



DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO, AVALIAÇÃO DE CUSTOS E AS OPÇÕES HERMENÊUTICAS DO STF

Due Process of Lawmaking, cost assessment and the Brazilian Supreme Court hermeneutic options

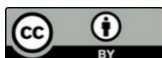
Ana Paula de Barcellos

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6261901595745103> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2784-3406>

E-mail: anapauladebarcellos@gmail.com

Trabalho enviado em 30 de maio de 2022 e aceito em 14 de agosto de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1380-1404.

Ana Paula de Barcellos

DOI: 10.12957/rqi.2022.67635

RESUMO

O estudo visa a discutir a relação entre a consequência jurídica associada pelo STF ao descumprimento dos arts. 169, § 1º e 195, § 5º, da Constituição, bem como do art. 113 do ADCT, e a promoção do devido processo legislativo. Os três comandos exigem, dentre outras condutas, a avaliação dos custos associados às proposições normativas. Duas são as questões que se quer responder. As opções hermenêuticas do STF acerca dos dispositivos referidos devem considerar o impacto sobre o comportamento do Executivo e do Legislativo à luz da promoção do devido processo legislativo? E, em caso afirmativo, qual deve ser a opção hermenêutica adotada? A conclusão proposta é que a resposta à primeira pergunta é afirmativa. Quanto à segunda questão, a conclusão é a de que a inconstitucionalidade formal, ao invés da suspensão de eficácia, deve ser a consequência associada às normas aprovadas sem obediência aos dispositivos constitucionais referidos. Trata-se da opção que promove melhores condições para uma decisão informada por parte dos agentes políticos acerca das proposições em debate e minimiza o desalinhamento de interesses de representantes e representados, além de preservar a separação de poderes e a promoção equitativa dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada combinou a pesquisa qualitativa exploratória e a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Devido processo legislativo, avaliação de custos, STF, inconstitucionalidade formal, processo legislativo

SUMMARY

The study aims to discuss the relationship between the due process of lawmaking and the legal consequence associated by the Brazilian Supreme Court with the breach of arts. 169, § 1 and 195, § 5, of the Constitution, as well as of art. 113 of the ADCT. Among other conducts, the provisions require assessing the costs associated with the bills. Should STF consider the impact its hermeneutic options have on the behavior of the Executive and the Legislative from a due process of lawmaking perspective? And, if so, what should be its option on the subject? The paper argues the first answer should be affirmative, and that norms not abiding by the mentioned constitutional provisions should be declared void through a procedural judicial review rather than having their efficacy suspended. This option fosters better conditions for an informed decision by political agents, minimizes the principal-agent problem, and preserves the separation of powers and the equitable promotion of fundamental rights. The methodology used combined exploratory qualitative research and literature review.

Keywords: Due process of lawmaking, cost assessment, Brazilian Supreme Court, procedural judicial review, process of lawmaking



INTRODUÇÃO: O DESAFIO DA AVALIAÇÃO DE CUSTOS PELO EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

Muito se tem discutido no Brasil sobre o tema dos custos associados à promoção de direitos fundamentais, em geral no contexto das decisões judiciais que os concretizam. Uma questão subjacente e prévia, entretanto, tem sido pouco examinada. Muito antes da judicialização, caberia ao Executivo e ao Legislativo terem feito as avaliações pertinentes acerca dos custos associados à execução de uma norma: trata-se de uma exigência básica do devido processo legislativo. Ocorre que essa presunção – de que Legislativo e Executivo levam a cabo tais avaliações – nem sempre se verifica (BIJOS, 2019; ANDRADE, 2021). O direito poderia desempenhar algum papel a fim de aproximar essa presunção da realidade? É o que se pretende discutir neste texto.

O tema é relevante por várias razões. Sob a perspectiva democrática e do devido processo legislativo, foco deste estudo, espera-se que Executivo e Legislativo saibam o que estão discutindo e tomem decisões conscientes e relevantes para a sociedade, o que inclui considerar o impacto das proposições examinadas. A doutrina tem discutido a necessidade de uma avaliação de impacto legislativo mais ampla, que inclua o exame prévio e o monitoramento *a posteriori* de vários aspectos além dos custos, mas o exame destes será sempre necessário (MADER, 2001; MENEGUIN e SILVA, 2017; ANDRADE e SANTANA, 2017, BARCELLOS, 2020). Adicionalmente, a mera aprovação de leis, sem implementação, não é capaz de magicamente alterar a realidade (e em particular promover direitos), e a implementação de leis envolve custos. Por fim, o equilíbrio das contas públicas é também uma meta constitucional relevante.

Nada obstante, a mera consideração ou exame dos custos – em tese, mais simples do que outras avaliações igualmente necessárias – ainda é um desafio, a despeito da existência de variadas normas sobre o tema. Ao menos desde 2000, com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101 - LRF), a ordem infraconstitucional tentou criar estímulos para que Legislativo e Executivo passassem a considerar os custos das proposições. Normas nesse sentido constam dos arts. 14 a 17 e 24 da LRF, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF (ADI 2238), mas a Corte entendeu que sua violação, no âmbito do processo legislativo, não afetava a validade da norma editada, sendo matéria



infraconstitucional¹. No plano infralegal, o Decreto nº 4.176/2002 tratava do tema e o Decreto nº 9.191/2017 continua a fazê-lo, impondo ao Executivo Federal que suas proposições – encaminhadas ao Congresso ou editadas diretamente – indiquem estimativa de custos. O descumprimento de tais previsões, porém, ao menos até o momento, também não desencadeia consequências sobre a validade da proposição encaminhada.

A Constituição traz disposições específicas sobre o tema dos custos desde seu texto original, e novas foram introduzidas mais recentemente. Para além de princípios e de regras que indiretamente procuram conduzir os agentes públicos a essa espécie de consideração, ao menos três dispositivos exigem, no âmbito do processo legislativo, a avaliação dos custos da proposição em debate, e em uma hipótese também a indicação das fontes de custeio para as novas despesas. Trata-se dos arts. 169, § 1º; 195, § 5º; e do art. 113 do ADCT, este último introduzido pela EC nº 95/2016.

O art. 169 está inserido na sessão constitucional “Dos orçamentos” e se ocupa da despesa com pessoal ativo e inativo de todos os entes federativos. Seu objetivo é estabelecer limites para essa espécie de despesa e o § 1º exige que qualquer decisão que produza aumento do valor do custeio com despesas de pessoal dependa, para além da lei que eventualmente contenha tal decisão, de autorização na lei de diretrizes orçamentárias e de prévia dotação orçamentária suficiente para atender às novas despesas². O dispositivo veicula exigências ao Executivo e ao Legislativo: a discussão sobre proposições que gerem aumento de despesa de pessoal deve considerar os custos necessários para sua execução, e qualquer decisão nesse sentido terá de ser acompanhada de decisões legislativas correspondentes no âmbito da LDO e da alocação de dotações orçamentárias no orçamento anual.

¹ STF, DJe 22.6.2011, RE 545.830, Rel. Min. Dias Toffoli: “Por outro lado, observo que o exame do cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000, notadamente a existência de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e de medidas de compensação da renúncia de receita, demandariam a prévia análise da referida legislação infraconstitucional, bem como o exame de fatos e provas, o que não se situa na competência desta Corte em sede de recurso extraordinário. No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados que trataram da mesma matéria destes autos: RE nº 550.041/RN, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 1º/8/07; RE nº 550.075/RN, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 10/12/07, e RE nº 544.847/RN, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 8/5/09.”

² CF/88: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

O art. 195, § 5º, da Constituição se ocupa de outro tema responsável por importantes despesas públicas: a seguridade social. O art. 195 traz diversas regras sobre o custeio do sistema de seguridade e o § 5º prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total³. A exigência constitucional dirigida ao Executivo e sobretudo ao Legislativo é aqui menos rígida do que a prevista no art. 169, § 1º. O art. 195, § 5º, exige que lei criando ou ampliando benefícios indique a fonte de custeio capaz de absorver essas novas despesas. Ou seja: exige-se a consideração e indicação dos custos e de como se imagina obter recursos para fazer frente a eles (a fonte de custeio), mas a Constituição não exige aqui previsões orçamentárias específicas.

O terceiro dispositivo – art. 113 do ADCT – foi introduzido pela EC nº 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal, e exige que toda proposição legislativa criando despesa obrigatória (isto é: criada por norma jurídica cuja execução é obrigatória)⁴ ou renúncia de receita seja acompanhada de estimativa do impacto orçamentário e financeiro⁵. O art. 114 do ADCT, também introduzido pela EC nº 95/2016, confere à minoria parlamentar – via requerimento de um quinto dos membros da Casa – o poder de suspender a tramitação de proposições legislativas (salvo medidas provisórias) por até 20 dias, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal, que inclui a observância ao art. 113 do ADCT.

Destaque-se desde logo que a exigência contida no art. 113 do ADCT – de que a proposição seja acompanhada de uma estimativa de impacto orçamentário e financeiro – não significa que os diferentes grupos políticos, ainda que concordem sobre a prioridade de uma proposição, estarão de acordo sobre quais são seus custos ou sobre as demais eventuais discussões correlatas (quais as receitas existentes ou estimadas, como o equilíbrio das contas públicas deve ser avaliado, ou que ele significa ou exige, etc). O objetivo é apenas que o tema seja considerado e, possivelmente, discutido.

³ CF/88: “Art 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

⁴ A LRF define como despesa obrigatória de caráter continuado “a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.” (art. 17). O art. 113 do ADCT não menciona a locação “de caráter continuado”, de modo que em princípio o dispositivo incide sobre qualquer despesa obrigatória, independente de sua duração.

⁵ CF/88 – ADCT: “Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.”

Existe uma superposição de incidências entre os arts. 169, § 1º; e 195, § 5º, e o art. 113, do ADCT, já que normas que aumentem o custeio de pessoal e que criem ou ampliem benefícios da seguridade social criam despesas obrigatórias e, portanto, passaram a se submeter também ao art. 113 do ADCT. As exigências dos dispositivos, porém, são diversas, como visto. O art. 113 exige que a proposição legislativa seja acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. No caso de aumento de despesa com a seguridade social, será necessário, além dessa estimativa, a indicação da fonte de custeio; e, no caso de aumento de despesa de pessoal, além da estimativa, a previsão específica na LDO e na lei orçamentária anual.

O outro tema regulado pelo ADCT art. 113 são as proposições que geram renúncia de receita. A preocupação da Constituição com o tema não é nova. A previsão de qualquer espécie de renúncia de receita deve constar de lei específica e exclusiva, isto é, que apenas trate desse tema (art. 150, § 6º): o objetivo claro é estimular um debate real sobre o assunto. Além disso, no plano da lei orçamentária, a Constituição já exigia a demonstração regionalizada do impacto de renúncias de receita (art. 165, § 6º). Por isso mesmo, a fiscalização de que cuida o art. 70, deve incluir “a aplicação de subvenções e renúncia de receitas”. Há inclusive uma curiosa previsão que, ao tratar da possibilidade de fiscalização do ITR (imposto territorial rural) por municípios, veda que essa delegação veicule qualquer forma de renúncia fiscal (art. 153, § 4º, III). A LRF disciplina de forma detalhada o tema da renúncia de receitas. O ADCT art. 113 exige agora, no plano constitucional, que proposições legislativas que veiculem renúncia de receita sejam acompanhadas de estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro (MIRANDA RODRIGUES, 2020).

DECISÕES DO STF E OS DEMAIS PODERES

A circunstância de as normas constitucionais referidas conterem esse conjunto de exigências não significa que elas sejam observadas (BIJOS, 2019; ANDRADE, 2021). Do ponto de vista da política, se a aprovação de uma norma criando alguma espécie de benefício ou prestação para promoção de direitos já resultar em proveito eleitoral imediato, independente das condições para sua implementação, não parece haver incentivo para o exame do tema dos custos. Debates sobre custos podem exigir a definição de prioridades, contrariando interesses avaliados como menos prioritários, o que pode não ser desejado pelos agentes políticos. Fenômeno similar pode acontecer no caso de normas



que geram renúncias de receitas. Em geral, grupos de interesse que postulam os benefícios geradores das renúncias têm uma relevância político-eleitoral maior do que o restante da sociedade que, difusamente, arcará com o custeio desse gasto indireto (MANCUSO e MOREIRA, 2013; SILVA, 2018). Assim, também normas que geram renúncias podem ser aprovadas sem consideração de seus custos.

Ou seja: a mera previsão constitucional de que os custos devem ser considerados nem sempre é incentivo suficiente para que tal ocorra. Como acontece com as normas em geral, o sistema jurídico associa ao seu descumprimento consequências que possam ser impostas pelo Judiciário e que, espera-se, sejam capazes de estimular os responsáveis a observarem o comando normativo. O ponto aqui é exatamente apurar quais seriam essas consequências. A primeira questão que se coloca para esse fim é se o STF, nas opções hermenêuticas que faz acerca de quais consequências associar ao descumprimento das normas referidas, deve considerar os impactos que suas decisões têm (ou presumivelmente terão) para incentivar comportamentos dos demais Poderes.

Este estudo assume que precedentes judiciais, em particular do STF no caso brasileiro, além de sua eficácia imediata, criam incentivos e orientam comportamentos no âmbito da sociedade, inclusive por parte dos demais Poderes (RAZ, 2009; MELLO e BARROSO, 2016). E, em particular, este estudo assume, com base em evidência específica existente, que o Congresso Nacional tende a adequar seu comportamento a decisões do STF definindo hipóteses de inconstitucionalidade formal para evitar a eventual invalidação de seus atos. É o que tem acontecido, por exemplo, no caso da exigência de comissões mistas para exame das medidas provisórias e da vedação a emendas que constituam “contrabandos legislativos” também no âmbito de MPs (BEDRITCHUK, 2015; LAAN, 2018). Ou seja: é razoável prever que os agentes políticos têm interesse em que suas deliberações não sejam invalidadas pelo STF por violação a procedimentos e, em consequência, procurarão se adequar aos entendimentos da Corte a fim de evitar esse resultado indesejado.

Se é assim, as opções feitas pelo STF na interpretação e aplicação da Constituição são relevantes para além do caso decidido pela Corte: elas são relevantes também sob a perspectiva do estímulo que representam para o comportamento dos agentes políticos no futuro, sobretudo no sentido de adotarem práticas que evitam a inconstitucionalidade formal de suas decisões. Ora, se a Constituição pretende que os agentes políticos se comportem de determinada forma no âmbito do processo de deliberação e

decisão de normas – como decorre das disposições descritas acima –, o STF não deve ser indiferente à repercussão de suas decisões também sob essa perspectiva.

A primeira pergunta formulada neste estudo já pode então ser respondida afirmativamente. Respeitados os limites impostos pelo sistema constitucional, a opção hermenêutica do STF acerca de qual consequência jurídica associar ao descumprimento das normas constitucionais referidas acima deve ser orientada pelo impacto nos futuros comportamentos do Executivo e do Legislativo, de modo a contribuir para realizar o mais amplamente possível os fins constitucionais, particularmente o devido processo legislativo. Cabe agora discutir, considerada essa premissa, qual deve ser a opção hermenêutica a ser adotada afinal pelo STF.

A AVALIAÇÃO DE CUSTOS DAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS E O STF

Assumida a premissa definida no item anterior, examine-se que consequências jurídicas têm sido associadas pelo STF ao descumprimento das três normas constitucionais referidas acima para, na sequência, se passar a demonstrar que a inconstitucionalidade formal deve ser a consequência associada a tais invalidades. O que se vai sustentar é que a inconstitucionalidade formal, além de garantir o equilíbrio fiscal, promove o devido processo legislativo e preserva a separação de poderes e a promoção equitativa de direitos.

O STF já se manifestou em diversas ocasiões sobre a interpretação e aplicação dos três dispositivos constitucionais referidos acima, valendo resumir o estágio atual do entendimento do Tribunal sobretudo no que diz respeito às consequências de seu eventual descumprimento. Inicie-se pelo art. 169, § 1º.

Em 18.12.2019, o STF definiu em sede de repercussão geral, a partir de debates subjetivos, que o reconhecimento do direito de agentes públicos a vantagens ou aumento remuneratório previstos em lei depende do atendimento simultâneo das duas exigências contidas no dispositivo constitucional: previsão na LDO e dotação específica na lei orçamentária anual. Trata-se do Tema 864 de Repercussão Geral (RE 905.357) que foi articulado nos seguintes termos pela Corte: “A revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos depende, cumulativamente, de dotação na Lei Orçamentária Anual e de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias”. A despeito das exigências do art. 169, § 1º,

como se vê, a existência de normas concedendo reajustes ou vantagens a pessoal fora dos parâmetros constitucionais era frequente o suficiente para que o STF atribuisse repercussão geral ao tema.

Ou seja: na visão do STF, a ausência de tais previsões – na LDO e na lei orçamentária anual – não afeta a validade da norma que tenha concedido o reajuste ou a vantagem, mas impede sua eficácia. A mera previsão legislativa e/ou na LDO não é suficiente para configurar o direito subjetivo na hipótese, sendo indispensável a previsão na lei orçamentária anual. Mas a eventual lei que tenha concedido uma vantagem ou aumento não é considerada inconstitucional pela circunstância de não ser acompanhada de previsões correspondentes na LDO e na lei orçamentária anual. Ela apenas não produzirá o efeito de gerar direitos subjetivos para os agentes públicos até que a condição – as previsões na LDO e na lei orçamentária anual – se realize.

No âmbito do controle concentrado e abstrato, a questão também foi discutida em várias oportunidades, e a decisão na ADI 6118 resume o entendimento consolidado do STF, com referência a vários precedentes⁶. O STF entende que o descumprimento do art. 169, § 1º, pelo Legislativo não gera uma inconstitucionalidade formal. A rigor, a Corte sequer conhece de ADIs que questionem a validade de leis por violação do art. 169, § 1º. O argumento do STF é o de que o debate envolveria uma avaliação fática – verificar a existência ou não de dotação orçamentária – e o confronto entre leis infraconstitucionais: a eventual lei que criou a vantagem ou concedeu reajuste, a LDO e a lei orçamentária anual. Na mesma linha do seu entendimento no controle difuso e incidental, o STF conclui que a norma que concedeu o reajuste é válida, mas sua eficácia depende da autorização específica na LDO e de dotação orçamentária própria.

O entendimento do STF acerca do art. 195, § 5º, envolve maiores detalhes. Em primeiro lugar, a Corte entende que a restrição não se aplica a benefícios criados diretamente pela Constituição Federal⁷, mas entende que o legislador e o constituinte estadual estão submetidos a ela⁸. Sobre seu escopo de incidência, em decisão de 2007 (ADI 3853), o STF considerou inválido benefício criado por constituinte estadual em benefício de ex-governadores e seus eventuais cônjuges supérstites por violação ao art. 195, § 5º, e também aos princípios “da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º; 5º, *caput*; 25, § 1º; 37, *caput* e XIII; 169, §

⁶ STF, DJe 06.10.2021, ADI 6118, Rel. Min. Edson Fachin.

⁷ STF, DJe. 4.9.1998, RE 220.742, Rel. min. Néri da Silveira; e DJe 3.9.2010, AI 792.329 AgR, Rel. min. Cármen Lúcia.

⁸ STF, DJ 26.10.2007, ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia.



1º, I e II; e 195, § 5º, da Constituição da República)”. A violação do art. 195, § 5º, na ocasião foi identificada no contexto de uma inconstitucionalidade material acerca do próprio benefício criado.

Na ocasião, a Ministra Relatora, Carmen Lúcia, observou que “A circunstância de ser apelidada de graça pela Assembleia Legislativa sul-matogrossense não faz com que aquele dispêndio não tenha de ser custeado pelos cofres públicos e, para tanto, inclua-se na rubrica gastos com pessoal e que a sua concessão não tenha de atentar às fontes de custeio a serem asseguradas para que não se tenha o desbaratamento das contas públicas, constitucionalmente vedada. Quem pudesse conceder uma *graça pecuniária*, poderia tantas outras fazê-la, como, de resto, enfatiza a própria Assembleia Legislativa em suas informações.” (grifo no original)⁹. Para a Corte, que acompanhou esse voto, a denominação do benefício não era relevante: o essencial era que ele geraria custo para o Estado.

Em 2014 (ADI 4976), por outro lado, o STF afastou a incidência do 195, § 5º, ao examinar a validade do auxílio especial mensal instituído pela Lei da Copa (Lei nº 12.663/2012) em benefício dos jogadores dos Mundiais de 1958, 1962 e 1970. O entendimento da Corte foi o de que a exigência constitucional aplicar-se-ia apenas a benefícios previdenciários, e não a “benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional”. Também aqui a Corte discutiu, ao lado do 195, § 5º, a validade material do benefício, que foi reconhecida pelos Ministros¹⁰.

Sobre as consequências do descumprimento do art. 195, § 5º, em 2002, 2003 e 2006 o STF decidiu pela inconstitucionalidade formal de leis estaduais que estendiam benefícios previdenciários a novos grupos de pessoas sem a indicação do custeio (ADIs 2311¹¹, 1002¹² e 3205¹³). Em 2007, na ADI 3853 já referida, a Corte também invalidou norma de Constituição estadual por violação do art. 195, § 5º, e de outras previsões de natureza substantiva, de modo que não se tratou apenas de uma declaração de inconstitucionalidade formal.

⁹ STF, DJ 26.10.2007, ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia.

¹⁰ STF, DJe 30.10.2014, ADI 4976, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspícuas e populares da identidade nacional.”

¹¹ STF, DJ 07.06.2002, ADI 2311-MC, Rel. Min. Néri da Silveira.

¹² STF, DJ 20.06.2003, ADI 1002, Rel. Min. Sydney Sanches.

¹³ STF, DJ 10.11.2006, ADI 3205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Em abril de 2020, porém, na ADPF 662 (recebida como ADI), ao examinar norma federal que teria violado tanto o art. 195, § 5º, quanto o art. 113 do ADCT, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a liminar “apenas para suspender a eficácia do art. 20, § 3º, da Lei 8.742, na redação dada pela Lei 13.981, de 24 de março de 2020, enquanto não sobrevier a implementação de todas as condições previstas no art. 195, §5º, da CF, art. 113 do ADCT, bem como nos arts. 17 e 24 da LRF e ainda do art. 114 da LDO”. Na fundamentação, o Ministro Gilmar questiona se a inconstitucionalidade formal seria a melhor solução aqui, ou se o ideal seria apenas a suspensão da eficácia da norma (na linha da jurisprudência da Corte acerca do art. 169, § 1º, referida acima), registrando ainda a necessidade de maior aprofundamento da discussão. Vale conferir o trecho do voto que trata do ponto:

“Aqui, entendo que ainda precisaremos nos debruçar mais sobre a matéria e desenvolver uma base doutrinária e jurisprudencial mais efetiva, de compatibilização das normas constitucionais relativas às finanças públicas e seu equilíbrio orçamentário e fiscal. A inobservância ao disposto no art. 195, §5º, da CF seria suficiente para determinar a declaração de nulidade da norma ou seria apenas uma causa suspensiva de sua eficácia? A mesma dúvida tenho em relação ao artigo 113 do ADCT, especialmente em razão da exceção trazida pelo art. 114 do ADCT para a tramitação de Medidas Provisórias. Talvez tais normas não sejam inválidas, mas tenham, apenas, seu plano de eficácia atingido pela inobservância das normas do art. 195, §5º, da CF e art. 113 do ADCT.

(...)

Assim, a mim parece que as legislações que aumentarem despesas, deixando de observar as previsões constitucionais de indicação de fonte de custeio total, ou não forem acompanhadas do estudo de impacto orçamentário e fiscal, poderão ter sua eficácia suspensa até que o legislador supra a omissão, de modo a viabilizar sua execução.

Assim, em um juízo de cognição sumária, no caso dos autos, verificado o descumprimento do disposto no art. 195, §5º, da CF, dos arts. 17 e 24 da LRF e do art. 114 da LRF, entendo que a eficácia da norma impugnada deva ser suspensa enquanto não houver a indicação da fonte de custeio.”¹⁴

Nos termos do entendimento acima, assim como no caso de leis que concedam reajustes ou vantagens a servidores sem previsão na LDO e dotação na lei orçamentária, leis que criem ou ampliem benefícios e serviços da seguridade social continuariam válidas, mas não produziriam efeitos, até que sobrevenha a indicação da fonte de custeio. A questão não chegou a ser examinada pelo Plenário do STF pois em maio de 2022 a ação foi extinta sem julgamento do mérito por conta de alterações posteriores da norma impugnada¹⁵.

¹⁴ STF, DJe 07.04.2020, ADPF 662-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁵ STF, DJe 27.05.2022, ADPF 662, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Por fim, a jurisprudência já formada no STF acerca do art. 113 do ADCT segue em sentido diverso. A Corte firmou o entendimento, por maioria, de que (i) o dispositivo se aplica a todos os entes da federação (e não apenas à União); e que (ii) sua violação – isto é: a inexistência de estimativa do impacto orçamentário e financeiro da proposição legislativa – gera a inconstitucionalidade formal da norma aprovada¹⁶. Como assinalado acima, existe certa superposição entre o art. 113 do ADCT e os outros dispositivos constitucionais examinados, de modo que ainda não se sabe se o STF irá rever sua jurisprudência para unificá-la em um sentido ou em outro.

Existem, portanto, duas soluções juridicamente possíveis, em tese, para o descumprimento das três disposições constitucionais referidas acima: a inconstitucionalidade formal da norma editada em procedimento que violou alguma das disposições ou a suspensão da eficácia da norma editada até que, eventualmente, as condições previstas constitucionalmente sejam adimplidas. Esta última solução é capaz de impedir o gasto público até que as normas constitucionais em debate sejam atendidas, ainda que em um momento futuro. Entretanto, ela acaba por garantir que os agentes políticos que aprovaram a lei usufruam desde logo os proveitos políticos associados à sua mera aprovação junto às categorias de agentes públicos, por exemplo, e/ou aos potenciais beneficiários e interessados no novo benefício social. Os eventuais ônus políticos envolvidos com a implementação dessas normas são transferidos para o futuro – para outro ano (*e.g.*, após as eleições) ou para outra legislatura – e eventualmente para outro poder, como o Executivo ou mesmo o Judiciário.

A solução da suspensão da eficácia impede apenas as consequências financeiras indesejadas pelas normas constitucionais. Do ponto de vista do processo legislativo e, sobretudo, do devido processo legislativo, ela gera incentivos para o descumprimento das referidas normas constitucionais, já que permite a apropriação dos bônus políticos associados à aprovação de um direito e benefício da seguridade social ou vantagem para servidores, sem que os agentes precisem lidar com os ônus envolvidos na garantia do custeio dessas novas despesas e, *a fortiori*, da implementação real de eventuais direitos.

Com feito, salvo em ocasiões de grande crescimento econômico, o custeio de novas despesas públicas envolverá algum tipo de custo político, seja pelo aumento de tributos, seja pela redução do custeio de alguma outra política, seja por qualquer outra solução que será recebida com

¹⁶ STF, DJe 16.11.2019, ADI 5816, Rel. Min. Alexandre de Moraes. No mesmo sentido, as decisões proferidas nas ADIs 6074 e 6303.

descontentamento por quem venha a ter seus interesses não atendidos. Adotada a solução da suspensão da eficácia da norma, quem a aprova não precisa lidar com esse descontentamento, já que a validade de sua deliberação não depende de qualquer consideração sobre custos ou custeio. Ou seja: ônus e bônus políticos não estão alinhados nas proposições legislativas de que tratam os arts. 169, § 1º, e 195, § 5º. Ao contrário: os bônus ficam com quem aprova a norma, e os ônus ficam com outros players políticos no futuro.

É possível antecipar alguns incentivos que decorrem da solução que aplique a inconstitucionalidade formal. Do mesmo modo que a suspensão da eficácia descrita acima, ela impede o gasto de recursos públicos sem a observância da norma constitucional. Mas a inconstitucionalidade formal apresenta outras vantagens potenciais sob a perspectiva do devido processo legislativo. A inconstitucionalidade formal, já se pode adiantar, reduz o incentivo de se obter proveito político-eleitoral pela mera aprovação de uma lei, sem considerar a questão dos custos. Isso não garante que, em uma nova deliberação, a produção da estimativa de impacto exigida levará a um real debate sobre a implementação da norma e seus custos; o direito não tem como garantir esse resultado, mas pode criar melhores condições e incentivos para que ele se verifique.

Ademais, a inconstitucionalidade formal devolve ao Legislativo a apreciação do tema como um todo, inclusive a própria criação ou não do benefício, ao contrário da solução que apenas suspende a eficácia da norma, que limita as opções do Legislativo no particular. A inconstitucionalidade formal também pode minimizar o risco de os benefícios previstos pela norma aprovada serem apropriados pelos grupos mais favorecidos da sociedade, em detrimento dos mais necessitados. Os tópicos seguintes procuram demonstrar essas assertivas.

A QUESTÃO DOS CUSTOS SOB A PERSPECTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. A PREFERÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL COMO SOLUÇÃO JURÍDICA.

As discussões travadas no âmbito do STF acerca da interpretação e aplicação dos três dispositivos constitucionais examinados acima têm girado em torno do tema da responsabilidade fiscal e do equilíbrio orçamentário. Esse é, sem dúvida o objetivo mediato da Constituição com tais normas: impedir que o Estado brasileiro se comprometa com novas despesas (direta ou indiretamente, por meio



da redução de receitas) sem avaliar previamente sua condição de pagamento, evitando assim condutas irresponsáveis do ponto de vista fiscal. Sob essa perspectiva, não há maiores diferenças entre as opções da inconstitucionalidade formal ou da suspensão de eficácia da norma: ambas produzam o mesmo efeito prático de impedir o gasto público.

De forma imediata, porém, os dispositivos constitucionais veiculam exigências ao processo legislativo e, portanto, devem ser interpretados e aplicados sob a perspectiva do devido processo legislativo. Nesse contexto, diante da violação aos arts. 169, § 1º; 195, § 5º e ADCT 113, a inconstitucionalidade formal, além de garantir de igual modo a responsabilidade fiscal e o equilíbrio orçamentário, é a solução que promove melhor o devido processo legislativo.

A Constituição de 1988 traz algumas regras específicas sobre o processo legislativo – dentre as quais os três dispositivos referidos acima -, além de princípios que criam um sistema impondo aos agentes públicos a observância de um *devido processo legislativo* quando da elaboração de normas (OLIVEIRA, 2006; BARBOSA, 2010; BUSTAMANTE e BUSTAMANTE, 2016; SCHIER, 2017; SALGADO e ARAÚJO, 2019; BARCELLOS, 2020). Não se vai aprofundar aqui os fundamentos constitucionais do devido processo legislativo, assumido aqui como um fim constitucionalmente valioso. Tanto assim que ele pode servir de fundamento para obrigações específicas não explicitamente descritas no texto constitucional, mas que se considere logicamente decorrentes dele e indispensáveis para sua promoção.

Exatamente nessa linha, o STF (ADI 5127¹⁷) firmou o entendimento no sentido da inconstitucionalidade formal de emendas a projetos de conversão de medidas provisórias que não guardem pertinência temática com o conteúdo original da MP, os chamados “contrabandos legislativos”, a ser aplicado apenas para o futuro. Não há norma específica na Constituição que trate do assunto, e o ponto foi expressamente reconhecido inclusive pelos Ministros que formaram a maioria. Ainda assim, reconheceu-se o referido dever em conexão com o devido processo legislativo, com a democracia, com a cidadania, com a necessidade de transparência e prestação de contas e com a garantia de condições para que o controle e participação sociais sejam levadas a cabo no contexto da elaboração de normas pelo Legislativo.

¹⁷ STF, DJe 11 maio.2016, ADI 5127, Rel p/acórdão Min. Edson Fachin.

Sem prejuízo de outros debates, dois objetivos são tradicionalmente associados ao devido processo legislativo (VERMEULE, 2004; ROSE-ACKERMAN, EGIDY e FOWKES, 2015): (i) criar condições para que os parlamentares deliberem bem-informados e conscientes e (ii) reduzir na medida do possível os problemas de disparidade de interesses entre representantes e representados, inevitáveis no sistema de representação política. Aprofunde-se brevemente cada um deles.

O direito não tem a capacidade de efetivamente fazer com que os parlamentares se informem e deliberem de forma consciente sobre as proposições legislativas. Ademais, seria um equívoco ignorar a complexidade da deliberação política ou tentar projetar nela algo similar ao padrão deliberativo da adjudicação judicial. Nesse sentido, além da proposição em si e das informações sobre ela, muitos outros elementos serão relevantes na avaliação política de cada parlamentar em cada votação e, como é próprio em sociedades plurais e democráticas, negociação e compromisso integram a lógica da deliberação política (NASCIMENTO, 2021). O que o direito pode e deve fazer, nesse contexto, é criar incentivos para que os parlamentares se informem e deliberem de forma consciente, sabendo do que se trata a proposição em votação bem como quais são suas consequências esperadas¹⁸.

Esse é um objetivo bastante elementar do devido processo legislativo. Diversas disposições constitucionais exigem que temas sejam regulados por lei “específica”, isto é, lei que trate apenas daquele assunto. É o caso, como já referido, da renúncia de receitas, mas há diversos outros exemplos (*e.g.*, arts. 37, VII, X e XIX; 42, §§ 1º e 2º). No caso do art. 150, § 6º, a Constituição reforça o ponto ao afirmar, simultaneamente, que a lei específica tratará exclusivamente da renúncia de receitas. Não é difícil perceber que tais previsões pretendem criar melhores condições para que os parlamentares saibam do que se trata a proposição – que terá um único tema afinal – e obtenham informações sobre ela e suas consequências esperadas.

Proposições com múltiplos temas tornam mais difícil e improvável que os parlamentares se informem adequadamente e decidam conscientemente sobre todos eles: o tema principal será objeto de algum debate, e os outros acabam ficando à sombra deliberativa sem receber atenção específica. Essa, aliás, uma das razões que levou o STF, na decisão já referida acima, a considerar inconstitucionais emendas parlamentares a projeto de conversão de medida provisória que não guardassem pertinência temática com ele. Introduzir um tema novo no processo legislativo excepcional de conversão de uma

¹⁸ Em uma interessante previsão destinada a garantir melhores condições para o debate parlamentar, a Constituição de Minas Gerais não admite projetos para criar ou aumentar tributos nos últimos 90 dias de cada sessão legislativa. Sobre o tema, v. MOREIRA, 2021.

MP muito provavelmente resultaria em uma aprovação automática, sem que os parlamentares sequer tivessem condições de deliberar conscientemente sobre ele, em violação ao devido processo legislativo.

O segundo objetivo do devido processo legislativo é minimizar, tanto quanto possível, o eventual conflito de interesses entre o representante eleito e a população. Sistemas de representação sempre geram o risco de o representante desenvolver interesses próprios diversos daqueles dos representados e eventualmente conflitantes. O fenômeno não acontece apenas na política, mas em todo tipo de representação (*e.g.*, na relação entre advogado e cliente, executivos e acionistas, procuradores e outorgantes) e diversas normas procuram minimizar esses potenciais conflitos de interesse. É natural, portanto, que um dos objetivos do devido processo legislativo seja igualmente minimizar esses riscos no âmbito da representação política.

Tendo em conta esses dois objetivos do devido processo legislativo e, diante do descumprimento dos arts. 169, § 1º; 195, § 5º e ADCT 113 da Constituição de 1988, é o caso de avaliar que solução os promove melhor, se a preservação da validade da norma, com suspensão de sua eficácia, ou a declaração de sua inconstitucionalidade formal. Ambas são constitucionalmente possíveis e ambas, como já referido, impedem o gasto público e preservam o equilíbrio fiscal. A escolha entre elas, portanto, deve levar em conta os outros objetivos constitucionais associados às normas em tela, e o que se sustenta é que a inconstitucionalidade formal promove mais e melhor os dois objetivos do devido processo legislativo que se acaba de enunciar.

Em primeiro lugar, os custos envolvidos na implementação de um novo benefício ou vantagem de que se cogite, assim como o impacto orçamentário de uma renúncia de receita, são informações essenciais à deliberação dessas matérias, e não aspectos meramente operacionais ligados à execução da futura norma. Essa é uma assertiva que parece revelar um truísmo. Informações sobre custos podem impactar a configuração do eventual benefício ou vantagem inicialmente imaginados e a própria decisão de adotá-los ou não, e terão repercussões sobre outras discussões legislativas em torno do aumento ou redução de receitas e novas despesas. Independente da realidade própria do Estado, dos múltiplos mecanismos de que ele dispõe para obter receitas ao longo do tempo e das interações que se desenvolvem entre despesas e receitas públicas, o tema é absolutamente central.

Segregar os dois debates – ou validar a segregação, como faz a solução da suspensão da eficácia da norma – não faz sentido do ponto de vista do primeiro objetivo do devido processo legislativo referido acima. Não é possível afirmar que o Legislador que discute uma proposição sem informação

acerca dos custos necessários para sua implementação está bem-informado ou tomando uma decisão consciente. O Legislativo que delibera a matéria deve ser o mesmo que considera os impactos de sua implementação para que se possa dizer, mesmo que apenas em tese (é tudo que se pode pretender), que havia condições mínimas para uma decisão bem-informada e consciente. A inconstitucionalidade formal, por outro lado, impede a segregação dos debates, forçando que eles se realizem no mesmo contexto deliberativo pelo mesmo Legislativo, daí porque se sustenta que ela é uma melhor solução do ponto de vista do devido processo legislativo.

Em segundo lugar, é natural que os parlamentares tenham o interesse próprio de serem reeleitos e é previsível que a aprovação de lei criando direitos e benefícios contribua para a promoção desse interesse. Aqui, porém, há o possível descompasso entre os interesses do agente político e de seus representados. O interesse dos representados não é apenas o de que a lei seja aprovada, mas que os direitos nela previstos sejam implementados de fato e para todos. O devido processo legislativo pretende que os dois interesses – dos representantes e dos representados – estejam em alinhamento e que a aprovação de uma lei seja capaz de promover ambos simultaneamente, e não apenas os interesses dos parlamentares.

A preservação da validade da norma que viola os dispositivos constitucionais discutidos neste texto, com a mera suspensão de sua eficácia, permite que o parlamentar tenha seu interesse promovido sem necessariamente se preocupar com a promoção do interesse dos representados – a execução da norma – potencializando o conflito entre eles. Por outro lado, a solução da inconstitucionalidade formal condiciona a realização do interesse do parlamentar – a aprovação da lei – ao debate acerca dos custos, que será relevante para a realização do interesse dos potenciais beneficiários da norma: sua efetiva implementação.

EXAMINANDO DUAS POSSÍVEIS CRÍTICAS

UMA NOTA SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES E A DEFERÊNCIA AO LEGISLATIVO

Uma crítica de que se pode cogitar ao exposto acima envolve a separação de poderes e a deferência que o Judiciário deve ter relativamente ao Legislativo, sobretudo em relação à interpretação das próprias Casas acerca do processo legislativo. De fato, o controle judicial do processo legislativo



suscita importantes debates acerca da possível intromissão do Judiciário no espaço próprio de outros Poderes, em particular do Legislativo, em desrespeito à separação de poderes.

Nada obstante, embora haja uma fronteira realmente tênue para a atuação legítima do Judiciário sob a perspectiva democrática nesse particular, decisões judiciais que concluem pela inconstitucionalidade formal de normas por problemas no processo legislativo, devolvendo assim a decisão da matéria de fundo ao Legislativo, são em tese menos invasivas do espaço do Legislativo que decisões judiciais que concluem pela inconstitucionalidade material da norma, muitas vezes por meio de soluções aditivas, retirando do Legislativo a possibilidade de dispor sobre a matéria (BAR-SIMANTOV, 2012; BUSTAMANTE e BUSTAMANTE, 2016).

Em concreto, na hipótese aqui em exame parece consistente afirmar que a solução da inconstitucionalidade formal manifesta maior deferência à separação de poderes e ao Poder Legislativo que a mera suspensão da eficácia da lei que viola os dispositivos da Constituição de 1988 acerca da apreciação dos custos. As exigências constantes dos arts. 169, § 1º; 195, § 5º, da Constituição são bastante explícitas, de modo que não há aqui o debate em torno da criação/explicitação pelo Judiciário de deveres oponíveis ao Legislativo na elaboração legislativa a partir de princípios constitucionais gerais. A questão não é, portanto, se tais deveres são ou não exigíveis – a Constituição os exige claramente – mas qual a consequência de sua violação.

A preservação da validade de norma que viola os dois dispositivos constitucionais referidos, com mera suspensão de sua eficácia, poderia sugerir uma maior deferência por parte do Judiciário, e do STF em particular, ao Legislativo. Isso porque, se poderia imaginar, a validade da deliberação legislativa restou preservada, ainda que sem eficácia. Essa impressão inicial, porém, parece equivocada.

Embora se possa afirmar que o STF estaria manifestando certa deferência ao Legislativo por preservar a validade da deliberação viciada do passado, que aprovou a lei, a manutenção da validade da norma impede que o Parlamento do presente reexamine a matéria como um todo, agora à luz das discussões sobre seu custo. Preservada a validade da norma pelo STF, tudo o que o Legislativo do presente poderá ou não fazer é deliberar sobre a alocação de verbas para o cumprimento do que já foi previsto na lei anterior. E a eventual decisão do Legislativo de não alocar verbas suficientes para esse fim será possivelmente acompanhada de algum nível de judicialização pelos potenciais interessados.

É certo que o Legislativo pode vir a revogar a lei anterior, se assim o desejar. Entretanto, além do ônus político de retirar uma vantagem ou benefício que já havia sido “concedido”, diversas questões jurídicas podem ser suscitadas relativamente ao período durante o qual a norma vigeu e sobre os efeitos produzidos. A revogação de uma norma não se equipara ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade: efeitos da norma que vigeu se produzirão e o legislativo não pode desfazê-los, sendo certo que disputas em torno deles serão decididas pelo Judiciário, e não pelo Legislativo, reduzindo também aqui a capacidade do Legislativo de regular o tema. Por outro lado, a inconstitucionalidade formal remete novamente para o Legislativo a discussão e decisão sobre o tema em sua integralidade, prestigiando sua autonomia decisória. Caberá a ele, então, tomar uma nova decisão sobre o assunto.

Ainda acerca da separação de poderes e da deferência e respeito ao Legislativo, é importante destacar que na mesma medida em que a jurisdição constitucional venha a impor mais exigências ao processo legislativo – por expressa previsão da Constituição ou por criação jurisprudencial –, caberá também ao Judiciário, e ao STF em particular, considerar com mais cuidado em sua análise o conteúdo do processo legislativo que produziu as normas eventualmente questionadas.

Há aqui um potencial círculo virtuoso: quanto mais atenção a jurisdição constitucional der ao processo legislativo, para o fim de avaliar o atendimento a exigências relativas à constitucionalidade formal da norma, mais atenção o próprio Legislativo dará ao processo de elaboração normativa, de modo a evitar futuras invalidades, em benefício do devido processo legislativo.

UMA NOTA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se tratou até aqui diretamente da questão sob a perspectiva dos direitos que eventualmente podem estar sendo protegidos ou promovidos por meio das normas aprovadas em violação aos arts. 169, § 1º; 195, § 5º, da Constituição. Entretanto, é legítimo questionar se a inconstitucionalidade formal seria “pior” para os direitos do que a mera suspensão de eficácia da norma. O argumento que se imagina poderia ser articulado é o de que a declaração de inconstitucionalidade formal de normas que violem os arts. 169, § 1º; 195, § 5º, da Constituição, e não apenas as que desrespeitem o art. 113 do ADCT, exige uma nova deliberação tornando “mais difícil” a fruição dos direitos eventualmente previstos em

tais normas. A mera suspensão da eficácia da norma, por outro lado, poderia ser mais facilmente superada, facilitando a fruição dos direitos. Dois comentários parecem pertinentes.

Em primeiro lugar, já se discutiu acima que normas não bastam para promover direitos na realidade: a execução de tais normas é indispensável para essa promoção, e mesmo a implementação dos comandos normativos nem sempre é capaz de atingir os objetivos pretendidos, ou não os atingem em todos os lugares ou relativamente a todos os grupos sociais a que eles se destinariam (MATHER, 2008; TAMANAHA, 2010). Assim, independentemente de qualquer discussão sobre se o conteúdo na norma, uma vez executado, promoverá ou não direitos, é questionável a assertiva de que preservar a validade de uma norma que promove direitos, sem perspectiva de que ela seja executada, é melhor para a promoção de direitos; ou, diversamente, se seria melhor declarar sua invalidade e recolocar a discussão, criando incentivos para que uma nova deliberação crie melhores condições para sua futura execução. Mas há uma outra questão subjacente mais importante.

Em segundo lugar, sob a perspectiva constitucional, a assertiva de que uma norma promove direitos fundamentais depende de um juízo mais complexo do que o simples fato de ela, em si, prever algum tipo de vantagem ou benefício para um grupo de pessoas. A gramática dos direitos está disponível para todos. Tanto normas que concedem vantagens a servidores públicos que já recebem o teto constitucional quanto normas que prevêm benefício assistencial para pessoas em situação de miserabilidade podem ser descritas como prevendo direitos. Afirmar que uma norma concede direitos ou vantagens em tese diz muito pouco.

Na realidade, a concessão de direitos ou vantagens para um grupo não é indiferente para os demais grupos, ainda mais em uma sociedade profundamente desigual como a brasileira. Os recursos públicos não são ilimitados e as diferentes proposições normativas em debate em alguma medida disputam os recursos disponíveis. O que é defendido como vantagem para determinado grupo pode caracterizar um privilégio quando confrontado com a realidade do restante da população e com as demandas de outros grupos. Embora o legislador tenha liberdade de conformação para criar direitos e vantagens, princípios constitucionais como os da igualdade e da moralidade estabelecem limites a essa liberdade. Adicionalmente, para além da igualdade e da moralidade, a Constituição estabelece limites ao estabelecer como prioritárias as iniciativas que visem a “erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF/88, art. 3º, III).

Assim, antes de se poder afirmar que uma proposição normativa pretende promover direitos, é necessário identificar quem será beneficiado pela norma e, em particular, se a norma se ocupa de vantagens e benefícios dirigidos aos grupos sociais que mais precisam. Na realidade, o exame dos custos mostra-se fundamental exatamente para essa avaliação: ausente qualquer exame sobre qual o impacto em termos de custos para a implementação da norma, é inviável comparar a iniciativa, por exemplo, com outras voltadas para o atendimento das prioridades constitucionais de erradicação da pobreza e marginalização, à luz dos recursos disponíveis.

A rigor, mesmo quando a norma estabelece um benefício geral, isto é, destinado a todos e não a um grupo em particular, será fundamental saber se há recursos para atender a todos e apenas o exame dos custos poderá fornecer alguma resposta a essa pergunta. Ou se há recursos suficientes para atender ao menos os grupos prioritários, e se a proposição fixa com clareza prioridades na execução da norma em favor dos grupos mais vulneráveis, na linha do que exige a Constituição.

Esse ponto é especialmente relevante pois pesquisas revelam que políticas públicas gerais em matéria de direitos beneficiam primeiramente as classes mais favorecidas, aumentando inicialmente a desigualdade, e apenas depois os mais necessitados se beneficiarão dela (VICTORA e outros, 2000; HUMAN RIGHTS WATCH, 2012). Para romper com essa tendência, é necessário que, ao invés de políticas gerais, sejam delineadas intervenções estatais com focos específicos, de modo a atingir populações ou grupos-alvo, e não a população de maneira geral, ou ao menos que sejam definidas com clareza prioridades no âmbito de políticas gerais. Ou seja: mesmo quando a promoção dos direitos fundamentais acontece em tese para todos, ausente uma priorização clara, a desigualdade tende a ser mantida e ainda agravada (MESTRUM e MELIK, 2012; BILCHITZ, 2007, p. 208-215). O exame dos custos das proposições pode minimizar essa tendência, contribuindo para uma promoção mais equitativa de direitos.

A conclusão apurada até aqui então pode ser enunciada nos seguintes termos. A inconstitucionalidade formal invalida a norma que pode, ou não, prever direitos fundamentais (talvez sejam privilégios, quando examinados sob a perspectiva das prioridades constitucionais) exigindo uma nova deliberação pelo Legislativo sobre o tema como um todo e não apenas decisões relativas à alocação de recursos para execução da norma. A solução que preserva a validade da norma suspendendo sua eficácia não assegura sua implementação, logo não se pode afirmar que ela promove melhor direitos.

A inconstitucionalidade formal, por seu turno, cria melhores condições para um debate sobre a promoção real do direito ou vantagem pretendidos, incrementando as possibilidades de uma efetiva implementação futura, descartando a mera existência da norma como suficiente. Adicionalmente, o debate explícito sobre os custos potencializa a chance de uma avaliação mais alinhada com as prioridades constitucionais, que contribua para uma proteção equitativa e menos desigual dos direitos fundamentais, minimizando o risco de apropriação por quem tem mais diante de recursos insuficientes.

CONCLUSÃO

Duas perguntas foram formuladas inicialmente neste estudo. As opções hermenêuticas do STF acerca das normas que tratam de avaliação de custos das proposições normativas devem considerar o impacto sobre o comportamento do Executivo e do Legislativo à luz da promoção do devido processo legislativo? E, em caso afirmativo, qual deve ser a opção hermenêutica adotada? A primeira pergunta deve ser respondida afirmativamente: dentro dos limites do sistema constitucional, as opções hermenêuticas adotadas pelo STF para o descumprimento das previsões constitucionais que tratam do tema referido devem considerar o impacto que produzem, em termos de incentivos, sobre o comportamento futuro dos demais Poderes.

Quanto à segunda questão, sustentou-se que o devido processo legislativo será mais bem promovido uma vez que, na interpretação de tais normas, a consequência apurada quando de seu descumprimento seja a inconstitucionalidade formal, ao invés da suspensão de sua eficácia. Trata-se da opção que promove melhores condições para uma decisão informada por parte dos agentes políticos acerca das proposições em debate e minimiza o desalinhamento de interesses de representantes e representados, em benefício do devido processo legislativo, além de preservar a separação de poderes e a promoção equitativa dos direitos fundamentais.

O tema da avaliação dos custos não é considerado em geral atraente ou palpitante no mundo do Direito, embora seja profundamente constitucional. Ele nos confronta com limitações que gostaríamos de ignorar para seguir com a fantasia de que podemos magicamente transformar nossos desejos – todos eles – em realidade apenas com palavras. Palavras são importantes e os nossos desejos podem vir a se transformar em realidade, mas é preciso trabalho, empenho, foco e perseverança. Assim, o tema dos custos precisa ser enfrentado de forma clara e criativa, sobretudo para suscitar questões fundamentais



sobre prioridades em uma democracia comprometida com a promoção equitativa de direito, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais no país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aparecida de Moura e SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* v. 7, n. 3, p. 781-798, 2017.

ANDRADE, Gabriel Cesar de. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO PROCESSO LEGISLATIVO: Relevância nas proposições legislativas aprovadas em 2020 pela Câmara dos Deputados (TCC), 2021, Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/228520/TCC%20-%20Gabriel%20Cesar%20-%20Repositorio%20UFSC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> – acesso em 10.05.2022.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review, *Legisprudence* v. 6, n. 6, p. 271-300, 2012.
BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*, 2010, Belo Horizonte: Del Rey.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido Procedimento na Elaboração Normativa*, 3a ed., 2020, Belo Horizonte: Fórum.

BEDRITCHUK, R. R. Medida Provisória, uma moeda inflacionada: A inclusão das comissões no rito de tramitação das medidas provisórias e o aumento dos custos de aprovação, Monografia apresentada ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como pré-requisito para a obtenção de título acadêmico de Especialista em Ciência Política, 2015, disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516859/TCC_Rodrigo%20Ribeiro%20Bedritchuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 27 de maio de 2022.

BIJOS, Paulo Roberto Simão. AVALIAÇÃO DO CUSTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO CONGRESSO NACIONAL: O CASO DO PROGRAMA DE SUSTENTAÇÃO DO INVESTIMENTO, *E-legis*, Brasília, n. 29, p. 205-234, maio/ago. 2019. Disponível em <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/39453> - acesso em 17 de Maio de 2022.

BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights*. New York: Oxford University Press, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas e BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi, *Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF*, *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 13, p. 346-388, 2016. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>, acesso em 30 maio de 2022.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Discrimination inequality and poverty: a human rights perspective*, 2012.



MADER, Luzius. Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation, *Statute Law Review*, Volume 22, Number 2, p. 119–131, 2001.

MANCUSO, Wagner Pralon e MOREIRA, Davi Cordeiro. Benefícios tributários valem a pena? Um estudo de formulação de políticas públicas, *Revista de Sociologia e Política*, V. 21, N. 45, p. 107-121, Mar. 2013.

MATHER, Lynn. Law and society. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 682-297, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, nº 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

MENEGUIN, Fernando Boarato e SILVA, Rafael Silveira e (Org.). *Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação*, 2017, Brasília: Senado Federal.

MESTRUM, Francine e MELIK, Özden. The Fight against Poverty and Human Rights. *Critical Report*, v. 11, 2012.

MIRANDA RODRIGUES, Carolina de Resende Pires. A proposição legislativa e a estimativa de impacto: uma limitação para a concessão dos benefícios fiscais. *Cadernos de Finanças Públicas*, 18(2). 2020.

MOREIRA, Bernardo Motta. O tempo e as políticas públicas tributárias: a regra da Constituição Mineira para garantia do debate parlamentar, *Cadernos da Escola do Legislativo – V. 23, N. 39*, p. 41-84, jan/jun 2021.

NASCIMENTO, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa, *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4 n. 3, et./dez. 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2006, Belo Horizonte: Mandamentos.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, p. 210-232, 2009.

ROSE-ACKERMAN, EGIDY e FOWKES, *Due Process of Lawmaking: the United States, South Africa, Germany and the European Union*, 2015, Cambridge: Cambridge University Press.



SALGADO, Eneida Desiree e ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo. Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo, RIL Brasília a. 56 n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Armadilhas no devido processo legislativo em contextos democráticos, Revista de Direito Público Contemporâneo a.2, v.1, n.2, p. 60-73, jan/jun 2017.

SILVA, Leidson Rangel Oliveira. Isenções tributárias e abuso do poder de legislar, Revista Tributária e de Finanças Públicas 137, p. 165-184, 2018.

TAMANHA, Brian Z. O primado da sociedade e as falhas do direito e desenvolvimento. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 175-212, 2010.

V. LAAN, Cesar Rodrigues Van Der, UM PANORAMA RECENTE DA APRESENTAÇÃO DE EMENDAS SEM PERTINÊNCIA TEMÁTICA A MEDIDAS PROVISÓRIAS PÓS-ADI 5.127. Textos para discussão – 244. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Senado Federal, 2018. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td244>. Acesso em 27 de maio de 2022.

VERMEULE, Adrian. The Constitutional Law of Congressional Procedure, The University of Chicago Law Review v. 71, n. 4, p. 361-437, 2004.

VICTORA, Cesar G. et al. Explaining trends in inequities: evidence from Brazilian child health studies. *Lancet*, v. 356, p. 1093-1098, 2000.

Sobre a autora:

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional vinculada ao Departamento de Estado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001) doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004) e pós-doutorado pela Universidade de Harvard (2012/2013). Livros e artigos publicados, no Brasil e no exterior, na área de Direito, em particular direito constitucional, princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, eficácia jurídica, direitos fundamentais, direitos sociais, democracia, políticas públicas e devido processo legislativo.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6261901595745103> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2784-3406>

E-mail: anapauladebarcellos@gmail.com

