

PARECER

Consulta jurídica sobre a (in)constitucionalidade das *emendas parlamentares impositivas* – objeto da ADI n.º 7.697/DF.

Prof. Dr. LENIO LUIZ STRECK

– I –
CONSULTA

- 1 Trata-se de consulta jurídica que muito me honra, encaminhada pelo ilustre advogado WALFRIDO WARDE, acerca da questão constitucional em trâmite no Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7697, da qual é signatário, representando o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).
- 2 Na ação, o partido político pretende a declaração de inconstitucionalidade material das chamadas *emendas parlamentares impositivas*, inovação introduzida no sistema orçamentário brasileiro a partir das Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022, por violação ao princípio da separação dos poderes (art. 60, §4º, III); ao princípio federativo (art. 60, §4º, I) e ao princípio democrático (art. 60, §4º, II).
- 3 Com o propósito de delimitar o escopo do trabalho, o consulente formula os seguintes quesitos:

Primeiro quesito: *As alterações promovidas no sistema orçamentário pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 são compatíveis com o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CR)?*

Segundo quesito: *As alterações promovidas no sistema orçamentário pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 são compatíveis com o princípio democrático (art. 1º, caput, CR)?*

- 4 Ao responder esses quesitos, busca-se desempenhar o papel normativo designado à ciência do direito no paradigma do Estado Constitucional. Não se trata, com efeito, de mero exercício de erudição filosófico-jurídica. Sua função é cumprir a difícil tarefa de contribuir – efetivamente – para a construção de uma decisão mais adequada, equânime e, sobretudo, democrática.

– II –

A ADI E SEU OBJETO

- 5 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7697, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), busca a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos constitucionais, alterados ou introduzidos pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022: *art. 165, §9º, inciso III (EC/100), art. 165, §10, art. 166, § 9º (EC/126), art. 166, § 9º-A (EC/126) art. 166, § 10 (EC/86), art. 166, § 11 (EC/126), art. 166, § 12 (EC/100), art. 166, § 13 (EC/100), art. 166, § 14 (EC/100), art. 166, § 16 (EC/100), art. 166, § 17 (EC/126), art. 166, §18 (EC/100), art. 166, § 19 (EC/126), art. 166, § 20 (EC/100), art. 166-A (EC/105).*
- 6 Tais dispositivos promoveram uma série de alterações no Capítulo II do Título VI da Constituição de 1988, que regulamenta o orçamento e as finanças públicas, aqui sintetizadas nos seguintes termos:
 - i) A Emenda Constitucional nº 86 criou o instituto das **emendas impositivas**. A partir de então, um valor correspondente a 1,2% da receita corrente líquida da União, sendo 0,6% com finalidade específica para a saúde, passou a ser destinado – obrigatoriamente – a emendas parlamentares individuais;
 - ii) A Emenda Constitucional nº 100 ampliou o instituto das emendas impositivas, conferindo obrigatoriedade de execução das emendas parlamentares de bancada, correspondentes a uma parcela de 1% da receita corrente líquida da União;
 - iii) A Emenda Constitucional nº 105 permitiu a transferência de recursos públicos diretamente para estados ou municípios sem destino específico. Mais especificamente, até 50% dos recursos de emendas individuais podem ser transferidos aos entes federados sem vinculação a uma finalidade pré-determinada, desde que pelo menos 70% sejam destinados a obras; e, por fim,
 - iv) A Emenda Constitucional nº 126 aumentou o percentual da receita corrente líquida da União vinculado, obrigatoriamente, a emendas

parlamentares individuais. A elevação foi de 1,2% para 2%, sendo 1,55% para deputados federais e 0,45% para emendas de senadores.

- 7 Nesse contexto, o partido político requerente sustenta que obrigatoriedade da execução das emendas parlamentares ao orçamento, introduzida pelas Emendas Constitucionais nº 86, nº 100, nº 105 e nº 126, **viola o princípio da separação dos poderes** (art. 60, §4º, III); o **princípio federativo** (art. 60, §4º, I) e o **princípio democrático** (art. 60, §4º, II), uma vez que reduz a já diminuta discricionariedade do Executivo em realizar ou não despesas.
- 8 No dia 16 de agosto de 2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, referendou a decisão liminar proferida pelo ministro FLÁVIO DINO no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7688, 7695 e 7697 e manteve a **suspensão de todas as emendas impositivas** apresentadas por deputados e senadores ao Orçamento da União até que, em *diálogo institucional*, os Poderes da República editem regras que garantam transparência e rastreabilidade na transferência dos recursos, controle da execução das emendas pelo Poder Executivo, bem como compatibilidade com as leis orçamentárias e limites fiscais e de despesas.
- 9 No dia 20 de agosto, o Supremo Tribunal Federal publicou uma “nota conjunta da reunião entre ministros do STF, Câmara, Senado e Executivo sobre emendas parlamentares”¹, na qual informa que firmou-se o consenso de que as emendas parlamentares deverão respeitar critérios de transparência, rastreabilidade e correção, com observância do seguinte:
 - i) **Emendas individuais:** *quanto à transferência especial* (emendas pix), ficam mantidas, **com impositividade**, observada a necessidade de identificação antecipada do objeto, a concessão de prioridade para obras inacabadas e a prestação de contas perante o TCU; e *quanto às demais emendas individuais*, ficam mantidas, **com impositividade**, nos termos de regulação acerca dos critérios objetivos para determinar o que sejam impedimentos de ordem

¹ Estavam presentes na reunião os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Ministro da Casa Civil, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República e os 11 ministros do STF.

técnica (art. 166, §13, CR), a serem estabelecidos em diálogo institucional entre Executivo e Legislativo.

- ii) **Emendas de bancada:** Serão destinadas a projetos estruturantes em cada Estado e no Distrito Federal, de acordo com a definição da bancada, vedada a individualização.
 - iii) **Emendas de comissão:** Serão destinadas a projetos de interesse nacional ou regional, definidos de comum acordo entre Legislativo e Executivo.
- 10 Ficou acordado, ainda, que Executivo e Legislativo ajustarão o tema da vinculação das emendas parlamentares à receita corrente líquida, de modo a que elas não cresçam em proporção superior ao aumento do total das despesas discricionárias.
- 11 Até o momento ainda não foi apresentada nenhuma mudança concreta e o processo encontra-se concluso ao relator.

– III –

O CONTROLE DO PODER PELO PODER

- 12 Desde 1789, com o advento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, reconhece-se o vínculo indissociável entre separação de poderes e Constituição. Está consagrado no preceito XVI, “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes **não tem Constituição**”. Sem essa divisão de poderes, portanto, a própria ideia de Constituição resta prejudicada, descaracterizada.
- 13 A origem da tripartição dos poderes remonta à clássica obra *De l'esprit des lois* (1748), de CHARLES DE SECONDAT, o conhecido BARÃO DE MONTESQUIEU. É nesse importante livro que se encontram as bases teóricas sobre as quais se estrutura o poder político ainda nos dias de hoje: a ideia central de que os três poderes deveriam ser tripartidos e atuar de forma equilibrada. Isso porque, para MONTESQUIEU, *tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui*

*d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*².

- 14 Alguns anos mais tarde, em 1788, o modelo idealizado por MONTESQUIEU foi aperfeiçoado por JAMES MADISON, que desenvolveu a noção de fiscalização e limitação recíprocas entre os poderes: **freios e contrapesos** (**checks and balances**)³. MADISON concebia que *the accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, [...] may justly be pronounced the very definition of tyranny*⁴ (*The Federalist*, nº 47).
- 15 Para os federalistas estadunidenses, era imprescindível que a separação de poderes estivesse acompanhada de mecanismos de interdependência e de controle mútuo⁵. Caso contrário, o destino político do país ficaria (ainda mais) vulnerável frente à propensão de que os agentes públicos se privilegiem, se eximam de suas obrigações ou acomodem os ditames legais aos seus interesses particulares.
- 16 Como se sabe, todo esse legado foi incorporado na condição de princípio fundamental e com o *status* de cláusula pétrea pela Constituição de 1988 (art. 60, § 4º, III). Assim, a partir do princípio da separação de poderes, assegura-se que a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário será **harmônica e independente**.
- 17 É verdade que falar sobre separação de poderes nas atuais democracias constitucionais, seguramente, não é o mesmo que no século XVIII. Com o

² “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168).

³ Na verdade, a imagem conceitual dos *checks and balances* teria sido desenvolvida, originalmente, pelo LORD BOLINGBROKE, na Inglaterra do século XVIII (ARAÚJO, Luiz Alberto David; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. Das atribuições do Congresso Nacional. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson (Coords). *Crise dos poderes: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 551-569).

⁴ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

⁵ Nesse sentido, ver SARLET, Ingo; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60, parágrafo quarto. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1134.

passar do tempo e dependendo do lugar, o princípio amolda-se às particularidades políticas e socioculturais. É, pois, também um fenômeno histórico.

- 18 No Brasil, para efetivar o amplo leque de compromissos constitucionais, essa divisão de poderes possui uma estrutura orgânico-funcional própria, na qual os poderes exercem, simultaneamente, funções *típicas* e *atípicas*. Mais do que apenas produção legislativa, o Parlamento pode deliberar sobre o *impeachment* do Presidente, do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado (art. 51, I, CR). Os Tribunais, além das balizas da função jurisdicional, podem elaborar seus próprios regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 92, I, *a*, CR). Já à Administração é facultado editar medidas provisórias, que possuem força de lei (art. 62, CR).
- 19 No entanto, apesar dessa abertura a novas funções, o elemento nuclear do princípio da separação de poderes permanece hígido na Constituição de 1988: *o controle do poder pelo poder*. A mesma pessoa – ou o mesmo ente – não deve acumular as funções de *legislar*, *administrar* e *julgar*. Trata-se de um mecanismo de contenção do arbítrio. A atuação de cada poder deve estar restrita ao *espaço de legitimidade constitucionalmente demarcado*, sob pena de indevida – e inconstitucional – usurpação de competência.
- 20 Esses pressupostos são condição de possibilidade de uma correta compreensão do tema objeto do presente parecer: o **sistema orçamentário**. Em sua concepção mais elementar, o orçamento representa o “ato contendo a aprovação prévia das receitas e das despesas públicas”⁶. No arranjo constitucional brasileiro, essa atividade assume uma estrutura complexa, dividindo-se em quatro fases: fase de elaboração, fase de autorização, fase de execução e fase de controle. É o chamado *ciclo orçamentário*.
- 21 Nos termos previstos pela Constituição, é tarefa indelegável do Presidente da República **elaborar as três peças que compõem o planejamento orçamentário** – plano plurianual (PPA), diretrizes orçamentárias (LDO)

⁶ RENÉ STOURM. *Le budget: cours de finances*. Paris: F. Alcan, 1912.

e orçamento anual (LOA) (art. 84, XXII, CR). Não há aqui interferência do Parlamento. O modelo orçamentário é concentrado no Poder Executivo: as políticas públicas e os investimentos são, em sua maior parte, definidas pelo Presidente da República⁷.

- 22 Após a consolidação da proposta de orçamento, cabe ao Presidente da República enviá-la ao Congresso Nacional para apreciação. A participação do Parlamento é limitada. A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) examina e emite parecer sobre a proposta do governo, cabendo ao Plenário **aprová-la** ou **rejeitá-la**. Há uma única hipótese em que os parlamentares podem alterar o orçamento: as chamadas **emendas parlamentares**⁸. No entanto, há uma série de restrições. As emendas ao projeto de LOA, por exemplo, só podem ser aprovadas se forem “compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias” (art. 166, § 3º, I, da Constituição da República), bem como “indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal, ou sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei” (art. 166, § 3º, II, CR). Já as emendas à proposta de LDO não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual (art. 166, § 4º, CR).
- 23 Finalmente, após aprovado no Poder Legislativo e sancionado pelo chefe do Poder Executivo, o orçamento passa a vigor na forma de lei ordinária. Trata-se um dos pilares do sistema orçamentário: o governo pede ao Parlamento autorização para investir. Sem previsão de despesa aprovada pelo Parlamento, não pode haver gasto público, isso é indiscutível.
- 24 No entanto, no sistema de freios e contrapesos construído pelo constituinte de 1988, **a competência para executar o orçamento é do Poder Executivo**. Ou seja, com base nas diretrizes impostas pela lei orçamentária

⁷ KANAYAMA, R. L.; CORDEIRO RODRIGUES, D. L. A política e o orçamento público: desequilíbrios no fiel da balança. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2014.

⁸ Conforme prevê o Regimento Comum do Congresso Nacional, as emendas podem ser de comissão, de bancada estadual, do relator ou individuais (art. 43 a 50, RCCN).

aprovada pelo Parlamento, compete ao Poder Executivo materializar os investimentos públicos através de atos administrativos. E a justificativa para tanto é simples: é competência privativa do Presidente da República exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (art. 84, II, CR)⁹.

- 25 Mais do que isso, a competência dada ao Poder Executivo para executar o orçamento o autoriza, inclusive, a decidir *quando* e *se* utilizará – **ou não** – algumas dessas verbas. Isso porque nem todas as despesas previstas na lei orçamentária têm a mesma natureza. Há ***despesas obrigatórias*** e ***despesas discricionárias***.
- 26 As despesas obrigatórias, como o próprio nome indica, não podem ser suprimidas na lei orçamentária e não podem ser contingenciadas pelo governo. Trata-se de uma imposição que decorre de fundamento normativo anterior – como leis federais ou a própria Constituição. Esse é o caso, por exemplo, das transferências para os Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (art. 159, CR); dos pisos constitucionais da saúde (art. 198, §2º, I, CR) e da educação (art. 212, CR); do pagamento de títulos da dívida pública; da previdência social; e dos salários de servidores públicos. Com relação a essas despesas, as autorizações orçamentárias somente quantificam e declaram despesas preexistentes.
- 27 Já as despesas discricionárias têm como fundamento normativo a própria lei orçamentária e estão sujeitas a possíveis contingenciamentos. Considerando que a previsão e materialização depende de uma escolha do governo, essas despesas representam um instrumento indispensável na realização de políticas públicas. Não por outra razão, também são chamadas de *despesas de custeio e investimento*, uma vez que são empregadas no financiamento de programas sociais, obras de infraestrutura e programas de incentivo.

⁹ É claro que essa função não era exercida de maneira irrestrita. Sempre coube ao Congresso Nacional, através de suas comissões, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, examinando a legalidade, a legitimidade e a economicidade da atividade, bem como a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas (arts. 70 e 71, CR).

- 28 Ao menos no que se refere às despesas discricionárias, a lei orçamentária sempre constitui, portanto, uma ***norma permissiva***. Essa modalidade deôntica, nos termos da clássica tipologia proposta por HANS Kelsen, se refere aos casos em que – seja por uma ausência de proibição, seja por uma norma expressa – faculta-se determinado comportamento ao agente¹⁰. Assim, diferentemente das *normas prescritivas* – como as normas tributárias ou penais, que impõem e/ou proíbem determinado comportamento –, a lei orçamentária não possuía nenhuma sanção para o caso de inexecução de despesas discricionárias pelo Poder Executivo.
- 29 Ou seja, antes da reforma constitucional havia um espaço para juízos de *conveniência* e *oportunidade* na definição de prioridades na alocação do gasto público pelo Poder Executivo. Um espaço “deixado livre” pela Constituição, conferindo ao Presidente da República flexibilidade para empenhar ou contingenciar despesas discricionárias. Esse é o espaço que o constituinte originário deixou para o pleno exercício do poder executivo no regime presidencialista. O espaço “deixado livre” é o “selo presidencialista” da Constituição.
- 30 Esse arranjo constitucional moldou as estratégias de atuação dos agentes políticos. Historicamente, a possibilidade de contingenciamento de recursos previstos na lei orçamentária, paralelamente ao poder de veto sobre as emendas parlamentares, constituiu um importante – e legítimo! – instrumento do Presidente da República para gerenciar o apoio no Congresso Nacional¹¹. Afinal, no regime orçamentário original, nenhum gasto público poderia ser realizado sem um consenso entre os Poderes Legislativo e Executivo: assim como o Presidente da República necessitava de uma previsão orçamentária autorizada pelo Congresso Nacional para realizar despesas, o Congresso Nacional dependia do Presidente da República para executar o orçamento. Logo, para efetivação dos projetos políticos tanto dos parlamentares quanto do Presidente da República era

¹⁰ Kelsen essa ideia à seguinte estrutura lógica: “se A, então é permitido B”. Cf. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Pontes, 1998, p. 16-18.

¹¹ No plano da dogmática constitucional, esse tipo de negociação entre poderes é denominado *Pork*, isto é, “a apropriação de recursos pelo parlamentar para atendimento de interesses locais (pessoais, da agremiação do parlamentar), visando, obviamente, a benefícios eleitorais”, cf. KANAYAMA, R. L.; CORDEIRO RODRIGUES, D. L. A política e o orçamento público: desequilíbrios no fiel da balança. *Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2014.

indispensável um *diálogo interinstitucional* – esse, sim, legítimo. Favorecia-se, assim, a formação de *coalizões*, indispensáveis na intrincada dinâmica política e institucional brasileira, como já percebia SÉRGIO ABRANCHES em 1988¹².

- 31 Contudo, a partir das Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 houve uma mudança desse quadro. As alterações nos artigos 165, 166 e 198 da Constituição conferiram *impositividade* às emendas parlamentares ao orçamento, afastando a discricionariedade do Poder Executivo na fase da execução orçamentária.
- 32 Se as emendas ao orçamento apenas autorizavam as despesas discricionárias – e, portanto, cabia ao Poder Executivo executar ou contingenciá-las –, **a reforma constitucional impõe ao Executivo o dever** – absoluto – **de realizá-las**. Dessa forma, alterou-se a histórica dinâmica entre os Poderes Executivo e Legislativo no âmbito do processo orçamentário brasileiro. O Presidente da República, que apenas precisava apelar ao Parlamento no curso da execução do orçamento para alterar ou majorar gastos, agora a ele está submetido, uma vez que não mais pode subutilizar créditos.
- 33 Como se vê, as Emendas Constitucionais não envolvem simples alterações em regras orçamentárias. Muito mais do que isso, está-se, claramente, diante de uma **alteração na dinâmica entre os Poderes**. Após a reforma constitucional, criou-se uma terceira espécie de despesa na lei orçamentária – além das despesas obrigatórias e das despesas discricionárias, o orçamento agora engloba **despesas discricionárias de execução impositiva** –, um *oxímoro constitucional*.
- 34 Nesse contexto, percebe-se que a inconstitucionalidade não está no instituto das emendas parlamentares ao orçamento. Elas representam um importante recurso na construção de coalizões e, como bem explicitado pela Ministra ROSA WEBER em seu voto na ADPF 854, viabilizam aos congressistas “atender diretamente as reivindicações mais concretas e

¹² ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de ciências sociais*, vol. 31, nº 1. Rio de Janeiro, 1988.

urgentes da população que representam, contemplando a dotação financeira necessária ao atendimento de suas necessidades”.

- 35 A questão central, no entanto, é que: *a obrigatoriedade da execução de tais emendas parlamentares fulmina com a participação do Poder Executivo na definição das despesas discricionárias*. O Parlamento **capturou** o controle de todo o ciclo orçamentário¹³. É, pois, na impositividade que reside a inconstitucionalidade.
- 36 Esse ponto também foi bem percebido pelo ministro FLAVIO DINO ao conceder a medida cautelar no âmbito das ADIs nº 7688, 7695 e 7697. “É uma grave anomalia”, diz o ministro, “que tenhamos um sistema presidencialista, oriundo do voto popular, convivendo com a figura de parlamentares que ordenam despesas discricionárias”, agindo “como se autoridades administrativas fossem”. Acertadamente, assevera o ministro DINO que “o equivocado desenho prático das emendas impositivas gerou a ‘parlamentarização’ das despesas públicas sem que exista um sistema de responsabilidade política e administrativa ínsito ao parlamentarismo.”
- 37 **Não há mais o controle do poder pelo poder**, uma vez que apenas um Poder – o Legislativo – detém todas as cartas. Elabora, aprova, executa e controla os gastos públicos discricionários, *driblando* o sistema de freios e contrapesos institucionalizado pelo constituinte originário.
- 38 Portanto, não basta que do diálogo institucional em curso entre os Poderes da República resulte um acordo sobre parâmetros de transparência, rastreabilidade e correção na transferência de recursos por deputados federais e senadores aos demais entes da federação. Se não houver uma reforma constitucional que afaste a execução obrigatória das emendas parlamentares ao orçamento, qualquer acordo padecerá de inconstitucionalidade. Isso porque, insisto: **a inconstitucionalidade das emendas parlamentares está na impositividade**, que relega o Poder Executivo a um papel marginal no ciclo orçamentário, suprimindo uma função típica e essencial prevista pelo constituinte originário.

¹³ GIAMBIAGI, Fábio; HARTUNG, Paulo; MENDES, Paulo José. As Emendas Parlamentares como Novo Mecanismo de Captura do Orçamento. *Conjuntura Econômica*: vol. 75, n. 9 (set 2021). FGV.

- 39 Logo, caso mantida a obrigatoriedade de execução das emendas parlamentares, caberá à Suprema Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, reafirmar a inconstitucionalidade material das Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022. Afinal, a impositividade das emendas parlamentares ao orçamento afeta o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, sem o qual, retornando ao começo, a própria ideia de Constituição resta descaracterizada.

– IV –

**ORÇAMENTO, DEMOCRACIA E
REGRAS DO JOGO**

- 40 Não é nova a ideia de que o Direito opera como as regras de um jogo. Em seus escritos, HERBERT HART propõe uma interessante analogia nesse sentido para demonstrar o seu *conceito de Direito*.
- 41 Como se sabe, HART compreendia o Direito como um sistema normativo complexo, composto por duas classes de normas: regras primárias e regras secundárias. As regras primárias estipulam um dever, uma *ordem coercitiva* aos cidadãos¹⁴. Já as regras secundárias *outorgam poderes* a atores públicos, servindo como fonte de autoridade – definem os requisitos de validade de uma norma (*rule of recognition*); determinam os meios para alterar ou revogar as normas (*rules of change*); e, ainda, estabelecem de que maneira devem ser aplicadas as normas (*rules of adjudication*)¹⁵.
- 42 HART entende que a forma como essas regras secundárias atuam é muito semelhante à *regra de marcação de pontos* em jogos esportivos. O autor utiliza como exemplo o críquete, mas adaptando à realidade brasileira, seria o caso da regra de marcação de gols no futebol. Nesse sentido, HART afirma que, assim como a regra de reconhecimento serve para identificar a validade de uma norma jurídica, as regras de marcação de pontos são usadas na identificação das condições para obtenção da vitória.

¹⁴ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 123-128.

- 43 No entanto, alerta HART, embora exista um espaço interpretativo na aplicação das regras do jogo (a chamada *textura aberta*), o árbitro também deve se submeter a essas regras, adotando o padrão de pontuação tido por correto entre os participantes dentro daquela estrutura de jogo previsível. Isso significa que o árbitro não pode marcar pênaltis no meio de campo. Há um limite até onde o jogo pode persistir em face de erros sucessivos do árbitro. Se o árbitro começa a alterar livremente as regras do jogo, pouco a pouco se deixa de jogar futebol e se passa a jogar o “jogo das regras do árbitro”.¹⁶
- 44 Não obstante, há outro problema, não enfrentado com tanta profundidade na teoria do direito de HART. Imaginemos o seguinte cenário: é final de copa e o time da casa venceu o primeiro jogo; para garantir o título, treinador, jogadores, diretoria e torcida se mobilizam e decidem que irão *inviabilizar a segunda partida*. O goleiro solicita atendimento médico de cinco em cinco minutos, os gandulas escondem as bolas e a torcida acende sinalizadores. A questão que se coloca é: **os jogos – e o Direito – podem ficar reféns desse tipo de comportamento?** Ou seja, o que acontece quando os próprios participantes decidem praticar um “antijogo”, deliberadamente desrespeitando as regras da partida e as marcações do árbitro em seu próprio benefício, prejudicando o adversário?
- 45 No plano da teoria constitucional contemporânea, esse tipo de conduta é descrita como um *constitutional hardball*¹⁷ – isto é, uma espécie de “jogo duro constitucional”. O conceito, tal como formulado originalmente por MARK TUSHNET, diz respeito a iniciativas – normalmente legislativas ou administrativas – que, embora aparentemente consistentes com os requisitos formais de uma constituição, a desestabilizam e, potencialmente, a transformam.¹⁸
- 46 O problema ocorre quando determinado grupo político decide agir de forma mais incisiva e transformar uma norma constitucional de maneira que

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 131-142.

¹⁷ O dicionário Merriam-Webster define o termo *hardball* como “métodos forçados e inflexíveis empregados para alcançar um objetivo”.

¹⁸ TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. Harvard Public Law Working Paper No. 21-37. 2021.

apenas o benefício¹⁹, alterando a correlação de forças através de uma instrumentalização de institutos constitucionais. Assim, o grupo desconsidera os limites constitucionais que legitimam seus próprios poderes, tensionando com convenções prévias.

- 47 Para ilustrar o conceito, TUSHNET cita um caso da política estadunidense. Em fevereiro de 2016, um ano eleitoral, o juiz da Suprema Corte ANTONIN SCALIA faleceu. Um mês depois, o presidente BARACK OBAMA indicou MERRICK GARLAND para ocupar a vaga. Contudo, o líder da maioria no Senado, MITCH MCCONNELL, do partido republicano, anunciou que não seriam realizadas audiências ou votada a nomeação antes das novas eleições. Ou seja, o Parlamento impôs um óbice ao exercício da prerrogativa constitucional do Presidente de indicar juízes à Suprema Corte. Um típico “jogo duro constitucional”, diz TUSHNET.
- 48 Em certa medida, é também o que ocorre no caso das Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022. Como se viu, a Constituição estabelece dois principais atores orçamentários, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. No entanto, a partir da reforma constitucional, ocorreu uma *fagocitose orçamentária*: **um dos Poderes está se apropriando das competências constitucionais do outro.**
- 49 E o emprego do verbo “apropriar” não é meramente retórico. A partir da reforma constitucional que instituiu a impositividade das emendas parlamentares, o controle do Orçamento da União pelo Congresso Nacional vem crescendo a cada ano. Em pesquisa realizada pelo MARCOS MENDES²⁰, fica clara a diferença entre o Brasil e os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) quanto ao grau de intervenção do legislativo no orçamento via emendas parlamentares. No ano fiscal de 2012-13, os parlamentos da Alemanha e Noruega, além de

¹⁹ KREUZ, Leticia. Impeachment como jogo duro constitucional: da responsabilização à remoção de governantes indesejáveis. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 28 (1), 06–24. 2023.

²⁰ MENDES, Marcos. *Emendas parlamentares e controle do orçamento pelo legislativo: uma comparação do Brasil com países da OCDE*. Disponível em: <https://institutomillennium.org.br/wp-content/uploads/2023/05/millennium-paper-emendas-parlamentares-e-controle-do-orcamento-pelo-legislativo.pdf>.

não fazerem qualquer aumento ou substituição de despesas, ainda reduziram marginalmente a despesa proposta pelo Executivo, sem colocar outras no lugar. Em 14 países, como Reino Unido, Itália e Espanha, o legislativo não emendou o orçamento ou o fez em montantes irrisórios, abaixo de 0,01% da despesa primária discricionária. Em outros dez países a taxa de alteração fica abaixo dos 2%. Somente Estados Unidos, Eslováquia e Estônia aparecem acima dessa marca de 2%, porém, destaca MENDES, “mesmo esses países estão longe do que ocorre no Brasil, **onde nada menos que 24% da despesa primária discricionária é alterada pelo parlamento.**”

- 50 O estudo também analisa o número de emendas parlamentares ao orçamento da União, identificando uma média de 7.733 alterações entre os anos de 2017 e 2022. O cenário é extremamente preocupante, na medida em que, como destaca MENDES, “não há tempo suficiente, nem procedimentos adequados para análise de mérito ou de consistência de número tão elevado de emendas”. Ou seja, “simplesmente entrega-se uma fatia do orçamento à decisão individual ou de grupos de parlamentares, e gasta-se o dinheiro sem qualquer preocupação com os custos e benefícios envolvidos”.
- 51 Isso porque, se com a Emenda Constitucional nº 86 criou-se o instituto das emendas impositivas e com a Emenda Constitucional nº 100 ampliou-se seu alcance, a Emenda Constitucional nº 105 permitiu a transferência de recursos públicos diretamente para estados ou municípios **sem destino específico**. E não há dúvida que essa pulverização de recursos realizada pela impositividade das emendas parlamentares piora a execução de políticas públicas, contribuindo, inclusive, para que seja descumprida a Lei Orçamentária aprovada, na medida em que dela retira recursos planejados e aprovados em conjunto com o Poder Executivo.
- 52 Esse também é o alerta de FERNANDO SCAFF: até pode ser legítimo que sejam destinadas verbas da União diretamente ao Hospital do Câncer de Barretos, em São Paulo, mas isso pode estar desconectado à política pública estadual ou municipal, que pode estar com falta de verbas para vacinação infantil. É o problema de alocação de recursos no interesse individual dos parlamentares, e não de forma conectada às políticas

públicas estabelecidas.²¹ Trata-se de uma grave violação ao dever de tratamento isonômico, que constitui verdadeira condição de possibilidade para um orçamento republicano, voltado à efetivação de direitos e concretização dos objetivos constitucionais.²²

- 53 Em contrapartida, apesar de uma certa flexibilização realizada pelo novo arcabouço fiscal (LC 200/23), sobretudo a partir de 2016, com a instituição do teto constitucional de gastos (EC nº 95), **o investimento público está se tornando cada vez mais restrito no Brasil**. Esse contingenciamento impacta, essencialmente, as despesas discricionárias – que, como visto anteriormente, não podem ser suprimidas na lei orçamentária e não podem ser contingenciadas pelo governo. Nesse sentido, conforme relatório elaborado pela Instituição Fiscal Independente (IFI) em 2021²³ a pedido do Senado Federal, a fração do PIB destinada às verbas discricionárias atingiu em 2020 a mínima histórica (1,5%), reduzindo para menos da metade em 10 anos (em 2010 era destinada uma fração equivalente a 3,3% do PIB).
- 54 Evidentemente, quem mais sofre com a redução e o uso irresponsável dessas verbas discricionárias é a população. Afinal, embora não sejam revestidas de obrigatoriedade de execução, **as despesas discricionárias são indispensáveis**, representando a **única fonte de financiamento de diversos serviços e investimentos públicos**.
- 55 Portanto, se a disponibilidade de recursos só reduz e o seu emprego é cada vez mais desorientado, não se poderia esperar outro resultado: *pouco espaço para investimentos em infraestrutura e políticas sociais, dificuldade para cumprir o piso constitucional da saúde e da educação, bem como aumento do incentivo ao abandono da âncora fiscal*. Essa é também a conclusão do Tribunal de Contas da União em relatório Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO) de 2025, alertando que o

²¹ SCAFF, Fernando Facury. *Novidades sobre o orçamento quase-secreto das emendas parlamentares*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-30/novidades-sobre-o-orcamento-quase-secreto-das-emendas-parlamentares/>.

²² SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 221.

²³ SALTO, Felipe Scudeler. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/584764/RAF49_FEV2021.pdf.

aumento das despesas obrigatórias e a compressão das despesas discricionárias em patamar relevante cria o risco efetivo de um *shutdown* da máquina pública – isto é, o comprometimento da continuidade de projetos e políticas públicas²⁴. Um verdadeiro ***estado de coisas inconstitucional***.

- 56 Mas o problema não para por aí. Outra consequência não menos danosa das emendas impositivas é que **o Orçamento da União acaba sendo instrumentalizado para atender interesses eleitorais ou pessoais dos parlamentares, em detrimento dos interesses de toda a sociedade**. Só em 2024 já foram transferidos mais de 8 bilhões de reais diretamente a estados, Distrito Federal e municípios sem qualquer finalidade pré-definida²⁵. Esse é, disparadamente, o segundo principal destino das emendas parlamentares ao orçamento – ficando atrás apenas da saúde, que possui um percentual vinculado constitucionalmente. Ou seja, os congressistas beneficiam apenas ações de caráter local, atuando como se “vereadores federais” fossem, tal qual destacado pela Ministra ROSA WEBER no julgamento da ADPF 854.
- 57 Aliás, **as emendas parlamentares já produziram efeitos concretos nas eleições municipais de outubro de 2024**. Segundo análise feita pela Folha de São Paulo, há uma relação direta e crescente entre a quantidade média de recursos de emendas parlamentares por eleitor e a taxa de reeleição do chefe do Executivo. Os números chamam a atenção: **98% dos prefeitos dos municípios mais beneficiados com emendas parlamentares nos últimos 4 anos foram reeleitos**²⁶. Ou seja, o dinheiro público está sendo utilizado por

²⁴ Acórdão 1679/2024, Plenário, Relator Antônio Anastasia.

²⁵ O total de emendas parlamentares para 2024 é de R\$ 44,67 bilhões, sendo R\$ 25,07 bilhões em emendas individuais, R\$ 11,05 bilhões em emendas de comissões e R\$ 8,56 bilhões em emendas de bancadas estaduais. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/25/emendas-em-2024-foram-destinadas-principalmente-para-saude-e-prefeituras>.

²⁶ Dos 116 prefeitos dos municípios mais turbinados com emendas parlamentares ao orçamento, 114 se reelegeram. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/10/98-dos-prefeitos-mais-turbinados-com-emendas-se-reeletem.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa.

- congressistas para capturar a máquina pública. Uma espécie de *doping político*, para ficar na metáfora esportiva.
- 58 Reinventa-se, dessa forma, um dos fundamentos da tradição político-social brasileira, o velho *patrimonialismo* denunciado por RAYMUNDO FAORO²⁷. Aos *donos do poder*, não importam as “regras do jogo”. O projeto de país institucionalizado, como norma, pela Constituição da República de 1988 fica em segundo plano. Redução das desigualdades sociais e regionais? Erradicação da pobreza e de toda forma de marginalização? Meros entraves à perpetuação de um grupo político no poder, relegados ao plano de promessas constitucionais inconsequentes.
- 59 O verdadeiro fator antidemocrático dessa dinâmica está, portanto, no **ataque ao pluralismo político**. Há um **assenhoramento** do poder. E o grande problema dessas operações autoritárias, como bem identificado por VERA KARAM DE CHUEIRI e GUSTAVO DALPUPO DE LARA, é a sua *discrição*. A degradação da democracia liberal é camuflada por alterações constitucionais. O grupo por ela responsável se apropria dos mecanismos de reforma da Constituição, valendo-se da chegada democrática ao Congresso Nacional para fazer prevalecer interesses meramente privados.²⁸
- 60 E é nesse ponto que o “jogo duro constitucional” se degenera em um verdadeiro “constitucionalismo abusivo”, do qual fala DAVID LANDAU²⁹. Não se trata mais só de uma tensão com as regras constitucionais. **As Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 tornam o Estado brasileiro significativamente menos democrático do que era antes**, tornando muito difícil remover do poder os parlamentares e partidos políticos que controlam as emendas parlamentares ao orçamento.

²⁷ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 1998.

²⁸ DE LARA, Gustavo Dalpupo; CHUEIRI, Vera Karam de. 2023. “Ramo reconstrutivo, miniconstituições e *bypasses* institucionais: estratégias contra o constitucionalismo abusivo”. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 9, n. 1, p. 241–263, 2023.

²⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, vol.47, p. 189, 2013.

- 61 Forma-se, desse modo, um **regime apenas “aparentemente competitivo”**. *A uma*, porque o governo eleito pelo voto popular não detém mecanismos para efetivar o projeto político escolhido. *A duas*, porque o desequilíbrio de instrumentos políticos afeta a legitimidade do próprio voto popular, impulsionando indevidamente um grupo na disputa eleitoral. *Nada democrático, aparentemente*.
- 62 Portanto, além de alterar a correlação de forças políticas e desequilibrar o sistema de freios e contrapesos previstos no modelo constitucional, **essas reformas afetam a própria democracia constitucional**. Afinal, a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofamento em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de **“essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra**. Logo, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É exatamente por isso que HANS PETER SCHNEIDER vai dizer que a Constituição é direito político: *do, sobre e para o político!*³⁰
- 63 Trata-se de uma mudança de paradigma que introduziu uma **dimensão substancial à democracia**, vinculando e limitando o conteúdo das leis e das próprias alterações constitucionais. Há princípios que constituem a democracia constitucional e, por isso, não podem ser suprimidos. Não é à toa que os próprios sistemas constitucionais instituíram as chamadas cláusulas pétreas. O marco constitucional define, como diz LUIGI FERRAJOLI, uma *esfera do que não se pode decidir*: aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos políticos e de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, isto é, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos³¹.

³⁰ As três dimensões das funções da Constituição podem ser encontradas em SCHNEIDER, Hans Peter. *La Constitución – función y estructura*. In: _____. *Democracia y Constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 35-52; também em BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 288.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, Roma-Bari 2007, v. I, § 11.18, p. 819-824, v. II, § 13.4, p. 19, e § 15.1, p. 304-549.

- 64 O que constitui a democracia está, portanto, fora de seu alcance. As garantias de total e igual acesso à arena política e os direitos fundamentais são inegociáveis. É precisamente por esse motivo que **as emendas impositivas são inconstitucionais**. Elas violam a dimensão substancial da Constituição.
- 65 Trata-se da clássica questão dos *limites intransponíveis* à atuação do Estado; limites que são, eles próprios, institucionais. Por isso sua inobservância transcende o campo da ilegalidade. É cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CR). Está fora do espaço de deliberação política. Ultrapassar esses limites é manifestamente **inconstitucional**, **antijurídico** e **anti-institucional**, por definição.
- 66 Em uma palavra, o Parlamento não é um Poder plenipotenciário. Compete ao Supremo Tribunal Federal recordá-lo, sempre que necessário, **dos limites de sua função constitucional e de seu desenho institucional**.

– V –
CONCLUSÃO

- 67 No paradigma do Estado Democrático de Direito, exurgido a partir do segundo pós-guerra, o Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alçada diante do fracasso da falta de controle *da e sobre* a política³². Essa autonomia é ruptural, entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente, que institucionaliza as dimensões com ele intercambiáveis³³.
- 68 *A autonomia do direito* impede que regras e princípios jurídicos sejam solapados por discursos estranhos e contrários aos produzidos no processo democrático. Isto é, embora o Direito seja resultado da moral, da

³² CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 78-80.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, p. 25-26.

política e da economia – existindo, como ensina HABERMAS, uma relação de *cooriginariedade* –, após a sua institucionalização, essas dimensões passam a ser limitadas por ele.

- 69 Ou seja, o Poder Legislativo não pode dispor da Constituição como bem quiser. A questão da autonomia da Constituição é a própria autonomia do Direito no paradigma do Estado Democrático. O direito é quem filtra a moral e a política, e não o contrário. Isso quer dizer que um processo constituinte se dá a partir de uma junção da política, da moral e da economia. Entre essas sístoles e diástoles, próprias do processo constituinte, exsurge o Direito, que, produto dos três, paradoxalmente é o que controlará os seus fundadores. Quanto mais o Direito exercer esse filtro, mais a democracia estará estável.
- 70 Para segurar a autonomia, o paradigma constitucional contemporâneo se valeu de mecanismos de vedação explícita e até implícita ao poder de emendar a Constituição – como é o caso das *cláusulas pétreas*. Cada vez que uma emenda colocar em risco a ossatura constitucional, teremos uma violação da Constituição.
- 71 Nesse sentido, as Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 violam, no atacado, a autonomia do Direito que sustenta o **regime democrático**; e, no varejo, violam o núcleo duro do regime de **separação de poderes**, com efeitos danosos à soberania popular e à proteção dos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, passo às respostas dos quesitos.

Primeiro quesito: *As alterações promovidas no sistema orçamentário pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 são compatíveis com o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CR)?*

Não. Se as emendas ao orçamento apenas autorizavam as despesas discricionárias – e, portanto, cabia ao Poder Executivo executar ou contingenciá-las –, a reforma constitucional promovida pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 **impõe ao Executivo o dever** – absoluto – **de realizá-las**. Dessa forma,

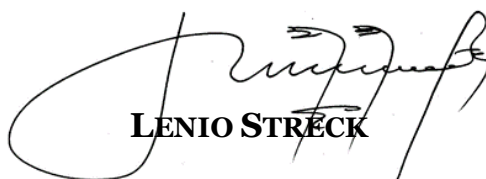
alterou-se a histórica dinâmica entre os Poderes Executivo e Legislativo no âmbito do processo orçamentário brasileiro. O Presidente da República, que apenas precisava apelar ao Parlamento no curso da execução do orçamento para alterar ou majorar gastos, agora a ele está submetido, uma vez que não mais pode subutilizar créditos. Portanto, as Emendas Constitucionais não envolvem simples alterações em regras orçamentárias. Muito mais do que isso, está-se, claramente, diante de uma alteração na dinâmica entre os Poderes. **Não há mais o controle do poder pelo poder**, uma vez que apenas um Poder – o Legislativo – detém todas as cartas. Elabora, aprova, executa e controla os gastos públicos discricionários, *driblando* o sistema de freios e contrapesos institucionalizado pelo constituinte originário.

Segundo quesito: *As alterações promovidas no sistema orçamentário pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 são compatíveis com o princípio democrático (art. 1º, caput, CR)?*

Não. As Emendas Constitucionais nº 86/2015, nº 100/2019, nº 105/2019 e nº 126/2022 tornam o Estado brasileiro significativamente *menos democrático* do que era antes, formando um **regime apenas “aparentemente competitivo”**. *A uma*, porque retira do governo eleito pelo voto popular os mecanismos para efetivar o projeto político escolhido, já que grande parte das despesas discricionárias são destinadas conforme o interesse individual dos parlamentares, e não de forma conectada às políticas públicas estabelecidas. *A duas*, porque o desequilíbrio de recursos econômicos ataca o pluralismo político e afeta a legitimidade do próprio voto popular, impulsionando indevidamente um grupo na disputa eleitoral e permitindo um *assenhoramento* do poder.

É o parecer.

Porto Alegre, 21 de outubro de 2024.


LENIO STRECK