

# **Lei de Responsabilidade Fiscal. A Emenda Constitucional nº 25/2000. Os limites de gasto com o pessoal por Poder.**

**Edvaldo Brito**

---

*Doutor e Livre Docente em Direito Tributário pela USP. Professor das Faculdades de Direito das Universidades Federal da Bahia e Mackenzie/SP. Constitucionalista, administrativista e tributarista. Secretário dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo. Membro do Conselho da Academia Internacional de Direito e Economia (São Paulo). Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Prêmio Tributarista IOB 1999.*

## **1. INTRODUÇÃO**

### **1.1. Noção de responsabilidade fiscal**

Há mais de dez anos, temos utilizado o *método lógico-lingüístico* para estudar este *objeto cultural* que é o *direito*, sobretudo quando ele toma a feição de *direito positivo*.

*Objetos* dessa natureza referem-se ao *homem* e aos seus vários produtos e atividades na vida em Sociedade. Essa circunstância de o

*homem* ser elemento desse *objeto* transforma-o, ao mesmo tempo, em *sujeito* investigador desse *objeto*, exigindo-lhe, por isso, que se forre do maior rigor possível no desempenho dessa investigação, sob pena de comprometê-la ideologicamente (“*bias*” ou viés), afastando-se do seu espírito as pré-noções que a convivência social lhe incute. Terá, assim, de tratar os fatos sociais, em que se envolve, como se fossem *coisas* das quais nada sabe senão após a investigação, abandonando, portanto, o falso *conhecimento* das pré-noções que a Sociedade incute no espírito de cada um<sup>(1)</sup>, embora se saiba que as pessoas têm dificuldade de libertarem-se de todas as opiniões já aceitas. Conseqüentemente, devem-se examinar os fatos tão lentamente e utilizando tanta circunspecção que, mesmo quando se avance muito pouco, pelo menos evita-se cair e se pode impedir que, de início, venha-se a repelir, inteiramente, algumas das opiniões que se puderam insinuar, no passado, em seu entendimento<sup>(2)</sup>.

Tem-se, com esse comportamento, a chave para a obtenção do melhor resultado em investigações nas quais o *homem* é, ao mesmo tempo, o *sujeito* e o *objeto* das investigações em que consiste a *teoria do conhecimento*. Esse comportamento, enfim, no caso da investigação do *objeto* chamado *direito*, opera-se pelo *método* que busca o apoio em duas ciências ancilares da *Ciência do Direito* “*stricto sensu*”, a denominada *Ciência Jurídica*, dado que o *direito*, ainda que não seja *linguagem*, manifesta-se como *linguagem* em todos os seus modos de exteriorização – a *norma* que se expressa na lei, na sentença, no contrato, na doutrina, etc.. Essas ciências ancilares são a *Semiótica* e a *Lógica Jurídicas* porque, de pronto, ajudam a decodificar essa *norma*, que é um discurso e, portanto, tem todas as virtudes e defeitos da *retórica* que é sempre emocional, porque se finca na *persuasão*.

A *Semiótica* esclarece que toda afirmação do *homem*, ao emitir seu pensamento, é um *signo* ou é um *conjunto de signos*. Esses *signos* propiciam três relações: a *semântica*, a *sintática* e a *pragmática*. Na primeira delas o *signo* revela o conteúdo de um objeto, fornecendo-lhe o

<sup>(1)</sup> cf. Emile Durkheim. *As regras do método sociológico*, trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz, São Paulo: Ed. Nacional, 1960.

<sup>(2)</sup> cf. Descartes. *Discurso sobre o método*, trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, São Paulo: Hemus, 1978, ps.35-41.

significado e demonstrando que um *signo* pode veicular significados de mais de um objeto, sendo, por isso, necessário examinar a relação, entre si, que os *signos* mantêm (*sintática*), a ponto de diminuir as ambigüidades que disso poderiam resultar. Contudo, ainda é possível resultar mais de um sentido, mesmo com o apeio à sintaxe. Então, busca-se na relação entre o *signo* e o sujeito que o utiliza a dissipação dos equívocos. Essa última relação é a que se denomina de *pragmática* ou comportamental. Por seu intermédio é possível distinguir o conteúdo semântico de um *signo*, pois a habitualidade de sua utilização, em um mesmo sentido, no contexto de uma linguagem, credencia o receptor da mensagem a decodificá-la com proximidade da precisão.

Mas, a linguagem, para aproximar-se o mais que possível dessa precisão, pressupõe a disciplina do pensamento que o emissor da mensagem deseja transmitir ao receptor, e é nesse ponto que entra a *Lógica*. Dir-se-á que a vida não é lógica, bem assim, que a interpretação jurídica é sempre de natureza *axiológica*, por força da "valoração objetivada nas proposições normativas". Ora, exatamente por isso é que se torna necessária a disciplina do pensamento na interpretação das normas jurídicas, mediante a aplicação dos princípios da *Lógica* que são quatro: o de *identidade*, o de *contradição*, o do *terceiro excluído*, o da *razão suficiente*. Dir-se-á, outrossim, que essas leis do pensamento correto implicam na interpretação jurídica pelo ângulo lógico-formal, o que redundaria em uma contradição deste trabalho que, supra, festeja o *direito* como *objeto cultural* e, portanto, apropriado a um tratamento de lógica transcendental. Esse dito, porém, perde o cabimento, na medida em que é verdadeiro reiterar que qualquer afirmação do *homem* é um *signo* e que pela diversidade de seu conteúdo semântico é preciso escoimá-lo dos equívocos. Então, mesmo em sede de lógica transcendental não se prescinde dessas leis do pensamento correto e, mesmo em sede de interpretação jurídica, ou, sobretudo, em sede de interpretação jurídica que se presta, e muito, à *teoria do acho*.

Assim, lembre-se que o princípio da *identidade* afirma que um *ser* é sempre idêntico a si mesmo e não ao seu contrário: "o que é, é, o que não é, não é". Para encontrar essa identidade, investigam-se os elementos componentes de cada *ser*. O da *contradição* afirma que "o contrário do

que é verdadeiro é falso" porque o mesmo *ser* não pode, ao mesmo tempo, *ser* e *não-ser*. O de *terceiro excluído* consiste em que, entre duas proposições contraditórias, não há outra opção entre a verdadeira e a falsa. O da *razão suficiente* "afirma que nada ocorre sem que haja uma causa ou razão determinante, isto é, que tudo o que é tem sua razão de ser, todo o real é racional"<sup>(3)</sup>.

Por todo o exposto, conclui-se que é necessária a decodificação dos *signos* "responsabilidade" e "fiscal" e a de ambos quando eles integram o contexto da expressão "responsabilidade fiscal", ainda que a Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, tenha procurado exprimi-los, o que somente é possível de alcançar, através da relação *pragmática* existente na comunicação do *pensamento* exposto pela *teoria financeira*, no correr do tempo, ao estabelecer o conteúdo semântico do *signo* "fiscal".

O *signo* "responsabilidade", aqui, tem o conteúdo semântico de um sujeito *responder* pelos próprios atos, o que significa o dever de reparar danos que o seu comportamento venha a ensejar, enquanto gestor da coisa pública. Este sentido é o que sempre foi dado a este vocábulo, no plano jurídico, desde que, no direito romano, celebravam-se os contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo* = prometes me dar um cento? Prometo), porque "responsabilidade" deriva do latim *respondere* que, por sua vez, vem de *spondeo* <sup>(4)</sup>.

Já o *signo* "fiscal" tem diversos significados que se distinguem, respectivamente, na *pragmática* das *comunicações tributária* e de *teoria financeira*. Assim, no campo dos tributos, significa, juridicamente, o direito *fiscal*; ou seja, significa o sub-ramo do Direito Financeiro que regula as relações entre o "fisco" – sujeito ativo da obrigação tributária – e o *contribuinte* – sujeito passivo dessa obrigação. Aliomar Baleeiro<sup>(5)</sup> lembra que a Associação Internacional de Direito Financeiro e Fiscal, com sede em Haia, adota o critério de considerar correspondentes, nos respectivos idiomas, as designações *droit fiscal*, *fiscal law*, *steuerrecht* e *diritto tributario*.

<sup>(3)</sup> cf. Luis Fernando Coelho. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, ps.76 e segs.

<sup>(4)</sup> cf. Álvaro Villaza Azevedo, *Teoria geral das obrigações*, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.272.

<sup>(5)</sup> cf. *Direito tributário brasileiro*, 10ª ed. rev. e atual. Por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.8

Baleeiro<sup>6)</sup> lembra, outrossim, que, embora o uso tenha reservado ao signo "fiscal" o sentido de "tributário", etimologicamente, melhor seria usá-lo como sinônimo de "financeiro", ou seja, aquilo que é pertinente ao Erário, quer *receita*, quer *despesa*, desde quando todas as aplicações práticas da *teoria financeira* enquadram-se na *política financeira*, da qual a *política fiscal* é parte integrante. Justifica essa assertiva no fato de que a origem das palavras "fiscal" e "fisco" está no latim "fiscus", "fisci", canastra ou recipiente onde os romanos recolhiam as rendas e tributos e que, por metonímia, veio a significar o próprio conteúdo, os dinheiros públicos e passou a sinônimo de "Erário". Conclui esse saudoso mestre, dando a certeza de que, hoje, o uso do signo "fiscal", pela Lei Complementar nº 101/2000, somente pode ser admitido pela *pragmática da comunicação de teoria financeira*, ao ensinar:

"O estudante que se inicia em Finanças deve, pois, atentar nas duas acepções de 'Política Fiscal':

a) o conjunto de medidas financeiras (despesas públicas, impostos, empréstimos etc.) empregadas pelos governos para comando da conjuntura econômica, quer promovendo a volta à prosperidade nas crises de depressão, quer reprimindo um processo inflacionário e também para alterações racionais das estruturas; b) o estudo quer axiológico quer técnico dessas medidas, à luz da teoria econômica e financeira".

Nestes termos, torna-se imperioso o enquadramento do discurso do legislador que procura transmitir a mensagem de que o documento normativo por ele expedido (a Lei Complementar nº 101/2000) é integrativo da Constituição, porque estaria a estabelecer "*normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição*" (cf. seu art.1º).

A análise das *normas* veiculadas por essa lei desmente-o.

Daí a necessidade da decodificação dos dois *signos* da expressão "*responsabilidade fiscal*", mediante o *método lógico-lingüístico* para

<sup>6)</sup> cf. *Uma introdução à ciência das finanças*, 14ª ed. rev. e atual. Por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro; Forense, 1990, p.26

demonstrar, por meio da *pragmática da comunicação tributária* da norma componente do direito administrativo e do direito financeiro, bem assim, a da *teoria financeira*, que a Lei Complementar nº 101/2000 é repleta de inconstitucionalidades, ainda que não o aparente, na noção de *gestão fiscal* que oferece. Assim se entende, nessa lei, como sendo a atividade da Administração Pública realizada sob dois pressupostos: o do *planejamento* e o da *transparência*. O *planejamento* consiste em uma ação que obedece aos critérios, previamente fixados, no *plano plurianual*, na *lei de diretrizes orçamentárias* - LDO - e na *lei orçamentária anual*; reserva-se a cada qual desses diplomas legais legitimidade para estabelecerem as regras que vão disciplinar a *transparência* que consiste nos próprios *objetivos da gestão fiscal* responsável: a) - prevenir *riscos* e b) - corrigir *desvios*. *Riscos* e *desvios* que afetem o *equilíbrio* das contas públicas.

Ora, aparentemente, essa noção é válida porque é nisto que consiste a responsabilidade fiscal: o *equilíbrio da receita e das despesas públicas*. O problema surge quando, desdobrando-a, a lei disciplina o cumprimento de *metas de resultado* entre receita e despesa, mediante a obediência a limites e condições, quanto a *renúncia de receita* e quanto a certo tipo de *despesa* dita de pessoal, v.g., com a *segurança*, atingindo direitos adquiridos.

## **1.2. - Inconstitucionalidades. Aspectos gerais.**

A Lei Complementar nº 101/2000 está inquinada do vício de inconstitucionalidade. O Partido Comunista do Brasil - PC do B, o Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Socialista Brasileiro - PSB foram os primeiros a alegá-lo, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 2.238-5, rel. Min. Ilmar Galvão. Além de argüírem a inconstitucionalidade formal da lei, em sua totalidade, ao argumento de que o projeto deveria ter voltado à Câmara dos Deputados em razão de o Senado ter alterado certos dispositivos seus, também impugnam 31 desses dispositivos.

A *medida liminar* intentada foi denegada, pelo menos em relação ao art. 20<sup>(7)</sup>. Mas, considerando que o escore foi de 6 (seis) votos a 5

<sup>(7)</sup> cf. - Diário Oficial da União - Atos do Poder Judiciário - p.1 da seção 1: 23.10.2000.

(cinco), assim mesmo porque um dos ministros, que votou pela suspensão dos efeitos, mudou de posição na sessão seguinte de julgamento, é de insistir-se que esse dispositivo fere a Constituição porque extrapola o que estabelece o seu art. 169. Nessa regra constitucional, os limites autorizados à estipulação da lei complementar referem-se, somente, a despesa com pessoal ativo e inativo, portanto, *agentes públicos administrativos*; no art. 20 dessa lei, há envolvimento com *agente público político*, implicando em *desrespeito à separação dos poderes* que é um dos princípios constitucionais corolário do *Estado Democrático de Direito*, porque permite que o exercício do poder não se concentre.

Sabe-se que as normas jurídicas colocam-se umas em relação às outras formando um *sistema*.

Um *sistema* é, portanto, um conjunto coordenado, harmônico e interdependente de partes. O *sistema jurídico* é assim e foi imaginado à moda de uma pirâmide. A primeira norma do *sistema* é a Constituição. Ela ocupa a "*cabeça do capítulo*", ela é a lei maior do *sistema* e, como tal, condiciona as normas que vêm abaixo de si na pirâmide que são, em sentido descendente, as leis infra-constitucionais, ou seja as *leis comuns*, denominação que se contrapõe àquela da lei maior que é *qualificada*. Abaixo dessas vem o ato meramente regulamentar de que é exemplo o *decreto*, ato administrativo com caracteres normativos, cuja fonte é o Chefe do Poder Executivo. Sucedem-no, nessa ordem decrescente, outros *atos administrativos de natureza normativa* emitidos por órgãos de hierarquia inferior à do Chefe do Poder Executivo. A lei de responsabilidade fiscal tem de ter, por isso, o seu fundamento de validade no *sistema*, sob pena de ilegitimidade.

O âmbito de validade de uma lei no *sistema* existe por força de que cada uma dessas categorias colocadas na pirâmide, nessa posição de cima para baixo, cada uma serve como *fundamento de validade* para a que vem imediatamente após, imediatamente abaixo. A Constituição está no ápice da pirâmide porque, exclusiva e unicamente, ela é a norma da qual decorrem todas as outras com compatibilidade para terem *fundamento de validade*. Olhando a partir do ápice até chegar à base dessa pirâmide encontra-se o sentido de *derivação* das normas. Cada uma dessas normas

vai-se derivando da imediatamente superior. Partindo da posição em que se encontra, na base da pirâmide, o ato administrativo, busca-se o seu *fundamento de validade* e faz-se um caminho inverso. Cada norma que está colocada em posição inferior à outra se fundamenta nela até chegarem todas à Constituição. É assim que quase todas as normas infra-constitucionais, em nível de lei comum, desrespeitam a Constituição do Brasil; quase todas são, sempre, inconstitucionais pelo descuido do processo legislativo, sempre de afogadilho, sempre atabalhoado. É uma característica nossa. Essa lei chamada de "*responsabilidade fiscal*" foi preparada sob os aplausos de uma *falsa moralidade administrativa*, porque não se pode dissociar a noção de *moralidade administrativa* e a de *bem estar social*, – esta última é um objetivo fundamental integrativo do princípio *republicano* – para perseguir-se um *falso* equilíbrio das contas públicas, à medida em que ele se fará com o sacrifício de uma vida humana com dignidade. É assim, sobretudo, porque são previstas *sanções institucionais*, de que é exemplo a *vedação de transferências voluntárias*, ferindo-se um outro princípio constitucional, o do *federalismo cooperativo* ou *solidário*.

Quando se fala de leis infra-constitucionais ainda se tem de lembrar que elas exprimem várias espécies, cada qual com função própria.

A primeira das leis a apontar aqui, é a chamada *lei complementar* que tem a função de integrar a norma constitucional. Ou seja, ela tem a função de dar efeito à norma constitucional. Ela desdobra a norma constitucional. Com funções diversas, há a lei ordinária e a delegada, bem assim, com efeito de lei, há a medida provisória. A necessidade de abordar esse tema vem a propósito, porque a *lei de responsabilidade fiscal* é chamada de *lei complementar* que é documento normativo específico quanto ao processo legislativo<sup>(8)</sup> e quanto à materialidade<sup>(9)</sup>. A função *integrativa* dessa *lei* consiste em desdobrar, obviamente sem regras *extensivas*, algum detalhe da Constituição, alguma norma da Constituição, porque lhe é defeso alterar os dispositivos que regula.

<sup>(8)</sup> cf. art. 69 da Constituição: as *leis complementares* serão aprovadas por maioria absoluta.

<sup>(9)</sup> a *lei complementar integrativa* há de ser requerida pela própria Constituição, por exemplo, a do seu art. 146, a do seu art. 163, a do § 9º do seu art. 165, a seu do art. 169. Cada qual com materialidade própria, mas, confundidas nessa Lei Complementar nº 101/2000, a ponto de os autores da citada ADIN nº 2.238-5 terem argüido a sua inconstitucionalidade, também, ao argumento de que o projeto teria de ter disciplinado por inteiro o art. 163.



Lamentavelmente, a lei de que aqui cuida-se, não foge à eiva de inconstitucionalidade. A primeira já se encontra no art. 1º, cujo teor, aliás, é de *preâmbulo* ou de uma *ementa*, quando diz que “*estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com o amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição*”. É assim porque sobre *finanças públicas* ela diz muito pouco, sem chegar mesmo a esgotar a regulação do art. 163 e até tisanando o § 1º do art. 164, ambos da Constituição; neste último caso, quando manda que o resultado do Banco Central constitua receita do Tesouro Nacional (cf. seu art. 7º). É assim porque ela invade o campo da lei nº 4.320 de 17.03.64, ao desdobrar a matéria do § 9º do art. 165 da Constituição, gerando prejudiciais *antinomias reais*, ou sejam, conflitos insolúveis entre as normas das duas leis, uma *ordinária* e outra *complementar*. Muitos serão os problemas quando se quiser saber em que campo se está, para o efeito de *revogação*: no campo da *complementar* 101 ou no campo da *ordinária* 4.320? porque nem toda a matéria desta última foi admitida, pelo princípio da *recepção* (1º), como sendo de lei complementar. Por outro lado, há matéria dessas *leis complementares* requeridas pelos dispositivos constitucionais, citados na nota de rodapé nº 9, que é de ser veiculada por *norma geral* reservando-se, assim, aos demais legisladores dos entes federados a competência para emitir a norma específica, mas, nessa *lei complementar* não há essa distinção.

Inconstitucionais são, dentre outros, os arts. 1º e 7º; § 3º do art. 9º; o art. 14 e seus parágrafos; o item I do § 3º do art. 23; o § 7º do art. 30; o § 2º do art. 31. Enfim, são dispositivos que representam limites à liberdade pública, aos direitos e garantias individuais, a direito super-estatal, super-legal para os quais nem mesmo a emenda à Constituição pode impedir o exercício, tais como são os *direitos sociais*. O próprio princípio federativo que é a realização da liberdade do ponto de vista da organização do Estado, que, também, nenhuma emenda à Constituição pode restringir, afinal, o foi por essa *lei complementar*, que veio como uma justificativa de moralização, de outra organização administrativa, de transparência, de clareza, tudo isto, portanto, até justificável, só que ela não pode, a título

<sup>1º</sup> cf. Hans Kelson, Teoría general del derecho y del Estado: “se certas leis promulgadas sob o império da velha Constituição continuam sendo válidas sob a Constituição nova, isto unicamente é possível porque a nova Constituição lhes confere validade, quer expressa, quer tacitamente. O fenómeno é um caso de *recepção* (.....). A *recepção* é um procedimento abreviado de criação jurídica. (.....) todas as normas que têm validade dentro da nova, recebem-na em forma exclusiva da nova Constituição” – grifei.

de transparência e de cumprimento de metas fixadas e de organização das finanças públicas, destruir liberdades fundamentais, nem a forma federativa do Estado, nem abolir *direitos sociais* e humanos, como se encontra nos estreitos limites da lei de responsabilidade fiscal.

O federalismo deve ser visto não simplesmente naquela fórmula tradicional de respeito às peculiaridades locais. A forma federal do Estado é, sim, a melhor forma, exatamente porque através dela se dilui o poder, reparte-se o poder no território nacional. E, portanto, cada ente que compõe o estado federal – a União, os Estados e os Municípios – não é simples ente administrativo descentralizado; são entes políticos que receberam parcela desse poder estatal da Constituição, cabendo-lhes criar ordens jurídicas que nascem dos poderes legislativos daqueles entes federados, convivendo, assim, ordens jurídicas parciais. Pois bem, é, exatamente, em decorrência da distribuição do poder que há o entendimento democrático dessas garantias de liberdades, é que cabe à União, aos Estados e aos Municípios administrarem, elaborarem as suas leis e os seus planejamentos por meio de diretrizes orçamentárias, das suas leis orçamentárias, executarem essas suas leis. Isto está na essência do federalismo previsto no art.18 da Constituição.

Veja-se, então, que a Constituição rompe com o federalismo puramente tradicional, criando entre os entes federados a lealdade e a solidariedade, porque não autoriza, na parte financeira, que eles se tornem absolutamente independentes. Há uma colaboração nesse chamado federalismo cooperativo, para promover o equilíbrio de modo a que recursos dos Estados sejam repassados aos Municípios, que recursos da União por meio de fundos implementem a igualdade e que, por meio da equalização e da redução das grandes desigualdades entre grupos e regiões, implementem uma vida digna para todos. Dessa forma, realiza-se o Estado Democrático de Direito. Tudo isto está comprometido pela lei, em nome de uma *falsa moralidade*, isto é, a *moralidade* que cria uma desigualdade nas sanções *institucionais* porque a União não sofrerá sanção alguma se não se enquadrar nos parâmetros, apenas Estados e Municípios estão sujeitos a elas. Então, há uma quebra do equilíbrio federativo, até porque essa sanção é, também, absolutamente inconstitucional dado que impede um repasse voluntário para se obrigar Estados e Municípios a adotarem política que a União quer ver implementada.

Aqui, já podem ser abordados três aspectos específicos do tema proposto:

1º - uma *análise da própria emenda constitucional 25/2000 e da própria lei de responsabilidade fiscal* para que se verifique a existência de uma antinomia, um conflito entre as duas normas, embora, aqui, entenda-se ser um conflito aparente, não é um conflito real, não é uma antinomia real; por isso deve o intérprete superá-lo para assegurar determinados aspectos da vida do servidor público a qual tem de estar em confronto com essas normas, ditas moralizantes;

2º - as *inconstitucionalidades* provocadas pela emenda constitucional. É necessário lembrar que as emendas constitucionais também podem ser inconstitucionais e as *inconstitucionalidades* na lei de responsabilidade fiscal no que toca ao nosso tema, uma vez que, sobre outros temas, há dezenas de aspectos inconstitucionais nessa lei, cada qual aflorando ao seu modo;

3º - uma teorização dessas inconstitucionalidades para que se possa saber como superá-las na linha do exercício do direito subjetivo de cada pessoa atingida por essas inconstitucionalidades.

## **2. ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 25 E DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADES. TEORIZAÇÃO DESSAS INCONSTITUCIONALIDADES.**

### **2.1. A emenda 25**

A emenda constitucional 25 introduziu na Constituição algo que é bastante inusitado no mundo jurídico. Trata-se dos artigos suplementares: "artigo A", "artigo B", "artigo C"! Então, vem essa emenda constitucional 25 e introduz no texto da Constituição o artigo 29<sup>A</sup> no qual estabelece o elemento "*total da despesa com pessoal do Poder Legislativo*", em função da população do município. Depois, estabelece o *conteúdo dos cálculos* em relação a essa despesa com pessoal e a correlação entre esses cálculos da despesa com os recursos financeiros. E, por fim, estabelece as

*sanções* que devem ser aplicadas àqueles agentes políticos municipais que infringirem a norma: o Prefeito do Município e o Presidente da Câmara de Vereadores.

### **2.1.1. O total da despesa**

O município que tiver até cem mil habitantes terá direito a um limite máximo de oito por cento sobre uma base de cálculo que adiante será explicitada. Aliás, a base de cálculo vai ser considerada para todos os percentuais que a Constituição lista. O primeiro é esse de oito por cento, o segundo é de sete por cento para os municípios que têm população entre cem mil e um habitantes e trezentos mil habitantes. Depois seis por cento para os municípios que têm trezentos mil e um habitantes a quinhentos mil habitantes. E por fim cinco por cento para os municípios que têm acima de quinhentos mil habitantes. A primeira pergunta que se deve fazer é por que essa gradação? e, sendo essa a gradação, por que o município tendo apenas um habitante mais do que o outro sai da faixa? Aqui já começa uma ofensa ao direito subjetivo antes falada. Os habitantes de um determinado município deixam de ter – sobretudo aqueles habitantes que, ao mesmo tempo, são servidores do Legislativo – um tratamento de *bem estar* só por causa da existência de um habitante a mais?! Essa questão, porém, perde até a importância diante de tantas outras que são mais relevantes e que demonstram que essa lei de responsabilidade fiscal e essa emenda 25 são, nesse caso, prejudiciais, ainda que a causa de cada qual delas seja a tal da moralidade que está na moda.

### **2.1.2. O conteúdo dos cálculos**

O cálculo toma em consideração a *despesa*. Ou seja, o que é que compõe a despesa de pessoal para o efeito de encontrar a base de cálculo e qual é mesmo essa base de cálculo que são os recursos financeiros. É bom fixar-se bem esse aspecto porque é do confronto dele com os aspectos da lei de responsabilidade fiscal que se impõe resolver o conflito que se apresenta entre os dois. Para a despesa, diz a emenda constitucional 25, incorporada ao texto da Constituição mediante o artigo 29<sup>a</sup>, devem ser incluídos nesse cálculo os gastos com os servidores ativos mais os gastos com pensionistas. Mas, perguntar-se-á: por que, se para

essa conclusão, a Constituição não deixa claro? E ao contrário, ela diz que devem ser excluídos os gastos com os inativos? É que examinada a lei de responsabilidade fiscal verifica-se que ela destaca os *pensionistas* retirando-os do conceito dos inativos. *Pensionista* é alguém que tem, por sucessão, direitos a valores pecuniários que decorrem da relação de trabalho entre o sucedido e o Poder Legislativo. Então, esse *pensionista* não se confunde, efetivamente, com o *inativo*. Por isso, a lei de responsabilidade fiscal faz bem quando distingue entre os dois. Mas, o artigo 29.<sup>a</sup> não faz essa necessária distinção, ainda que faça a exclusão dos *inativos*. Então, há de entender-se que esses valores estão no conjunto das despesas com pessoal que a emenda tentou colocar como elemento dos cálculos, abrangendo, outrossim, os subsídios dos Vereadores. Portanto, em síntese, os cálculos contemplam os gastos com servidores ativos e pensionistas, mais os subsídios dos Vereadores. Entenda-se que nessa expressão, subsídios dos Vereadores, incorpora-se toda a remuneração que os Vereadores têm, inclusive no que toca à verba de representação a que faz jus o Presidente da Mesa. Todos os valores a que o Presidente, por exemplo, do Legislativo tem direito para além do comum dos demais Vereadores, incorporam-se no conjunto desse elemento “despesas”. Portanto, a *despesa* tem que ir até oito por cento ou sete por cento ou seis por cento ou cinco por cento. Calculados esses percentuais respectivamente, sobre o **quê?** Aí vem a base de cálculo: sobre os tais recursos financeiros. Como é que eles são tratados na emenda?

Em primeiro lugar, repare-se que a emenda fala de “*receita tributária*” sem qualquer adjetivação para o signo *receita*. Porque, adiante, vê-se que a *lei de responsabilidade* já fala em *receita corrente líquida*, mas, aqui, o legislador constitucional limitou-se a falar em *receita tributária*. E, então, essa *receita tributária* não se confunde com um outro elemento trazido pelo artigo 29.<sup>a</sup> que são as *transferências*. De qualquer maneira, já se tinha, na Constituição, alguma palavra sobre esse assunto no seu artigo 38, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – que é uma das três partes do texto da Constituição Jurídica ou da Constituição escrita<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> A Constituição Jurídica ou escrita tem três partes. Insistindo-se nessa expressão “Constituição Jurídica” ou escrita, porque adiante importa a referência quando se apura a inconstitucionalidade das emendas ao texto da Constituição escrita ou jurídica. Então, são três partes: o *preâmbulo* que não é, simplesmente, um repositório de conceitos ou de formulações filosóficas. Existem preâmbulos que são assim, mas, na Constituição Brasileira de

Esse artigo 38 diz que a despesa com pessoal, até que surja a lei complementar referida no artigo 169, não poderá ultrapassar 65% das *receitas correntes*. Então, já se têm: a) - três expressões para trabalhar: *receita tributária*, *receita corrente* e *receita corrente líquida*; e b) - a pergunta: qual será a lei complementar a que se refere o legislador constituinte no artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias? Responda-se, de logo, que essa lei somente pode ser aquela *lei complementar* que irá regular o artigo 169 e que irá, por isso, substituir aquela lei que hoje se conhece com o número de 4.320, datada de 17 de março de 1964, porque essa lei é que, realmente, disciplina a questão da administração financeira e orçamentária. A lei de responsabilidade fiscal não tem essa função. E ela própria diz que o seu papel é o de regular o capítulo da Constituição ou o título, como ela diz, das finanças públicas e, ainda assim, parte desse Capítulo. Aliás, o reparo a esta disciplina parcial é um dos fundamentos da ADIN nº 2238-5.

Então, este é um outro assunto a examinar: que lei é essa? Ela pode operar os limites da despesa de pessoal? Será que foi essa a lei requerida pelo legislador constitucional no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?

Isso tudo vem a propósito da indagação sobre o que são *receitas tributárias* no texto da emenda 25 incorporado mediante o artigo 29<sup>A</sup> no texto da Constituição jurídica. Mas, ainda carece de trazer-se o conceito de um outro elemento que é o de *transferências*. O artigo 29-A fala, também, que as transferências compõem os recursos financeiros. E ele diz: as *transferências* previstas no § 5º, do artigo 153 e as *transferências* do 158 e 159. A interpretação dirá qual das duas normas deve aplicar-se em

---

1988 não o é. Este é realmente uma mensagem ou um discurso normativo com eficácia jurídica, orientador de toda a interpretação do texto da Constituição. Porque quando ele revela que a Assembleia Constituinte se reuniu para instituir o estado democrático de direito orientado pelos princípios que ele, portanto, descreva, não é somente algo que represente um discurso, meramente, filosófico, mas é a vontade do legislador constituinte dizendo que ele está modificando tudo aquilo que existia no país até o momento em que ele editou o maior dos documentos normativos para regular a vida do cidadão brasileiro. Uma segunda é a *parte dogmática* ou *parte permanente* da Constituição. E a terceira parte é o ato das disposições constitucionais transitórias que não pode ser confundido como o é hoje, submetido a emenda. O ato das disposições constitucionais transitórias é repositório de *direito transitório*, de direito inter-temporal, de direito que faz a integração entre duas situações: A situação jurídica constitucional que acaba de ser extinta e a ordem jurídica constitucional que acaba de ser inaugurada pelo texto constitucional. É para isso que existe o ato das disposições constitucionais transitórias. Enfim, o "Ato" só tem uma função: a integração de duas ordens constitucionais.

função do tal conflito *aparente* referido: a norma da emenda ou a da lei de responsabilidade ou nenhuma delas, face à inconstitucionalidade? Interpretam-se, então, os elementos dessas normas.

O § 5º do art. 153 referido representa aquela dição, aquele discurso do legislador relativo à incidência do I.O.F, o imposto sobre operações financeiras, na produção de ouro naqueles municípios que o tenham. Como resta para o município um percentual de 70% (setenta por cento) e se diz que a alíquota é de 1% (um por cento), então, entende-se que há 0,7% mínimos da incidência tributária do IOF sobre o ouro, esse percentual deve ir para o respectivo município compondo o que o legislador está chamando de *transferência*.

Há que distinguir entre *transferências diretas* e *transferências mediante o fundo de participação dos municípios*. Ambas são *vinculadas*, porque são compulsórias e não se confundem com as *transferências voluntárias* a que alude a lei de responsabilidade.

A *transferência direta*, pelo que está na Constituição e pela invocação que o legislador faz aos artigos 158 e 159, vem do imposto de renda incidente na fonte relativamente aos rendimentos pagos pelo respectivo município aos seus servidores e a qualquer outro pagamento que o município faça a quem quer que seja o seu fornecedor, prestador de serviço de qualquer outra maneira e que tenha a incidência, portanto, do imposto de renda chamado na fonte.

50% (Cinquenta por cento) do imposto territorial rural relativo aos bens imóveis dessa natureza existentes no território do município, 50% (Cinquenta por cento) referentes ao I.P.V.A, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, 18,75% referente ao ICMS, porque se a Constituição fala em – (três quartos) no mínimo, calculados sobre 25% (vinte e cinco por cento) relativamente ao I.C.M.S – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Então, são 18,75%, no mínimo, do valor adicionado das operações mercantis submetidas à incidência do I.C.M.S no território do município.

O último elemento desses recursos de *transferência* é o fundo de participação: 22,5% (vinte e dois virgula cinco por cento) do I.P.I. – imposto

sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda. Ora, I.P.I e imposto de renda formam essas *transferências constitutivas do fundo*.

Conclusão: a base de cálculo para a incidência dos oito, sete, seis ou cinco por cento, respectivamente, na emenda 25 corresponde a esse primeiro elemento que é o *total da despesa* multiplicado pelo outro elemento que são os *recursos* que acabam de ser descritos. Portanto, a *receita*, segundo a emenda constitucional, não poderá ser superior a 70% (setenta por cento) da *receita* da Câmara, incluídos os subsídios dos Vereadores.

### **2.1.3. As sanções**

As sanções são classificadas em *personais* e *institucionais*. As *personais* são voltadas para o Prefeito: *crime de responsabilidade*. Diz o legislador da emenda 25: se ele repassar valores que superem os limites aqui falados. Mas, que limites? Os limites do percentual de oito, sete, seis, cinco? Os limites dos setenta por cento, etc, etc? Ora essa regra da emenda ofende o princípio da separação dos poderes. Acaba com a federação, acaba com a democracia porque liquida, portanto, com a independência dos poderes e até mesmo a harmonia deles. Isso vai ser motivo de choque entre o Presidente da Câmara e Prefeito nesses seis mil municípios que não são todos iguais a São Paulo, a Porto Alegre, a Rio de Janeiro, a Salvador, a Belo Horizonte. Sanções para o Prefeito e o Prefeito não pode cumprir as normas que as geram, porque são sanções que vão fazer com que ele interfira no Poder Legislativo. Depois traz sanções para o Presidente da Câmara se ele desobedecer a essas regras que não são regras de interpretação muito claras, como estamos vendo, porque são regras que dependem de cálculos e de base de cálculos para fazer cálculos. Há, também, *sanções institucionais*. Aqui, estas reprimendas são veiculadas pela emenda 19 de 04.06.98. É, da mesma forma, uma emenda inconstitucional porque estabelece restrições, apenas, para Estados, Distrito Federal e Municípios salvando a União e inclui entre essas restrições a suspensão de "todas" os repasses (cf. a redação que deu ao § 2º do art. 169), salvo se se entender, dentro desses "todos", somente as *transferências voluntárias*... Insiste-se, porém, que, mesmo estas integram o contexto do *federalismo cooperativo* ou *solidário* e, assim, não podem ser objeto de restrições.



## 2.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal

Entra-se, agora, na análise da famigerada, em todos os sentidos da palavra, *lei de responsabilidade fiscal*.

Nela, as sanções *personais* têm natureza criminal, não só porque, ao estilo da emenda 25, a lei de responsabilidade fiscal sinaliza para isto, mas também porque foi editada lei específica alterando o Código Penal. Trata-se da Lei n.º 10.028 de 19.10.2000, definindo tipos criminais para as infrações à *lei de responsabilidade fiscal*.

Não se deve esquecer que essa lei se intitula de "*complementar*", embora não seja aquela que, com essa natureza, é exigida pelo legislador constituinte, pois não disciplina *toda* a matéria da administração financeira e orçamentária regrada pela Constituição e, por essa circunstância, criará conflito com a norma da Lei nº 4.320 de 17.03.64, desafiando, assim, o intérprete. Diz, logo no seu art. 1º, como foi visto antes, que estabelece normas, de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com o amparo no Capítulo II, do Título VI, da Constituição. Ao dizer isso, entende-se que ela somente pode cuidar de regular, ou seja, de desdobrar a matéria que está nessa parte da Constituição. E aí começam os problemas, porque existe nessa lei matéria que não está nessa parte da Constituição. Eis aqui mais inconstitucionalidade. Observe-se, referindo-se a essa lei, cada elemento constitutivo da definição de "*total da despesa*". Lembre-se que na emenda 25 fala-se de oito, sete, seis e cinco por cento, respectivamente, considerada a população e incidente sobre base de cálculo correspondente ao somatório de uma *receita bruta* e de *transferências* que difere da base de cálculo adotada pela lei de responsabilidade. Nessa lei o "*total da despesa*" com o pessoal no município é de 60% (sessenta por cento) sem considerar a população. Portanto, a lei se refere somente a percentual, e fala de base de cálculo diversa. Desses 60% (sessenta por cento), 6% (seis por cento) são para o Legislativo. E o Legislativo como o de São Paulo que tem Tribunal de Contas, também, para o Tribunal de Contas. Impõe-se saber se o Tribunal de Contas é subalterno ou é auxiliar do Poder Legislativo.

Afinal, deve-se obediência a quem? À Constituição que fala de oito, sete, seis e cinco por cento, respectivamente, ou à lei de responsabi-

lidade fiscal, que é norma infra-constitucional e nesta condição busca o seu *fundamento de validade* na Constituição? Essa lei manda ser seis por cento apenas, para Município com qualquer população. Quanto ao conteúdo dos recursos financeiros, também, há divergência: a emenda 25 fala de *receitas tributárias e transferências*, enquanto a lei fala de *receita líquida* definida no inc. VI de seu artigo 2º. São somatórios diversos entre si. Em relação às despesas a emenda cuida de gastos com servidores ativos, subsídios dos Vereadores e falamos também que a nosso ver os pensionistas também estavam ali incluídos. Aqui a lei fala de gastos com servidores ativos e *inativos*. A emenda exclui os *inativos*.

Contudo, o somatório é o conjunto formado pelas receitas tributárias, portanto, nos moldes expressos antes quando este trabalho refere-se ao conteúdo dos cálculos mais as contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços mais as transferências correntes. O legislador fala em *transferência* "lato sensu" mais outras receitas também correntes, deduzindo-se o recurso que representar contribuição do servidor para compor a previdência social. E aquelas compensações financeiras a que se refere o artigo 201 da Constituição em razão da contagem recíproca de tempo de serviço para aposentadoria do servidor. Deduzido isso, o resto é o que a lei chama de *receita corrente líquida*. E se fala em *líquida*, ela não aceita o cálculo do artigo 29, da Constituição com a redação da emenda 25. Porque no art. 29 é a *receita toda*, e não a receita corrente líquida. É só se verificar o conceito de *receita corrente* e o de *receita corrente líquida* que é dado pela lei com essa dedução desses elementos de que aqui se está falando para ver que o universo é completamente diferente, a base de cálculo é completamente diferente. Então, agora, feita a comparação, é examinar as sanções. Já se viu, linhas atrás, que as sanções trazidas pela lei de responsabilidade fiscal são de duas categorias: *pessoais e institucionais*. A Emenda 25 fala de sanções somente *pessoais* aplicadas ao Prefeito e ao Presidente da Câmara. É certo que a Emenda nº 19/98 introduziu o § 2º no art. 169 da Constituição, mas, como consignado antes, é inconstitucional por salvar a União. As sanções pessoais a lei se refere a elas no artigo 73. E ao fazer assim remete para o Código Penal (cf. a Lei nº 10.028/2000) que define-os e traz, inclusive, sanções para o Presidente do Supremo Tribunal Federal a saber: *crimes contra as finanças públicas* e aí começa a alterar a partir do artigo 359 do Código

Penal colocando 359<sup>A</sup>, 359B, até H. Depois altera a Lei 1.079 de 10 de abril de 1.950, para estabelecer os *crimes de responsabilidade* envolvendo nesse caso, também, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o chefe da Procuradoria do Ministério Público e assim por diante. Essas são as sanções portanto *personais*. Há reparos em relação às sanções institucionais. E essas sanções institucionais estão sobretudo nos artigos 23, § 3º e 25 da lei.

O artigo 23 diz que se a despesa de pessoal não atingir o limite mínimo, portanto passar, o excedente terá que ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro quadrimestre, adotando-se entre outras as providências previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 169 da Constituição. Essas providências referem-se, portanto, à dispensa de pessoal e aí pela ordem reduz-se o pessoal em pelo menos 20% (vinte por cento) dos cargos em comissão. Mas, não é possível excluir todos os cargos em comissão de uma administração. A segunda leva é a dos não estáveis, a terceira leva é a dos estáveis. Aí pergunta-se: se não chegar ao limite, a quarta leva é a dos inativos? São situações que o legislador fez na sua idéia abstrata e que não observou, gerando inconstitucionalidades na emenda.

A emenda 25 é inconstitucional porque o item I do seu artigo 29<sup>A</sup> manda apurar os limites de despesa de pessoal da Câmara de modo a que o controle tem que ficar com o chefe do Poder Executivo senão ele responde por *crime de responsabilidade*. Não se pode aceitar isso porque a emenda não podia ser mais do que o soneto. E o soneto é o texto original da Constituição que não permite isso no seu artigo 2º, não permite isso no seu artigo 60, § 4º, inciso 3º: a independência e a harmonia dos poderes são fundamentais. E essa emenda, além de acabar com a independência, liquida com a harmonia.

Em segundo lugar a emenda é inconstitucional porque, ao estabelecer sanções no § 2º, do artigo 169, exclui a União, estabelecendo *sanções institucionais* só para o Estado, o Município e o Distrito Federal. E nesse ponto ela fere o artigo 1º combinado com o artigo 18 da Constituição.

A lei de responsabilidade fiscal, também, é inconstitucional, especialmente a norma do artigo 25 que penaliza ao final não a pessoa do

Prefeito ou do Vereador Presidente da Câmara, mas todos os brasileiros que habitam num determinado município, todos os cidadãos nesta fase áurea do Direito Constitucional da cidadania, ferindo o artigo 1º, inciso II e III, o artigo 3º e o artigo 60, §4º, IV da Constituição. Mas, por que a emenda constitucional fere a Constituição? Porque para entender qual é a função de uma emenda constitucional tem-se que distinguir, no plano jurídico, a figura do *poder constituinte* e a figura do *legislador da reforma da Constituição jurídica*.

O livro do autor deste trabalho denominado "Limites da Revisão Constitucional" <sup>(12)</sup> teoriza o *poder constituinte* como uma potência, é um poder, portanto, que embora não seja absoluto, ele se parece com o de Deus... O *poder constituinte* funciona, assim, como Deus porque na origem ele surge como uma força de eficácia atual que se manifesta cada vez que a comunidade lho provoca. É como a raiz da bananeira que vai por debaixo da terra e vai brotando de lugar em lugar ou um periscópio de um submarino que só sai num lugar em que ele se sente seguro para poder verificar o que se passa em volta. Isso é que é o poder constituinte. E não terá fim exatamente por causa dessa eficácia atual.

Mas, ele não é absoluto, porque tem limites. Os limites decorrem dos valores que estão, portanto, praticados naquele momento por aquela comunidade e dos princípios que internacionalmente são outorgados como direitos subjetivos dos cidadãos, em qualquer parte do mundo. Por isso, a Constituição de 88 se assemelha à Constituição espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Alemã de 1949, a Constituição Francesa de 1958. Constituições editadas nessa terceira fase do Direito Constitucional que é chamada fase do Direito Constitucional da cidadania, por isso Pinochet ficou preso na Inglaterra por deliberação de um Juiz de primeiro grau espanhol, ainda que imune por força das normas chilenas. Esse é o limite do poder constituinte.

E a emenda constitucional? É que o poder constituinte, sendo potência, elabora um texto e ele próprio prevê a quem compete alterá-lo. Essa Constituição Jurídica ou Constituição Escrita, só pode ser modificada ou pela via da *revisão* ou pela via da *emenda*.

<sup>(12)</sup> cf. Edvaldo Brito. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993

A *revisão* é uma apreciação de um texto da Constituição para adaptá-lo às circunstâncias que se vão sucedendo. A *emenda* é uma alteração pontual que se faz na Constituição. Mas exatamente por isso ela tem limites à reforma da Constituição. Limites que podemos dizer que são de natureza circunstancial: em determinados momentos, em determinadas circunstâncias não se pode alterar a Constituição, estado de sítio, por exemplo. Há limites materiais, ou seja: há assuntos que estão impedidos de serem modificados; estão, exatamente, no artigo 60, §4º. Assim, dos quatro incisos, citem-se dois, para demonstrar que essa modificação concernente a despesa de pessoal do Legislativo é uma alteração descabida.

Então, o legislador que faz a *emenda* é o legislador que tem *competência*. *Competência* é uma regra jurídica que traz três outras embutidas nela. Primeira, quem é a autoridade que vai praticar os atos. Segunda: quais são as atribuições que se outorgam a essa autoridade. E terceira: qual é o procedimento que ela vai usar. Pois bem, a emenda 25, que é mero exercício de *competência*, tem limites que o próprio legislador constituinte atribuiu. Ora, onde é que essa emenda 25 é viciada? Na parte em que ofende a *separação de poderes* e na parte que exclui a União das sanções aplicáveis aos outros entes federados, ofendendo o princípio do *federalismo*.

Todo o exposto já demonstra que, tanto as emendas 19/98 e 25/2000, quanto essa Lei Complementar, quanto a Lei nº 10.028 de 19.10.2000 (D.O.U. de 20 subsequente) que altera o Código Penal para introduzir as sanções penais referidas no art.73 da LC101/2000, são normas geradoras de conflitos com a Constituição.