original, se mostrou insuficiente para o devido enfrentamento da crise de saúde pública e fiscal decorrentes da COVID-19. Constatou-se, então, que seriam necessárias outras medidas para superar os problemas reconhecidos em calamidade pública. É com base nesse contexto que foi elaborado do art. 7º da LC 173/2020.

Por sua vez, analisando o teor do art. 8º da LC 173/2020, observa-se que o dispositivo estabeleceu diversas proibições direcionadas a todos os entes públicos, em sua maioria ligadas diretamente ao aumento de despesas com pessoal. A norma, nesse sentido, prevê o limite temporal de vigência das proibições até 31 de dezembro de 2021 para aqueles entes afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19.

A situação fiscal vivenciada pelos Estados e Municípios brasileiros, sobretudo nessa conjuntura de pandemia, demanda uma maior atenção em relação aos gastos públicos e, no particular, ao gasto com o funcionalismo público. Dessa forma, o art. 8º da LC 173/2020 se revela como um importante mecanismo que justifica atitudes tendentes a alcançar o equilíbrio fiscal. Nesse sentido, a norma impugnada traz medidas de contenção de gastos com funcionalismo, destinadas a impedir novos dispêndios, congelando-se o crescimento vegetativo dos existentes, permitindo, assim, o direcionamento de esforços para políticas públicas de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19.

Conclui-se, dessa forma, que os arts. 7º e 8º da LC 173/2020, ao contrário do que alegado nas **ADIs 6450 e 6525** (violação à autonomia federativa), traduzem em verdadeira alternativa tendente, a um só tempo, alcançar o equilíbrio fiscal e combater a crise gerada pela pandemia.

Reconheço, assim, a constitucionalidade dos arts. 7º e 8º da LC 173/2020 em relação à alegação de contrariedade ao pacto federativo e autonomia dos entes.

2.2 Da Separação de Poderes

Além da contrariedade aos princípios e regras constitucionais do Federalismo, já tratado em tópico anterior, o desrespeito à Separação de Poderes é o principal argumento apresentado nas diversas ações em exame, tornando-se necessário estabelecer suas premissas básicas.

Dessa forma, nas **ADIs 6447 e 6450**, alega-se, em síntese, a inconstitucionalidade dos arts. 7º e 8º da LC 173/2020 sob o fundamento de que houve afronta ao princípio da separação de poderes. Segundo argumentam os autores, os dispositivos impugnados teriam (i) avançado sobre o regime dos servidores públicos de todos os poderes, uma vez que as alterações no art. 21 da LRF “atrela os entes federativos a uma decisão exarada pela própria União, reduzindo a sua capacidade de autogoverno e autogestão”; e (b) violado competência absoluta do legislativo, e ainda “intrometendo-se nas prerrogativas do Poder Judiciário para decidir sobre suas questões internas em relação a política de pessoal”.

A ideia e as formas de participação popular na condução dos negócios políticos do Estado, além de antigas e diversificadas, sofreram, durante o transcorrer da história, efetiva evolução não só em relação à maior inclusão

daqueles que poderiam participar do processo democrático, mas também, e principalmente, em relação a como participariam desse processo, especialmente como atribuiriam, abstratamente, o poder a determinados homens ou grupos e como controlariam esse exercício dentro de certos limites (RAYMOND CARRÉ DE MALBERG. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1920. p. 259 e ss.; GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 580; DONALD L. ROBINSON. *To the best of my ability: the presidency the constitution*. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 20).

Os diversos governos, desde a antiguidade clássica até o presente momento contemporâneo, adaptando características políticas, sociais, culturais, econômicas, religiosas, acabaram por constituir diferentes regimes políticos, denominando-os formas de governo ou formas de Estado, conforme a nomenclatura utilizada pelos cientistas políticos e juristas, para o exercício do poder (GIUSEPPE DE VERGOTTINI. *Diritto costituzionale*. 2. ed. Pádua: Cedam, 2000. p. 93; NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO. *Op. cit.* v. I, p. 517; PAULO BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 192).

Modernamente, portanto, ganhou novos contornos a teoria da separação dos poderes (BERNARD SCHWARTZ. *Curiouser and curiouser: the Supreme Court's separations of powers wonderland*. *Notre Dame Law Review*. Notre Dame, ano 4, v. 65, p. 587-616, p. 1990; KENT A. KIRWAN. *The use and abuse of power: the Supreme Court and separation of powers*. *The Annal of the American Academy of Political and Social Science*, Filadélfia, n. 537, p. 76-84, jan. 1995; PHILIP B. KURLAND. *The rise and fall of the doctrine of separation of powers*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, ano 3, v. 85, p. 593 e ss., dez. 1986; BERNARD H. SIEGAN. *Separation of powers: economic liberties*. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, ano 3, v. 70, p. 415 e ss., 1995).

Essa teoria política, visando, principalmente, a evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, assim como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de divisão no exercício das funções primordiais do Estado decorre da constatação da inconveniência da concentração do poder uno do Estado em um único órgão (DONALD L. ROBINSON. *To the best of my ability: the presidency the constitution*. New York: W. W. Norton, 1987. p. 22 e ss.) pois, como salientado por JOHN LOCKE, se um único monarca for detentor de todo o poder, não existirá nenhum juiz nem haverá apelo algum possível para qualquer pessoa, capaz de decidir com equidade, imparcialidade e autoridade, e de cuja decisão se possa esperar alívio e reparação por qualquer injúria ou inconveniência causadas pelo príncipe ou por ordem deste (*Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 462).

Nesse exato sentido, proclamou JAMES MADISON:

Por certo nenhuma verdade política tem maior valor intrínseco, ou foi selada pela autoridade de patronos mais esclarecidos da liberdade, que esta que sirva de base à objeção. O acúmulo de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania” (The Federalist papers, n. XLVII).

Essa divisão, segundo o critério funcional, é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, e que foi esboçada pela primeira vez por ARISTÓTELES, na obra *Política*, detalhada, posteriormente, por JOHN LOCKE, no *Segundo tratado do governo civil*. E, finalmente, consagrada na obra de MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

ARISTÓTELES dividiu as funções estatais em *deliberante, executiva e judiciária*, afirmando que

“há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma

dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia sentença de morte, o exílio, o confisco e examina as contas do Estado” (Livro VI, Cap. 11). ARISTÓTELES. *A política*. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. p. 127-128.

JOHN LOCKE, no célebre *Segundo Tratado do Governo Civil – um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do Governo civil* –, reconheceu três funções distintas, entre elas a *executiva*, consistente em aplicar a força pública internamente, para assegurar a ordem e o direito; a *federativa*, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças; e a *legislativa*, consistente em decidir como a força pública há de ser empregada – Capítulo XII (*Dois tratados sobre o governo*). São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515-516).

Não há dúvidas, porém, de que a divisão e a distribuição de poderes clássicas, que servem até hoje de paradigma às diversas constituições, são devidas a MONTESQUIEU, que, ao analisar o regime parlamentar, no capítulo VI (Da constituição da Inglaterra) de seu célebre *Espírito das Leis*, dividiu os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, afirmando que

“em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. A liberdade política em um cidadão é aquela tranqüilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer o outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e

do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 164-165 (Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra/Separação dos Poderes).

Essa divisão de funções estatais deveria servir para garantir um controle recíproco entre os diversos detentores do Poder (DONALD L. ROBINSON. *To the best of my ability: the presidency the constitution*. New York: W. W. Norton, 1987. p. 27), evitando abusos e exageros de quaisquer de seus membros, pois, como conclui MONTESQUIEU,

“esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto. O Poder Executivo, só participando da Legislação pela faculdade de impedir, não poderia entrar no debate dos negócios. Nem é necessário mesmo ele formular proposições, porquanto, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões relativas a proposições que ele desejaria não fossem apresentadas”.

Outros diversos e importantes pensadores, políticos, juristas e filósofos também analisaram, estudaram e escreveram sobre a necessidade de separação do exercício das funções estatais como forma de evitar o arbítrio e preservar os direitos e garantias individuais.

Houve, portanto, necessidade de adaptação da Teoria da Separação dos Poderes ao sistema político-constitucional atual, pois já não existe o antigo Estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por LOCKE, KANT E MONTESQUIEU, sem que com isso nos distanciemos das garantias básicas consagradas pelo constitucionalismo, mesmo porque devemos afastar a tentação de identificarmos o constitucionalismo unicamente com a Separação de Poderes, pois essa teoria foi elaborada no século XVIII, para controlar os regimes monárquicos e a aristocracia, e está contida na doutrina maior das garantias constitucionais.

CARL FRIEDRICH aponta alguns acontecimentos históricos que garantiram o avanço democrático durante o século XIX, exemplificando com a presidência de Andrew Jackson, o *Reform Act*, de 1832, a Revolução de 1848 na França e a Guerra de Secessão nos Estados Unidos, salientando que

“no curso da luta, o líder das forças antiescravagistas do Norte, Abraham Lincoln, formulou alguns dos dogmas mais sagrados do credo democrático. Em nenhuma outra parte encontrou-se expressão mais eloqüente ao espírito progressista da democracia do que a locução dita em Gettysburg: ‘O Governo do povo pelo povo e para o povo não desaparecerá da Terra’,” porém para concluir “sem embargo, os sentimentos e ideais que inspiraram esse discurso ainda estão longe de obter sua plena realização”. (*Gobierno constitucional y democracia*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 82)

O governo constitucional passa então a ser, a partir do direito norte-americano, a alma da democracia moderna, ficando patente que os fundadores da República Norte-Americana não pretenderam conferir grande aspecto popular ao sistema político, mas estabelecer um governo misto, que levasse em consideração o consenso (PHILIP B. KURLAND. The rise and fall of the doctrine of separation of powers. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, ano 3, v. 85, p. 593 e ss., dez. 1986).

Esse consenso foi buscado por meio da Democracia representativa, uma vez que os Estados Unidos da América eram uma República inteiramente representativa, pois o povo deveria eleger pessoas para atuarem em seu lugar (HARVEY MANSFIELD JR. *A ordem constitucional americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 84-85 e 92).

Nos Estados Modernos, conseqüentemente, passou a prevalecer o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, qual seja, a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*). (BERNARD H. SIEGAN. Separation of powers:

economic liberties. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, ano 3, v. 70, p. 427 e ss., 1995).

Portanto, na caracterização da Separação dos Poderes, como garantia do constitucionalismo, mais importante que a rigidez clássica apontada por LOCKE, KANT e MONTESQUIEU será a inexistência de concentração do Poder em um único e onipotente órgão e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos.

Assim, se existe consenso sobre a necessidade de não se concentrar o poder do Estado em um único órgão, não há, portanto, conforme se verifica pela análise dos diversos posicionamentos históricos, uma pacífica ideia sobre como se proceder à divisão das funções estatais, tendo salientado KARL LOEWENSTEIN que, ainda hoje, o Estado constitucional está intimamente ligado à clássica Separação dos Poderes. (*Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 55).

O objetivo colimado pela Ciência Política, ao estabelecer a separação dos Poderes, é a defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais.

Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado Democrático de Direito.

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes e conseguirem frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava MONTESQUIEU ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercer atos de soberania. (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26)

Aliás, bem o disse ROUSSEAU, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno chama de *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*. Lembremos de que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente, pois, como lembrado por THOMAS McINTYRE COOLEY,

“esse arranjo dá a cada departamento uma certa independência, que opera como uma contenção sobre ações dos outros como deve transgredir nos direitos e liberdades das pessoas, sendo possível estabilizar e reforçar garantias contra tentativa de tirania” (*The general principles of constitutional law in the United States of America*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 44).

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo interligados, que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Os arts. 7º e 8º da LC 173/2020 a seguir analisados, além do respeito ao Federalismo, devem ser plenamente compatibilizados com a estrutura modernamente estabelecida para garantir a independência e harmonia dos Poderes de Estado e órgãos estatais autônomos.

Como se viu, o art. 7º da LC 173/2020 alterou (i) o art. 21 da LRF, estabelecendo normas direcionadas a prevenir atos do gestor atual tendentes a realizar aumento de despesa pública com pessoal no final de seu mandato ou que venham a ser implementadas no mandato de seu sucessor; e (ii) o art. 65 da LRF, dispondo sobre medidas de flexibilização de algumas normas de responsabilidade fiscal em caso de calamidade pública.

Por seu turno, art. 8º da LC 173/2020 prevê norma diretamente relacionada ao combate da pandemia da COVID-19, instituindo restrições de ordem orçamentária no que diz respeito ao aumento de gastos públicos com pessoal. Trata-se, portanto, de norma de eficácia temporária.

Como foi salientado no tópico anterior, as capacidades fiscais, numa federação cooperativa, devem ser exercidas com visão de conjunto, para

que a realização dos projetos de cada nível de governo caminhe para um desfecho harmônico. Esse é o sentido das normas em questão. Elas não têm a pretensão de reduzir a política estadual e a municipal a uma mímica dos projetos estabelecidos pela União, mas de permitir um maior controle das contas públicas, seja impedindo a transferência de novas despesas com pessoal para o sucessor do gestor público (art. 7º) seja possibilitando que os entes subnacionais tenham condições de empregar maiores esforços orçamentários para o combate da pandemia do coronavírus (art. 8º). O traço comum entre os dispositivos resume-se no já mencionado equilíbrio fiscal.

Nesse contexto, os artigos impugnados pretendem, a um só tempo, evitar que a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos. Pretende-se, pois, evitar que alguns entes federativos façam “*cortesia com chapéu alheio*”, causando transtorno ao equilíbrio econômico financeiro nacional.

O motivo para isso está ancorado não apenas em argumentos jurídicos, como também em evidências históricas levantadas pela economia política. As teorias do Federalismo Fiscal buscam explicar, a partir da análise de diferentes arquiteturas institucionais, como os gastos públicos podem ganhar em eficiência.

Parte desse trabalho pressupõe a identificação de efeitos adversos (externalidades) gerados em determinados modelos de financiamento e a elaboração de propostas de superação. Uma das perplexidades captadas pela Ciência Econômica é pertinente à baixa eficiência dos gastos públicos bancados por transferências intergovernamentais, em relação àqueles sustentados por recursos próprios. Esse fenômeno (efeito *flypaper*) é muito comum na realidade municipal brasileira e causa distorções graves na experiência federativa nacional.

As transferências voluntárias da União, componente importante da receita municipal, desempenham papel significativo no propósito de superação de desigualdades regionais, objetivo fundamental da República.

É válido consignar, aliás, que esse modelo de financiamento complementar, que é uma das bases do federalismo cooperativo brasileiro, ganharia bastante em qualidade, previsibilidade e efetividade, caso fosse regido por regras gerais estabelecidas em lei complementar, diminuindo-se o excessivo subjetivismo da União.

A intensa dependência, todavia, de muitos Estados e, principalmente, de Municípios, em relação aos recursos advindos de transferências voluntárias, não é um dado positivo do modelo de cooperação aqui praticado, e sim uma evidência das distorções que ele é capaz de gerar.

O que se espera, num ambiente federativo saudável, é que os diversos níveis de descentralização sejam autossuficientes, isto é, capazes de cumprir suas atribuições a contento, tanto do ponto de vista financeiro, quanto na vertente operacional. Assim, se houver insuficiência de recursos, devem os entes federativos, para além de um controle mais rigoroso de suas despesas, diligenciar em busca de uma maior arrecadação dentro do seu próprio orçamento.

Conclui-se que, ao contrário de deteriorar qualquer autonomia, a previsão de contenção de gastos com o aumento de despesas obrigatórias com pessoal, principalmente no cenário de enfrentamento de uma pandemia, é absolutamente consentânea com as normas da Constituição Federal e com o fortalecimento do federalismo fiscal responsável.

2.3 Do art. 169 da Constituição Federal

Entendem os requerentes, nas **ADIs 6447 e 6450**, que a LC 173/2020 teria ultrapassado o campo de competência atribuído ao legislador complementar pela Constituição Federal, afrontando a autonomia de Estados e Municípios.

Quanto à primeira parte do art. 7º (alteração do art. 21 da LRF) e ao art. 8º da LC 173/2020, argumenta-se, em suma, que ao “estabelecer restrições às despesas com pessoal mais gravosos do que as que já estavam previstas no texto constitucional, a Lei Complementar 173/2020 acaba por extrapolar, e muito, os limites constitucionalmente previstos para a sua atuação”.

Sem razão.

Como se sabe, o art. 7º da lei impugnada, no ponto em que altera o art. 21 da LRF, nada mais fez do que estabelecer proibição ao gestor público de realizar aumento de despesa com pessoal no fim de seu mandato ou que implique no pagamento de parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato.

O art. 8º, por sua vez, apenas prevê regramento de modo a impedir o crescimento de gasto público com despesa de pessoal durante o enfretamento da crise sanitária e fiscal causada pela pandemia da COVID-19, impedindo uma série de atos até 31 de dezembro de 2021.

A Constituição Federal, inovando em relação às anteriores, regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando, no art. 37, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*.

Essa regra de definição da amplitude da administração pública (CF, art. 37) contém princípios norteadores a serem aplicados obrigatoriamente no âmbito de todos os Poderes e órgãos autônomos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A atividade estatal dos Poderes de Estado e órgãos autônomos, no âmbito de todos os entes federados, produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado-administração e o indivíduo-administrado e, conseqüentemente, este, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível.

Como salientado ROBERTO DROMI, o reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do *imperium* jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico (*Derecho administrativo* . 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 464 ss).

A Constituição Federal impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes, no âmbito de todos os Poderes e entes federativos, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos

públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o respeito aos princípios da Administração Pública dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Os Poderes e órgãos autônomos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem observância à aplicação conjunta e interligada do princípio da eficiência com os princípios da legalidade, impessoalidade, da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de todas as suas atividades, uma vez que:

“ o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte ”
(Mensagem Presidencial 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional 19).

Os órgãos e Poderes Públicos, atuando obrigatoriamente dentro da legalidade e da moralidade, precisam ser *eficientes*, ou seja, devem ser aqueles que produzam os efeitos desejados, que deem bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.

Sob essa perspectiva, as despesas com pessoal constituem uma delicada modalidade de gasto público, das quais cuidou a Constituição vigente, tendo sido previstas sensíveis ferramentas de disciplina, de ordenação e de controle gerencial e jurídico-administrativo: exigência de concurso público previamente à contratação (art. 37, II); regra geral de vedação à acumulação remunerada de cargos (art. 37, XVI); vedação à vinculação de remunerações (art. 37, XII); e estipulação de tetos de retribuição (art. 37, X).

No plano legislativo, a Constituição entregou reservadamente aos Chefes de Poder a iniciativa para leis sobre criação de cargos públicos ou aumento de remuneração, que não pode ser superada, em termos de impacto financeiro, por emenda parlamentar.

No plano financeiro, a Constituição de 1988 estabeleceu a necessidade de fixação, em lei complementar, de limite de despesas com pessoal ativo e inativo dos três níveis de governo, ministrando, em seu ADCT (art. 38), uma regra de transição que fixava o teto para esses gastos em 65% (sessenta e cinco por cento) do valor das receitas correntes enquanto não aprovada a respectiva lei complementar.

A despeito dessa coerente mensagem normativa que alertava para a necessidade de controlar mais efetivamente as despesas com pessoal, sua continuidade progrediu formidável e assustadoramente dentro dos extratos das contas públicas brasileiras após a aprovação da Constituição Federal; em parte, inicialmente, pela incipiente organização dos Municípios, cuja autonomia era recente e cujo número multiplicou-se, para, em seguida, atingir a quase totalidade dos Estados da Federação.

No caso dos Estados, o incremento das despesas com funcionalismo foi facilitado num primeiro momento pela existência de ambiente de altos níveis de inflação, que gerava uma assimetria de indexação entre receitas e despesas orçamentárias, permitindo a suavização das obrigações estatais pelo adiamento dos pagamentos a servidores. Contudo, a estabilização econômica lograda pelo Plano Real desintegrou os ganhos com a variação inflacionária e, com isso, revelou e aprofundou a situação deficitária das contas públicas estaduais.

Embora parte do sobre-endividamento dos Estados tenha decorrido dos ajustes macroeconômicos liderados pela União, não há como negar que o déficit local era extremamente influenciado pela ausência de regras de gestão fiscal, que permitiam que os entes subnacionais buscassem todo tipo de financiamento para suas despesas, sendo muito comum o recurso a empréstimos de instituições financeiras oficiais para o custeio de gastos com pessoal. Essa licenciosidade orçamentária e financeira era uma mácula para o equilíbrio federativo brasileiro, pois, enquanto a União se via compromissada, até internacionalmente, com padrões de gestão mais responsáveis, os Estados não tinham o mesmo estímulo. A expectativa era claramente de que eventuais quebras seriam transferidas para a responsabilidade da União.

Com a atualização monetária do estoque de dívidas dos Estados, a União foi impelida a propor um amplo Programa de Apoio à Reestruturação Fiscal dos Estados, em que assumiu dívidas mobiliárias e empréstimos desses entes, na forma da Lei 9.496/1997.

Essa providência necessária gerou, novamente, uma federalização das dívidas estaduais, em que a União absorveu parte significativa do ônus gerado em administrações locais em desequilíbrio. Dessa vez, porém, foram exigidas contrapartidas com a finalidade de evitar novo descontrole de contas, como bem destacado por SAULO SANTOS DE SOUZA:

O primeiro grande alívio no fardo fiscal dos estados tem lugar com a instituição da Lei 7.976/89. O governo federal formalmente assume a dívida externa dos estados, dando-lhes um prazo de 20 anos para saldarem com ele as suas dívidas. As condições são, todavia, por demais flexíveis, acarretando no malogro da União em ver os governos estaduais adotarem medidas eficazes contra a degeneração de suas contas. No cálculo dos custos e benefícios de suas decisões, os atores estratégicos dos estados continuam a privilegiar a performance política em detrimento da performance fiscal. Assim, entre os anos de 1991 e 1993, o déficit dos estados sobe de 7,5% para 9,3% do PIB. Diante do novo quadro de estrangulamentos fiscais com o qual se deparam, os estados recorrem à arena parlamentar para negociar com o governo federal os termos de um segundo *bailout*. Em troca de futuro suporte das bancadas regionais para aprovação do Fundo Scoal de Emergência, o governo federal concorda em refinar a dívida interna dos estados. Com as condições para a renegociação estabelecidas na Lei 8.727/93 concedem-se às unidades federativas longos prazos e taxas de juros a baixo do praticado no mercado a União assume em 1993 novo débito dos estados, estimado em 28 bilhões de dólares.

Não obstante, tem-se novo agravamento da crise financeira dos governos estaduais, subproduto oblíquo das medidas econômicas do Plano Real. Em resposta, o governo federal adota a partir de 1996 uma série de medidas de ajuste e reestruturação fiscal, finalmente consolidadas em 1997 através da Lei 9.496. Perdão de dívidas e taxas de juros subsidiadas indicam a ocorrência de novo *bailout*. Só que dessa vez estabelece-se um padrão inusitado de renegociação de dívidas no Brasil. Em troca do socorro financeiro, os estados se comprometem a cumprir regras rígidas de controle fiscal. O governo federal assume a dívida contraída pelos estados junto aos bancos privados, devendo o pagamento à União ser feito em até 30 anos, a uma taxa de juros subsidiados. A condição para os estados é, porém, a elevação incontestável de sua performance fiscal. Os governos estaduais devem então privatizar seus bancos e empresas estatais, especialmente as de telecomunicações e energia elétrica. Devem também reduzir os gastos com pessoal e adotar programas internos de ajuste fiscal, destinados à geração de superávits primários e eliminação do déficit público num prazo

que varia de 6 a 19 anos, dependendo do contrato. (*Entre performance política e performance fiscal: o legado do governo Cardoso para o federalismo fiscal brasileiro* . Brasília: ESAF, 2003. Monografia premiada no VIII Prêmio Tesouro Nacional 2003, Tópicos Especiais de Finanças Públicas, pp. 41/42)

No intuito de evitar que os gastos dessa natureza fossem perenemente patrocinados por dívidas, o constituinte derivado positivou a regra do art. 167, X, que veda a *transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação da receita, pelos Governos Federal e Estadual e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* .

Além disso, nova mudança no texto constitucional reforçou o controle das despesas com funcionalismo, ao estabelecer, no art. 169 da CF, sanções contra entes que não observem os limites existentes, prevendo-se consequências gravosas até para servidores estáveis.

Em complementação a essas medidas, foram aprimorados os mecanismos de limitação das despesas, tornando-os segmentados por poder /órgão autônomo, e não mais por nível de governo, como acontecia na legislação anterior (LCs 82/1995 e 96/1999), pois, como bem esclarecido pelo Min. NELSON JOBIM, no julgamento da liminar, os limites anteriores não se mostraram efetivos.

É importante ressaltar que o incremento do déficit público dos entes subnacionais não é um fenômeno de consequências localizadas, que diga respeito apenas aos interesses do governo primariamente afetado.

Processos de endividamento crescentes afetam a realidade de uma federação como um todo, não só porque podem obstaculizar o desempenho de agendas macroeconômicas titularizadas, como também porque trazem em si um perigo moral sempre latente, que é o de absorção das dívidas locais por toda a federação.

Como destacado por FRANCISCO RIGOLON e FABIO GIAMBIAGI:

(...) a experiência recente de muitos países em desenvolvimento sugere que, nas circunstâncias atuais, os governos subnacionais contribuem, muitas vezes, significativamente para agravar os problemas macroeconômicos ou dificultar a sua solução.

Primeiro, porque os governos subnacionais são incentivados a produzir déficit e a transferir o seu financiamento para o governo central. Quando os recursos não estão disponíveis ex-ante no governo nacional, eles podem ficar disponíveis ex-post, depois da realização do gasto e da acumulação da dívida. O poder político de muitos governos subnacionais e as implicações sistêmicas e políticas da eventual deterioração de suas contas diminuem a capacidade de o governo central resistir às pressões por mais recursos.

Segundo, porque a crença na capacidade de o governo central assegurar, em última instância, a solvência dos governos subnacionais cria um problema de perigo moral que estimula o endividamento excessivo. (RIGOLON, Francisco; e GIAMBIAGI, Fabio. *A renegociação das dívidas e o regime fiscal dos Estados*. Rio de Janeiro: BNDES, jul./1999, p. 123).

Trata-se de fator que pode assumir proporções tão negativas para a federação, pois o endividamento descontrolado representa um exercício da autonomia às avessas, permitindo verdadeira “*socialização da gestão fiscal irresponsável*”, uma vez que o desequilíbrio financeiro de um ente federativo seria suportado pela União, com efetivo prejuízo dos demais entes (RODRIGO DE OLIVEIRA FARIA. Reflexões do endividamento nas relações federativas brasileiras. In: JOSÉ MAURÍCIO CONTI; FERNANDO FACURY SCAFF; CARLOS EDUARDO FARACO BRAGA (orgs.). *Federalismo fiscal : questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 446/447).

No presente caso, o art. 169, *caput*, da Constituição Federal, apontado como parâmetro na presente análise, estabelece que a despesa com pessoal *não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar*. Já os §§ 3º e 4º do dispositivo constitucional preveem algumas providências como forma de cumprir os limites de gastos com pessoal estabelecidos, evitando o colapso dos cofres públicos dos entes da Federação.

Como bem observado pela AGU na **ADI 6450** (doc. 144), “não seria razoável supor que toda e qualquer providência tendente a contribuir para o equilíbrio das contas públicas devesse constar de um rol constitucional taxativo e exaustivo”.

Nesse sentido, as providências estabelecidas nos arts. 7º e 8º da LC 173 /2020, embora não representem as mesmas dispostas no texto

constitucional, estabelecem medidas excepcionais tendentes a impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor público e também para o combate da pandemia causada pelo coronavírus.

A partir do momento que a Constituição Federal permite, em *ultima ratio*, como forma de adequação das contas públicas a dispensa de servidores públicos estáveis (CF, art. 169, § 4º), por muito menos pode-se reputar constitucional a norma que prevê apenas suspensão temporária de direitos que acarretem aumento de despesas públicas em situações de crise financeira.

Os dispositivos impugnados, portanto, não extrapolam a competência legislativa disposta no art. 169 do texto constitucional.

2.4 Do Princípio da Eficiência

Na **ADI 6450**, o autor sustenta que o art. 8º da LC 173/2020 viola, também, o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF). Segundo argumenta, em síntese, permitir o congelamento de salário dos servidores acarretaria a conseqüente redução de sua eficiência no serviço público.

Não prospera a alegação.

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto conseqüências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado-Administração e o indivíduo-administrado e, conseqüentemente, este, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível. A Administração Pública precisa ser *eficiente*, ou seja, deve ser aquela que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. O *princípio constitucional da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

O *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que o *princípio da eficiência* :

“impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar” (*Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73-74).

A ideia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da Administração Pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos. Exemplificativamente, poderíamos citar como previsões expressas o art. 19 da Constituição da Noruega, estabelecida em 17/5/1814, com as alterações até 5/5/1980, em que se verifica que o Rei velará pela utilização e administração das propriedades e prerrogativas do Estado conforme convenha ao bem comum, e o art. 100 da Constituição Política da República do Chile, em que a administração superior de cada região terá por objetivo o desenvolvimento social, cultural e econômico da região.

O princípio da eficiência exige, portanto, para sua fiel observância, o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum e a busca da eficácia.

Em relação ao *direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum* , a Constituição Federal prevê, no inciso IV do art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos* , sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ressalte-se que, ao legislador ordinário e ao intérprete, tais objetivos fundamentais deverão servir como *vetor de interpretação*, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações. Mesmo antes da promulgação da EC 19/1998, a Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, afirmava, em seu art. 111, que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes deverá obedecer ao *princípio do interesse público*. De maneira semelhante, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 3 de outubro de 1989 prevê expressamente, em seu art. 19, que a Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado visa à promoção do bem

comum; enquanto a Constituição do Estado da Bahia, em seu art. 13, estipula destinar-se a Administração Pública a *servir a sociedade que lhe custeia*.

A eficácia material da Administração se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento pelos entes administrativos dos objetivos que lhes são próprios. Assim, deverá a lei, como nos ensina TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, conceder à Administração – nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição – tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas (*Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991, p. 117 e ss.).

No caso em análise, não há como se traçar uma relação direta de causa e efeito entre a possibilidade temporária de “congelamento” da remuneração de servidores públicos e a redução da eficiência no exercício de suas funções públicas. Observa-se que autor parte de uma premissa equivocada, pois a norma, como visto, não versa sobre regime jurídico de servidores públicos, mas sim sobre normas de direito financeiro, cujo objetivo é permitir que os entes federados empreguem esforços orçamentários para o enfrentamento da pandemia.

Não vislumbro, assim, violação ao princípio da eficiência.

2.5 Da Irredutibilidade Remuneratória, da Manutenção do Poder de Compra da Remuneração e do Direito Adquirido

Os autores das ADIs 6447, 6450 e 6525, alegam, em suma, que o art. 8º da LC 173/2020, por proibir os entes federados, até 31/12/2021, de concederem “a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública”, bem como outras condutas que “desconsideram a realidade do funcionalismo público”, viola os preceitos constitucionais que garantem a irredutibilidade de remuneração, da manutenção do poder de compra dos servidores e, ainda, o direito adquirido.

Não vislumbro ofensa ao texto constitucional.

No que toca ao tema, a Constituição Federal prevê expressamente o seguinte no art. 37, XV: “ *o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de*

cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

Vê-se, portanto, ressalvadas as hipóteses constitucionais, que os detentores de cargo e emprego público não podem ter seus subsídios ou vencimentos reduzidos, uma vez que a irredutibilidade representa “*garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração*”. (RE 298.695, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 24/10/2003).

No caso, verifica-se que não houve uma redução do valor da remuneração dos servidores públicos, uma vez que apenas proibiu-se, temporariamente, o aumento de despesas com pessoal para possibilitar que os entes federados enfrentem as crises decorrentes da pandemia de COVID-19, buscando sempre a manutenção do equilíbrio fiscal.

Assim, ao prever uma série de proibições relacionadas diretamente com despesas de pessoal, a norma, que não versa sobre o regime jurídico de servidores públicos, mas sobre finanças públicas, não representa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV), ao poder de compra (CF, art. 37, X), e direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). Nesse sentido, a jurisprudência desta CORTE orienta que o direito adquirido não pode ser oposto a regime jurídico ou a forma de cálculo da remuneração de servidor público, desde que preservada a irredutibilidade salarial (RE 1.114.554 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 7/2/2020; ADI 4.461, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 4/12/2019).

2.6 Do Princípio da Vedação do Retrocesso, do art. 39, § 1º, da CF, e do Princípio da Proporcionalidade

Aponta-se, ainda, na **ADI 6450**, que os dispositivos impugnados violam o princípio da vedação ao retrocesso, o disposto no art. 39, § 1º, da CF, e o princípio da proporcionalidade. Segundo argumenta o autor, as normas em análise (i) esvaziaram direitos dos servidores públicos; (ii) invadiram competência dos entes federativos para formular seus sistemas remuneratórios próprios; e (iii) seriam inadequadas para atingir o fim pretendido.

Improcedentes as alegações.

Como amplamente visto no decorrer do presente voto, o conteúdo posto nos arts. 7º e 8º da LC 173/2020, diferentemente do que sustentado na inicial, não diz respeito ao regime jurídico dos servidores públicos, mas sim sobre regras fiscais impostas a todos os entes da Federação. Portanto, como não há se falar em alteração de direitos de servidores ou de ausência de competência da lei complementar para disciplinar matéria de direito financeiro, não há se falar em inconstitucionalidade das normas.

Ressalte-se, ainda, que a norma apresenta a devida e necessária proporcionalidade, que somente estaria descaracterizada, conforme destacado por JESUS GONZALEZ SALINAS, se ausente a coerência do Poder Público no exercício de suas atividades legislativas, com patente extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, e conseqüente desrespeito ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede a criação de obrigações desprovidas de justificação fática (Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, número 120, 1989).

Não me parece, portanto, que a legítima e salutar preocupação com a saúde financeira dos entes da Federação e com o efetivo combate à crise gerada pelo coronavírus, exercidos de forma razoável pela LC 173/2020, possa ser considerada inconstitucional.

2.7 Do Devido Processo Legal, Da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público e Da Competência do Supremo Tribunal Federal para Dirimir Conflitos Federativos

Por fim, na **ADI 6442**, o autor sustenta que o § 6º do art. 2º e o § 7º do art. 5º da LC 173/2020 violam preceitos constitucionais. Para tanto, aduz que (i) “ao vincularem abstratamente o recebimento de recursos ou a possibilidade de renegociação à renúncia às pretensões formuladas contra a União, os dispositivos violam o princípio do devido processo legal; (ii) os Estados, Distrito Federal e Municípios, quando atuam em juízo, não só fazem em nome próprio, mas também em defesa do interesse público dos administrados, razão pela qual as normas impugnadas violam os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público; (iii) houve violação da competência do STF para dirimir conflitos federativos.

Não merecem prosperar as alegações.

É certo que o Estado de Direito, edificado no equilíbrio entre os Poderes e na vitória da racionalidade e da juridicidade, exige o respeito ao devido processo legal e aos princípios que lhe são corolários, no que estão incluídos o contraditório e a ampla defesa, que devem ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º, LV, da CF).

Consoante fiz ver em sede doutrinária, a ampla defesa é entendida como a possibilidade de o réu trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário. O contraditório, por sua vez, é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela parte autora caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

No caso dos autos, o autor equivocou-se ao interpretar as normas do § 6º do art. 2º e do § 7º do art. 5º da lei impugnada como sendo de natureza cogente, impositiva. Em verdade, como já ressaltado no presente voto, as normas que possibilitam a renúncia de direito material em ações judiciais apenas facultam aos demais entes federativos a possibilidade de obter benefício fiscal caso abram mão do processo judicial. Trata-se, portanto, de uma faculdade processual a ser exercida conforme cada caso, dentro da esfera discricionária do ente público.

Da mesma forma, não há desrespeito à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, pois além de a norma ser de caráter facultativo, incide somente no âmbito de processos judiciais, cabendo ao ente a decisão de continuar ou não litigando.

Por fim, não há violação ao art. 102, I, *f*, da Constituição Federal.

Essa previsão constitucional decorre de nossa estrutura federal republicana e representa tradicional competência do STF, visando a manter o pacto de união federativa entre os diversos entes locais e o Governo Central, assegurando o respeito às autonomias locais e a distribuição constitucional de competências administrativas, legislativas e tributárias (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 53; RAUL MACHADO HORTA. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 305 e ss.; BERNARD

SCHWARTZ. *O federalismo norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 75; ROBERT DAHL. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 137).

Essa hipótese de competência prevista no dispositivo em comento, portanto, reserva ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no exercício da atividade jurisdicional, a competência para dirimir causas e conflitos entre os entes federativos União, Estados e Distrito Federal, tão somente quando presente risco ao equilíbrio federativo.

No caso dos autos, as normas dispostas no § 6º do art. 2º e no § 7º do art. 5º da LC 173/2020 não traduzem nenhuma instabilidade para o sistema federativo, e sequer dizem respeito a conflitos de âmbito federativo. As relações versadas nas normas impugnadas são estritamente processuais e de cunho patrimonial. Conforme assentado por esta CORTE a “ *definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência as hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação* ” (ACO 359 QO, Rel. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ de 11/3/1994).

Forte nessas razões, não há como reconhecer inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Diante do exposto, (a) CONHEÇO PARCIALMENTE a **ADI 6442** ; (b) e JULGO IMPROCEDENTE os pedidos das **ADIs 6442, 6447, 6450 e 6525** .

É o voto.