



ISSN 2595-0630
(DOI): 10.46818/pge.v4i2.240

REVISTA ELETRÔNICA
DA PGE RJ

SEPARAÇÃO DE PODERES, AUTONOMIA FINANCEIRA E O SUPREMO: O REPASSE DE DUODÉCIMOS, CONTINGENCIAMENTO E O STF NO JOGO DO RESGATE FISCAL

SEPARATION OF POWERS, FINANCIAL AUTONOMY AND THE SUPREME COURT: FUNDS TRANSFERS, SPENDING CUTS AND THE BAILOUT GAME ACCORDING TO THE BRASILIAN SUPREME COURT



Caio Gama Mascarenhas¹

RESUMO: O presente estudo possui como escopo examinar o controle judicial do STF sobre litígios financeiros entre Poderes envolvendo duodécimos entre 1988 e 2020, isto é, sob a égide da CF/88. Nesse sentido, a pesquisa buscou responder as seguintes questões: Como a autonomia financeira limita o contingenciamento de gastos segundo o precedente firmado na ADI 2238/DF? Quais os limites da autonomia financeira segundo os precedentes firmados no MS 31671/RN, MS 34483/RJ e ADPF 405/RJ? Como agiu a Suprema Corte no jogo do resgate e das restrições orçamentárias? Para tanto, analisaram-se o inteiro teor e o andamento processual de alguns acórdãos paradigmas e de 42 decisões da presidência do STF sobre duodécimos entre 1988 e 2020, aos quais foram submetidos critérios de análise de resultados para determinar o grau de deferência do Supremo Tribunal Federal à autonomia financeira dos Poderes ou, por outro lado, à administração fiscal realizada pelo Poder Executivo. A pesquisa aponta que o Supremo funciona como um “Poder Moderador informal” em conflitos orçamentários entre os ramos de Poderes estaduais – substituindo a figura do Poder Executivo no §3º do art. 9º da LRF (julgado inconstitucional) e afetando o jogo do resgate e de restrições orçamentárias entre Poderes e Instituições. Sobre o grau de deferência das decisões da presidência em sede de contracautela, a pesquisa concluiu que: 47,6% das decisões (20 casos) foram favoráveis ao Poder Executivo, 38,1% das decisões (16 casos) foram desfavoráveis ao Poder Executivo; e 14,3% das decisões (6 casos) foram neutras.

PALAVRAS-CHAVE: duodécimos; responsabilidade fiscal; limitação de empenho; contingenciamento; restrições orçamentárias.

ABSTRACT: This paper examines the judicial review of the Supreme Court over disputes between Powers involving monthly funds transfers between 1988 and 2020. The research sought to answer the following questions: How does financial autonomy limit the spending cuts according to the ADI 2238/DF case? What are the limits of financial autonomy according to

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2020). Extensão universitária pela Universitat Innsbruck, em Innsbruck na Áustria (2020) Especializado em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia Geral da União - EAGU (2021). Integrante do grupo de pesquisa "Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável". Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015- presente). Membro do Corpo Editorial da Revista da PGE-MS (2019-presente).

judgments established in MS 31671/RN, MS 34483/RJ and ADPF 405/RJ? What do the numbers say about the STF's position concerning funding? To this end, we analyzed some paradigm judgments and 42 decisions of the STF presidency on “duodécimos” between 1988 and 2020, which were submitted to results analysis criteria to determine the degree of deference of the Supreme Court Federal to the financial autonomy of the Powers or, on the other hand, to the fiscal administration carried out by the Executive Power. The research points out that the Supreme acts as an “informal Moderating Power” in budgetary conflicts between the branches of State Powers – replacing the figure of the Executive Power in §3 of art. 9 of the LRF (judged unconstitutional) and affecting the bailout game and budget constraints between Powers and Institutions. Regarding the degree of deference to the decisions of the Supreme Court presidency, the survey concluded that: 47.6% of the decisions (20 cases) were favorable to the Executive Branch, 38.1% of the decisions (16 cases) were unfavorable to the Executive Branch; and 14.3% of decisions (6 cases) were neutral.

KEYWORDS: Court funding; fiscal responsibility; spending cuts; austerity policies budget constraints.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Autonomia financeira dos Poderes e instituições. 2 Duodécimos e contingenciamento orçamentário (caput e § 3º do art. 9º da LRF): A ADI n. 2.238/DF e a prevalência da autonomia financeira. 3 Quem é o “poder moderador” das finanças estaduais? Os limites da autonomia financeira segundo o STF (MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ). 4. As restrições orçamentárias e o Supremo como árbitro no “jogo do resgate”: evidências nas decisões de contracautela. 4.1 Qual a relação da doutrina da “restrição orçamentária” com o presente trabalho? 4.2. Metodologia de coleta e análise das decisões da presidência do Supremo em sede de contracautela. 4.3. Discussão de resultados. 5. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Financial autonomy of the Powers and Institutions. 2. “Duodécimos” and budget constraints: The ADI n. 2.238/DF and the prevalence of financial autonomy. 3. Who is the “moderating power” of state finances? The limits of financial autonomy according to STF (MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ). 4. The budget constraints and the Supreme as arbiter in the “bailout game”: evidence in countercautionary decisions. 4.1. How does the doctrine of “budget constraint” relate to the present work? 4.2. Methodology of collection and analysis of the Supreme Court's decisions on countercaution. 4.3. Discussion of results 5. Conclusion. References.

Introdução

A ideia de autonomia financeira das instituições é uma evolução histórica da garantia salarial dos membros dos poderes. “No curso geral da natureza humana, o poder sobre a subsistência de um homem equivale ao poder sobre sua vontade” – essas foram as palavras de Alexander Hamilton ao defender a garantia salarial dos magistrados e a irredutibilidade de seus proventos perante os demais poderes (art. 3º, seção I, da constituição estadunidense): só poderia haver independência judicial se houvesse garantia de salário digno, irredutível e pago

de forma tempestiva².

Com o passar do tempo, a ideia de inviolabilidade salarial dos chefes e membros dos poderes se expandiu para uma ideia de autonomia institucional e passou a englobar outras despesas: trabalhadores responsáveis pelo assessoramento, manutenção das instalações físicas, insumos, limpeza, maquinário, entre outros. A partir dessa expansão conceitual e do crescimento da complexidade das finanças públicas, passou-se a falar em autonomia financeira dos poderes e funções enquanto instituições independentes. O presente estudo foca nos pontos de atrito entre a autonomia financeira das instituições e o dever de responsabilidade fiscal da Administração Pública.

Falar da crise do estado fiscal é uma necessidade nesta segunda década do século XXI. A crise fiscal atinge logicamente tanto o setor público quanto o setor privado, possuindo efeitos institucionais sobre a autonomia financeira dos Poderes e funções essenciais. De acordo com o artigo 168 da Constituição Federal, o repasse dos valores aos Poderes e Funções independentes deve ser feito até o dia 20 de cada mês. A autonomia financeira não impede, no entanto, que tais entes tenham que obedecer determinados limites orçamentários. Um exemplo disso é que as despesas de pessoal que cada Poder possui, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida previstos nos artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LCP 101/2000).

O presente estudo possui como escopo examinar o controle judicial do STF sobre litígios financeiros entre Poderes envolvendo duodécimos entre 1988 e 2020, isto é, sob a égide da CF/88. Nesse sentido, a pesquisa buscou responder as seguintes questões: Como a autonomia financeira limita o contingenciamento de gastos segundo o precedente firmado na ADI 2238/DF? Quais os limites da autonomia financeira segundo os precedentes firmados no MS 31671/RN, MS 34483/RJ e ADPF 405/RJ? O que os números dizem sobre o posicionamento do STF em relação aos duodécimos?

Estudam-se inicialmente as principais noções de autonomia financeira e separação de poderes. Na sequência, analisa-se a relação entre duodécimos e contingenciamento orçamentário (caput e § 3º do art. 9º da LRF), abordando o julgamento da ADI n. 2.238/DF. Após, faz-se uma ponderação sobre os limites da autonomia financeira segundo os julgamentos do MS 31671/RN, MS 34483/RJ e ADPF 405/RJ. Por fim, são realizadas críticas em relação ao posicionamento do STF nos últimos três julgados e suas implicações sobre a autonomia

² Tradução livre de: “*In the general course of human nature, a power over a man’s subsistence amounts to a power over his will*” (trecho retirado do *Federalist paper* número 79). Sobre a irredutibilidade salarial do presidente, ver: *Federalist paper* número 73. HAMILTON, Alexander et al. *The federalist*. Cambridge: Hackett Publishing, 2005.

financeira dos Poderes e órgãos constitucionais autônomos.

Para isso, analisaram-se o inteiro teor das decisões e o andamento processual dos seguintes processos que correm perante o Supremo Tribunal Federal: ADI n. 2.238/DF, MS 31671/RN, MS 34483/RJ e ADPF 405/RJ. Em tal análise, as seguintes questões foram levadas em conta: as circunstâncias econômicas e políticas dos julgados, os argumentos dos ministros, a distribuição dos votos e a mudança de composição da Corte.

1. Autonomia financeira dos Poderes e instituições

No Brasil, os poderes de Estado e as instituições independentes (Ministério Público, Tribunais de Contas e Defensorias Públicas) possuem autogoverno, autoadministração e iniciativa legislativa para matérias sensíveis ao seu funcionamento.

Em relação ao Poder Judiciário, o exercício do autogoverno demonstra-se, dentre outras questões, pela competência privativa dos Tribunais de elegerem seus órgãos diretivos (art. 96, I, da CF). A autoadministração, por sua vez, permite aos Tribunais competências como: 1) elaboração de seus regimentos internos e organização de suas secretarias e serviços auxiliares; 2) gestão de direitos e obrigações de juízes e servidores; e 3) assunção de outras obrigações com repercussão financeira, a exemplo do provimento dos cargos de juiz e servidores (CF, art. 96, I, a, b, c, e). Por fim, o autor destaca a iniciativa privativa de algumas leis, como a do Estatuto da Magistratura, a alteração no número de membros dos Tribunais inferiores, a criação e a extinção de cargos, a fixação de vencimentos de juízes e servidores, a criação ou a extinção de Tribunais inferiores e a alteração da organização e divisão judiciárias (CF, arts. 93 e 96, II). A autonomia financeira do Poder Judiciário estaria, logo, vinculada ao “princípio da autoadministração financeira”.³

Como garantir a autonomia financeira dos Poderes e funções? Num sistema clássico de separação de poderes, o executivo propõe e administra as políticas fiscais do governo, enquanto o legislativo prevê receitas, fixa despesas e aloca verbas públicas por meio de leis orçamentárias. Por meio de um senso de cortesia ou do reconhecimento das necessidades públicas, o legislativo e o executivo geralmente cooperam com o judiciário para cobrir os custos previstos dos tribunais. Essa cooperação nem sempre é possível. Considerações políticas e econômicas frequentemente ditam que algumas solicitações do poder judiciário sejam

³ CONTI, José Mauricio. A autonomia financeira do poder judiciário. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 214.

negligenciadas⁴.

Tendo por fundamento o princípio da separação de poderes, a autonomia financeira de um Poder de Estado (ou instituição constitucionalmente independente) só existe de forma plena quando a quantidade de recursos que lhe são destinados é compatível com as despesas necessárias para cumprir suas funções⁵. Os poderes de Estado devem ter autoridade para contratar e pagar funcionários e praticar outros atos além daqueles explicitamente declarados nos textos constitucionais. O conceito de independência dos três ramos do governo se estende da noção de que, para que o governo seja devidamente contido, deve-se dividi-lo de forma que nenhum ramo tenha poder suficiente para tyrannizar os outros ramos ou os cidadãos⁶.

Como financiar as atividades dos ramos de poderes e das instituições equiparadas? Quem é responsável pelo financiamento? As respostas para essas perguntas vão variar conforme os arranjos constitucionais de uma nação seja na separação horizontal de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), seja na separação territorial de poderes em cada país (federalismo fiscal).

Destaca-se que os Estados Unidos da América possuem uma heterogeneidade considerável de normas de financiamento do Poder Judiciário no âmbito estadual, inexistindo qualquer simetria rígida de forma e fonte de financiamento. As competências privativas do governo central são limitadas e não há uma lista expressa de competências concorrentes na sintética constituição estadunidense. John Kincaid aponta, no entanto, que o governo federal possui alguns poderes concorrentes *de facto*, como impostos e poderes de empréstimo, exercidos de forma concomitante com os entes subnacionais. Na prática, os estados exercem até mesmo poderes delegados exclusivamente ao governo federal, desde que o Congresso não os impeça ou que a Suprema Corte estadunidense não considere tais exercícios como violações de competência do ente central (Artigo I, Seção 8 da Constituição estadunidense)⁷.

Os estados de Nova Iorque e Flórida, por exemplo, possuem normas e fontes de financiamento bastante distintas. Enquanto a constituição estadual de Nova Iorque prevê que o

⁴ FERGUSON, William Scott. Judicial Financial Autonomy and Inherent Power, 57 Cornell L. Rev. 975, 1972, p. 977.

⁵ Esse conceito de autonomia financeira foi defendido no contexto do Poder Judiciário, mas defende-se que pode ser aplicado igualmente aos demais Poderes de Estado e instituições como Tribunais de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública. CONTI, José Mauricio. A autonomia financeira do poder judiciário. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 214.

⁶ JACKSON, Jeffrey. Judicial Independence, Adequate Court Funding, and Inherent Judicial Powers, 52 Md. L. Rev. 217. 1993, p. 222-223.

⁷ KINCAID, John. United States of America - Polarization Between Democratic and Republican States. In: Ann Griffiths, Rupak Chattopadhyay, John Light, Carl Stieren (editors) - The Forum of Federations Handbook of Federal Countries. Cham: Palgrave Macmillan, 2020, p. 373.

Judiciário local poderá receber financiamento do erário estadual ou municipal sem entrar em maiores detalhes⁸, a constituição estadual da Flórida especifica que as principais despesas do Poder Judiciário serão custeadas pelo erário estadual, especificando taxativamente algumas despesas secundárias que serão custeadas por municípios (serviços de comunicação, sistemas de informações de justiça criminal, segurança das instalações etc.)⁹. O financiamento da justiça federal, por sua vez, é feito exclusivamente pelo erário federal¹⁰.

O Brasil, por outro lado, possui um padrão homogêneo de normas estaduais e federais de financiamento dos Poderes e funções, havendo uma significativa simetria de forma e fonte de financiamento¹¹. Ao contrário dos Estados Unidos, o Brasil possui o histórico de uma federação altamente centralizada, cuja concentração de poderes (financeiros e políticos) acentuou-se em períodos ditatoriais e atenuou-se durante períodos democráticos. Embora a concentração de poderes da União tenha sido enfraquecida após a Constituição de 1988, as competências legislativas da União sobressaem-se, deixando pouco espaço legislativo para estados e municípios¹². Estudos empíricos indicam, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal pós-constituição de 1988 não se afastou da tendência centralista de interpretação das competências legislativas da federação brasileira, favorecendo a centralização de competências na União.¹³

No âmbito do financiamento dos poderes, há pouco espaço para inovação: utiliza-se o sistema de duodécimos do art. 168 da Constituição Federal com o apoio das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal e lei federal n. 4.320/64. O poder judiciário estadual é, com poucas exceções, financiado pelo erário estadual, enquanto o poder judiciário federal é financiado pelo erário federal. A norma constitucional brasileira que garante financiamento contínuo dos Poderes de estado e instituições a eles equiparadas está disposta no art. 168 da Constituição Federal de 1988. Segundo a norma:

⁸ Constituição Estadual De Nova Iorque. Artigo VI (*Judiciary*), §29 (*expenses of courts*), itens “c” e “d”.

⁹ Constituição Estadual Da Flórida. Artigo V (*Judiciary*), seção 14 (*funding*), itens “a” e “c”.

¹⁰ Para se ter uma ideia, em 20 de dezembro de 2019, o então presidente Trump sancionou a Lei Orçamentária Anual de 2020, fornecendo ao Judiciário federal 7,49 bilhões de dólares em fundos discricionários para o exercício financeiro de 2020. Fonte: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Relatório do financiamento do Poder Judiciário Federal norte americano em 2019. *Funding/Budget – Annual Report 2019*.

¹¹ MASCARENHAS, Caio. Notas sobre o federalismo fiscal, o federalismo competitivo e a constituição financeira no Brasil. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, v. 3, n. 3, 2020.

¹² SOUZA, Celina. Brazil (Federative Republic of Brazil) - Federalism After Centralization and New Constitutions. In: Ann Griffiths, Rupak Chattopadhyay, John Light, Carl Stieren (editors) - *The Forum of Federations Handbook of Federal Countries*. Cham: Palgrave Macmillan, 2020, p. 86.

¹³ NUNES, Alynne Nayara Ferreira; SCHLOBACH, Rafael Viotti. A extensão do poder constituinte estadual no STF: a jurisprudência da Corte no período militar (1964-85). *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 3, p. 185-220, 2019.

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhe-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

Ressalta-se que duodécimos não são transferências intergovernamentais, porquanto estas ocorrem dentro das relações financeiras do federalismo fiscal. Duodécimos ocorrem entre órgãos e poderes de um mesmo ente federativo, configurando repasses de recursos dentro do orçamento da pessoa jurídica de direito público¹⁴.

A norma do art. 168 configura disciplina única que deverá ser seguida por todos os entes da federação brasileira. O comando do art. 168 da CF visa impedir não somente que o Poder Executivo frustre a sua eficácia, mas também evita que os Estados-membros da Federação estabeleçam regras diferentes. A norma do art. 168 estabelece ser o Poder Executivo o condutor do processo de execução orçamentária, mas o impede de retardar a entrega dos recursos aos demais poderes. A hipertrofia de poderes financeiros do chefe do executivo tornaria os outros poderes dependentes dele, haja vista o controle que exerceria sobre a entrega dos recursos financeiros.¹⁵

2. Duodécimos e contingenciamento orçamentário (*caput* e § 3º do art. 9º da LRF): A ADI n. 2.238/DF e a prevalência da autonomia financeira

Os chamados “duodécimos” dizem respeito ao repasse mensal da receita prevista na Lei Orçamentária Anual para cobrir os gastos de determinada instituição. Segundo Ricardo Lobo Torres, o repasse mensal previsto na Constituição de 1988 substituiu o repasse trimestral previsto na Constituição de 1967 e passa a incluir outras instituições, a exemplo do Ministério Público:

A Constituição de 1988 preocupou-se com a descentralização administrativa e financeira. Depois de haver estabelecido a descentralização vertical (entre União, Estados e Municípios) de tributos e despesas públicas, cuidou da descentralização horizontal (entre os Poderes da União), prevendo a participação do Judiciário (art. 99) e do Ministério Público (art. 178) na elaboração da proposta orçamentária e a entrega, a eles e ao Legislativo, das dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais. A outra novidade foi a inclusão do Ministério Público no

¹⁴ MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, 2021, p. 106.

¹⁵ CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 112-113.

mesmo tratamento dispensado aos Poderes do Estado, o que, se o não transforma em 4º Poder, pelo menos lhe dilarga a autonomia e independência. As parcelas, agora, serão entregues mensalmente, e não mais no início de cada trimestre. Mas a matéria carece da disciplina de lei complementar.¹⁶

O sistema de duodécimos não pode ser visto como mera divisão da previsão anual em doze partes iguais para cada um dos meses do ano (ou seja, 1/12 da receita fiscal), porquanto não corresponderia sempre à realidade. É comum que haja oscilação no fluxo de receita, assim como mudanças nas necessidades de despesa, que podem ser diferentes no transcorrer do exercício financeiro¹⁷. A falta do repasse desses recursos constitui, até mesmo, pressuposto ensejador da intervenção, nos termos dos arts. 34, IV, e 36, I, da CF, uma vez que a falta deles impede o Poder Judiciário de se desincumbir de suas funções constitucionais¹⁸.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF 101/2000) disciplina os procedimentos a serem seguidos para lidar com a oscilação no fluxo de receita no âmbito da Administração Pública. O art. 4º, parágrafo 1º, da LRF disciplinou as metas de arrecadação, segundo o qual “integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas [...]”. Aprovada a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), o Poder Executivo analisa e normatiza sobre as metas de arrecadação impostas para o exercício financeiro subsequente.

O artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que, em até trinta dias após a publicação dos orçamentos (lei orçamentária anual), deve o Poder Executivo estabelecer a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso. Conquanto o dispositivo da LRF faça menção apenas ao Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública também devem publicar cronogramas de desembolso se as leis de diretrizes orçamentárias assim determinarem.¹⁹

Uma das hipóteses de necessidade de contenção de gastos está previsto no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal e seus 3 primeiros parágrafos, cujo texto descreve o procedimento a ser seguido pelos agentes políticos. Cita-se a norma:

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

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Comentários aos artigos 165 ao 169. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 3261.

¹⁷ CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 102.

¹⁸ *Ibid*, p. 114.

¹⁹ OLIVEIRA, Weder de. Curso de Responsabilidade Fiscal. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 722.

diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias. (Redação dada pela Lei Complementar nº 177, de 2021)

§ 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...].

Percebe-se que o *caput* do art. 9º cuida do procedimento de readequação financeira a ser realizado por todos os Poderes, Ministério Público e Defensoria Pública (após as ECs 45/04 e 74/13) no caso de a receita realizada não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal. O procedimento de readequação resume-se em limitação de empenho e movimentação financeira conforme critérios previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). As normas previstas nos três parágrafos seguintes (§1º, §2º e §3º) cuidam respectivamente dos ritos a serem observados: 1) no caso de reestabelecimento da receita prevista; 2) nas despesas que não podem ser objeto de limitação de empenho; e 3) no caso de recalcitrância dos demais chefes de Poderes em realizar a limitação de empenho.

Ressalta-se que o procedimento previsto no art. 9º busca reestabelecer o equilíbrio orçamentário. Em razão de inúmeros fatores econômicos, o ingresso de receitas nem sempre equivale ao valor previsto no orçamento, podendo haver frustração na arrecadação prevista. Levando em conta que nem sempre é possível recorrer ao crédito público para obter os recursos necessários (por inúmeras razões), é plausível a possibilidade de redução das despesas como um mecanismo adequado para manter o equilíbrio das contas e evitar desajustes de caixa.²⁰ No caso, a redução é feita pela limitação do empenho²¹.

Weder de Oliveira ensina que a operacionalização da limitação de empenho e movimentação financeira – disciplinada na LDO – deve tratar de questões como: definição de critérios para repartição do esforço governamental de limitação orçamentária e financeira entre os Poderes; e estabelecimento de critérios de distribuição do montante global da limitação orçamentária por órgãos, programas e ações. Limitação de empenho (ou contingenciamento) representa a imposição transitória, e periodicamente revista, de sublimites para o uso das autorizações de gasto em compatibilidade com a meta fiscal definida para o exercício. Não há

²⁰ CONTI, José Mauricio. A autonomia financeira do poder judiciário. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 107.

²¹ Empenho da despesa é, segundo o art. 58 da Lei n. 4.320/64, “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

propriamente uma redução de dotações, mas sim limitação temporária ao empenho. Num primeiro momento em que for necessária a limitação de empenho (*caput* do art. 9º), caberá ao Poder Executivo somente definir o montante e efetuar o cálculo do valor que os demais Poderes e instituições deverão limitar. Informado o montante calculado conforme as regras definidas na LDO, a edição do ato de limitação compete ao dirigente máximo de cada instituição.²²

O §1º do art. 9º da LRF trata da “recomposição das dotações” que, na prática, diz respeito ao procedimento pelo qual a parcela das dotações não passível de empenho (cuja utilização está bloqueada) será reduzida quando houver restabelecimento da receita prevista. O §1º estabelece que, no caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a redução da limitação de empenho dar-se-á de forma proporcional às limitações efetivadas²³. Ressalta-se que limitação de empenho é uma medida transitória, cominada para evitar o desequilíbrio orçamentário circunstancial – daí o motivo para a norma do § 1º do art. 9º.

O §2º do art. 9º da LRF, por sua vez, impede que a limitação de empenho recaia sobre determinadas despesas, notadamente: 1) obrigações constitucionais e legais do ente; 2) as destinadas ao pagamento do serviço da dívida; 3) as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias; e 4) as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade (esta última foi introduzida pela Lei Complementar nº 177/ 2021). Tais despesas são de execução obrigatória, não podendo deixar de ser executadas por decisão de natureza valorativa do gestor²⁴.

O §3º do art. 9º da LRF diz respeito ao aspecto mais sensível à autonomia financeira dos Poderes e instituições: saber se, no caso de inércia dos demais Poderes e do Ministério Público, a possibilidade de o Poder Executivo isoladamente proceder à limitação total de empenho e de movimentação financeira a que se refere o art. 9º ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Na ADI 2238/DF, tal dispositivo foi suspenso cautelarmente logo após a promulgação da LRF em 2000 e julgado inconstitucional definitivamente quase 20 anos depois. O caso diz respeito ao conflito entre a autonomia financeira dos Poderes e a aplicação de uma norma de responsabilidade fiscal.

Uma dificuldade em relação à análise do §3º do art. 9º da LRF é que nunca se negou a constitucionalidade do dever de cooperação dos poderes no reequilíbrio de contas estabelecido

²² OLIVEIRA, Weder de. Curso de Responsabilidade Fiscal. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 743-744.

²³ *Ibid*, p. 754-755.

²⁴ *Ibid*, p. 761. Essas exceções existem por inúmeras razões e são consequência de “escolhas políticas muitas vezes efêmeras, que se mostram vinculadas às ações de governo para aquele exercício financeiro, para períodos por vezes mais extensos, ou ainda para projetos específicos”. CONTI, José Mauricio. A autonomia financeira do poder judiciário. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 109.

no *caput* do art. 9º da LRF. Os que defendem a prerrogativa do Poder Executivo de executar isoladamente a limitação do empenho justificam tal poder como mera extensão lógica do *caput* do art. 9º, sem que isso viole a separação de poderes. Os que são contra tal poder citam a hipertrofia de um Poder em desfavor dos demais, comprometendo a atividade dos demais poderes. Inicialmente, essa perspectiva de o §3º ser uma extensão lógica do *caput* do art. 9º da LRF foi adotada pelo relator da Adin 2238/DF, Ministro Ilmar Galvão:

Segundo a inicial, ocorre, aí, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, ao amparo da norma do art. 60, §4º. O mal entendido é patente. O que se tem não é interferência do Poder Executivo nos outros Poderes, mas providência destinada a prevenir os efeitos de inobservância de limites estabelecido na lei de diretrizes orçamentária, pelos meios suscetíveis de ser utilizados pelo primeiro, ou seja, a limitação dos valores financeiros. [...] De indeferir-se, no caso, a medida cautelar.

Durante o julgamento da medida cautelar da ADI 2238/DF, no entanto, a discussão se redirecionou para a inconstitucionalidade com base na violação da separação de poderes. Prevaleceu a interpretação de que o Poder Executivo estaria invadindo a sua competência constitucional ao suprir a omissão dos demais Poderes em fazer a limitação de empenho. No tocante à autonomia financeira de cada ramo de poder, o Ministro Sepúlveda Pertence defendia que “nenhum Poder será juiz do outro”.

No sentido de o §3º do art. 9º ser um mero instrumento para fortalecer o equilíbrio de contas, encontra-se Weder de Oliveira. Segundo o autor, o reforço do §3º é legítimo, mas foi abordado de forma equivocada. O dispositivo não deveria ter assumido viés de sanção, mas de regulação do art. 168 da CF. O autor propõe o seguinte texto: “sendo definido o montante a ser limitado, na forma estipulada na lei de diretrizes orçamentárias, os valores dos repasses financeiros a serem efetivados às instituições autônomas serão, até nova avaliação bimestral, reduzidos no mesmo montante”.²⁵

Há ainda a linha doutrinária que entende que o §3º do art. 9º da LRF viola a separação de poderes. Em primeiro lugar, viola-se a Constituição porquanto há uma contradição entre as diversas exceções à limitação de empenho inscritas no art. 9º, § 2º, da LRF e a possibilidade do §3º do art. 9º da LRF²⁶. Em segundo, cuida-se de norma inválida porque a possibilidade de o Poder Executivo unilateralmente limitar valores financeiros evidencia

²⁵ OLIVEIRA, Weder de. Curso de Responsabilidade Fiscal. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 774.

²⁶ “Não é aceitável que se possam considerar insuscetíveis de limitação de empenho por parte do Poder Executivo as diversas despesas a que se refere o art. 9º, § 2º, da LRF e, ao mesmo tempo, permitir que essa limitação efetue-se em relação às despesas do Poder Judiciário, protegidas pela autonomia financeira e pelo princípio da separação dos poderes. Do exposto, é forçoso concluir que, no sistema constitucional vigente, não é possível haver limitação de empenho de despesas do Poder Judiciário”. Fonte: CONTI, José Mauricio. A autonomia financeira do poder judiciário. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 109-110.

indevida intromissão de um Poder na autonomia financeira dos demais, violando o princípio da separação de poderes²⁷.

Essa mesma divisão de entendimentos ocorreu quando do julgamento do mérito da ADI 2238-5/DF. De forma distinta da votação unânime da medida cautelar que suspendeu o §3º do art. 9º da LRF em 2000 (e com uma composição de ministros diferente²⁸), o mérito foi julgado pelo STF com o placar apertado de 6x5 pela inconstitucionalidade de tal dispositivo.

No caso, foram vencidos os ministros Dias Toffoli (presidente), Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que a julgavam parcialmente procedente para fixar interpretação conforme, no sentido de que a limitação dos valores financeiros pelo Executivo, prevista no § 3º do art. 9º, “dar-se-á no limite do orçamento realizado no ente federativo respectivo e observada a exigência de desconto linear e uniforme da Receita Corrente Líquida prevista na Lei Orçamentária”. Essa linha de entendimento também previa a possibilidade de arresto nas contas do ente federativo respectivo no caso de desrespeito à regra do art. 168 da Constituição Federal. Os 6 votos vencedores – Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski – fixaram a seguinte tese, nos termos do voto relator (trecho da ementa do acórdão):

A norma estabelecida no § 3º do referido art. 9º da LRF, entretanto, não guardou pertinência com o modelo de freios e contrapesos estabelecido constitucionalmente para assegurar o exercício responsável da autonomia financeira por parte dos Poderes Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, ao estabelecer inconstitucional hierarquização subserviente em relação ao Executivo, permitindo que, unilateralmente, limitasse os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias no caso daqueles poderes e instituição não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput. A defesa de um Estado Democrático de Direito exige o afastamento de normas legais que repudiam o sistema de organização liberal, em especial na presente hipótese, o desrespeito à separação das funções do poder e suas autonomias constitucionais, em especial quando há expressa previsão constitucional de autonomia financeira.

²⁷ Benjamim Zymler, na mesma linha, entende que a possibilidade de o Poder Executivo unilateralmente limitar valores financeiros evidencia indevida intromissão de um Poder na autonomia dos demais, mesmo que esta faculdade do Executivo encontre limites nos critérios estabelecidos na própria Lei de Diretrizes Orçamentárias. De acordo com Zymler, o método utilizado pela Constituição Federal para obrigar os agentes políticos a agirem de determinada forma foi o de tipificar certas condutas como crime de responsabilidade, punível com a perda do cargo e outras sanções acessórias. ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 134.

²⁸ Ressalta-se que, da composição original do STF que julgou a medida cautelar em 2000, somente os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio ainda estavam na Suprema Corte quando do julgamento do mérito da ADI em 2020. Uma curiosidade: o ministro Marco Aurélio, que inicialmente votara pela suspensão do §3º do art. 9º da LRF na medida cautelar, mudou seu posicionamento e votou pela constitucionalidade do mesmo dispositivo quando do julgamento do mérito.

Sem a prerrogativa conferida ao Poder Executivo no §3º do art. 9º da LRF, restam apenas medidas repressivas oriundas do direito sancionatório financeiro. A primeira sanção a ser mencionada é a tipificação da recusa em proceder a limitação de empenho como crime de responsabilidade por atentado à lei orçamentária (art. 4º, VI, da lei n. 1.079/50). Outra sanção diz respeito à multa por infração administrativa prevista no art. 5º, III, da lei federal n. 10.028/2000²⁹. Neste último caso, o Tribunal de Contas é quem processa e julga a infração administrativa contra as leis de finanças públicas. Isso sem prejuízo de outras sanções no âmbito civil, penal e administrativo³⁰.

O julgamento da ADI 2238/DF dá uma falsa impressão de que é impossível uma coerção financeira externa para que o chefe do Poder ou instituição faltosa proceda os ajustes necessários em suas despesas para obter o reequilíbrio de contas. Por que seria uma “falsa impressão”? O problema não é o remédio (a limitação de empenho, no caso), mas quem pode impor o remédio. Os limites da autonomia financeira dos Poderes são discutidos em três precedentes do STF: o Mandado de Segurança n. 31671/RN, o Mandado de Segurança n. 34483/RJ e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 405/RJ.

3. Quem é o “poder moderador” das finanças estaduais? Os limites da autonomia financeira segundo o STF (MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ).

Poder Moderador é um poder que, formalmente, somente existiu no Brasil durante a Constituição de 1824 na figura do Imperador. No contexto da teoria clássica da divisão dos poderes, acrescenta-se um quarto poder, o Poder Neutro, destinado ao monarca. Funda-se na ideia de que a monarquia constitucional era a melhor forma de governo. Individualizando o Poder Neutro, o Poder Moderador deve ser uma espécie de poder judiciário entre os demais poderes, representando a chave de toda a organização política. Um poder que, como sentinela da liberdade e direito dos povos, inspeciona e contrabalança todos os demais poderes, para

²⁹ Segundo a norma: “Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: [...]III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; [...]. § 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal”.

³⁰ Cita-se trecho do voto do Alexandre de Moraes na ADI 2238/DF que aponta para outros tipos de responsabilização:” Ressalte-se, portanto, que eventual descumprimento das normas de responsabilidade fiscal pelos gestores judiciários e do Ministério Público permitirá, além da responsabilização civil, penal e por improbidade, também a responsabilização disciplinar, a partir, inclusive, de encaminhamento pelo próprio chefe do Executivo de representação ao CNJ e CNMP, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis e da atuação dos Tribunais de Contas”.

que se contenham nos limites marcados por sua mesma natureza e não se tornem danosos à nação³¹.

Para fins do presente tópico, faz-se essa analogia para responder a seguinte questão: Quem é o “Poder neutro” que poderia resolver os conflitos orçamentários entre os Poderes e instituições estaduais? Quem seria esse “terceiro”, considerando que não pode ser o Poder executivo (ADI 2238/DF)? Essa discussão sobre quem seria o “terceiro” que supriria a omissão do Poder que não faz a autolimitação de gastos encontrou-se presente na discussão do MS 34483/RJ entre os ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): É porque, o que há? Existe, pela lei, a obrigação da autolimitação. Se o próprio Poder não faz essa autolimitação, quem seria o terceiro, na medida em que está suspenso o § 3º do art. 9º? Esse terceiro seria o Poder Executivo, mas, com essa suspensão, quem seria esse terceiro que faria essa arbitragem?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu penso que, nesse caso, sequer se poderia imaginar a necessidade de um terceiro. A discussão, no fundo, é saber qual é a base de cálculo para o cálculo do duodécimo; se é o valor orçado, projetado; ou se é o valor efetivamente...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, Ministro, essa discussão é interessantíssima - e, na essência, estou concordando com Vossas Excelências -, eu só estou imaginando, e reflito em voz alta, primeiramente, esse corte tem que ser igual para todos os Poderes e todos os órgãos da Administração Pública, Direta e Indireta, etc. Esse é um aspecto que me preocupa. Outro aspecto é a unilateralidade da fixação deste quantum. Eu não sei se não seria, talvez, o Tribunal de Contas o órgão apropriado, isento e técnico para estabelecer este valor: quanto é que foi o decréscimo na receita esperada. Porque, o Executivo alegar; aí é a palavra do Executivo contra, enfim, eventualmente...

Embora o ministro Teori Zavascki tenha tentado deslocar a discussão para mera fixação de base de cálculo dos duodécimos, os ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski compreenderam a existência de um problema: se não pode ser o Poder Executivo, quem é o árbitro do conflito orçamentário quando todos os demais Poderes são diretamente interessados? Nunca se respondeu expressamente essa pergunta durante as discussões do STF sobre duodécimos.

Não é permitido ao Poder Executivo proceder isoladamente a limitação de valores conforme o §3º do art. 9º, mas precedentes do Supremo – Mandados de Segurança 31671/RN e 34483/RJ – já permitiram a redução proporcional dos duodécimos em dois casos de queda da arrecadação da receita estadual combinada com a recalcitrância dos outros Poderes em promover a limitação de gastos. Vanice do Valle explica que esses dois precedentes

³¹ VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria e prática do Poder Moderador. Revista de Ciência Política, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

promoveram a conciliação entre “os repasses duodecimais assegurados a cada qual dos Poderes e órgão revestidos de autonomia financeira, e o comportamento real dos ingressos, autorizando procedesse o Executivo à dedução do percentual apontado de frustração de arrecadação”³².

Ressalta-se que os mandados de segurança 31671/RN MC (julg. 09/10/2013) e 34483/RJ MC (julg. 22/11/2016) foram impetrados pelos Tribunais de Justiça dos respectivos estados contra o atraso no repasse de duodécimos efetuado pelos Poderes Executivos correspondentes. Nos dois casos, a segurança foi concedida parcialmente para fixar o direito dos Tribunais de Justiça ao recebimento, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias. No entanto, facultou-se ao Poder Executivo proceder ao desconto uniforme no repasse de duodécimos conforme a queda de arrecadação estadual nesses dois julgados. No caso do Rio de Janeiro, a Segunda Turma do STF facultou ao Poder Executivo o desconto de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da Receita Corrente Líquida prevista na Lei Orçamentária em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos. No caso do Rio Grande do Norte, o plenário do Supremo autorizou liminarmente o desconto de 10,74% a ser efetuado pelo Poder Executivo. As duas votações se deram de forma unânime e até ministros que julgaram inconstitucional o §3º do art. 9º da LRF foram favoráveis à redução proporcional do valor dos duodécimos³³.

Adverte-se que esses dois últimos precedentes superaram jurisprudência do STF fixada nos anos 90 no sentido de que o valor dos duodécimos deve ser repassado conforme a receita prevista e não a efetivamente arrecadada, independente do fluxo de receita (Precedentes: MS nºs 21.450/MT, ADI 1.156 MC, 22.384/GO e 23.267/SC).

Quando do julgamento do MS 21.450, por exemplo, o Ministro relator Octávio Gallotti consignou expressamente que o Poder Judiciário teria uma prioridade orçamentária (e não mera equidade) perante os demais Poderes de estado. Segundo o ministro, com o escopo de garantir a separação de poderes e evitar a tirania do Poder Executivo, haveria uma “distribuição prioritária (não somente equitativa, como supõe o Governador), de verdadeira e efetiva primazia na destinação da receita para as dotações do Poder Judiciário”³⁴. Não se ignorou, nesse julgamento, a possibilidade de inexistirem recursos para cumprir o art. 168 na íntegra, mas, em tais casos, “cabará ao Executivo provar cabalmente tais fatos, bem como que

³² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 4, n. 1, Abril de 2017, p. 246.

³³ Notadamente: Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carmén Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux. O ministro Alexandre de Moraes somente foi nomeado como ministro do STF em 2017, após os dois julgamentos.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21.450-3/MT*, j. 8.4.1992, rel. Min. Octávio Gallotti. RDA 189/306 e RTJ 140/818.

derivam de causas estranhas à conduta de seus próprios agentes, para se eximir da responsabilidade”.

Esse ônus da prova do Executivo de demonstrar que não é responsável pela queda da arrecadação foi rejeitado expressamente pelo STF no MS 34483 MC/RJ³⁵. Entendeu o STF que a exigência de repasse integral dos recursos financeiros projetados na lei orçamentária para Poderes e órgãos autônomos “não é o meio adequado para se proceder ao sancionamento de eventual ilegalidade perpetrada pelo Poder Executivo respectivo nos atos de governo e de gestão de sua responsabilidade”. Entendeu-se que esses atos devem ser submetidos à avaliação nas esferas adequadas e perante os órgãos competentes para seu conhecimento e eventual sancionamento dos responsáveis.

Arrisca-se dizer que a medida autorizada pelo Supremo Tribunal Federal nos MS 31671/RN e 34483/RJ é mais drástica que aquela do inconstitucional §3º do art. 9º da LRF. Explica-se: a redução de repasses imposta pelo Poder Executivo do §3º do art. 9º da LRF era limitada pelo §2º do art. 9º – a limitação de empenho não poderia, por exemplo, recair sobre despesas de pessoal. Isto não pode ser dito em relação à redução proporcional de duodécimos.

Ao contrário do Poder Executivo, os outros ramos de Poder e instituições possuem capacidade orçamentária limitada para lidar com seus gastos. Weder de Oliveira esclarece que a possibilidade de efetivar limitações de empenho de dotações para atividades das demais instituições é muito menor do que no Poder Executivo. Em todos os Poderes, as despesas contingenciáveis por excelência têm sido as despesas com investimentos (projetos)³⁶. Não raro, o Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas possuem orçamentos quase que unicamente voltados para pagamento de pessoal³⁷.

Para entender melhor a relação entre essa redução proporcional dos duodécimos

³⁵ Segundo o voto relator do MS 34483 MC/RJ, o TJ-RJ alegava o seguinte: “[...] a atual conjuntura política, financeira e social do Estado do Rio de Janeiro revela a concessão de benefícios fiscais indiscriminados, sem o necessário estudo de seu impacto e a observância de formalidades legais, não se devendo admitir que os efeitos adversos decorrentes ‘da falta de planejamento na execução orçamentária pelo Poder Executivo’ sejam repassados aos demais Poderes e órgãos autônomos do Estado”.

³⁶ OLIVEIRA, Weder de. Curso de Responsabilidade Fiscal. 2.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 746.

³⁷ Nesse sentido, destaca-se a seguinte fala do ministro Alexandre de Moraes na ADI 2238/DF: “[...] é importante verificar que o Executivo, no Estado, pode gastar até 49% do orçamento com pessoal, sendo que o Executivo é realmente o que mais tem orçamento, até pelo seu gigantismo. Entretanto, de 2000, ano em que foram fixados tais limites, até agora - ou seja, nesses quase 19 anos -, a tendência do Executivo foi de enxugamento da máquina, que vinha inchada tradicionalmente, desde antes da Constituição de 1988. Diferentemente, o Judiciário tem apenas 6% do orçamento para gastar com pessoal. Esse percentual, que foi colocado na lei, foi estabelecido de forma - é o que vamos ver - razoável; mas levando em conta os orçamentos anteriores. Nesses 19 anos, o Poder Judiciário cresceu enormemente em sua atuação, tal qual o Ministério Público, em número de comarcas, sendo que devemos ainda lembrar que, no Executivo, o percentual do orçamento geral para os servidores é muito pequeno. No Judiciário, é de 90%; pois este é quase um Poder de pessoal, de recursos humanos, tal qual o Ministério Público”.

com a dificuldade de pagamento da folha de salários dos Poderes e Instituições, é oportuno fazer uma análise conjunta do MS 34483/RJ com a ADPF 405/RJ no Estado do Rio de Janeiro.

Nos anos de 2016 e 2017, o Estado do Rio de Janeiro passou por situação de grave dificuldade econômica e financeira. Em meio a esse cenário, o Poder Executivo passou a atrasar o repasse dos duodécimos de forma frequente, o que motivou o TJ-RJ impetrar Mandado de Segurança contra tais atrasos. Segundo narra a inicial do MS 34483/RJ ajuizada em 27/10/2016, durante a crise econômica pela qual passava o país, o quadro de desequilíbrio nas finanças do Estado do Rio de Janeiro teria sido particularmente agravado com a consequente redução das receitas tributárias do erário estadual. O desequilíbrio teria sido desencadeado pelos seguintes fatores: 1) mudanças ocorridas no mercado petrolífero mundial; 2) sensível redução na receita dos Royalties da exploração do petróleo; 3) grave crise pela qual passava a Petrobras e toda a sua cadeia de produção; 4) desaceleração da economia. Ante tal situação, informações da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão apontavam projeção de severo déficit para o exercício financeiro de 2017³⁸. Em 22/11/2016, a segurança foi parcialmente concedida para obrigar o repasse tempestivo de duodécimos, mas possibilitando desconto de 19,6% do valor da receita prevista na LOA.

Logo após a publicação desse acórdão, o TJRJ e o Governo do Rio de Janeiro celebraram acordo para permitir a utilização de recursos do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) para o pagamento da folha líquida de novembro de 2016 e do 13º salário dos servidores e magistrados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fixada oportuna e célere restituição com os consectários legais por parte do Tesouro estadual, sob pena de arresto. Definiu-se ainda que o duodécimo devido ao Poder Judiciário, ao longo dos anos de 2016 e 2017, ficaria limitado aos valores necessários para quitar a folha de pagamentos do Poder Judiciário.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 405/RJ, ajuizada meses antes do writ (05/05/2016), relata uma situação de puro caos na gestão financeira do Estado. Ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro, a ação visava suspender inúmeros

³⁸ Conforme o relatório do acórdão do STF no MS 34483/RJ: “Noticia-se que o “Relatório Resumido da Execução Orçamentária – RREO do 5º Bimestre de 2016” revela que o valor realizado pelo Estado do Rio de Janeiro a título de “Receita Corrente Líquida – RCL”, nos últimos doze meses (até outubro de 2016), foi de R\$ 47.178.989.136,00 (quarenta e sete bilhões, cento e setenta e oito milhões, novecentos e oitenta e nove mil e cento e trinta e seis reais), “que é 18,82% [dezoito inteiros e oitenta e dois centésimos por cento] menor que a Receita Corrente Líquida de R\$ 58.113.834.767,00 [cinquenta e oito bilhões, cento e treze milhões, oitocentos e trinta e quatro mil e setecentos e sessenta e sete reais], estimada na Lei Orçamentária Anual de 2016”. Projeta-se, ainda, que a frustração de RCL alcançará, até dezembro/2016, o total de “R\$11,4 bilhões”, que corresponde a 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da RCL prevista na Lei estadual nº 7.210/2016 - que “estima a receita e fixa a despesa do Estado do Rio de Janeiro para o exercício financeiro de 2016”.

bloqueios judiciais nas contas dos Estado por parte de órgãos de primeira e segunda instâncias do TJ-RJ e TRT da 1ª Região – os bloqueios se destinavam à garantia de repasse integral de duodécimos e ao pagamento de servidores públicos e aposentados³⁹.

Não havia preocupação por parte dos magistrados sobre qual seria a fonte de custeio de suas decisões. Os bloqueios recaíam sobre recursos escriturados com vinculação orçamentária específica (saúde e educação, por exemplo) ou vinculados a convênios e operações de crédito, valores de terceiros sob a administração do Poder Executivo e valores constitucionalmente destinados a municípios⁴⁰.

Em 14/6/2017, a medida cautelar da ADPF foi parcialmente concedida para suspender inúmeros bloqueios judiciais nas contas dos Estado por parte de órgãos de primeira e segunda instâncias do TJ-RJ e TRT da 1ª Região que recaíam sobre “recursos escriturados com vinculação orçamentária específica ou vinculados a convênios e operações de crédito, valores de terceiros sob a administração do Poder Executivo e valores constitucionalmente destinados a municípios, devendo, ainda, ser devolvidos os recursos que ainda não tenham sido repassados aos beneficiários dessas decisões judiciais”. Em 18/06/2021, confirmou-se o entendimento da medida cautelar por 9x1, vencido o Ministro Marco Aurélio. Nota-se que a ADPF 405 MC/RJ abrandou o entendimento firmado no MS 21.450/MT, segundo o qual há uma “distribuição prioritária e não somente equitativa” de recursos ao Poder Judiciário. Isto porquanto o colegiado reconheceu valores constitucionais que – ao lado da independência de poderes – devem ser igualmente protegidos pelo orçamento público (saúde, educação, federalismo etc.).

Na prática, portanto, o Supremo funcionou como um “Poder Moderador informal” em conflitos orçamentários entre os ramos de Poderes estaduais – substituindo a figura do Poder

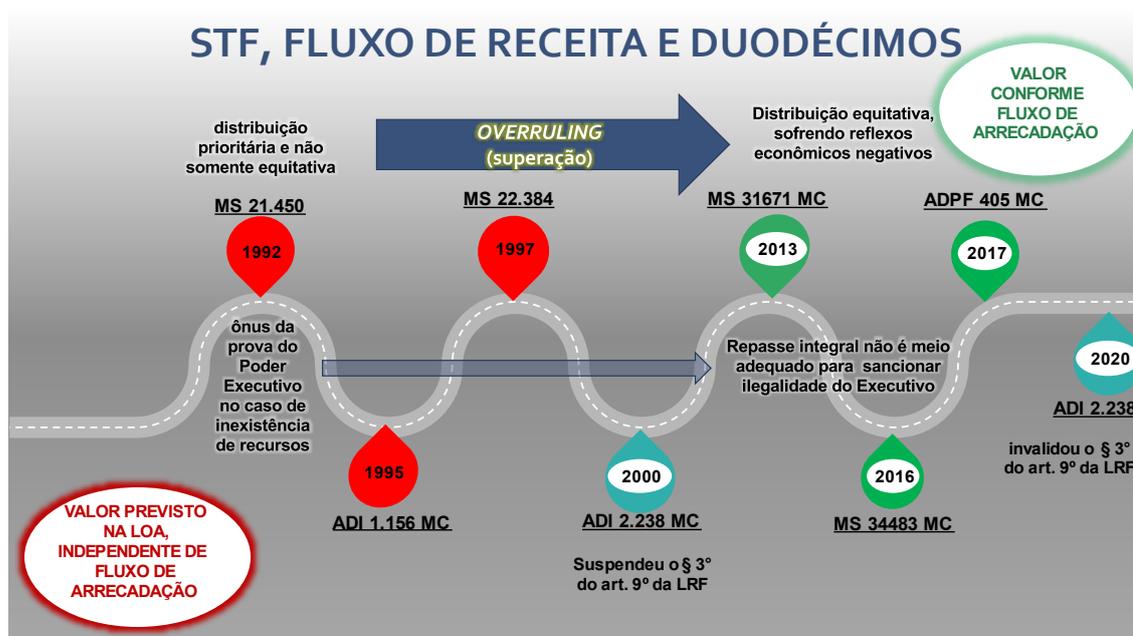
³⁹ Embora tenha sido ajuizada 5 meses antes do mandado de segurança, a ação foi emendada várias vezes. Segundo a decisão, uma série de bloqueios judiciais nas contas do Estado foram efetuadas para pagamento de pessoal, dentre eles: R\$ 1.600.000.000,00 (um bilhão e seiscentos milhões de reais); R\$ 49.211.075,58 (quarenta e nove milhões, duzentos e onze mil, setenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos); R\$ 146.421.219,83, (cento e quarenta e seis milhões, quatrocentos e vinte e um mil, duzentos e dezenove reais e oitenta e três centavos); e R\$ 61.585.849,99 (sessenta e um milhões, quinhentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e nove reais e noventa e nove centavos).

⁴⁰ Uma situação particular descrita no acórdão foi a seguinte: “Particularmente significativo, por exemplo, o “arresto de R\$ 44.891.757,33, deferido nos autos do processo nº 016267-86.2016.8.19.0000, em que a Defensoria Pública do Estado buscou a apropriação de recursos da Conta Única do Tesouro para o pagamento da sua folha de pessoal, fazendo recair a ordem expropriatória sobre verbas escrituradas em favor do Hospital Universitário Pedro Ernesto”. No dia seguinte ao cumprimento da ordem de arresto, a própria Defensoria Pública ajuizou ação para “compelir o Poder Executivo a liberar saldo financeiro ao Hospital Pedro Ernesto no valor de R\$ 3.526.738,20”, no que se assemelha a um arvoramento na competência para determinar as prioridades na alocação dos recursos públicos, à revelia das dotações orçamentárias, além de traduzir remanejamento de recursos entre diferentes categorias de programação”.

Executivo no inconstitucional §3º do art. 9º da LRF. Exercendo o papel intérprete máximo da Constituição, o STF tem agido como um árbitro desinteressado nos conflitos entre o Executivo estadual e os demais poderes e instituições correspondentes, justamente por não depender do financiamento do erário estadual. Em suma: não se permite ao Poder Executivo estadual utilizar da faculdade do §3º do art. 9º da LRF, mas é possível que o Supremo Tribunal Federal ratifique uma redução proporcional dos duodécimos em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Percebe-se que, ao contrário da ADI 2238/DF, o Supremo passou a estabelecer limites para a autonomia financeira dos outros Poderes de estado nos julgamentos do MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ, dando maior deferência à administração financeira exercida pelo Poder Executivo. Veja a linha do tempo:

Figura 1 – Linha do tempo sobre os julgados do STF



Considerando essa variação de deferência entre autonomia financeira dos Poderes e Administração fiscal exercida pelo Poder Executivo, convém analisar empiricamente as posições do STF no passar dos anos. Passa-se então à análise crítica dos julgados do STF em matéria de duodécimos.

4. As restrições orçamentárias e o Supremo como árbitro no “jogo do resgate”: evidências nas decisões de contracautela

A doutrina da “restrição orçamentária” (*budget constraint*) foi desenvolvida pelo economista húngaro Janos Kornai para descrever a possibilidade de as empresas estatais contarem com subsídios do governo para resgatar as suas perdas financeiras em países socialistas⁴¹.

Segundo Kornai, a restrição orçamentária refere-se a uma característica comportamental do tomador de decisão: ele é acostumado a cobrir suas despesas com os rendimentos regularmente recebidos ou pelo aumento do retorno sobre seus ativos. Portanto, ele ajusta seus gastos aos seus recursos financeiros. A restrição orçamentária é baseada nas expectativas quanto à sua situação financeira futura quando ocorrerão as despesas reais.⁴² Dentro dessa linha de raciocínio, o autor trabalha com dois conceitos complementares: a restrição orçamentária flexível (*soft budget constraint*) e a restrição orçamentária rígida (*hard budget constraint*).

A restrição orçamentária flexível (*soft budget constraint*) surge quando a relação estrita entre despesas e receitas foi relaxada, porque o excesso de despesas sobre receitas (déficit orçamentário) será pago por alguma outra instituição. No caso, o tomador de decisão espera tal assistência financeira externa com alta probabilidade e essa probabilidade está firmemente embutida em seu comportamento.⁴³

A restrição orçamentária rígida (*hard budget constraint*), por outro lado, evidencia um limite de gastos que não pode ser excedido sem consequências drásticas. A ênfase está na punição. A restrição orçamentária é rígida se a sua inobservância leva inexoravelmente às consequências trágicas. O que é realmente importante é o efeito psicológico da restrição: com uma restrição orçamentária severa, um déficit causa medo, porque pode levar a consequências extremamente graves. A suavidade-rigidez da restrição orçamentária refere-se aos limites de tolerância externos para perdas. Segundo Janos Kornai, o rigor da restrição orçamentária não é simplesmente uma questão financeira: ele reflete na forma financeira um fenômeno socioeconômico mais profundo.⁴⁴ Por exemplo, um país que excede o seu teto de gastos de forma temerária sofrerá consequências negativas no mercado financeiro, com fuga de investidores e pânico em seu mercado de títulos.

⁴¹ KORNAI, János. *The Socialist System: The Political Economy of Communism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

⁴² KORNAI, János. *The soft budget constraint*. *Kyklos* (international review for social sciences), v. 39, n. 1, 1986, p. 4.

⁴³ *Ibid*, p. 4.

⁴⁴ *Ibid*, p. 8.

O que seria então o resgate (*bailout*)? Cuida-se justamente do ato de intervenção feito por outra instituição para pagar o excesso de despesas sobre receitas (déficit orçamentário) daquele que não consegue arcar com suas obrigações financeiras. Cuida-se, portanto, do elemento objetivo que vai definir a rigidez ou flexibilidade da restrição orçamentária. A doutrina econômica das restrições orçamentárias evoluiu para abranger variadas áreas de estudo como: empréstimos de bancos⁴⁵, privatização⁴⁶ e federalismo fiscal.⁴⁷ O jogo do resgate (*bailout game*) diz respeito à disputa entre agentes e/ou instituições com interesses conflitantes para flexibilizar ou enrijecer as restrições orçamentárias⁴⁸.

4.1 Qual a relação da doutrina da “restrição orçamentária” com o presente trabalho?

Em verdade, a Lei de Responsabilidade nada mais é que um grande instrumento de obtenção de gestão fiscal responsável por meio da previsão de inúmeras normas de restrição orçamentária rígida (*hard budget constraint*). Essa perspectiva já foi inclusive trabalhada por Jonathan Rodden, ao analisar o histórico brasileiro das relações fiscais entre União e Estados entre a década de 80 e os anos 2000, abordando as mudanças na legislação e os resgates financeiros (*bailouts*) efetuados pelo governo federal relativos às dívidas dos estados⁴⁹.

Seguindo uma linha similar, mas abordando a intervenção jurisdicional, Andrea de Quadros Dantas Echeverria estuda as intervenções do Supremo Tribunal Federal nos conflitos fiscais entre União e Estados envolvendo o repasse de verbas, concluindo que a Suprema Corte influencia no jogo de restrições orçamentárias (*bailout game*).⁵⁰

No tocante à autonomia financeira dos Poderes e o repasse de duodécimos, a relação do jogo do resgate com a disputa de duodécimos possui o seguinte desenho:

⁴⁵ KHWAJA, Asim Ijaz; MIAN, Atif. Do lenders favor politically connected firms? Rent provision in an emerging financial market. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 120, n. 4, p. 1371-1411, 2005.

⁴⁶ SHESHINSKI, Eytan; LÓPEZ-CALVA, Luis F. Privatization and its benefits: theory and evidence. *CESifo Economic Studies*, v. 49, n. 3, p. 429-459, 2003.

⁴⁷ RODDEN, Jonathan (2010). *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism* Cambridge: Cambridge, 2010.

⁴⁸ *Ibid*, p. 50-55.

⁴⁹ RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's paradox: the promise and peril of fiscal federalism*. Cambridge University Press: New York, 2006.

⁵⁰ Segunda a autora: “[...] a estatística jurisprudencial indicou que os Estados são vitoriosos em 78% dos conflitos federativos reconhecidos e julgados pelo STF. Analisadas essas duas questões em conjunto, conclui-se que a jurisprudência do STF sobre o conflito direto entre União e Estados possui uma tendência federalista, ao determinar a descentralização de verbas”. ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *O árbitro da federação pode influenciar o jogo do resgate? O impacto da jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos estados brasileiros*. São Paulo; D'Plácido Editora, 2020, p. 346.

1. Nos anos 90, a jurisprudência do STF foi fixada no sentido de que o valor dos duodécimos deve ser repassado conforme a receita prevista e não a efetivamente arrecadada, independente do fluxo de receita (Precedentes: MS n°s 21.450/MT, ADI 1.156 MC, 22.384/GO e 23.267/SC). Exceto pelo Poder Executivo, nada se fala sobre responsabilidade fiscal dos outros Poderes e instituições (ausência de *budget constraint*).
2. Com o advento da Lei Complementar 101 em 2000, passa-se a prever o dever de limitação de empenho do *caput* do art 9º enquanto restrição orçamentária (*budget constraint*) que limita os gastos dos órgãos e poderes.
3. No caso de inércia do chefe de Poder em limitar o empenho (§3º do art. 9º da LRF), o *enforcement* (redução dos valores repassados) realizado pelo Poder Executivo tornaria rígida a restrição orçamentária (*hard budget constraint*).
4. O STF, no julgamento da ADI 2238/DF ocorrido em 2000, afasta liminarmente o *enforcement* do §3º do art. 9º da LRF e flexibiliza a restrição orçamentária (*soft budget constraint*), incentivando o aumento de gastos.
5. A partir de 2013, o STF, no julgamento dos casos MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ, restringe a garantia de autonomia financeira dos Poderes (bloqueios de verbas) e permite a redução proporcional dos duodécimos conforme o fluxo de arrecadação. Apresentou-se uma medida que pode ser mais rígida para os poderes cujos gestores são recalcitrantes que aquela prevista no §3º do art. 9º da LRF (*hard budget constraint*).

Ressalta-se que essa mudança jurisprudencial nos casos MS 31671/RN, MS 34483/RJ e a ADPF 405/RJ acabou afetando as decisões de contracautela julgadas pelo Supremo Tribunal Federal conforme se verá a seguir.

4.2 Metodologia de coleta e análise das decisões da presidência do Supremo em sede de contracautela

Avaliando um universo de decisões sobre duodécimos, o objetivo do levantamento é apontar o grau de deferência do STF à autonomia financeira dos Poderes de estado (e MP, TC e DPE) em detrimento da administração fiscal realizada pelo Poder Executivo. Para tanto, alguns critérios foram escolhidos para analisar os resultados das decisões da presidência em

sede de contracautela.

No caso das decisões em sede de contracautela, a análise não demanda maiores divagações porquanto, para saber o grau de deferência à autonomia financeira, basta saber quem ajuizou o pedido de suspensão perante o STF (Executivo, Legislativo ou Judiciário), o objeto do pedido de suspensão e a decisão do STF.

Previsto em diversas legislações processuais⁵¹, o pedido de suspensão possui uma lógica distinta dos recursos, porquanto não pretende reformar ou anular uma decisão. A legitimidade ativa para o pedido é tão somente da pessoa jurídica de direito público, bem como a autoridade competente para apreciá-lo é o presidente do respectivo tribunal vinculado hierarquicamente ou procedimentalmente à decisão atacada. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o juízo exercido no julgamento do pedido de suspensão possui feição política, possuindo pressupostos específicos relacionados a um juízo destinado a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia⁵². Exatamente por conta de suas características distintas, a decisão do juízo de contracautela pode contribuir para o objeto do presente estudo. Ressalta-se que o instituto possui menos óbices procedimentais (jurisprudência defensiva) que a sistemática dos recursos extraordinários, podendo o presidente considerar dados e provas documentais que não seriam aceitos pela sistemática dos recursos excepcionais⁵³.

O primeiro estágio consistiu em pesquisa de jurisprudência a partir do instrumento de busca do sítio eletrônico do STF,⁵⁴ utilizando-se palavras-chave capazes de fornecer as decisões da presidência em sede de contracautela desejadas (SS, STA, SL etc).⁵⁵

Os critérios de seleção de decisões podem ser divididos nos seguintes: 1) Critério material, pois há uma necessidade de vínculo direto entre o objeto do julgamento e os duodécimos; 2) Critério fásico, porquanto o julgado deve dizer respeito à fase de execução do orçamento e não o seu processo legislativo⁵⁶; 3) Critério institucional, haja vista a necessidade de vínculo direto com o tema de repasses de duodécimos aos Poderes de Estado e instituições equiparadas (MPE, TCE e DPE), evitando litígios envolvendo instituições autônomas distintas

⁵¹ BRASIL. Art. 25 da Lei n. 8.038/90; art. 15 da lei n. 12.016/2009; §1º do art. 12 da lei n. 7.437/85; e art. 4º da lei n. 8.437/92.

⁵² AgInt no REsp 1673891/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, segunda turma, julgado em 27/10/2020, DJe 17/11/2020.

⁵³ Nesse sentido, destaca-se a súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁵⁴ Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>.

⁵⁵ Pesquisas realizadas em 12 fev. 2021.

⁵⁶ O foco, portanto, está na relação entre a receita fiscal e a execução da despesa pública. Buscou-se evitar, portanto, temas correlatos que se focam na fase legislativa do orçamento como: envio de proposta orçamentária por cada Poder ou instituição ao legislativo, dever de participação na discussão da Lei de Diretrizes Orçamentárias etc.

– como é o caso das universidades públicas⁵⁷; e 4) Critério do conflito, para abarcar somente conflitos de interesses político-financeiros entre o Poder Executivo e os demais Poderes e instituições.

Para localizar decisões da presidência em sede de contracautela (SS, STA, SL etc) relativas ao art. 168 da CF/88, foi selecionado, no item "Legislação" do campo de busca, "Constituição Federal 1988" e, no campo "ART", o art. 168, o que resultou na palavra-chave "CF-1988 mesmo ART-00168", com o filtro “decisões monocráticas – decisões da presidência”, filtrando ainda pelas classes “SS”, “SL” e “STP” – resultaram dessa pesquisa 34 decisões, das quais 8 foram rejeitadas. Da mesma forma, pesquisou-se a palavra “duodécimos” no item “Pesquisa em todos os campos” ", com o filtro “decisões monocráticas – decisões da presidência”, filtrando ainda pelas classes “SS”, “SL”, “STA” e “STP” – resultaram dessa pesquisa 82 decisões, das quais 43 foram rejeitadas. Retirando as decisões em duplicidade, foram encontradas 42 decisões no total⁵⁸.

4.3 Discussão de resultados

No tocante aos resultados encontrados, das 42 decisões encontradas: 21 dizem respeito à conflitos orçamentários entre entes estaduais⁵⁹ e 21 dizem respeito aos conflitos orçamentários entre entes municipais⁶⁰. Em relação às partes requerentes, 40 suspensões foram requeridas pelo Poder Executivo (estadual ou municipal) e somente 2 foram requeridas por outros Poderes (Legislativo municipal somente)⁶¹.

Esclarece-se que a ausência da União é justificada. Na União, a cooperação política entre Poderes e Instituições (exigida pelo *caput* do art. 9º da LRF) tem sido obtida nos últimos

⁵⁷ Isso acabou excluindo os seguintes julgados que tratam de duodécimos de universidades estaduais: SS 5242 AgR, SS 5242 e STP 33.

⁵⁸ SS 1708/AL, SS 2196/SC, SS 1943/RJ, SS 1921/AP, SS 5268 MC/AL, SS 5356/AL (8/6/2020), SS 5356/AL (10/3/2020), SS 5288/MA, SS 5432/AL, SS 5437/AL, SS 2110/AM, SS 1329/AP, SL 575/AP, SL 652/AP, SL 653 MC/AP, SL 744/AP, SL 802/AP, SL 844/AP, SS 2676/AP, SS 4542 MC/AP, SS 5360 MC/CE, SL 244/MA, SS 4315/MA, STA 479/PA, SL 551 MC/PB, SS 4285/PB, SS 4289/PE, SS 4280/SE, SS 4308/TO, SS 4317/PE, SS 4359/PE, SS 3037/PR, SS 5125/RJ, SS 4818 MC/RN, SS 4992/RN, SS 5157 MC/RN, SS 3195/RO, SS 5252/RR, SS 5253/RR, SS 5261 MC/RR, SS 5152/RR, SS 5152/RR. Observação: o caso SS 5356/AL se repete porquanto uma decisão foi o aditamento da decisão anterior, conforme §8º do art. 4º da lei federal 8.437/92.

⁵⁹ SS 1708/AL, SS 1921/AP, SS 1329/AP, SL 575/AP, SL 652/AP, SL 653 MC/AP, SL 744/AP, SL 802/AP, SL 844/AP, SS 2676/AP, SL 244/MA, SS 5125/RJ, SS 4818 MC/RN, SS 4992/RN, SS 5157 MC/RN, SS 3195/RO, SS 5252/RR, SS 5253/RR, SS 5261 MC/RR, SS 5152/RR e SS 5152/RR.

⁶⁰ SS 2196/SC, SS 1943/RJ, SS 5268 MC/AL, SS 5356/AL, SS 5356/AL, SS 5288/MA, SS 5432/AL, SS 5437/AL, SS 2110/AM, SS 4542 MC/AP, SS 5360 MC/CE, SS 4315/MA, STA 479/PA, SL 551 MC/PB, SS 4285/PB, SS 4289/PE, SS 4280/SE, SS 4308/TO, SS 4317/PE, SS 4359/PE e SS 3037/PR.

⁶¹ SS 5288/MA, cujo requerente foi a Câmara municipal de Codó/MA, e SS 4359 – PE, que foi requerida pela Câmara Municipal de São Lourenço da Mata/PE.

anos. Dentro de suas esferas de competência, cada Poder e instituição decide quais ações ou programas serão limitados e, em cada caso, em que proporção isso será feito. A inaplicabilidade do §3º do art. 9º da LRF não tem sido um problema no âmbito das finanças federais.

Até o presente momento, não se noticiou na União qualquer recusa por parte do Congresso, dos Tribunais do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas, do Ministério Público nem da Defensoria em contingenciar suas despesas quando necessário. Só para se ter uma ideia, o Poder Judiciário da União limitou o empenho de 217 milhões de reais em 2007.⁶² O Senado Federal, por sua vez, limitou o empenho de R\$ 340.377,00 no terceiro bimestre de 2019⁶³. Não se nota, ainda, descumprimento do dever de o Poder Executivo Federal repassar mensalmente os duodécimos dos demais poderes e instituições⁶⁴.

Ao concentrar cerca de 70% da receita fiscal⁶⁵, poder-se-ia argumentar que a União se encontra em posição mais confortável no federalismo fiscal brasileiro e conseqüentemente consegue realizar suas despesas de forma mais tranquila, mas a questão não se limita a isso. Embora a União possua maior capacidade de obtenção de receita, realização de despesas e endividamento público que os entes subnacionais⁶⁶, é um fato notório que seus órgãos têm sido mais cooperativos entre si e diligentes com o cumprimento das normas de responsabilidade fiscal.

Qual era o conteúdo das decisões submetidas ao poder de contracautela do STF? O conteúdo das decisões eram: comandos de repasses tempestivos de duodécimos; determinações

⁶² Cuida-se da Portaria Conjunta nº 2, de 29 março de 2007, que limitou o empenho e movimentação financeira de R\$ 217.752.212,00 ante a frustração da receita correspondente a R\$ 4,7 bilhões. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/PORTARIACONJUNTAGP002-2007.PDF>. Acesso em: 31/01/2021.

⁶³ Ato da Diretoria-Geral do Senado Federal nº 10, de 23/07/2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/orcamento-e-financas/demonstrativos-oficiais/limitacao-de-empenho-e-movimentacao-financeira-2019>. Acesso em: 31/01/2021.

⁶⁴ Na ACO 2/DF, ajuizada contra omissão da União no implemento definitivo da Defensoria Pública da União (DPU), o STF reconheceu que os duodécimos estavam sendo repassados de forma tempestiva e julgou improcedente o pedido. Um dos argumentos acolhidos pelo STF foi o seguinte: “a DPU tem recebido de forma regular os repasses do duodécimo orçamentário federal, conforme previsto pela Constituição, após a promulgação da Emenda nº 74 (...). ‘A análise dos valores demonstra o enorme incremento das receitas da instituição neste período, chegando, em 2014, a quase seis vezes o valor aprovado em 2006’, e que ‘[o] atual número de Defensores Federais é 20% superior ao total de cargos existentes em 2008’”.

⁶⁵ Em 2012, por exemplo, a União concentrou 68,8% dos recursos da federação e 48,5% dos gastos, contra 25% (recursos) e 28% (gastos) nos Estados e 6,1% (recursos) e 22,9% (gastos) nos Municípios. Fonte: PORTO, Alberto; PINEDA MANNHEIM, C.; EGUINO, Huáscar. Descentralización y autonomía fiscal subnacional en América Latina: Panorama comparado de Brasil, Colombia, México y Perú. Banco Interamericano del Desarrollo, v. 55, 2018, p. 13.

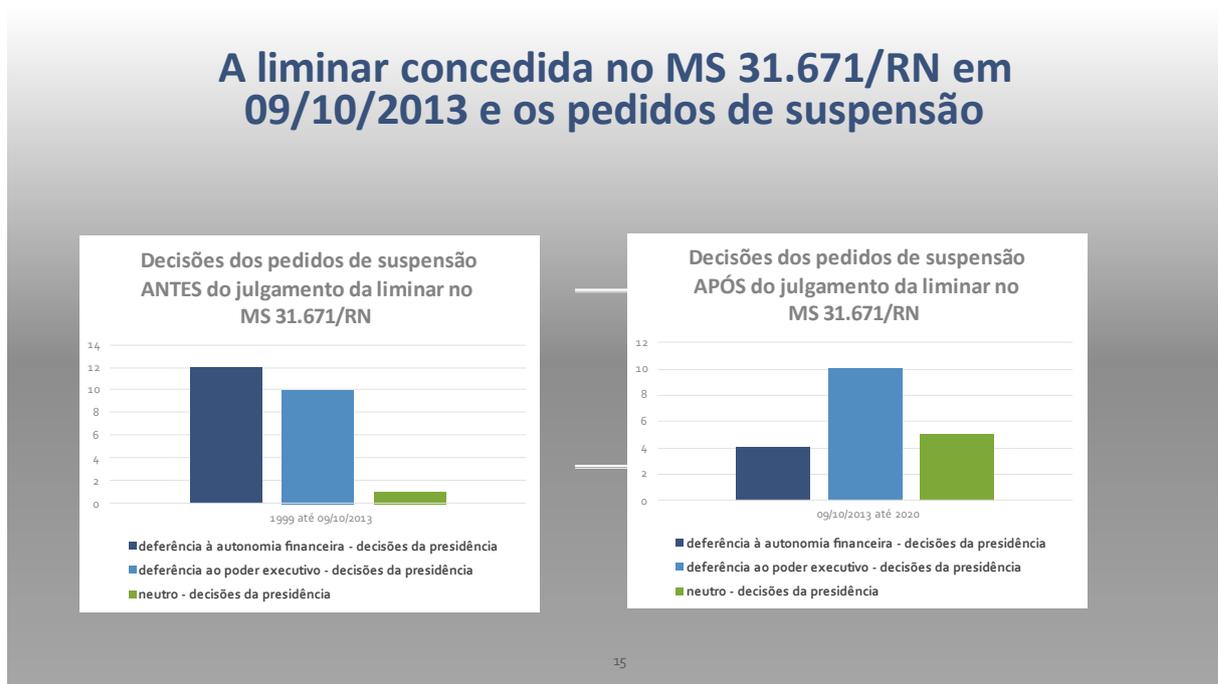
⁶⁶ Essa hipertrofia dos poderes da União em finanças públicas é explicitado também pela competência da União para determinar normas gerais sobre Direito Financeiro e orçamento. Conforme o artigo 24 da Constituição Federal: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II – orçamento; (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

de repasses integrais de duodécimos considerando a receita prevista e não a efetivamente arrecadada; condenações de complementação de duodécimos; ordens de bloqueio de valores para quitação de duodécimos não pagos; e suspensões de tetos de repasse para o Legislativo municipal (art. 29-A da CF).

Sobre o grau de deferência das decisões dos pedidos de suspensão à autonomia financeira dos Poderes nos casos envolvendo duodécimos, a pesquisa concluiu que: 47,6% das decisões (20 casos) foram favoráveis ao Poder Executivo⁶⁷, 38,1% das decisões (16 casos) foram desfavoráveis ao Poder Executivo⁶⁸; e 14,3% das decisões (6 casos) foram neutras⁶⁹, ou seja, houve parcial procedência nos pedidos referentes aos duodécimos.

Percebeu-se um incremento considerável no número de decisões favoráveis ao Poder Executivo após a data do julgamento da medida cautelar no MS 31671/RN, primeiro acórdão que permitiu a redução proporcional do valor dos duodécimos conforme o fluxo de arrecadação. Ressalta-se ainda que 5 das 6 decisões de contracautela cujos pedidos foram parcialmente concedidos citam explicitamente o julgado da MC ADPF 405-RJ.

Figura 2 – gráficos sobre as decisões de contracautela da presidência do STF



⁶⁷ SS 1943/RJ, SS 1921/AP, SS 5268 MC/AL, SS 5356/AL, SS 5356/AL, SS 1329/AP, SL 652/AP, SL 653 MC/AP, SL 744/AP, SL 802/AP, SL 844/AP, SS 5360 MC/CE, SS 4315/MA, SS 3037/ PR, SS 5125/RJ, SS 4818 MC/RN, SS 5157 MC/RN, SS 3195/RO, SS 5288/ MA e SS 4359/PE.

⁶⁸ SS 1708/AL, SS 2196/SC, SS 5432/AL, SS 5437/AL, SS 2110/AM, SL 575/AP, SS 2676/AP, SL 244/MA, STA 479/PA, SL 551 MC/PB, SS 4285/PB, SS 4289/PE, SS 4280/SE, SS 4308/TO, SS 4317/PE e SS 4992/RN.

⁶⁹ SS 4542 MC/AP, SS 5252/RR, SS 5253/RR, SS 5261 MC/RR, SS 5152/RR e SS 5152/RR.

Após o advento da Constituição de 1988, Poderes de estado, associações e instituições levavam a disputa pelo espaço orçamentário ao Supremo Tribunal Federal para afirmar as suas prerrogativas recém adquiridas. Nesses casos, a Suprema Corte teve uma tendência de resguardar o repasse tempestivo e integral sobre a receita prevista a título de duodécimos aos diferentes ramos de Poderes. No mesmo período, entretanto, a Suprema Corte deu deferência ao Poder Executivo ao afastar, liminarmente, normas de repasse que aumentariam a capacidade financeira dos outros Poderes e instituições como: duodécimos por crédito automático⁷⁰, vinculação de percentual de receita de impostos⁷¹, normas sancionatórias⁷² etc.

A reversão da posição do STF (firmada nos anos 90) sobre repasse de duodécimos sobre a receita prevista e não a efetivamente arrecadada⁷³ possivelmente teve seus primeiros passos com as decisões monocráticas na SS 1929/AP (1999), SS 1921/AP (2001) e SS 3037/PR (2007). Somente a partir de 2013, com a liminar julgada no MS 31671 MC/RN, que a posição começou a ser superada pelo colegiado, seguida do MS 34483/RJ (2016) e da ADPF 405 MC/RJ (2017).

Na mesma linha de quem defende que mudanças na composição da corte se refletem em mudanças no padrão de decisão⁷⁴, especula-se que a mudança da composição do STF tenha sido um dos fatores responsáveis pela superação dessa posição. Na própria ADI 2238/DF (que julgou o §3º do art. 9º da LRF), houve uma mudança de votação unânime para maioria de 6x5 contra a validade da norma.

De qualquer forma, percebe-se a mudança do posicionamento do STF em 2013 alterou significativamente o jogo do resgate (*bailout game*) entre Poder Executivo e demais Poderes e Instituições autônomas.

5. Conclusão

⁷⁰ ADI 1901 MC/MG e ADI 1914 MC/RO, julgadas em 1998.

⁷¹ ADI 659 MC/GO (1992), ADI 463 MC/BA (1992) e ADI 2108 MC/PE (1999).

⁷² ADI 127 MC/AL (1992).

⁷³ MS nºs 21.450/MT, julg. 1992; ADI 1.156 MC, julg. 1995; MS 22.384/GO, julg. 1997.

⁷⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 27, n. 80, p. 89-115, 2012.

O artigo teve o propósito de abordar a tensão histórica entre a independência entre poderes e o equilíbrio orçamentário na jurisprudência da Suprema Corte. A pesquisa aponta que o Supremo funciona como um “Poder Moderador informal” em conflitos orçamentários entre os ramos de Poderes estaduais – substituindo a figura do Poder Executivo no inconstitucional §3º do art. 9º da LRF. No caso dos conflitos entre Poderes estaduais, nota-se que o Supremo tem desempenhado o papel de terceiro “neutro” e desinteressado capaz de decidir a controvérsia.

O STF, em momento algum, negou o dever de o Poder Executivo repassar tempestivamente os duodécimos, nos termos do art. 168 da CF. O que restou controverso no histórico jurisprudencial do Supremo foram: 1) a base de cálculo dos duodécimos no caso de decréscimo de receita; 2) quais instrumentos seriam idôneos para garantir a autonomia financeira dos órgãos e Poderes autônomos; 3) Quais instrumentos seriam idôneos para garantir o equilíbrio orçamentário sem violar o preceito da independência entre poderes. Percebeu-se ainda que a modificação da composição da Corte foi fundamental para a superação de alguns precedentes do STF referentes aos duodécimos.

Essa mudança na composição do STF possivelmente influenciará em outros julgamentos envolvendo outras normas de responsabilidade fiscal que afetam os duodécimos – à exemplo da ADI n. 5.633/DF, que impugna a aplicação do teto de gastos da EC 95/2016 ao Poder Judiciário da União e ao Ministério Público da União. Tal ADI já possui parecer da PGR/MPF pela improcedência⁷⁵. Ressalta-se que o Supremo, no julgamento da ADI 461 MC/PR (1992), suspendeu norma de constituição estadual que estabelecia teto de gastos para o Judiciário por violar sua autonomia financeira. Uma eventual improcedência da ADI n. 5.633/DF, logo, também seria uma superação de jurisprudência do Supremo.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 405/RJ*. Impugnação de decisões judiciais do TJ/RJ e TRT da 1ª Região que determinaram bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores em contas do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 14 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2238/DF*. Lei de responsabilidade

⁷⁵ Manifestação da PGR/MPF datada de 14/11/2018.

Fiscal (Lei complementar 101/2000). Alegação de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei. Requerentes: Partido Comunista do Brasil (PC do B) e Partido dos Trabalhadores (PT). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 24 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2238/DF*. Lei de responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/2000). Alegação de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei. Requerentes: Partido Comunista do Brasil (PC do B) e Partido dos Trabalhadores (PT). Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília: julg. Em 11 de outubro de 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança (MS) n. 34483/RJ*. Ato omissivo do Poder Executivo no tocante ao repasse tempestivo e integral de duodécimos. Impetrante: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: julg. em 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança (MS) n. 31671/RN*. Ato omissivo do Poder Executivo no tocante ao repasse tempestivo e integral de duodécimos. Impetrante: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Impetrado: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília: julg. em 9 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4319809>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do poder judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2019.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *O árbitro da federação pode influenciar o jogo do resgate? O impacto da jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos estados brasileiros*. São Paulo: D'Plácido Editora, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Relatório do financiamento do Poder Judiciário Federal norte americano em 2019. *Funding/Budget – Annual Report 2019*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/fundingbudget-annual-report-2019>. Acesso em 23 de janeiro de 2021.

FERGUSON, William Scott. *Judicial Financial Autonomy and Inherent Power*, 57 Cornell L. Rev. 975, 1972.

JACKSON, Jeffrey. *Judicial Independence, Adequate Court Funding, and Inherent Judicial Powers*, 52 Md. L. Rev. 217. 1993.

KHWAJA, Asim Ijaz; MIAN, Atif. *Do lenders favor politically connected firms? Rent provision in an emerging financial market*. The Quarterly Journal of Economics, v. 120, n. 4, p. 1371-1411, 2005.

KINCAID, John. *United States of America - Polarization Between Democratic and Republican States*. In: Ann Griffiths, Rupak Chattopadhyay, John Light, Carl Stieren (editors) - *The Forum of Federations Handbook of Federal Countries*, p. 367-384. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.

KORNAI, János. *The soft budget constraint*. *Kyklos* (international review for social sciences), v. 39, n. 1, p. 3-30, 1986.

_____. *The Socialist System: The Political Economy of Communism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

HAMILTON, Alexander *et al.* *The federalist*. Cambridge: Hackett Publishing, 2005.

MASCARENHAS, Caio Gama. *Notas sobre o federalismo fiscal, o federalismo competitivo e a constituição financeira no Brasil*. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, v. 3, n. 3, 2020.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. *Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 89–119, 2021.

NUNES, Alynne Nayara Ferreira; SCHLOBACH, Rafael Viotti. *A extensão do poder constituinte estadual no STF: a jurisprudência da Corte no período militar (1964-85)*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 3, p. 185-220, 2019.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PORTO, Alberto; PINEDA MANNHEIM, C.; EGUINO, Huáscar. *Descentralización y autonomía fiscal subnacional en América Latina: Panorama comparado de Brasil, Colombia, México y Perú*. Banco Interamericano del Desarrollo, v. 55, 2018.

RODDEN, Jonathan A. *Hamilton's paradox: the promise and peril of fiscal federalism*. Cambridge University Press: New York, 2006.

SOUZA, Celina. *Brazil (Federative Republic of Brazil) - Federalism After Centralization and New Constitutions*. In: Ann Griffiths, Rupak Chattopadhyay, John Light, Carl Stieren (editors) - *The Forum of Federations Handbook of Federal Countries*, p. 83-95. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *Comentários aos artigos 165 ao 169*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 3206-3269. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade*. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 227-258, abril de 2017.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria e prática do Poder Moderador*. *Revista de Ciência Política*, v. 29, n. 4, p. 72-81, 1986.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Recebido em: 09/08/2021
1º Parecer em: 10/08/2021

2º Parecer em: 24/09/2021